

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 1054

(Ano XIII)

(29/11/2021)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2021

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, Especialista em Direito Penal e Processo Penal.

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

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

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

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

Contato: editorial@conteudojuridico.com.br

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

SUMÁRIO

COLUNISTA DA SEMANA



O e-mail e sua eficácia probatória no processo civil
Norberto Oya, 09.

ARTIGOS

A prisão preventiva e o princípio da duração razoável do processo no processo penal

Elizabeth Silva do Amarante, 31.

Imunidade parlamentar: os efeitos da aplicação da lei penal no âmbito da imunidade parlamentar

Daniel Jonathas de Araújo Moura, 48.

Caracterização de efeito majorante ao crime de roubo com a utilização de simulacro de arma de fogo

James Castro Macedo, 67.

A importância do registro imobiliário em casos de doação em programas habitacionais

Karla Fernanda Vieira Mantovani Miranda, 82.

Delação premiada no combate ao crime organizado

Bárbara Félix Joia de Figueiredo, 100.

O direito sucessório na união homoafetiva: posicionamento doutrinário e jurisprudencial sobre o tema

Ocidalia Matias dos Santos Santana, 120.

Análise da aplicabilidade da Lei nº 11.101/05 às empresas públicas e sociedades de economia mista à luz dos institutos da falência e recuperação judicial

Jonas Souza Luz, 137.

Os direitos dos idosos em situação de conflito intrafamiliar e o papel da Defensoria Pública na garantia de seus direitos

Fábio Magalhães Pinto, 157.

Reflexos da pandemia para as empresas e os trabalhadores: Análise da Lei nº 14.020/2020

Geraldo Miranda Almeida e Anderson Ribeiro Silva, 169.

Medidas executivas atípicas: efetividade versus dignidade

Olívia Waldemburgo de Oliveira Abrunhosa, 196.

A adequação da aplicação de pena máxima frente ao pacote anticrime nas circunstâncias da medida de segurança

Gabriel Pereira De As, 208.

A obrigação avoenga na impossibilidade do genitor

Lorena Castro de Souza, 222.

Pandemia: violência e abuso sexual: um vírus e duas guerras. Uma análise sócio jurídica acerca do aumento de casos de violência e abuso sexual durante o isolamento social em virtude da pandemia do Covid-19

Jessica Siqueira Dos Santos, 236.

Aspectos legais do licenciamento ambiental em face da reforma agrária como garantia da preservação ambiental e desenvolvimento socioeconômico.

Bianca Andrade Duarte, 251.

Pensão alimentícia na pandemia: medidas atípicas

Ramon Serrão Cunha, 273.

Guarda compartilhada como instrumento de igualdade de direitos e deveres entre os pais

José Agenor Gomes da Silva Neto, 298.

Pagamento ao hospital privado por atendimento de pacientes do SUS – análise do RE 666094-DF

Henrique Freire de Oliveira Souza, 312

Guarda compartilhada: uma alternativa exigida pela nova realidade social

Lucas Nogueira Soares, 324.

Violência obstétrica: uma análise a violação aos direitos fundamentais da mulher parturiente

Renata Fonseca Gomes, 342.

A prática da alienação parental como conduta que viola direito fundamental da criança ou adolescente de desfrutar uma vida familiar saudável

Mayara de Souza Maciel, 359.

Alienação parental: caracterização, aspectos jurídicos e seus efeitos na família e na criança

Ana Paula de Mattos dos Santos, 375.

(Des)informação dos genitores quanto ao efetivo exercício da guarda compartilhada: uma reflexão a luz do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente

Wesley Resplandes da Silva e Guilherme Augusto Martins Santos, 392.

A influência dos veículos de comunicação no Tribunal do Júri

Lamisse de Souza Eddine, 409.

A efetividade das saídas temporárias: um estudo a luz da Lei de Execuções Penais e a Constituição Federal

Alcine Gomes Aquino, 426.

Impressora 3d: o delito do futuro e a polícia do passado

Klinger Ferreira de Oliveira, 441.

Abandono afetivo inverso em tempos de pandemia: responsabilidade civil dos filhos em relação aos pais idosos

Celeste Karine Bráulio da Silva, 458.

A alienação parental e a responsabilidade civil por violação aos direitos da personalidade

Suyanne Karen Matos Martins, 475.

O distanciamento social causado pela Covid-19 como facilitador da prática da alienação parental e os efeitos jurídicos decorrentes dessa prática.

Adila Pereira Nascimento Moraes, 496.

Feminicídio: um reflexo da violência contra as mulheres e a consolidação dos diplomas legais

Agnes Pérola Façanha Pontes, 516.

Os atos processuais da Fazenda Pública na judicialização da saúde

Mateus Carreiro Leite, 538.

O conflito de competência no enfrentamento a covid-19 e suas consequências aos entes federados e a coletividade

Anne Caroline Souza de Souza, 552.

A possibilidade de responsabilização civil pela prática de alienação parental

Marcelo Medeiros de Castro, 570.

Vedação a decisão surpresa

Julia Romero Magalhães Soares, 591.

A prisão em flagrante de parlamentares e os contornos da legislação brasileira

Kethleen Thais Santhyna Almeida de Oliveira, 615.

A aplicação da Lei de Execução Penal narrada na obra “Estação Carandiru”, de Dráuzio Varella

Ana Beatriz Duque Johnson Caetano, 628.

O *E-MAIL* E SUA EFICÁCIA PROBATÓRIA NO PROCESSO CIVIL

NORBERTO OYA: Mestrando em Direito Processual Civil e Especialista em Direito Constitucional pela PUC-SP. Procurador do Estado de São Paulo.

Resumo: O presente estudo procura apresentar os meios de provas típicas e atípicas do Código de Processo Civil, com atenção especial para o *e-mail*, considerado meio atípico e suas peculiaridades, quanto sua eficácia probatória.

Palavras-chave: Código de Processo Civil de 2015 - Prova típica – Prova atípica - *E-mail*

Sumário: 1. Introdução – 2. Prova, fontes, meios e sua classificação – 3. Provas típicas ou legais – 4. Provas atípicas ou inominadas – 5. *E-mail*. 6. Considerações finais 7. Referências

1. Introdução

O presente artigo cuida dos meios de provas típicas e atípicas e discorre, especialmente, sobre o *e-mail*, sua eficácia probatória quanto à autoria e integridade.

O Código de Processo Civil (Lei n. 13.105, de 16/03/2015 – CPC) cuida das provas nos arts. 369 a 484, com 115 artigos. Já o Código de Processo Civil anterior (Lei n. 5.869, de 11/01/1973 – CPC/1973) previu a matéria probatória nos arts. 332 a 443, com 112 artigos.

A se observar somente o número de artigos de ambas as legislações processuais, o CPC não teve mudança significativa, pois houve o incremento no Código atual de apenas três artigos.

Entretanto, a matéria probatória passou por reformulação para melhor para o jurisdicionado. Prova que no CPC/1973 era considerada atípica passou a ser típica no CPC (ata notarial, documento eletrônico) e passou a ser considerada um direito da parte (art. 369).

Vale enfatizar que a prova é direito fundamental da parte, nos termos do art. 5º, incisos LV e LVI, da Constituição Federal.

Pertinente ao *e-mail*, caso sua autenticidade seja colocada em dúvida, seja quanto à sua autoria, ao conteúdo, ou relacionado a ambos, o *e-mail* pode ser objeto de perícia.

Para evitar impugnação desse meio de prova, sustenta-se ao interessado socorrer-se da ata notarial (CPC, art. 384), para dar forma pública ao documento telemático particular, com valor probatório.

Ainda assim, em virtude da profusão do uso do e-mail pela sociedade no meio pessoal e, sobretudo, no âmbito profissional, seria de todo recomendável que os provedores de *e-mail* dispusessem da funcionalidade de aceitar assinatura digital, com uso de certificado digital, para dar segurança, confiabilidade e certeza quanto à identidade do signatário do documento informático e seu conteúdo.

2. Prova, fontes, meios e sua classificação

Por prova entende-se, com as palavras de MITTERMAYER, "o complexo dos motivos produtores da certeza".¹ Essa a definição adotada por João Monteiro.² MALATESTA define prova como sendo "a relação concreta entre a verdade e o espírito humano nas suas especiais determinações de credibilidade, probabilidade e certeza ... a relação particular e concreta entre a convicção e a verdade ... é na consideração da verdade objetiva e da convicção subjetiva que nós encontraremos os princípios supremos da prova em geral."³ Para PEREIRA E SOUZA, "prova é a alma do processo; é a luz que deve guiar o juiz".⁴

Prova se constitui na investigação exata do fato ou série de fatos, contida na questão judicial, e sobre a qual existem divergências entre as partes. Daí se exigir "uma laboriosa investigação e delicadas operações tendentes a estabelecer com exatidão a existência de fatos passados"⁵

Segundo doutrina DINAMARCO, todos os seres materiais ou imateriais, ou seja, pessoas ou objetos, são fontes de prova, pois deles se podem "extrair informações capazes de comprovar a veracidade de uma alegação".⁶ Já os meios de prova

1 MITTERMAYER, Carl Joseph Anton. *Tratado da Prova em Matéria Criminal*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1917, p. 104.

2 MONTEIRO, João. *Teoria do Processo Civil*. Atualização João Manoel de Carvalho Santos. Tomo I. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1956, p. 355.

3 MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A Lógica das Provas em Matéria Criminal*. Tradução Alexandre Augusto Correia. Anotações Hélio Pereira Bicudo. Vol. I São Paulo: Saraiva, 1960, p. 87 e 91.

4 PEREIRA E SOUZA, Joaquim José Caetano. *Primeiras Linhas sobre o Processo Civil*. Anotações Augusto Teixeira de Freitas. Rio de Janeiro: H. Garnier Livreiro e Editor, 1906, p. 158.

5 DELLEPIANE, Antonio. *Nova Teoria da Prova*. Tradução Erico Maciel Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, 1942, p. 20-21.

6 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 7ª ed. Vol. III São Paulo: Malheiros, 2017, p. 97-106.

correspondem às técnicas probatórias processuais utilizadas à investigação dos fatos relevantes para a causa, ou, com outras palavras, os instrumentos, recursos listados na legislação processual e dispostos ao juiz para apurar os fatos alegados pelas partes.

Quanto aos meios de prova, o art. 369, do CPC, dispõe que “as partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.”.

O CPC/1973, no art. 332, dispunha a esse respeito da seguinte forma: “Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.”. Tanto essa norma quanto à vigente fazem referência às expressões meios legais e aos moralmente legítimos, e podem passar uma falsa ideia de que os meios legais seriam ilegítimos.

O legislador do CPC/2015 poderia ter melhorado a expressão ou seguir a redação contida no art. 32, da Lei n. 9.099, de 26/09/1995 (Lei dos Juizados Cíveis e Criminais), que registra: “Todos os *meios de prova moralmente legítimos*, ainda que não especificados em lei, são hábeis para provar a veracidade dos fatos alegados pelas partes.” (destaque nosso).

O CPC consagra a liberdade dos meios de prova, a dizer que os meios apresentados nos arts. 384 a 484 correspondem aos meios típicos de prova, e não são os únicos, pois não estão listados de maneira limitada, restrita, taxativa.

Dessa maneira, pelo princípio da atipicidade, as partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados no CPC. Com isso, outros meios de prova são acolhidos pelo processo civil, ainda que não disciplinados, os quais são denominados de provas atípicas ou inominadas.

Já o CPC/1939 (Decreto-lei n. 1.608, de 18/09/1939) consagrou o princípio da tipicidade, ao dispor no art. 208 que “São admissíveis em juízo todas as espécies de prova reconhecidas nas leis civis e comerciais.”. Não houve margem para se admitir as provas atípicas.

Quanto à classificação, e ainda com DINAMARCO, as provas classificam-se pelo i) objeto (direta, é a que incide sobre os próprios fatos objeto da causa, ou indireta, vem a ser a que traz uma indicação de que o fato de interesse pode ter acontecido e se apoia nos indícios e presunções); pela ii) fonte (pessoal, obtida por meio das partes e das testemunhas, ou real, quando recai sobre coisas ou pessoas objeto de exame); pela iii) natureza das atividades a desenvolver (provas orais ou documentais); e pela iv) sede de sua

preparação (pré-constituídas ou constituídas, as quais correspondem às formadas no curso do processo em que são utilizadas).

3. Provas típicas ou legais

Entende-se por meios de prova típica ou legal os que estão disciplinados no CPC, correspondem aos modelos definidos pelo legislador e considerados os mais usuais na prática probatória, com fim facilitador de sua aplicação concreta.

São apresentadas a seguir as provas catalogadas no CPC.

i) Ata notarial

Dentre as provas típicas, a ata notarial é a novidade trazida pelo art. 384 do CPC, pois na vigência do direito anterior era considerada atípica.

Trata-se de prova documental, pelo qual, em casos especiais, se busca a demonstração da ocorrência de fato que se faz por meio do registro da informação. Como exemplo dessa aplicação, tem-se a comprovação de fato ocorrido ou exibido por meio do ciberespaço (comunicação pela rede mundial de computadores, pela *world wide web* – grande teia da informação) e que pode desaparecer com a mesma rapidez que surge na internet.

De início, a lavratura de atas notariais realizada pelos serviços notariais e de registro (tabelião de notas) adveio com a Lei n. 8.935, de 18/11/1994, arts. 6º, inciso III, e 7º, inciso III, cuja norma regulamentou o art. 236, da Constituição Federal.

Na vigência do CPC/1973, a ata notarial era classificada como prova atípica, mas tinha sua admissibilidade lastreada no art. 332 (“Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.”).

O notário ou tabelião tem a incumbência de certificar a ocorrência de fato por ele presenciado. O resultado é a criação de documento público, cujo valor probatório não é só da sua formação, mas também dos fatos que o escrivão, o chefe de secretaria, o tabelião ou o servidor declarar que ocorreram em sua presença, nos termos do art. 405, do CPC.

Caso a feitura do documento não observar a competência do oficial público, nem as formalidades legais, mas tenha sido subscrito pelas partes, terá a mesma eficácia probatória do documento particular, de acordo com o teor do art. 407, do CPC.

ii) Depoimento pessoal

Sob o regime do CPC/1973, o depoimento pessoal era regulado pelos arts. 342 a 347. Ainda, o interrogatório livre era considerado meio de depoimento pessoal, o que gerava certa confusão.

No CPC, o depoimento pessoal ou da parte é regulado pelos arts. 385 a 388.

Já o interrogatório livre está disposto no art. 139, inciso VIII, o qual dispõe que o juiz pode determinar, a qualquer tempo, o comparecimento pessoal das partes, para inquiri-las sobre os fatos da causa, hipótese em que não incidirá a pena de confesso.

O depoimento pessoal tem por objetivo obter a confissão da parte adversa, caracterizada como prova oral, e pode ser requerido pela parte contrária ou pelo juiz.

O momento processual de sua ocorrência é na audiência de instrução e julgamento, para a qual se exige o requerimento da parte contrária. Nessa oportunidade, ao advogado da parte contrária é facultado formular perguntas ao depoente, nos moldes do art. 459, do CPC.

Em face do atual contexto mundial, com a pandemia do Covid-19, houve a expansão da tecnologia no Poder Judiciário com a implantação da comunicação à distância no âmbito do processo e tendo o CNJ regulamentado o uso desse instrumento tecnológico nas audiências e demais atos oficiais. Desse modo, a audiência de instrução que ordinariamente ocorria presencial passou a ser virtual, por meio da videoconferência.

O formato de audiência virtual não deveria se limitar às hipóteses em que a parte ou testemunha resida em comarca, seção ou subseção judiciária diversa daquela onde tramita o processo (arts. 385, § 3º e 453, § 1º, do CPC). Não se pode olvidar o tempo demasiado a esperar para expedição, cumprimento e devolução de carta remetida para outro juízo, o que, comumente, retarda a solução da lide.

Assim, a audiência virtual, por meio da videoconferência, poderia ser utilizada mesmo depois do estado de calamidade em decorrência da pandemia mundial do Covid-19, e não somente nas hipóteses introduzidas nos arts. 385, §3º e 453, §1º, do CPC, de *lege ferenda*, com mais um recurso à disposição na busca da razoável duração do processo.

iii) Confissão

Em razão da íntima conexão com o depoimento pessoal, o CPC disciplina a confissão na sequência do depoimento pessoal, nos arts. 389 a 395. No CPC/1973, estava disposto nos arts. 348 a 354.

A confissão é ato exclusivo e voluntário da parte, ou por meio de representante, que reconhece como verdadeiro um fato contrário aos seus interesses e

favorável à parte contrária. Resulta do depoimento pessoal por meio de petição ou por prova documental produzido pela parte confitente.

Ensina Dinamarco que “a declaração de conhecimento de fatos desfavoráveis, em que se resolve a confissão, pode ser *o objeto de um meio de prova*, mas meio de prova ela própria não é.”⁷ Desse modo, para o autor, a confissão não seria meio de prova.

A confissão pode se dar de forma judicial, realizada perante a autoridade judicial, de modo espontâneo ou provocado, ou extrajudicial, em que ocorre fora dos autos judiciais.

O art. 393, do CPC, reproduz literalmente o art. 214, do Código Civil, e corrige o equívoco que existia no art. 352, do CPC/1973.⁸ O teor do texto revogado falava em revogação quando a confissão decorria de erro, dolo ou coação. O texto vigente faz menção a anulação e aponta para desconstituição do ato contaminado por vício de consentimento (arts. 138 a 144 e 151 a 155, do CC).

iv) Exibição de documento ou coisa

Esse meio de prova é regulado nos arts. 396 a 404, do CPC. No CPC/1973, a matéria estava exposta nos arts. 355 a 363.

O assunto agora é regulada como incidente em processo em curso. No entanto, é possível a produção antecipada de prova, por meio de ação probatória autônoma, na hipótese de estar presente um dos requisitos contidos no art. 381, do CPC.

O incidente movido contra a parte está tratado nos arts. 397 e ss., do CPC. Sendo contra terceiros, está disposto no art. 401 e ss., do CPC.

Na vigência do CPC/1973, o STJ aprovou a Súmula 372, com o seguinte teor: “Na ação de exibição de documentos, não cabe a aplicação de multa cominatória.”

Com a entrada em vigor do CPC, o Fórum Permanente de Processualistas Cíveis aprovou o Enunciado 54: “Fica superado o enunciado 372 da súmula do STJ após a entrada em vigor do CPC, pela expressa possibilidade de fixação de multa de natureza coercitiva na ação de exibição de documento.” (Grupo: Direito Probatório).

⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 7ª ed. Vol. III São Paulo: Malheiros, 2017, p. 733.

⁸ CPC, art. 393, “A confissão é irrevogável, mas pode ser anulada se decorreu de erro de fato ou de coação.” Código Civil, art. 214, “A confissão é irrevogável, mas pode ser anulada se decorreu de erro de fato ou de coação.”; CPC/1973, art. 352, “A confissão, quando emanar de erro, dolo ou coação, pode ser revogada.”

v) Prova documental

Ao cuidar da prova documental o CPC dividiu o tratamento em três subseções: Da Força Probante dos Documentos, arts. 405 a 429; Da Arguição de Falsidade, arts. 430 a 433; e Da Produção da Prova Documental, arts. 434 a 438. No CPC/1973, a matéria constava nos arts. 364 a 399.

Prova documental corresponde à representação de um fato a ser reconstruído. Difere do instrumento, que é “espécie de documento constituído com a intenção deliberada de fazer prova no futuro”⁹, ou seja, visa a servir de prova.

Documento público é o elaborado por servidor, oficial público. Já o documento particular é o formado sem a participação de um agente público.

vi) Documentos eletrônicos

O CPC inovou ao regular o documento eletrônico, nos arts. 439 a 441, do CPC.

Documento eletrônico é a representação de um fato por meio de codificação em forma analógica ou dígitos binários. É o produzido por meio eletrônico, gerado no mundo virtual, e difere do documento gerado em meio físico e passado por processo de escaneamento, tornando-o documento digital. Documento digital, por sua vez, é a codificação em dígitos binários. O CPC tratou, nessa parte, também do documento digital.

Na utilização de documento no formato tradicional, documento físico, basta seguir os regramentos dispostos nos arts. 405 a 438. O art. 439, do CPC, usa a expressão “processo convencional”, que vem a ser o processo físico. Significa dizer a utilização de documento eletrônico no processo convencional.

Para ser admitido no processo digital, o documento eletrônico deve seguir o regramento das Leis ns. 11.419/2006 (processo eletrônico) e 12.682/2012 (documento eletrônico).

Em relação à declaração de vontade, esta não dependerá de forma especial, salvo quando houver lei que assim a exija. Essa é a disposição do art. 107, do Código Civil - CC.

⁹ LOPES, João Batista. *A Prova no Direito Processual Civil*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 112.

Já a reprodução de fatos ou coisas pode ser por meio mecânico ou eletrônico. Assim dispõe o art. 225, do CC, "As reproduções fotográficas, cinematográficas, os registros fonográficos e, em geral, quaisquer outras reproduções mecânicas ou eletrônicas de fatos ou de coisas fazem prova plena destes, se a parte, contra quem forem exibidos, não lhes impugnar a exatidão."

Dessa maneira, tanto a declaração de vontade, quanto à reprodução de fatos ou coisas podem ser manifestadas em documento eletrônico, a qual faz prova plena, salvo impugnação da parte contra a qual foi apresentado o documento.

Vale destacar que para se obter a autenticidade do documento eletrônico há duas opções: i) por assinatura eletrônica, com criptografia assimétrica; e ii) com certificado digital, emitido no âmbito da Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP – Brasil, nos termos da Lei n. 12.682/2012. Nessa hipótese, presume-se a autenticidade e a integridade do documento eletrônico.

Interessante notar que a legislação de Portugal tem regramento especial para o tema. Trata-se do Decreto-Lei n. 290-D/99 (*Diário da República – 1 Série-A*, n. 178, de 02/08/1999, p. 4999-2/4999-10), que dispõe sobre o regime jurídico dos documentos eletrônicos e da assinatura digital.¹⁰ Há, ainda, o Decreto Regulamentar n. 25/2004, que cuidou de regulamentar o Decreto-Lei n. 290-D/99 (*Diário da República – 1 Série-B*, n. 165, de 15/07/2004, p. 4269-4278).¹¹

Na Europa, as assinaturas eletrônicas constam do Regulamento Europeu 910/2014, de 23 de julho, relativo à identificação eletrônica e aos serviços fidedignos para as transações eletrônicas no mercado interno, mais conhecido como eIDAS, adotado com a ideia de regulamentar o quadro jurídico para a utilização de assinaturas eletrônicas nos diferentes Estados-Membros da União Europeia.¹²

vii) Prova testemunhal

A prova testemunhal é tratada em duas subseções: Da Admissibilidade e do Valor da Prova Testemunhal, arts. 442 a 449, do CPC; e Da Produção da Prova Testemunhal, arts. 450 a 463. No CPC/1973, a matéria estava disposta nos arts. 400 a 419.

Cuida-se de meio de prova composta de declaração em juízo de terceira pessoa leiga (se for especializada, corresponde a prova pericial, apreciada no item

¹⁰ Disponível em: <<https://dre.pt/pesquisa/-/search/445741/details/maximized>> Acesso em 28 jun. 2021.

¹¹ Disponível em: <<https://dre.pt/pesquisa/-/search/527205/details/maximized>> Acesso em 28 jun. 2021.

¹² Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014R0910&from=ES>> Acesso em 28 jun. 2021.

seguinte) que presenciou, por algum(uns) do(s) sentido(s) humano(s), os fatos apreciados e discutidos no processo.

A testemunha é dividida em três espécies: (i) presencial, é a que presenciou o fato; (ii) referencial, é a que não presenciou o fato mas soube por outrem do acontecido, nesse caso, tem-se mero indício da ocorrência do fato; (iii) referida, é a citada por outra testemunha.

A colheita regular dessa prova se dá de forma presencial, mas pode ser realizada em audiência virtual, como mencionado acima, ao abordar o depoimento pessoal.

viii) Prova pericial

É por meio da prova pericial que o julgador terá esclarecido fatos cujo conhecimento exige o auxílio de profissional especializado, técnico ou científico habilitado.

O CPC discorre esse tema nos arts. 464 a 480. No CPC/1973, os arts. 420 a 439 abordaram o assunto.

Os meios para a produção da prova pericial podem ser por exame, vistoria ou avaliação.

A doutrina costuma distinguir exame e vistoria pelo objeto sobre o qual recai a perícia. O exame é reservado para perícia sobre bem móvel, pessoas, coisas, semoventes. Já a vistoria é destinada para perícia realizada em bem imóvel.

MARINONI E ARENHART discordam dessa distinção e atribuem a utilização inadequada e sem reflexão desses vocábulos ao próprio Código de Processo Civil. Para esses doutrinadores, nada justifica estabelecer que o exame não recai sobre bens imóveis, mas somente à vistoria.¹³

Coube a avaliação aferir o valor de determinado bem, direito ou obrigação.

ix) Inspeção judicial

¹³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio. *Prova e Convicção*. 5ª ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 885.

Meio de prova especial, BATISTA LOPES conceitua a inspeção judicial ou inspeção ocular como “o expediente pelo qual o juiz, pessoal e diretamente, examina pessoas ou coisas para aclarar fatos ou pontos duvidosos da causa”.¹⁴

De acordo com NARDELLI, a inspeção judicial pode ser classificada quanto à sua i) estrutura (real ou material), à ii) função (prova crítica ou lógica e não histórica), à iii) forma (formal e não substancial) e à preparação (prova causal ou constituída). O mesmo autor anota ainda que a inspeção judicial “é meio de prova em que vigora o princípio da imediação entre o juiz com seus sentidos e a fonte de prova, sem se meter de permeio nenhum elemento intermediário”.¹⁵

Portanto, é a prova produzida diretamente pelo juiz, sem qualquer intermediário entre a fonte de prova e o julgador.

A matéria é tratada nos arts. 481 a 484, do CPC. No CPC/1973, estava disposta nos arts. 440 a 443. Na vigência do CPC/1939, esse meio de prova era considerado atípico.

4. Provas atípicas ou inominadas

Meios de prova atípica ou inominada são os que não estão regulados no CPC, não se enquadram no modelo legal, mas são admissíveis na busca da elucidação da questão fática controvertida e trazida pelas partes.

Com a regra disposta no art. 369, do CPC, se infere que o direito processual civil admitiu a liberdade probatória, pois as partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código.

Contudo, ainda que não houvesse essa disposição final do art. 369, pelo princípio da máxima eficiência dos meios probatórios seria possível se admitir as provas atípicas no processo.

Por outro lado, com o passar dos tempos e a evolução do processo, o meio de prova que hoje é considerado atípico, amanhã poderá se justificar sua incorporação ao CPC.

A prova para ser admitida, deve apresentar potencial utilidade e não se revelar irrelevante, protelatória ou ilícita.

¹⁴ LOPES, João Batista, *A Prova no Direito Processual Civil*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 159.

¹⁵ NARDELLI, Luis Fernando. *Inspeção Judicial*. São Paulo: LEUD, 2007, p. 101-102.

i) Prova emprestada

Esse meio de prova corresponde à prova produzida, realizada e colhida em um juízo e trasladada, aproveitada em outro processo, sem a necessidade de sua reprodução, a qual, em alguns casos, pode até não estar mais disponível, devido seu desaparecimento (sumiço do objeto, da fonte).

Para seu aproveitamento, requer-se a obediência ao princípio do contraditório, que em ambos os processos tenha havido a participação das mesmas partes (há doutrinadores que entendem não haver óbice a esse respeito), haja identidade entre o fato objeto da prova emprestada e o fato a ser probando e a dificuldade da reprodução da prova.¹⁶

ii) Declarações de terceiros

Há situações em que a pessoa que poderia auxiliar no esclarecimento de um fato objeto da causa esteja impossibilitada de comparecer para depor perante o julgador. Nesse caso, colhe-se a declaração dessa pessoa e junta-se aos autos processuais.

É certo, porém, que essa declaração não se equipara ao depoimento prestado perante o juiz e os defensores das partes, sob o crivo do contraditório, o que exige precaução do magistrado na formação de seu convencimento.

iii) Comportamento das partes

Segundo WILLIAM SANTOS FERREIRA, alguns comportamentos das partes podem ser considerados pelo juiz, em matéria de prova. "Se o juiz parte de um fato conhecido para um desconhecido, este último está sendo presumido, sendo lícito se afirmar que o comportamento é um *indício*"¹⁷. Justamente por se considerar indício BATISTA LOPES acentua que o comportamento das partes não se cuida originalmente de meio de prova típica ou atípica, mas que pode ser considerado pelo julgador na motivação da decisão, dada a capacidade de influenciar a formação do convencimento do juiz.¹⁸

16 LOPES, João Batista, *Provas Atípicas e Efetividade do Processo*. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Periódico da Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Processual da UERJ. Rio de Janeiro, vol. 5, n. 5. p. 389-402, jan-jun. 2010. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/23097>> Acesso em: 24 maio 2021.

17 FERREIRA, William Santos. *Princípios Fundamentais da Prova Cível*. São Paulo: Revista dos Tribunais 2014, p. 78.

18 LOPES, João Batista. *Provas Atípicas e Efetividade do Processo*. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Periódico da Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Processual da UERJ. Rio de Janeiro, vol. 5, n. 5.

5. *E-mail*

A evolução dos meios de comunicação se inicia com a prática das pinturas rupestres (pré-história), escrita cuneiforme (3.500 a. C.), papiro (2.500 a. C.), correio (2.400 a. C.), pombo-correio (776 a. C.), papel (105), telégrafo (1837), telefone (1876), rádio (1895), televisão (1927), computador (1940) até chegar à *internet* (anos 60).¹⁹

Em substituição à carta, correspondência por meio físico, o e-mail²⁰ é a forma disseminada há tempos de comunicação entre as pessoas e as corporações, por meio de computador (de mesa – desktop - ou portátil – notebook) e aparelhos móveis (aparelho celular e prancheta eletrônica - *tablet*).

O *e-mail* foi inventado em 1.971²¹ pelo programador de computador norte americano Raymond Samuel Tomlinson, aos 45 anos.²²

Ray trabalhava para a empresa Bolt, Beranek and Newman (BBN, hoje Raytheon BBN Technologies) em Boston/EUA. Na ocasião, ele enviou uma mensagem eletrônica para ele mesmo²³, entre diferentes computadores, combinando os programas SNDMSG e CPYNET, com a utilização do símbolo “@” (preposição *at*, em inglês) nos endereços eletrônicos, com o uso da ARPANET (*Advanced Research Projects Agency Network*, em português, Rede da Agência de Pesquisas em Projetos Avançados).

p. 389-402, jan-jun. 2010. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/23097>> Acesso em: 24 maio 2021.

19 Disponível em: <<https://recreio.uol.com.br/viva-a-historia/conheca-a-historia-da-comunicacao-humana.phtml>> Acesso em 25 jun. 2021.

20 Abreviação da palavra inglesa *eletronic mail* (correio eletrônico), que segundo HOUAISS é o “sistema que comporta intercâmbio de mensagens através de meios de comunicação eletrônicos, esp. de computadores ligados em rede”.

21 Porém, há notícias de que em 1963 existia o sistema operacional SDC's Q32 que possibilitava a troca de mensagens entre usuários, Ainda, em 1965, Tom Van Vleck e Noel Morris criaram um recurso de e-mail para o MIT (Compatible Time-Sharing System - CTSS (Disponível em <<https://history-computer.com/the-first-e-mail-message-of-ray-tomlinson/>> Acesso em 27 jun. 2021).

22 Disponível em <<https://www.tecmundo.com.br/web/2763-a-historia-do-email.htm>> Acesso em 11 jun. 2021; Disponível em <https://en.wikipedia.org/wiki/Ray_Tomlinson> Acesso em 11 jun. 2021.

23 “teste 1-2-3-4” ou uma mistura de letras aleatória (Disponível em: <<https://super.abril.com.br/mundo-estranho/quem-enviou-o-primeiro-e-mail-da-historia/>> Acesso em 11 jun. 2021).

Leia mais em: <https://super.abril.com.br/mundo-estranho/quem-enviou-o-primeiro-e-mail-da-historia/>

Vale lembrar que a empresa BBN foi uma das companhias mais importantes no desenvolvimento de protocolos para a ARPANET, rede de computadores criada em 1969 pelo Departamento de Defesa dos EUA, transformada na internet tempos depois.

Naquele momento, o *e-mail* teve a funcionalidade de trocar simples mensagens entre usuários da ARPANET, equivalente ao serviço de mensagens curtas, hoje conhecido por SMS (abreviação da sigla inglesa *Short Message Service*).

A praticidade dessa troca de mensagens e sua evolução nos anos 90, possibilitando o intercâmbio de mensagem entre pessoas físicas de diferentes localidades, por meio de protocolos (IP, abreviação de *Internet Protocol*), tornou popular o programa, que passou a ser disseminado e mais utilizado, transformando-se no que chamamos, hoje, de correio eletrônico²⁴, e utilizado por pessoas físicas e jurídicas das mais variadas formas. O aperfeiçoamento desse programa permitiu que com a mensagem eletrônica fosse anexado arquivo de dados.

É necessário destacar que esse processo de envio de mensagem é operacionalizado por uma empresa prestadora de serviços que cuida do envio da mensagem (provedor de e-mail, no qual se exige abrir uma conta) para a empresa prestadora de serviços receptora (outro provedor de e-mail, podendo ser o mesmo ou não). Dentre esses provedores de e-mail, os mais conhecidos são Outlook, da Microsoft; GMAIL, do GOOGLE; Yahoo, da empresa de mesmo nome.

Como meios de prova atípica ou inominada, o *e-mail* é o meio ordinário utilizado como facilitador de início de negociação, na fase preambular de transação comercial, em substituição, muitas vezes, da forma então habitual de contato presencial ou telefônico. Seu uso costuma se dar também até à conclusão do negócio.

As provas processuais sempre se deparam com a evolução tecnológica.

PESTANA DE AGUIAR registra que o avanço da ciência reflete no processo a possibilitar novos meios provatórios, desde que colhidos de maneira legítima e merecedores de fé. Assim foi com a “difusão do uso dos *slides*, dos microfilmes, dos gravadores portáteis, bem como do computador eletrônico pela administração pública, indústria e comércio”.²⁵

²⁴ Segundo HOUAISS, correio eletrônico é o “sistema que comporta intercâmbio de mensagens através de meios de comunicação eletrônicos, esp. de computadores ligados em rede”

²⁵ AGUIAR. João Carlos Pestana de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. 4. São Paulo: RT, 1974, p. 53.

O conteúdo do *e-mail* não corresponde ao documento eletrônico, meio de prova típica disciplinada nos arts. 439 a 441, do CPC (acima descrito).

O *e-mail* equivale ao documento utilizado para envio de informação por meio da internet, e classificado por MARINONI como documento telemático.²⁶

Ponto de destaque se refere à autenticidade do remetente do *e-mail*. Ainda que o destinatário receba a mensagem telemática contendo abaixo dela o nome do remetente, esse dado não garante a autenticidade do conteúdo, ou seja, que tenha, de fato, sido enviado por aquele cujo nome está apostado na mensagem. De outra maneira, se foi o remetente a pessoa que, intencionalmente, enviou para o destinatário aquela mensagem pelo ciberespaço.

Esse texto escrito, portanto, tem uma função dupla: uma função comunicativa, manifestação do pensamento, e uma função de certificar esse pensamento, ao formar o documento dessa manifestação. Quanto à subscrição, a assinatura na mensagem serve para indicar quem representou aquele ato humano, quem é o autor do texto escrito na mensagem. Caracteriza-se, assim, como elemento essencial do documento autógrafa.²⁷

A questão é saber se a pessoa que consta como sendo a que enviou a mensagem (remetente) é a mesma que representou no texto o que pensou, como um documento autógrafa. Seria a pessoa que pensou uma ideia, externou a manifestação desse pensamento ao formar, redigir a mensagem, representando-a pelo *e-mail*, é a mesma pessoa? A dúvida que se coloca é quanto ao conteúdo da mensagem e sua autoria. Isso vale independentemente se há a assinatura. Poderia se socorrer do endereço eletrônico do remetente, e claro, se desse dado se puder identificá-lo.

Para responder a essa indagação, ainda que não regulando especificamente essa forma de comunicação, o CPC traz em seu art. 413, dentro da Subseção I, "Da força Probante dos Documentos", uma diretriz que pode auxiliar essa situação posta.

Dispõe o texto processual:

"Art. 413. O telegrama, o radiograma ou qualquer outro meio de transmissão tem a mesma força probatória do documento particular

26 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. VII. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2018, p. 220.

27 CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil. Parte geral. O conceito jurídico da prova*. Tradução: Amilcare Carletti. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito – LEUD, 2003, p. 188-189 e 191-193.

se o original constante da estação expedidora tiver sido assinado pelo remetente.

Parágrafo único. A firma do remetente poderá ser reconhecida pelo tabelião, declarando-se essa circunstância no original depositado na estação expedidora.”

Partindo-se dessa orientação – e lembrando que o legislador infraconstitucional ao citar os meios de comunicação telegrama, radiograma e outro qualquer meio de transmissão acentua o caráter aberto do dispositivo –, o CPC ampliou a possibilidade de dar força probatória à mensagem transmitida por quaisquer meios de recurso tecnológico existente e que vier a ser implementado. Nesse particular, poderia se incluir o *e-mail*, ainda que não nominado.

Dessa maneira, apresentado o *e-mail* por uma das partes, seu conteúdo, sua informação, seus dizeres têm força probatória. No mesmo sentido dispõe o Código Civil:

“Art. 225. As reproduções fotográficas, cinematográficas, os registros fonográficos e, em geral, quaisquer outras reproduções mecânicas ou eletrônicas de fatos ou de coisas fazem prova plena destes, se a parte, contra quem forem exibidos, não lhes impugnar a exatidão.”

Entretanto, outra questão que se coloca é na hipótese de haver contestação da parte em face da qual foi apresentado o *e-mail*, como descrito na parte final do texto do citado artigo do Código Civil.

Para superar esse problema, WILLIAM SANTOS FERREIRA pontua que é necessário manter o *e-mail* em formato eletrônico, não impresso, para possibilitar a realização de perícia, em caso de incidente de falsidade. Mais, a utilização de certificação digital poderia mitigar o questionamento de quem impugna a mensagem de *e-mail*.²⁸

FERNANDO MOREIRA também compactua do entendimento de que a utilização de certificado digital no *e-mail* daria alta segurança, sigilo e confiabilidade quanto à autoria e integridade do conteúdo das mensagens encaminhadas por *e-mail*.²⁹

Ao disciplinar a informatização do processo judicial, a Lei n. 11.419, de 19/12/2006, considerou como formas de identificação inequívoca do signatário e a integridade do conteúdo do documento a assinatura digital, espécie de assinatura

²⁸ FERREIRA, William Santos. *Princípios Fundamentais da Prova Cível*. São Paulo: Revista dos Tribunais 2014, p. 83.

²⁹ MOREIRA, Fernando Mil Homens. *Observações sobre a eficácia probatória do e-mail no processo civil brasileiro*. Revista de Processo – RePro. São Paulo: Thomson Reuters, n. 193, março/2011, p. 203-230.

eletrônica, baseada em certificado digital emitido por Autoridade Certificadora credenciada, na forma de lei específica, bem como mediante cadastro de usuário no Poder Judiciário, conforme disciplinado pelos órgãos respectivos (art. 1º, § 2º, III, "a" e "b").

O certificado digital seria uma identidade digital que garante a identificação do autor do documento, no caso tratado, do *e-mail*, gerando a presunção de autenticidade e integridade do documento, e, por sua vez, minimizando questionamentos a respeito.

Ainda assim, a eficácia probatória do *e-mail* se submeterá à valoração do julgador, conforme as regras da persuasão racional.

Seria de todo recomendável, portanto, que os provedores de *e-mail* dispusessem da funcionalidade de aceitar assinatura digital (nos moldes do certificado digital, emitido no âmbito da Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP – Brasil), como forma de dar segurança, confiabilidade e certeza quanto à identidade do signatário do documento informático³⁰ e seu conteúdo. Tal é a importância da assinatura digital que, como ensina TARUFFO, "quando um documento informático está assinado pelos meios especiais legalmente estabelecidos resulta equivalente a um documento privado com a firma certificada".³¹ Paulo Osternack Amaral assinala que a assinatura digital "permite a verificação da procedência e integridade do documento eletrônico." Apesar de não impedir que o documento seja adulterado, o destinatário terá meios de saber que a mensagem enviada pelo remetente difere da que ele recebeu.³²

Dois julgados dos Tribunais Superiores, a seguir apresentados, demonstram como a questão foi enfrentada diante da impugnação do uso do *e-mail* em diferentes situações.

O Superior Tribunal de Justiça, ao desprover recurso de agravo interno no agravo em recurso especial, não reformou aresto que decidiu que a autora comprovou o fato constitutivo de seu direito, qual seja, a existência de ajuste verbal, confirmado por documento (e-mail) da lavra da ré, a respeito das negociações para a composição do preço devido no contrato havido entre as partes. A manutenção da decisão *a quo* decorreu de o STJ não poder reexaminar a matéria probatória, com base na Súmula 7 (AgInt no Agravo em REsp 1.393.897/RJ, Ministro Relator Luis Felipe Salomão, j. 20/08/2019):

³⁰ O Adobe Acrobat, programa padrão que permite manipular arquivo no formato *pdf* (*portable document file*), tem o recurso de assinatura digital.

³¹ TARUFFO, Michele. *A prova*. tradução João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 87.

³² AMARAL, Paulo Osternack. *Provas. Atipicidade, Liberdade e Instrumentalidade*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2017, p. 199/200.

“Processual Civil. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial. Violação do art. 1.022 do CPC. Ausência de obscuridade, omissão ou contradição. Reexame de matéria probatória. Impossibilidade. Súmula 7/STJ. Interpretação da cláusula contratual. Inviabilidade. Súmula 5/STJ. Litigância de má-fé não caracterizada. Agravo não provido.

(...)

2. A Corte a quo registra que a autora comprovou o fato constitutivo de seu direito, qual seja, a existência de ajuste verbal, confirmado por documento (e-mail) de lavra da ré, a respeito das negociações para a composição do preço devido no contrato havido entre as partes. A reforma do aresto, neste aspecto, demanda inegável necessidade de reexame de matéria probatória, providência inviável de ser adotada em sede de recurso especial, ante o óbice da Súmula 7/STJ.” (destaque nosso).

Na esfera penal, o Supremo Tribunal Federal validou o uso de *e-mail* funcional de servidor público e sem a exigência de autenticação digital. Em julgamento de agravo regimental contra decisão monocrática que negou seguimento a *habeas corpus*, o STF enfrentou um dos inconformismos do recorrente que era contra representação de mandado de busca e apreensão formulada por autoridade policial, por *e-mail* e sem assinatura eletrônica.

Ao refutar a tese defensiva, o Ministro Relator Luís Roberto Barroso reproduziu passagens do acórdão *a quo* do STJ, o qual, na fundamentação, assentou que o pedido de busca e apreensão foi redigido mediante *e-mail* funcional do Delegado de Polícia, o que o torna identificável, de maneira inequívoca, seu signatário. Exigir autenticação digital, ou considerá-lo apócrifo, seria formalismo excessivo e injustificável (Ag. Reg. no Habeas Corpus 157.428/SC, j. 05/11/2018).

Segue a essência do teor do acórdão, nessa parte:

“... Da mesma forma, não há como se concordar com a recorrente quando afirma que a representação não poderia haver sido conhecida, pelo simples fato de o e-mail vir assinado eletronicamente pelo Delegado de Polícia (fls. 659-660). Isso porque o pedido de busca e apreensão foi redigido mediante email funcional da autoridade policial (...) – portanto, perfeitamente identificável, de maneira inequívoca, seu signatário –, motivo pelo qual exigir sua

autenticação digital ou considerá-lo 'apócrifo' seria, na verdade, um formalismo excessivo e injustificável."

A alternativa para se dar eficácia probatória ao *e-mail*, e evitar possível impugnação de seu conteúdo e autoria por parte de terceiros, seria a parte interessada lançar mão, previamente, da ata notarial (art. 384 do CPC/2015).

Como apontado acima, pela ata notarial a parte interessada poderia demonstrar a mensagem enviada ou recebida (documento telemático) contida na sua caixa de correio eletrônico, a fim de registrar essa informação. Caberá ao notário ou tabelião certificar a ocorrência dessa informação por ele presenciado e criar o documento público, com valor probatório.

A proposta de lavratura de ata notarial seria necessária em caso de registro de autoria e conteúdo de *e-mail* gerado por particular.

Entretanto, outra solução se daria na possibilidade de *e-mail* produzido dentro do âmbito do serviço público. Para essa situação, dada a presunção relativa da legalidade³³ dos atos praticados pelos integrantes do Poder Público, até prova em contrário, a informação contida em *e-mail* gerado e transmitido por servidor público, tem força probatória de documento público.

Hipótese peculiar ocorre quando a Administração Pública recebe denúncia de um particular por um fato de interesse do Poder Público. Caso essa denúncia esteja lastreada em mensagem trocada pelo particular com algum servidor público, para que a informação tenha valor probatório, não haja discussão, seja no âmbito administrativo, seja perante o Poder Judiciário, seria conveniente que aquele particular apresentasse a mensagem contida no *e-mail* do seu correio eletrônico para o servidor público.

Com o acesso e visualização da informação contida no *e-mail* que o particular lhe apresentou, como proposta, caberia ao servidor lavrar uma certidão descrevendo a ocorrência, os dados do particular, as ações que tomou para ter acesso ao conteúdo da mensagem eletrônica, de onde extraiu a informação (caixa de correio eletrônico do particular), data e assinatura do servidor. Junto à certidão, deveria o servidor anexar uma cópia da mensagem eletrônica, dando, com isso, como verdadeira a informação recebida.

³³ Pelo princípio da legitimidade ou da veracidade, os atos da Administração Pública têm a característica da certeza dos fatos, assim como da legalidade, dado que tais atos se submetem à lei (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 33ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 97/98). A Administração, seus agentes, nada pode fazer senão o que a lei determina (MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 108)

Para ilustrar essa situação hipotética, imagine-se um diretor de escola pública que recebe pai de aluno, o qual lhe relata que seu filho trocou mensagens eletrônicas por e-mail com uma professora. Passado algum tempo, essa mesma professora começa a se insinuar para seu filho, e depois de ganhar a confiança privada desse aluno, lhe convida para fazerem um passeio no fim de semana. Inconformado com esse cenário, que transborda a relação educador – aluno, esse pai imprime as conversas do e-mail e leva até o gestor escolar.

Ao tomar conhecimento da ocorrência, o diretor poderia acessar a caixa de correio eletrônica do aluno, com autorização e na presença do pai, identificar as mensagens e conferir com o conteúdo impresso que lhe foi apresentado.

Ao confrontar o material físico e telemático, o diretor deveria lavrar uma certidão descrevendo a ocorrência, os dados do pai e aluno, as ações que tomou para ter acesso ao conteúdo da mensagem eletrônica, de onde extraiu a informação (caixa de correio eletrônica do particular), data e assinatura do servidor. Junto à certidão, poderia o gestor público anexar a cópia da mensagem eletrônica recebida, dando, com isso, como verdadeira as informações contidas no *e-mail*.

Ao seguir esse caminho, a Administração Pública daria por legítima a força probatória do documento e poderia usá-la dentro do procedimento administrativo disciplinar, para apurar a responsabilidade disciplinar da professora acusada. Vale lembrar, mais uma vez, da presunção relativa dessa prova formalizada perante o Poder Público, cabendo à acusada fazer a contraprova, caso apresente impugnação de seu conteúdo e ou autoria.

6. Considerações finais

Depois de percorrer sobre a prova e suas formas típica e atípica, de maneira geral, procurou-se dar uma atenção especial à prova atípica oriunda de *e-mail*, com sua origem, evolução, particularidades e que não se enquadra como documento eletrônico.

Abordou-se a autenticidade do remetente e conteúdo do *e-mail*. Quanto à força probante para o processo, e em caso de impugnação da sua autoria e conteúdo, o *e-mail* pode ser objeto de perícia.

Como forma de evitar impugnação desse meio de prova, a proposta seria se socorrer de ata notarial, para dar forma pública ao documento telemático particular, com valor probatório.

Apresentou-se proposta de procedimento a ser adotado pela Administração Pública na hipótese de receber denúncia contra servidor público, lastreada em *e-mail*.

Mas a discussão restaria superada se os provedores de *e-mail* dispusessem da funcionalidade de aceitar assinatura digital, com uso de certificado digital, possibilitando a segurança, confiabilidade e certeza quanto à identidade do signatário do documento informático e seu conteúdo.

Por fim, seria de todo recomendável que o legislador infraconstitucional regulasse, com diretriz gerais, os documentos telemáticos de comunicação, uma vez que não é só o *e-mail* que é utilizado pela sociedade.

De acordo com dados de 2019, do Instituto Brasileiro de Geografia Estatística – IBGE34 -, 61,5% da população brasileira enviou ou recebeu e-mail. No mesmo ano, 95,7% de pessoas enviaram ou receberam mensagens de texto, voz ou imagens por aplicativos diferentes de e-mail. Essa diferença pode ser creditada pela evolução dos aparelhos celulares - conhecidos por *smartphones* - que possibilitaram a instalação e utilização de diferentes aplicativos com poderosos recursos de troca de mensagens eletrônicas, dos quais se destaca o popularizado WhatsApp, que caiu no gosto de todos, incluído as pessoas jurídicas nas negociações virtuais.

Ainda assim, é de conhecimento que as corporações e o Poder Público ainda utilizam o *e-mail* como a forma oficial nas relações profissionais.

7. Referências

AGUIAR, João Carlos Pestana de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. 4. São Paulo: RT, 1974.

AMARAL, Paulo Osternack. *Provas. Atipicidade, Liberdade e Instrumentalidade*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2017.

ASSIS, Araken. *Processo Civil*/Vol. II. (livro eletrônico) São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil. Parte geral. O conceito jurídico da prova*. Tradução: Amilcare Carletti. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito – LEUD, 2003

DELLEPIANE, Antonio. *Nova Teoria da Prova*. Tradução Erico Maciel Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, 1942.

34 Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2021/04/14/em-2019-brasil-tinha-quase-40-milhoes-de-pessoas-sem-acesso-a-internet-diz-ibge.ghtml>>; <<https://cidades.ibge.gov.br/brasil/panorama>> Acesso em 27 jun. 2021.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 33ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 7ª ed. Vol. III São Paulo: Malheiros, 2017.

FERREIRA, William Santos. *Princípios Fundamentais da Prova Cível*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

GUEDES, Clarissa Diniz. *Sobre a inconstitucionalidade de algumas limitações às provas consideradas suspeitas*. In *Estudos em homenagem à professora Thereza Alvim: Controvérsias do Direito Processual Civil: 5 anos do CPC/2015*. Coordenação: Arruda Alvim et. al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 309-326.

HOUAISS, Antônio. *Dicionário eletrônico da língua portuguesa*. Versão 3.0. 2009.

LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Provas Atípicas e Efetividade do Processo*. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Periódico da Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Processual da UERJ. Rio de Janeiro, vol. 5, n. 5. jan-jun. 2010. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/23097>> Acesso em: 24 maio 2021.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A Lógica das Provas em Matéria Criminal*. Tradução Alexandre Augusto Correia. Anotações Hélio Pereira Bicudo. Vol. I São Paulo: Saraiva, 1960

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio. *Prova e Convicção*. 5ª ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. VII. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2018.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015

MITTERMAYER, Carl Joseph Anton. *Tratado da Prova em Matéria Criminal*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1917.

MONTEIRO, João. *Teoria do Processo Civil*. Atualização João Manoel de Carvalho Santos. Tomo I. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1956.

MOREIRA, Fernando Mil Homens. *Observações sobre a eficácia probatória do e-mail no processo civil brasileiro*. Revista de Processo – RePro. São Paulo: Thomson Reuters, n. 193, março/2011, p. 203-230.

NARDELLI, Luis Fernando. *Inspeção Judicial*. São Paulo: LEUD, 2007

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual civil*. Volume Único. 12ª ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

TARUFFO, Michele. *A prova*. tradução João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

PEREIRA E SOUZA, Joaquim José Caetano. *Primeiras Linhas sobre o Processo Civil*. Anotações Augusto Teixeira de Freitas. Rio de Janeiro: H. Garnier Livreiro e Editor, 1906.

SOUZA, Artur César. *Código de Processo Civil: anotado, comentado e interpretado*. Vol. II. Parte Especial (Arts. 318 a 692). São Paulo: Almedina, 2015.

A PRISÃO PREVENTIVA E O PRINCÍPIO DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO NO PROCESSO PENAL

ELIZABETH SILVA DO AMARANTE:

Graduanda do Curso de Direito do Centro Universitário FAMETRO.

RESUMO:A prisão preventiva possui caráter provisório, pois visa garantir a eficácia do andamento da investigação criminal. Sua aplicação deve ser de forma excepcional, ou seja, quando necessário. Mas, o sistema processual penal brasileiro permite que haja várias renovações dessa prisão criando a permanência do preso eternamente se justificado pelo Juiz. Logo, faz-se necessário compreender os motivos que levam a permanência do preso na prisão preventiva buscando a devida subsunção do princípio da celeridade com esse instituto processual penal. É de suma importância entender essa incógnita trazida pela própria legislação, haja vista que se o Juiz identificar motivos que mantenha esse preso encarcerado não há a constitucionalização do direito processual penal e logo não há o respeito à garantia fundamental do preso a celeridade. Portanto, este estudo visa demonstrar se o princípio da razoável duração do processo é aplicado à prisão preventiva, verificando nos termos da lei processual penal o tempo de duração da prisão preventiva.

PALAVRAS-CHAVE: Celeridade; Processo; Prisão; Direito.

INTRODUÇÃO

Em 2004, a Constituição Federal de 1988 teve modificações profundas trazidas pela Emenda Constitucional n.º 45. Com essa emenda, o inciso LXXVIII foi adicionado ao art.5º da Constituição, no rol de direitos e garantias fundamentais. Diante disso, foi incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro o princípio da celeridade processual em âmbito judicial ou administrativo. Por ter *status* constitucional esse princípio deve ser incorporado por todos os ramos do direito.

O princípio da celeridade processual, ou também conhecido como o direito a duração razoável do processo, visa garantir que o processo judicial seja rápido na medida em que possa ser eficaz. É uma forma de evitar que situações do passado como processos intermináveis voltem a existir, trazendo uma reforma à instrução processual e ao Poder Judiciário. Essa reforma judiciária impõe que sejam usados os instrumentos processuais de forma que estes resultem na celeridade processual, sem qualquer intervenção contra esse princípio.

Com isso, todos os processos submetidos ao Poder Judiciário, em qualquer dos ramos do Direito, inclusive aqueles que ainda estão em fase administrativa, por imposição da lei constitucional precisam adotar meios que permitam que este processo seja eficaz e

célere. Em outras palavras, todos os processos precisam ter uma duração, em todos os seus procedimentos, que seja compatível com os seus atos sem procrastinação.

Mas, esse princípio não tem sido aplicado na prisão preventiva. A prisão preventiva é um instituto processual penal que visa garantir a investigação criminal sem qualquer interferência do preso, pautada na garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal e para assegurar a lei penal, com base nas provas existentes de que o preso possa prejudicar os pontos acima mencionados.

Mediante essa prova, o Juiz pode decretar a prisão preventiva a qual pode, ainda, ser renovada não existindo na lei penal um prazo máximo para tal. Diante disso, a prisão preventiva pode ser decretada enquanto for possível justificar a permanência do preso e a necessidade da mesma. Consequentemente, podemos concluir que o preso pode passar mais tempo do que necessário pela simples dependência de avaliação do Juiz sobre a necessidade de mantê-lo preso.

Logo, diante dessa necessidade, podemos perceber que muitas vezes na prática o preso acaba passando mais tempo que o necessário preso, a disposição do Estado. Como se não bastasse isso, mesmo existindo o instituto da detração, os presos preventivamente acabam cumprindo uma pena que se quer lhe foi imputado. Não há lógica manter alguém que nem teve todos os seus direitos reservados no processo, sem a finalização do processo penal com a imputação da pena.

Portanto, esta pesquisa busca demonstrar a evolução desse instituto penal, através de levantamento de dados disponíveis em sites e revistas do Poder Judiciário, com base na revisão da literatura levantada que se encaixa no tema abordado e com o intuito de buscar as respostas para a o problema apresentado, demonstrando e analisando a regulamentação legal da prisão preventiva e a observância à duração razoável do processo na esfera penal. Além de apresentar estes aspectos, será apresentada a evolução histórica da prisão preventiva no ordenamento jurídico pátrio, bem como apresentar as suas múltiplas facetas através da sua arbitrariedade antes e até durante o processo judicial, finalizando com a explanação das atualizadas dadas a este instituto com o advento da lei anticrime.

Assim, faz-se necessário compreender os motivos que levam a permanência do preso na prisão preventiva buscando visualizar a aplicação do princípio da celeridade com esse instituto processual penal. Buscar uma solução para esse problema jurídico é permitir que o Direito seja cada vez mais justo e demonstra respeito pelos preceitos básicos que constituem o Estado Democrático de Direito ao qual a nação brasileira é signatária. Justiça é a base do Direito, portanto construir leis mais claras é permitir que o ordenamento jurídico seja eficaz.

1.A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PRISÃO PREVENTIVA NO ORDENAMENTO JURIDICO BRASILEIRO

Antes de falarmos sobre a evolução histórica do instituto processual penal da prisão preventiva, vamos compreender o que venha a ser este instituto através da análise do seu conceito. Trata-se de uma espécie de prisão que se aplica aos casos cujos indivíduos investigados não cooperam com a investigação criminal, conturbando a mesma. Nos moldes do artigo 312 do Código de Processo Penal, podemos compreender que a prisão preventiva é aplicada nos seguintes casos:

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 e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019).

Basicamente, a prisão preventiva é o instrumento usado para cessar com qualquer conturbação criada pelo investigado no curso da investigação criminal. Ou seja, é uma garantia dada para se manter a ordem pública, a ordem econômica e os demais requisitos quando há o perigo de alteração devido às atitudes do investigado, com provas disso. Portanto, o juiz apenas poderá decretar essa prisão com todas as provas de que o acusado seja o real culpado pelos atos considerados nos moldes desse artigo.

Assevera como conceito Renato Brasileiro de Lima (pág.983, 2019):

“Cuida-se de espécie de prisão cautelar decretada pela autoridade judiciária competente, mediante representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, em qualquer fase das investigações ou do processo criminal (neste hipótese, também pode ser decretada de ofício pelo magistrado), sempre que estiverem preenchidos os requisitos legais (CPP, art.313) e ocorrerem os motivos autorizadores listados no art.312 do CPP, e desde que se revelem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão (CPP, art. 319)”. (LIMA, pág. 983, 2019)

Em outras palavras estamos diante de uma medida cautelar que devido às modificações trazidas pela evolução jurídica do ordenamento jurídico, somente pode ser utilizado em última instância, desde que preenchidos os requisitos básicos citados em todo o capítulo III, do Código de Processo Penal. Este instituto processual penal é aplicado para a garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal

ou para assegurar a lei penal, requisitos essenciais para configurar a opção da sua aplicação.

Devemos descrever que antes da sistemática do Código de Processo Penal de 1941, a prisão preventiva já existia. Nas Ordenações Manuêlinas em meados de 1512, este instituto era decretado após o recebimento de uma denúncia a qual davam o nome de “dar querela”. Depois, nas Ordenações Filipinas em 1600, houve uma mudança no que à época era chamada de prisão preventiva através da necessidade de provas para a obrigação desta prisão. Assim, a prisão passou a ser utilizada como forma de medida cautelar a ser executada nas infrações positivadas à época.

Após isso, em 1941 o Código de Processo Penal passou a existir, mas com o passar do tempo houve várias adaptações. Com o advento da Lei 12.403, em 04 de maio de 2011, a prisão preventiva teve suas alterações e uma delas foi a sua nova aplicação como *ultima ratio*, ou seja, passa a ter o caráter excepcional para que seja apenas aplicada quando as demais medidas cautelares são insuficientes ou inadequadas. Assim, com a criação das mudanças dadas pela referida lei, a prisão preventiva – que antes era uma das prisões aplicadas sem a observância do último recurso – passou a ter três hipóteses.

Permite-nos conhecer essas hipóteses de forma esquematizada Aniello Aufiero (2018, pág. 311):

[...] as hipóteses de prisão preventiva são: a) prisão preventiva autônoma prevista no art. 312 do CPP, quando presentes os requisitos legais, de forma fundamentada em fatos concretos e que as medidas cautelares diversas da prisão se revelarem inadequadas ou insuficientes. b) prisão preventiva em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 312, § único e art. 282, § 4º, do CPP), ou seja, no caso de descumprimento de obrigações impostas, o Magistrado poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva; e c) prisão preventiva por conversão da prisão em flagrante (art. 310, inciso II, do CPP) quando presentes os requisitos constantes do art. 312 do CPP, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão. (AUFIERO, pág. 311, 2018)

Logo, a prisão preventiva passou a ser uma prisão de caráter provisório, de natureza jurídica cautelar que foi aperfeiçoada ao longo do tempo. Portanto, o instrumento coercitivo classificado como prisão processual foi utilizado de inúmeras formas desde a antiguidade para que houvesse o resguardo da investigação e todos os aspectos que

envolvem este instituto processual penal permite a compreensão que através do seu uso, o processo legal é guardado.

1.1 AS ATUALIZAÇÕES ORIUNDAS DA LEI ANTICRIME SOBRE A PRISÃO PREVENTIVA

Como já sabemos a prisão preventiva assim como as demais prisões cautelares é usado como forma de garantir a efetividade da administração da Justiça cujo objetivo é segurar o bom andamento o processo ou da investigação criminal. Excepcionalmente este tipo de prisão é usado como último recurso para o cumprimento deste objetivo. Mas, conforme vimos na sua evolução histórica no ordenamento este tipo de medida cautelar sofreu mudanças e uma das mais recentes ocorreu com o advento da Lei Anticrime.

Em 2018, foi criado um grupo de trabalho na Câmara dos Deputados com a finalidade de apresentar propostas que visasse o combate aos crimes organizados que cresciam exponencialmente no Brasil e, também, não conseguiam ser devidamente punidos pela legislação penal vigente até então. Foi, então, que sugeriram os Projetos de Lei 10372/2018 e 103273/2018. O citado grupo de trabalho foi apoiado pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Alexandre de Moraes, que, juntamente com um grupo de juristas, apresentou um conjunto das propostas elaboradas.

Em 2019, com a renovação de diversos cargos políticos, incluindo o Presidente da República, foram apresentados mais três outros projetos de Lei provenientes do Ministério da Justiça, até então presidido pelo ex-ministro da justiça Sergio Moro. Esses projetos de lei foram numerados como 881/2019 – que tinha como proposta criminalizar o uso do caixa dois em eleições-, 882/2019 – o qual estabelecia medidas contra a corrupção, crimes organizados e violentos -, e PLP 38/2019 – cuja finalidade era estabelecer regras de competência da Justiça Comum e da Justiça Eleitoral para os crimes de corrupção. No Senado Federal esses projetos de Lei tiveram os seguintes números: PL 1865, PL 1864, PLC 89.

Como forma de “juntar o útil ao agradável”, todos os demais projetos de lei citados foram incorporados ao Projeto de Lei 10372/2018, criando, assim, três vertentes de conteúdo, quais sejam: o endurecimento penal para crimes organizados e delitos praticados com violência, o fortalecimento da execução penal através de regimes de penas mais rígidos e o apoio à investigação dos chamados Crimes Complexos.

Devemos citar que foram retirados do projeto original, em tramitação no Congresso Nacional e de proposta do ex-ministro Sergio Moro, a excludente de ilicitude, prisão após julgamento em segunda instância e possibilidade de acordo entre a acusação e o réu em curso do processo penal. Mas, mantendo-se integralmente as demais propostas governistas, garantindo uma vitória do governo na ideologia dada ao pacote anticrime.

Apontamos como exemplos das propostas governistas a gravação de conversas entre advogado e preso em presídio que podem ser feitas mediante autorização judicial; a prisão após a condenação por Tribunal do Júri, condicionante de que a pena seja superior a 15 anos. A infiltração de agentes para obtenção e produção de provas foi alterada para que o procedimento seja apenas contra quem já esteja sob investigação e a proibição de progressão de regime para presos com vínculos com organizações criminosas foi mantida com limitações dadas na aplicação. Criou-se, ainda, a figura do juiz de garantias, trazendo a audiência de custódia e foram definidas mudanças à prisão preventiva.

Assim, em vigor em 23 de janeiro de 2020 a Lei intitulada de Pacote Anticrime, sob o número 13.964 de 2019 trazendo, como já dito, várias mudanças que alcançaram até mesmo o prazo máximo de cumprimento de prisão, alterando de 30 para 40 anos. Também proíbe o direito a saída temporária para aqueles que cometerem crimes hediondos, tornando mais rigoroso a concessão de liberdade condicional.

Entre essas mudanças podemos começar citando a alteração trazida para o artigo 311 do Código de Processo Penal. Anteriormente ao Pacote Anticrime, era previsível que o próprio juiz decretasse a prisão preventiva de "ofício", mas agora o termo citado foi retirado em respeito ao princípio do devido processo legal. Portanto, não é mais possível a decretação da prisão preventiva de ofício pelo juiz.

Uma próxima alteração trazida pela Lei Anticrime foi no artigo 312 do Código de Processo Penal. Além dos detalhes já existentes nesse dispositivo legal, foi acrescentado a possibilidade de decretar a prisão preventiva no caso de perigo gerado pela liberdade do acusado. Esta mudança causa uma série de discussões, pois, ao invés do que se esperava, foi adicionado ao ordenamento jurídico penal mais uma mudança genérica sem critérios objetivos em si, possibilitando que seja facilmente utilizada.

Acrescentou-se, ainda, ao artigo 312 do Código de Processo Penal o parágrafo segundo que foi um reforço a necessidade de se motivar e fundamentar o perigo e existência concreta de fatos novos e contemporâneos que justifiquem a aplicação da prisão preventiva. Claro que o parágrafo primeiro, que também foi incluído pela Lei Anticrime, ainda mantém a aplicação da prisão preventiva em casos de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por outras medidas cautelares.

Por sua vez, no artigo 313 do Código de Processo Penal foi-lhe acrescentado o parágrafo segundo estabelecendo que não se admite a decretação da medida cautelar em comento com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena ou consequência imediata de investigação criminal ou de apresentação ou recebimento de denúncia. Esta explícita novidade corrobora com o caráter excepcional da prisão preventiva, a qual deve ser usada em último caso. Eugênio Pacelli (pág. 103, 2013) nos relata sobre este entendimento que:

“[...] Há de se ter e se assegurar redobrado controle em relação aos motivos expostos para justificar a medida, com a demonstração racional dos elementos fáticos e jurídicos que atestem sua necessidade, adequação e proporcionalidade. Também aqui, evidentemente, a decisão deve construir-se orientada por uma projeção racional da pena privativa de liberdade aplicável ao final do processo. [...] Sem esse controle ou extrapolados os limites que por ele se definem, aí sim, em razão desse excesso não aplicável ao final do processo, se estará diante de uma antecipação de pena, em frontal violação ao princípio da presunção de inocência (art. 5^a, LVII CF).” (PACELLI, pág. 103, 2013)

Diante disso, deve-se sempre ter a noção de cuidado na aplicação da medida, sempre com o intuito de não se incorrer em excessos principalmente quando falamos sobre a prisão preventiva como forma de antecipação de pena haja vista que estaremos diante de uma grave violação a direitos. Com isso, mediante a questão da fundamentação o artigo 315 do Código de Processo Penal é a próxima mudança trazida pela Lei Anticrime.

Neste artigo se reforça a necessidade de fundamentação da decisão que decreta a prisão preventiva, destacando que não se considera fundamentação qualquer decisão judicial, seja ela de caráter interlocutório, sentença ou até mesmo acórdão. Não há a necessidade de um calhamaço na decisão, apenas que se cumpra o mandamento constitucional garantido àqueles que estarão sendo alvos da medida cautelares, algo simples mas que devido o Brasil ser uma nação extremamente legalista era importante que estivesse também escrito em legislação infraconstitucional.

Por fim, houve mudança no artigo 316 do CPP, o qual possibilitou ao Juiz revogar a prisão preventiva, seja de ofício ou a requerimento das partes, em casos em que no curso da investigação ou da ação judicial não houver mais motivos que mantenham a necessidade da prisão. Ainda possibilitou que em casos de novos indícios ou razões que motivem a decretação que assim o faça. É necessários salientar que não se pode decretar de ofício a referida medida cautelar, mas se sobrevierem razões que a justifiquem o juiz está autorizado a assim fazê-lo.

Foi, ainda, acrescentado ao artigo supracitado o parágrafo único em que estabelece que o órgão emissor da medida cautelar deva revisar a necessidade da prisão preventiva a cada 90 dias, mediante decisão fundamentada que caso não o faça tornará a prisão ilegal. O que inclusive é uma forma de se manter o preceito constitucional oriundo do princípio da celeridade. Portanto, com as mudanças trazidas pela Lei Anticrime podemos perceber que houve uma evolução legislativa que corrobora com a realidade da sociedade, mediante novas possibilidades e respeito aos preceitos constitucionais.

2.0 ARBITRAMENTO DA PRISÃO PREVENTIVA ANTES E DEPOIS DO PROCESSO JUDICIAL

Como vimos há a possibilidade de decretação da prisão preventiva antes do processo judicial, em fase de inquérito policial, e durante o processo judicial. Sobre o arbitramento da prisão preventiva é necessário ponderar sobre esses detalhes. Já citado, mas é necessário lembrar que a prisão preventiva é um tipo de prisão que visa garantir a investigação criminal, com o intuito de fazer cessar qualquer intervenção alheia ao curso correto dela.

Por isso, mediante o motivo de sua criação, há a possibilidade legal de decretação desta medida cautelar em inquéritos policiais, desde que devidamente motivados e fundamentados. Essa alternativa está respaldada no próprio texto legal, no artigo 311 do Código de Processo Legal, o qual deixa explícita a probabilidade de decretação da prisão preventiva em investigações policiais. Todavia, não é apenas o procedimento investigatório policial que pode ser abrangido pela lei, nas palavras de Renato Brasileiro de Lima (pág. 985, 2019) que:

“Sendo o inquérito policial peça dispensável ao oferecimento da peça acusatória, desde que a justa causa necessária à deflagração do processo esteja respaldada por outros elementos de convicção (CPP, art.39, §5º), não é obrigatória a existência de inquérito policial em andamento para a decretação da prisão preventiva, mas sim que haja uma investigação preliminar que demonstre a imprescindibilidade da prisão preventiva do investigado para melhor apuração do fato delituoso. Assim, além do cabimento da prisão preventiva durante o curso de um inquérito policial, também o será diante de outros procedimentos investigatórios, tais como comissões parlamentares de inquérito, inquéritos civis ou procedimentos investigatórios criminais presididos pelo órgão do Ministério Público.” (LIMA, pág. 985, 2019)

Portanto, conforme as palavras do doutrinador processualista, além do inquérito policial em concordância com o texto legal, também é possível a aplicação da prisão preventiva – em *ultima ratio* – em casos de CPI, inquéritos civis e procedimentos investigatórios. Em outras palavras, em casos em que a intenção de investigar possa ser atrapalhada pela conduta do investigado, cabe a prisão preventiva. Se analisarmos desta forma, podemos perceber que em todos os se perde o real intuito da medida cautelar em estudo, pois o seu objetivo ainda é respeitado mesmo que o procedimento investigatório não seja o da esfera penal propriamente dito.

De semelhante modo, é possível que a prisão preventiva possa ser decretada nem curso do processo judicial. Esta afirmativa pode ser verificada no artigo 311 do Código de Processo Penal, o qual dispõe que “em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial”. Assim, não somente em questões de inquéritos policiais, mas mediante o curso do processo é possível a decretação da prisão preventiva, mantendo-se as garantias das quais esta medida cautelar cumpre proteger.

Podemos citar como um excelente exemplo para os casos de decretação da prisão preventiva em curso de processos judiciais, o parágrafo primeiro do artigo 312 do Código de Processo Penal que, em resumo, nos adverte que a medida cautelar em estudo pode ser utilizada para os casos de descumprimento de obrigações impostas por força de outras medidas cautelares. Em outras palavras, parta que se tenha uma obrigação imposta é necessário – mas não obrigatório – que se tenha um processo onde se tenha todos os procedimentos pertinentes e se chegue a uma sentença, por exemplo.

Da mesma forma, o artigo 313 do CPP fala sobre a decretação da prisão preventiva em crimes diversos ao rol deste dispositivo legal que são classificados conforme os seus incisos. Logo, podemos concluir que a própria lei orienta sobre a aplicação da prisão preventiva em processos-crimes. Inclusive, o Tribunal de Justiça de São Paulo, em sede de apelação por responsabilidade civil, afirmou que não há nenhum erro na utilização da referida medida cautelar:

APELAÇÃO RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. PRISÃO PREVENTIVA EM PROCESSO-CRIME. ERRO DA ADMINISTRAÇÃO – DANOS MATERIAIS E MORAIS. Pretensão inicial voltada à reparação material e moral por suposta ofensa à liberdade pessoal da autora por prisão preventiva promovida pelo Estado durante tramitação de processo-crime, análise da responsabilidade civil que deve se dar sob o enfoque objetivo (art. 37, §6, da CF/88)acervo fático-probatório coligido aos autos que demonstra o estrito cumprimento da legalidade por parte do Poder Judiciário. Autora que, caso quisesse demonstrar o seu inconformismo com o decreto de prisão preventiva, deveria ter se valido dos meios de impugnação inerentes ao processo penal, esfera cível que se dedica apenas a apreciar a conformidade do ato judiciário com os termos da legislação de regência (fundamentação do decreto de prisão; respeito aos prazos processuais; etc.) sentença de improcedência integralmente mantida. Recurso da autora improvido. (TJ – SP – APL: 000079308260286 SP 0000793-08.2010.8.26.0286, Relator: Paulo Barcellos Gatti, Data de

Julgamento: 25/08/2014, 4ª Câmara de Direito Público, Data da Publicação: 27/08/2014)

Assim, não há ilegalidade alguma na aplicação da prisão preventiva em curso do processo, desde que preenchidos os necessários requisitos e que não haja a intenção de se fazer desta prisão uma forma de antecipação de pena, além, é claro, do respeito as condições da prisão conforme o próprio Código de Processo Penal. Também devemos citar que não se pode aplicar a prisão preventiva em hipóteses de excludentes de ilicitude presentes no rol do artigo 23 do Código de Processo Penal.

Depois de visualizarmos os seus conceitos iniciais, seu arbitramento antes e durante o processo criminal, ressaltando das limitações expostas em lei, se faz necessário que venhamos entender como se comporta a prisão preventiva com o princípio constitucional da razoável duração do processo.

3. A PRISÃO PREVENTIVA E O PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

Um processo rápido e eficiente é direito de todos os cidadãos brasileiros, para se fazer presente no ordenamento jurídico essas premissas houve a chamada reforma judiciária, preconizada através da Emenda Constitucional n.º 45 de 2004. Com essa emenda a Constituição Federal de 1988, vários novos princípios foram inseridos no sistema jurídico brasileiro, entre eles o princípio da celeridade e o da razoável duração do processo, garantidos em âmbito administrativo e judicial nos termos do art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal.

Com essa mudança de visão sobre diversos direitos, todo o ordenamento jurídico nacional teve englobar esses princípios em suas normas. Devido a hierarquia das normas e seu status constitucional, esses princípios são a base para qualquer criação de normas e eventual alterações. Com o Direito Penal e Processual Penal não foi diferente. Porém, há ainda algumas lacunas na lei que não estão de comum acordo com o dito nas linhas da constituição, como o caso da prisão preventiva.

Conforme vimos no artigo 312 do Código de Processo Penal anteriormente citado e também nos artigos seguintes não há prazo final para a decretação deste instituto. Apenas requisitos básicos para sua decretação, sem demonstrar prazo final. Assim, a prisão preventiva é uma das maiores incógnitas do sistema brasileiro de normas penais, sendo um instituto que fica a avaliação de um juiz, literalmente deixando que as pessoas estejam a mercê do Estado. Lopes Jr (pág. 483, 2016) corrobora com esse entendimento:

Aqui reside um dos maiores problemas do sistema cautelar brasileiro: a indeterminação. Reina a absoluta indeterminação acerca da duração da prisão cautelar, pois em momento algum foi

disciplinada essa questão. Excetuando-se a prisão temporária, cujo prazo máximo de duração está previsto em lei, a prisão preventiva segue sendo absolutamente indeterminada, podendo durar enquanto o juiz ou tribunal entender existir o *periculum libertatis* (LOPES JR., pág. 483, 2016)

Portanto, é o Juiz quem decide se essa prisão permanece ou não. Sendo assim, enquanto o Juiz entender que há o risco a instrução criminal, a investigação criminal e todo os atos referente a apuração do delito em análise, o acusado pode ficar preso. Diante dessa afirmação, podemos concluir que além de ferir o princípio da duração razoável do processo, também fere o princípio da não antecipação de cumprimento de pena restrita as linhas do art. 5º, inciso LXI, da Constituição Federal de 1988.

Mas, se faz necessário antes de tecer qualquer análise sobre as questões que envolvem a prisão preventiva, a compreensão do venha a ser um princípio. Princípios jurídicos são as bases do ordenamento jurídico, é o caminho que o Direito passará para que cumpra suas funções como sistematizador de relações humanas. Diferem-se das regras no sentido de conteúdo, estrutura normativa e modo de aplicação, finalizando nos efeitos que cada uma produzirá no mundo jurídico. Barroso (pág. 244, 2018) permite uma compreensão melhor acerca do estudado:

Já os princípios indicam uma direção, um valor, um fim. [...] Como todos esses princípios têm o mesmo valor jurídico, o mesmo status hierárquico, a prevalência de um sobre outro não pode ser determinada em abstrato; somente à luz dos elementos do caso concreto será possível atribuir maior importância a um do que a outro. Ao contrário das regras, portanto, princípios não são aplicados na modalidade tudo ou nada, mas de acordo com a dimensão de peso que assumem na situação específica. (BARROSO, pág. 246, 2018)

São normas de caráter final, que possui o objetivo maior de dá direção ao que se pensa e como agir diante da situação criada. Esses princípios precisam ser observados na confecção das normas e seus possíveis efeitos. No caso da prisão preventiva, quando falamos sobre princípios, principalmente o da razoável duração do processo, não foram observados. A justiça não pode ser algo lento, muito menos tardio.

Não podemos deixar de citar que esse princípio já era norma em outros dispositivos legais, entre eles normas de direitos humanos, garantidos como direito fundamental do ser humano, como no caso da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Moraes (pág. 121, 2019) aborda essas temáticas nos lembrando da reforma judiciária, o que foi complementado por TÁVORA e ALENCAR (pág. 73, 2012):

A EC nº 45/04 (Reforma do Judiciário) assegurou a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação, pois, "o direito ao julgamento, sem dilações indevidas, qualifica-se como prerrogativa fundamental que decorre da garantia constitucional do 'due process of law' ". O Supremo Tribunal Federal entendeu, por exemplo, que a "a demora demasiada para o julgamento do recurso, em razão do elevado número de substituição de relatores" desrespeita o princípio da razoável duração do processo e determinou seu imediato julgamento. (MORAES, pág. 121, 2019)

A justiça como tal, não pode ser tardia. A Emenda à Constituição de nº 45, de 30 de dezembro de 2004, dispôs que 'a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação' (art. 5º, LXXIII, CF/1988). (TÁVORA; ALENCAR, 2012, p.73)

Em uma subsunção com o instituto em estudo, podemos perceber que ao deixar essa lacuna na lei no que desrespeita o prazo da prisão preventiva, e, principalmente, deixar a cargo de um Juiz singular a avaliação da sua manutenção e prorrogações é tornar a justiça tardia. Em outras palavras, seria permitir que o preso permanecesse nessa situação eternamente, pois se o Juiz entender que ainda há os requisitos necessários para se manter essa prisão, assim será feito.

Nos termos do artigo 316 do Código de Processo Penal, alterado pela Lei n.º 13.964 de 2019, lei que aperfeiçoa a legislação penal e processo penal, a prisão preventiva terá que ser revisada a cada 90 dias. Ou seja, o juiz que decretou a prisão preventiva terá a cada 90 dias a obrigação de se manifestar sobre a necessidade de sua manutenção mediante decisão fundamentada.

Sabemos que nos Brasil, as médias de processos duram anos. Mesmo com todas as legislações pertinentes falarem sobre a celeridade processual no âmbito penal e, em alguns casos, serem rápidos, 90 dias é um prazo longo. Basta fazer uma conta básica, soma-se 90 dias a todas as vezes que o órgão emissor entender que a prisão é ainda necessária. Embora sabemos, inclusive consta em termos na lei processual penal vigente, que a prisão preventiva não será decretada para fins de cumprimento de sentença mas que mediante a alteração feita em 2019, logo podemos concluir que estar se cumprindo aquilo que não é recomendado.

A real necessidade de aplicação desse instituto deve ser extremamente ponderada e medida todos os seus efeitos, pois em consonância com os princípios constitucionais que emanam as garantias e direitos individuais, o que nos leva a pensar também que os direitos

humanos devem ser levados em consideração. Contudo, podemos ver que na realidade os critérios estabelecidos nas linhas do artigo 282 do Código de Processo Penal, são banalizados.

O ordenamento jurídico brasileiro foi preconizado na premissa que a liberdade individual é regra, a exceção é a prisão cautelar. Mas com uma legislação arcaica, com sua origem 1941, podemos compreender que a sociedade passou por muitas evoluções que o direito processual penal não conseguiu acompanhar. Essa falta de previsão legal para estipulação de ao menos um prazo de cumprimento de medida cautelar é a maior lacuna que prejudica aqueles que possuem sua liberdade cessada.

Não estamos dizendo que não se deva aplicar a medida cautelar ao passo que estejam todos os requisitos devidamente preenchidos, o que estamos questionando é o fato de não existir um prazo estipulado para a sua aplicação. Mesmo com a vaga taxa de revisão de 90 dias, ainda se permanece a ideia de que se o Juiz entender necessário o preso pode ficar eternamente preso, respeitando assim a lei. Muitas vezes o que é legal não é moral, principalmente quando se tem uma ideia de que o preso perde todos os seus direitos pelo simples fato de estar preso.

É necessário que entendamos que o preso, embora esteja preso, perde apenas o direito a liberdade ficando a disposição do Estado, o qual ainda é obrigado a seguir uma serie de ritos, direitos e deveres com o preso. Não podemos simplesmente conceber a ideia de que a prisão cessa seus direitos inerentes ao ser humano ou de cidadão. Numa sociedade pautada no Estado Democrático de Direito, o respeito à Constituição e tudo que nela estar escrito deve prevalecer. Cunha (2016) aborda essa temática:

A falta de previsão legal para a duração do processo com réu preso criou posições doutrinárias e jurisprudências antagônicas, restando com isso prejudicado o princípio constitucional da razoável duração do processo, estabelecido pela emenda constitucional 45/2004, que tratava da reforma do judiciário, que entre outras mudanças, inseriu no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, o inciso LXXVIII, que prevê expressamente o direito a todos, tanto jurídica como administrativamente, de ter assegurado o direito a razoável duração do processo bem como a todos os cidadãos, os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (CUNHA, 2016)

A insegurança jurídica criada por essa omissão legal causa danos, muitas vezes. O princípio da razoável duração do processo deve ser levado em consideração quando o assunto é prisão preventiva, deve ter sua interferência confirmada nos moldes do objetivo desse instituto. Essa afirmação deve ser colocada em prático a luz do prejuízo que o

investigo sofre, como danos psicológicos e até morais devido à realidade de muitos institutos penais de prisão.

Sabemos que no Brasil, a realidade dos presídios é dura e que são neles que as mazelas da sociedade se encontram. Assim, além de todos os esses danos, o investigado estar à mercê do “sistema” que existe dentro dos presídios, o que a nosso ver é um desgaste desnecessário, pois em um processo que ainda não há o trânsito em julgado, a presunção de inocência deve ser aplicada em respeito ao que diz a Constituição Federal de 1988.

Contudo, o silêncio da lei quanto à possibilidade da máxima duração das medidas cautelares gera insegurança jurídica, abrindo até mesmo a possibilidade de futuras reparações na esfera civil em termos financeiros. Além de garantir ao preso a devida aplicação dos seus direitos, imune o Estado de ressarcir danos que eventualmente venham a ser causados a alguém. Ou seja, todos ganham. O Direito precisa ser sinônimo de justiça.

CONCLUSÃO

A prisão preventiva, conforme todo o estudo realizado desta medida cautelar, deve ser utilizado como o último recurso para se fazer cessar qualquer interferência sobre a investigação policial ou em causas de perturbação do regular andamento do processo judicial. Deve ser aplicada apenas com esse intuito evitando-se que esta medida seja utilizada para antecipação de pena.

O grande dilema desta medida cautelar é a sua falta de estipulação de tempo. Mesmo com todo o avanço legislativo no ordenamento jurídico brasileiro, não há a estipulação do tempo em que o preso passe preventivamente. Apenas há a estipulação de um tempo mínimo para análise, e, somente em caso de inércia, que poderá ter uma decretação de ilegalidade na prisão, conforme vemos no parágrafo único do artigo 316 do Código de Processo Penal.

Diante dessa lacuna legislativa, o preso acaba por não somente ter lesado o seu direito a liberdade, mas também outros direitos que estão previstos na Constituição, como o direito a celeridade processual e a razoável duração do processo. Podemos perceber, então, que a prisão preventiva embora eficaz tenha esta lacuna. Logo, podemos compreender que não há a devida aplicação do referido princípio constitucional na medida cautelar em comento.

Portanto, podemos concluir que ainda há a necessidade de um aprimoramento no tocante a estipulação de uma data determinada de duração da prisão preventiva, sem a possibilidade de se deixar a cargo da decretação de um juiz sob a possibilidade de continuarmos com as reiteradas lesões aos direitos dos presos. Mesmo que haja a

possibilidade de avaliação da prisão em 90 pelo órgão emissor da prisão, podemos verificar que se ele compreender que ainda há a necessidade de manutenção da prisão, se poderá continuar em mantê-la.

Assim, com essa possibilidade de manutenção da referida medida cautelar, o preso pode passar mais do tempo necessário na prisão, pois a decisão que permitirá a manutenção ou cessação da prisão ainda tem caráter subjetivo, ou seja, ainda é de decisão exclusiva do juiz, podendo este mantê-lo preso por quanto tempo entender ser necessário. Se for preenchida esta lacuna com um caráter objetivo, em outras palavras, estipulado pela lei para aplicação imediata, não haverá mais situações de presos cumprindo penas que nem se foram ainda estipuladas.

Com isso, podemos responder o problema deste estudo, de acordo com o que aqui já foi apresentado, mesmo com todas as evoluções jurídicas – principalmente com a última que veio através da Lei Anticrime, - a prisão preventiva ainda precisa de ajustes para se adequar a realidade constitucional respeitando todos os princípios que a carta magna de 1988 engloba ao ordenamento jurídico.

Também podemos verificar que analisamos a regulamentação legal pertencente a prisão preventiva, através do estudo ao Código de Processo Penal e da evolução legislativa pertencente ou que altere a medida cautelar em estudo. Verificamos como já demonstrado, o tempo referente à duração da prisão e a crítica feita a esta lacuna, sob o enfoque atual e discutido através da jurisprudência e da legislação.

Por fim, mas não menos importante, reafirmamos a não aplicação do princípio da razoável duração do processual, precisamente quando falamos sobre a celeridade processual no que tange a ideia de prolongamento da referida prisão no tempo, descumprindo a proibição de antecipação de pena.

ABSTRACT: Preventive detention has a provisional character, as it aims to ensure the effectiveness of the ongoing criminal investigation. Its application must be exceptional, that is, when necessary. However, the Brazilian criminal procedural system allows for several renewals of this prison, creating the permanence of the prisoner eternally if justified by the judge. Therefore, it is necessary to understand the reasons that lead the prisoner to remain in preventive detention, seeking the due subsumption of the principle of celerity with this criminal procedural institute. It is extremely important to understand this unknown brought by the legislation itself, given that if the judge identifies reasons that keep this prisoner incarcerated, there is no constitutionalization of the criminal procedural law and therefore there is no respect for the prisoner's fundamental guarantee of speed. Therefore, this study aims to demonstrate whether the principle of reasonable duration of the process is applied to preventive detention, verifying, under the terms of criminal procedural law, the duration of preventive detention.

KEYWORDS: Speed; Process; Prison; Right.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Fábio Roque; COSTA, Klaus Negri. **Processo Penal Didático**. 4. Ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2021.

AUFIERO, Aniello Miranda. **Teoria e Prática de Processo Penal**. 4. Ed. Manaus: Editora Aufiero, 2018.

BAHIA, Flávia. **Direito Constitucional**. 4. Ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. **Princípios do Processo Penal: teoria, jurisprudência e direito internacional**. Salvador: Editora Juspodivm, 2021.

CAMPOS, Walfredo Cunha. **Curso completo de processo penal**. 2. Ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2019.

CUNHA, André Sergey Aguiar. **A prisão preventiva e o princípio da razoável duração do processo**. Jusbrasil. Disponível em: <<https://institutoiunib.jusbrasil.com.br/artigos/388304739/a-prisao-preventiva-e-o-principioda-razoavel-duracao-do-processo/amp>>. Acesso em maio de 2021.

FERREIRA, Wilson Luiz Palermo. **Percepção dos aspectos analíticos do delito na atuação concreta do delegado de polícia**. 2. Ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Editora Juspodivm, 2021.

JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. **Direito Processo Penal: estudos, pareceres e crônicas**. 15. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2018.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal: volume único**. 7. Ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 35. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

PACELLI, Eugênio. **Prisão preventiva de liberdade provisória: a reforma da Lei nº 12.403/11**. São Paulo: Atlas, 2013.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 28. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva Educações, 2019.



REIS, Alexandre Cebrain Araujo; GONÇALVES, Vítor Eduardo Rios. **Direito Processual Esquematizado**. Penal. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educações, 2021.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Processo Penal e Execução Penal**. 16. Ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2021.

IMUNIDADE PARLAMENTAR: OS EFEITOS DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL NO ÂMBITO DA IMUNIDADE PARLAMENTAR

DANIEL JONATHAS DE ARAÚJO MOURA:
Graduando do Curso de Direito do Centro
Universitário FAMETRO.

RESUMO: Os aspectos da imunidade parlamentar, com ênfase em sua importância e divergências no processo penal é o objetivo principal deste trabalho. Trouxe à baila, em objetivos específicos, os aspectos subjetivos e objetivos tendo como foco a prisão preventiva. Insta salientar as diretrizes constitucionais destrinchadas nas imunidades formal e material do parlamentar. Em capítulos seguintes, descreve-se a divergência existente nas decisões do Supremo Tribunal Federal, as quais abarcam as prisões de parlamentares em conflito com as prerrogativas de função. O método utilizado para a elaboração do presente foi a documentação indireta, observando-se sistematicamente a pesquisa bibliográfica de fontes primárias e secundárias (doutrinas em geral, artigos científicos, dissertações de mestrado, teses de doutorado, etc.), além de documentação oficial (projetos de lei, mensagens, leis, decretos, súmulas, acórdãos, decisões, etc.). Buscou-se um senso crítico necessário para uma reflexão político criminal equilibrada e aprofundada, assim como a sua legitimidade no Estado Democrático de Direito, contribuindo como fonte de conhecimento a pesquisadores e transeuntes.

PALAVRAS-CHAVE: Imunidade. Parlamentar. Lei Penal. Julgados.

ABSTRACT: Aspects of parliamentary immunity, with emphasis on its importance and divergences in criminal proceedings, is the main objective of this work. It brought up, in specific objectives, the subjective and objective aspects, focusing on preventive detention. It urges to highlight the constitutional guidelines delineated in the formal and material immunities of the parliamentarian. In the following chapters, the divergence existing in the decisions of the Federal Supreme Court is described, which include the arrests of parliamentarians in conflict with the prerogatives of function. The method used to prepare the present was indirect documentation, systematically observing the bibliographic research of primary and secondary sources (doctrines in general, scientific articles, master's dissertations, doctoral theses, etc.), in addition to official documentation (bills, messages, laws, decrees, summaries, judgments, decisions, etc.). We sought a critical sense necessary for a balanced and in-depth criminal political reflection, as well as its legitimacy in the Democratic Rule of Law, contributing as a source of knowledge to researchers and passersby.

KEYWORDS: Immunity. Parliamentary. Criminal Law. Judged.

INTRODUÇÃO

A imunidade parlamentar tem como conjectura a proteção das instituições, bem como o fortalecimento do Poder Legislativo diante os Poderes do Executivo e Judiciário.

A priori, à baila tem-se que as imunidades parlamentares são garantias institucionais do Poder Legislativo, cujo objetivo é assegurar o exercício das funções parlamentares de seus membros, que representam os interesses do povo que os elegeram. A Carta vigente, Constituição Federal de 1988, manteve as imunidades material e formal, como fundamentais e garantidoras da liberdade de função dos congressistas, dessa forma reforçando a proteção formal aos legisladores.

Como imunidade formal, tem-se o caráter institucional do próprio Poder Legislativo, destinada à sua proteção. Ressalvados os casos de imunidade parlamentar, os deputados e senadores estão sujeitos às mesmas leis que o cidadão comum, em respeito ao princípio da isonomia. A imunidade material, absoluta ou real, segundo os estudiosos da matéria, tem como objetivo assegurar a liberdade de expressão dos congressistas, a qual é assimilada como a privação da responsabilidade penal, civil, disciplinar ou política do parlamentar por suas opiniões, palavras ou votos.

Alguns autores consideram que o que está em jogo em relação às imunidades parlamentares é o interesse público e não o particular, ou seja, do parlamentar individualmente considerado.

Não obstante a legitimidade dos mencionados tipos de prisões provisórias no nosso sistema, a Constituição Federal, em relação aos parlamentares, só permite a incidência da prisão em flagrante delito de crime inafiançável, como, aliás, já decidiu o Supremo Tribunal Federal. Contudo, mesmo havendo o tipo de prisão supracitado, a respectiva casa poderá deliberar, por votação, pela reforma ou não da prisão, pouco importando a natureza do crime cometido.

Atualmente, após a introdução da Lei nº 12.403/2011 (que alterou o Código de Processo Penal), o óbice se agravou bastante, pois praticamente se gerou uma imunidade absoluta para os parlamentares em relação aos crimes de corrupção.

Se invocarmos a literalidade da regra constitucional a respeito da imunidade prisional dos parlamentares é fácil concluir ser impossível a conversão da prisão em flagrante em preventiva, pois tal tipo de prisão foi vedado pela Constituição Federal. No entanto, não restará outro ensejo ao juiz que não seja relaxar a prisão ou conceder a liberdade provisória.

É inteligível que a imunidade prisional possa gerar a sensação de impunidade, pois ainda que a prisão provisória se faça necessária para conservação do processo, não haverá como ser decretada a prevalecer a restrição constitucional, transformando o que deveria

ser uma garantia para o parlamento em um verdadeiro privilégio, um escudo para práticas ilícitas, o que é incompatível com a Democracia, com a República e com o Estado Democrático de Direito.

A metodologia utilizada para esta pesquisa foi a documentação indireta, observando-se sistematicamente a pesquisa bibliográfica de fontes primárias e secundárias (doutrinas em geral, artigos científicos, dissertações de mestrado, teses de doutorado, etc.), além de documentação oficial (projetos de lei, mensagens, leis, decretos, súmulas, acórdãos, decisões, etc.).

O objetivo desta pesquisa é explanar todos os aspectos da imunidade parlamentar, com ênfase em sua importância e divergências no processo penal.

2 IMUNIDADE PARLAMENTAR

Holanda (MACHADO, 2016, p. 13, apud. HOLANDA, 2013, p. 468), afirma que o vocábulo imunidade tem origem latina e deriva de *immunitate*. Enquanto substantivo feminino traduz a condição de não se estar sujeito a algum ônus ou encargo, significando isenção.

Já conforme Falcão (1986, p. 134, apud KURANAKA, 2002, p. 90), imunidade parlamentar é “uma garantia funcional em geral bipartida em expediente material e formal, admitida nas Constituições para o livre desempenho do ofício dos membros do Poder Legislativo e evitar desfalques na integração do respectivo quórum”.

De acordo com Santos (2009, p.19):

Os sujeitos ativos formais das imunidades parlamentares são a Câmara dos Deputados e o Senado Federal, ou seja, o próprio Estado Federativo, representado pela União; Estados-membros, representados pelas suas Assembleias Legislativas; e os Municípios, por suas Câmaras de Vereadores. Já os sujeitos passivos, são as pessoas físicas ou jurídicas, que se dizem lesadas ou ofendidas, ou seja, aqueles que suportam as ofensas parlamentares.

Moraes (2005, p. 394) pontua em sua doutrina o conceito de imunidade parlamentar da seguinte forma:

Convém reafirmar que a imunidade parlamentar é uma das mais importantes conquistas da democracia representativa e uma expressão vigorosa do Estado Democrático de Direito para tornar factíveis os princípios fundamentais da República Federativa: a

soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político.

Destarte, complementando o pensamento supracitado, Tasca (2015, p. 01) considera que a imunidade parlamentar nada mais é, do que uma prerrogativa constitucional vinculada à função de legislar, para que o legislador, por sua vez, possa exercer tal função com independência e liberdade fazendo jus ao bom desempenho de suas funções.

1.1 Diretrizes Constitucionais

As imunidades estão previstas no artigo 53 da Constituição Federal, o qual foi modificado pela Emenda Constitucional nº35 de 2001, com a finalidade de coibir situações indesejáveis de parlamentares perante a opinião pública.

O comando do artigo 53, na sua redação primitiva, estabelecia que os deputados e senadores eram invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões palavras e votos, sendo que, desde a diplomação, não podiam ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável; neste caso, os autos deveriam ser remetidos, em vinte e quatro horas à respectiva Casa, para que ela pudesse deliberar, por maioria de votos, sobre a prisão ou não do parlamentar. Estabelecia, ainda, que os deputados e senadores respondiam por crimes comuns perante o Supremo Tribunal Federal (SANTOS, 2009, p. 29).

Diante do exposto, pode-se afirmar que a imunidade não é pois um privilégio de certas pessoas, não diz respeito à figura do congressista, mas uma prerrogativa consagrada no direito constitucional brasileiro concedida a toda categoria parlamentar em virtude da função exercida pelos seus membros, tanto em nível federal, como em estadual e municipal, objetivando assegurar o livre e desimpedido exercício desta atividade enquanto durar o mandato, resguardando-a e garantindo maior independência de atuação perante o Executivo e o Judiciário.

2.2 Imunidade Formal

A imunidade formal, trata-se de garantia de cunho processual, refere-se à prática pelo parlamentar de crimes comuns inafiançáveis. O parlamentar, durante o mandato não pode ser preso, salvo em flagrante por crime inafiançável. Caso em que o auto de flagrante deverá ser remetido à Casa a qual o parlamentar pertença no prazo de 24 horas, para que esta, por iniciativa de um partido político nela representado, por maioria absoluta poderá promover a sustação da ação penal.

Houve, pois, um redimensionamento da imunidade, que não mais é automática, por assim dizer. Agora, para que o processo seja suspenso, há que obter a manifestação expressa da Casa respectiva do parlamentar processado perante o Supremo Tribunal Federal. A respectiva Casa deliberará, então, não mais acerca do pedido de licença (que é automático), mas sim, agora, acerca da paralisação do processo já em trâmite normal. Trata-se de um julgamento pelos pares do parlamentar, que analisarão, nessa ocasião, a conveniência política de ver processado, naquele momento, determinado congressista (BICALHO, 2011, p. 03).

Oliveira (2016, p.145) ratifica que a imunidade formal é prerrogativa de ordem pública e, portanto irrenunciável, há vista que é dotada de caráter institucional próprio do Poder Legislativo, destinada à sua proteção. Ressalvados os casos de imunidade parlamentar, os deputados e senadores estão sujeitos às mesmas leis que qualquer cidadão, em respeito ao princípio da igualdade. Todavia, em defesa do interesse maior, de continuidade das atividades legislativas e preservação da independência do poder de Estado, convém o não afastamento do congressista em razão de processo judicial.

Denominado como imunidade processual ou formal, esta regalia garante ao congressista a impossibilidade de ser processado ou permanecer preso; ampara, desta forma, a liberdade pessoal do parlamentar, nos casos de prisão ou processo criminal. Pois busca a proteção dos parlamentares contra processos ou prisões arbitrárias.

2.3 Imunidade Material

Amplamente conhecida como absoluta ou substantiva, a Imunidade Material visa garantir e proteger o interesse público, de modo que os parlamentares representam o povo frente ao Poder Legislativo (TAVARES, 2018, p.1238).

Jesus (1988, p.399), conceitua o instituto da imunidade, sob o prisma da Constituição de 1967, destacando que a imunidade material é causa funcional de isenção de pena. Explica que os parlamentares, desde que cometam o fato no exercício da função, não respondem pelos denominados delitos de opinião de palavra; porém, deve haver nexos entre o exercício do mandato e o fato cometido. Conclui o autor dizendo que, nos casos citados e diante da imunidade penal, "os deputados federais e senadores ficavam livres do inquérito policial e do processo criminal".

Acrescenta Michel Temer (2007, p. 132):

Opiniões e palavras que, ditas por qualquer outra pessoa, podem caracterizar atitude delituosa, mas que assim não se configuram

quando pronunciadas por parlamentar. Sempre, porém, quando tal pronunciamento se der no exercício do mandato.

Atualmente, a redação do art. 53 da Constituição Federal/1988 inserida com a Emenda Constitucional nº 35, de 2001, se apresenta da seguinte forma, *in verbis*.

Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 35, de 2001).

§ 1º. Os Deputados e Senadores, desde a expedição do diploma, serão submetidos a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 35, de 2001)

§ 2º. Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 35, de 2001).

§ 3º. Recebida a denúncia contra o Senador ou Deputado, por crime ocorrido após a diplomação, o Supremo Tribunal Federal dará ciência à Casa respectiva, que, por iniciativa de partido político nela representado e pelo voto da maioria de seus membros, poderá, até a decisão final, sustar o andamento da ação. (BRASIL, CF/88).

Resta cristalino que o art. 53, caput da CF/88, inseriu duas expressões, quais sejam, civil e penalmente, para evidenciar que os parlamentares são invioláveis por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos, não interessando se proferiu ofensas, ameaças, injúria ou calúnias, desde que as tenham proferido em razão de suas funções parlamentares e, relacionados ao mandato em exercício, não se restringindo, ao âmbito do Congresso Nacional. Explanando que, mesmo que o parlamentar esteja em qualquer lugar do território nacional, a CF/88 resguarda a sua atividade, mesmo que proferira palavras ou conceder entrevistas não pratica qualquer crime (BRITO, 2007, p. 242).

De outro modo, no Brasil já existem procedimentos instaurados, com o intuito de averiguar possíveis excessos cometidos pelos parlamentares, no gozo desta prerrogativa (TAVARES, 2018, p.1238).

2.4 Penalidades

2.4.1 O caminho da cassação

A história evidencia que o primeiro político cassado por quebra de decoro parlamentar, após o século XX, foi o deputado Edmundo Barreto Pinto (PTB-DF), que perdeu o seu mandato em 27 de maio de 1949. Ele se deixou fotografar de smoking e cuecas por uma revista da época (TAVARES, 2018, p.1239).

O caso mais recente e já afastado da Casa, Eduardo Cunha (PMDB-RJ) teve seu mandato político cassado por 450 votos a favor de sua cassação, sendo dez contra e nove abstenções, no processo de cassação mais longo da Câmara, que durou 336 dias desde a representação por quebra de decoro. O peemedebista foi o segundo parlamentar a sofrer condenação política na esteira do momento de instabilidade política que assola a nação (TAVARES, 2018, p.1239).

Em 2016, Jean Wyllys (PSOL-RJ) sofreu processo disciplinar e foi punido com advertência. Também alvo de pedido de processo por quebra de decoro, por, em sessão de impeachment da então Presidente Dilma Rousseff, cuspir no então parlamentar Jair Messias Bolsonaro, a quem travava recíprocas críticas e debates calorosos (TAVARES, 2018, p.1239).

As medidas disciplináveis são inseridas proporcionalmente a gravidade da quebra de decoro parlamentar, sendo estas compostas por censura, advertência, suspensão ou perda de mandato para as violações de maior complexidade e gravidade (TAVARES, 2018, p.1239).

Dessa forma como qualquer objeto de participação e, sobretudo, pela sua sujeição a certas características da Administração Pública, destacando-se dessa forma a moralidade, não é o mandato parlamentar algo absoluto, estando, portanto, sujeito à revogação. A revogação do mandato parlamentar recebe o nome técnico de “perda”, sendo um gênero subdivisível em duas espécies - a cassação e a extinção do mandato (BALBANI e FONSECA, 2018, p. 793).

A previsão constitucional para a perda de mandato parlamentar encontra-se fulcrada no art. 55 da Constituição Federal de 1988, se desdobrando em diversas situações distintas – que indicam um rol em tese taxativo, mas que se mostra exemplificativo ante a adoção de uma sétima situação pela Jurisprudência. Indica o texto constitucional, *in verbis* (BALBANI e FONSECA, 2018, p. 793):

Art. 55. Perderá o mandato o Deputado ou Senador:

- I - que infringir qualquer das proibições estabelecidas no artigo anterior;
- II - cujo procedimento for declarado incompatível com o decoro parlamentar;

III - que deixar de comparecer, em cada sessão legislativa, à terça parte das sessões ordinárias da Casa a que pertencer, salvo licença ou missão por esta autorizada;

IV - que perder ou tiver suspensos os direitos políticos;

V - quando o decretar a Justiça Eleitoral, nos casos previstos nesta Constituição;

VI - que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado.

§ 1º É incompatível com o decoro parlamentar, além dos casos definidos no regimento interno, o abuso das prerrogativas asseguradas a membro do Congresso Nacional ou a percepção de vantagens indevidas.

§ 2º Nos casos dos incisos I, II e VI, a perda do mandato será decidida pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, por maioria absoluta, mediante provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa.

§ 3º Nos casos previstos nos incisos III a V, a perda será declarada pela Mesa da Casa respectiva, de ofício ou mediante provocação de qualquer de seus membros ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa.

§ 4º A renúncia de parlamentar submetido a processo que vise ou possa levar à perda do mandato, nos termos deste artigo, terá seus efeitos suspensos até as deliberações finais de que tratam os §§ 2º e 3º. (BRASIL, 1988).

Partindo da dicotomia entre “cassação” e “extinção” indicada pelo texto constitucional, Lisowski (2017) leva em conta a natureza da responsabilização imputada ao parlamentar e da qual decorre a perda de mandato para classificar o instituto, propondo assim a subdivisão da perda de mandato em casos decorrentes da responsabilização jurídica e casos decorrentes da responsabilização política.

A responsabilização jurídica, nesse cenário, adota como parâmetro a norma jurídica positiva em si, sendo caracterizada pela aplicação pura e simples aplicação do texto normativo no caso concreto. É o caso dos incisos III, IV e V do art. 55 da Constituição Federal, todos apontados pela doutrina e pelo próprio texto legal como situações de

“extinção de mandato parlamentar” ou perda em sentido estrito (BALBANI e FONSECA, 2018, p. 794).

Já a responsabilização política tem como parâmetro de aplicação questões éticas e morais que ultrapassam os ditames da norma jurídica, cabendo um critério discricionário de aplicação. O juízo, aqui, não é mais jurídico, mas eminentemente político. Aqui se encaixam as disposições remanescentes do rol do art. 55, isto é, os incisos I, II e VI, identificados pela doutrina e pela própria Constituição Federal como hipóteses de “cassação de mandato parlamentar” (BALBANI e FONSECA, 2018, p. 794).

Bandeira e Melgaré (2017, p. 67) afirmam, a fim de diferenciar a extinção (ou perda em sentido estrito) e a cassação de mandato parlamentar, que as situações de extinção de mandato são meramente declaratórias, não cabendo contestação alguma da Casa Legislativa a respeito do tema – a função única da Mesa Diretora do órgão é a aplicação da penalidade constitucionalmente fixada. Por sua vez, a cassação decorre de uma conduta inadequada praticada pelo parlamentar e que, contudo, depende de um referendo prévio da Casa Legislativa para resultar na sanção máxima possível, isto é, a cassação do mandato.

Fonseca (2016, p. 50), assevera que a regra geral do art. 15, III, da Constituição Federal é excepcionada pelo art. 55, § 2º, ao tratar do procedimento adotado quando da cassação do mandato parlamentar – em especial, nos casos de suspensão dos direitos políticos e condenação criminal transitada em julgado.

A partir das especificações de cada uma das hipóteses constitucionais de perda de mandato, é possível depreender algumas características comuns a cada classificação da perda. Se por um lado a extinção, por meio dos incisos III, IV e V, apresenta, em geral, parâmetros objetivos, caráter essencialmente jurídico e a defesa de interesses coletivos, tal qual a publicidade do processo legislativo e a lisura do processo eleitoral, por outro, a cassação, pelos incisos I, II e VI, traz, na maior parte dos casos, parâmetros subjetivos, essência política e defesa de um modelo de conduta parlamentar (BALBANI e FONSECA, 2018, p. 794).

3 O AGIR DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Ao menos em tese, o Supremo Tribunal Federal tem uma atuação bastante restrita no que tange ao Processo Legislativo. A regra geral é a da não intervenção do Judiciário em atos *interna corporis* do Poder Legislativo, uma vez que a observância do Princípio da Separação de Poderes é regra fundante do Estado Democrático de Direito (BALBANI e FONSECA, 2018, p. 794).

3.1 Jurisprudências do STF acerca da imunidade parlamentar

RE 632115 RG

Repercussão Geral – Admissibilidade

Órgão julgador: Tribunal Pleno

Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO

Julgamento: 22/06/2017

Publicação: 29/06/2017

Ementa

Ementa: Direito Constitucional. Recurso Extraordinário. Responsabilidade Civil do Estado por atos protegidos por imunidade parlamentar. Presença de Repercussão Geral. 1. A decisão recorrida reconheceu a responsabilidade civil objetiva do Estado e condenou o ente público ao pagamento de indenização por danos morais decorrentes de atos protegidos por imunidade parlamentar. 2. Constitui questão constitucional relevante definir se a inviolabilidade civil e penal assegurada aos parlamentares, por suas opiniões, palavras e votos, afasta a responsabilidade civil objetiva do Estado, prevista no art. 37, § 6º, da Constituição. 3. Repercussão Geral reconhecida.

Tema

950 - Responsabilidade civil objetiva do Estado por atos protegidos por imunidade parlamentar.

Observação

- Acórdão(s) citado(s): (IMUNIDADE PARLAMENTAR MATERIAL, RESPONSABILIDADE CIVIL) RE 210917 (2ªT). - Decisão monocrática citada: (IMUNIDADE PARLAMENTAR MATERIAL, RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO) RE 232057. Número de páginas: 13. Análise: 22/08/2018, TLR.

Imperioso destacar nos julgados do STF a citação máxima da Constituição Federal/1988, onde se encontram, inclusive, como tratado no tópico penalidades e imunidades, arts. 53 e 55 que regem quanto às condutas dos parlamentares.

Pet 6268

Órgão julgador: Primeira Turma

Relator(a): Min. ROSA WEBER

Julgamento: 06/03/2018

Publicação: 17/04/2018

Ementa

EMENTA Queixa. Crime Contra a Honra. Imunidade Parlamentar. Art. 53, caput, Constituição Federal. Antagonismo Político entre os Envolvidos. Pertinência das ofensas imputadas com a Atividade Parlamentar. Rejeição. 1. A imunidade material parlamentar quanto a palavras e opiniões emitidas fora do espaço do Congresso Nacional pressupõe a presença denexo causal entre a suposta ofensa e a atividade parlamentar. 2. Antagonismo político entre querelante e querelado, com pesadas críticas inseridas no debate político, de que se infere a pertinência das ofensas irrogadas com a atividade de Senador da República. 3. Queixa-crime rejeitada.

Observação

HC 34467 (TP). (CRIME CONTRA A HONRA, DIREITO DE CRÍTICA) HC 98237 (2ªT), Inq 503 QO (TP). (IMUNIDADE PARLAMENTAR MATERIAL, ESTADO DE SÍTIO) HC 3536. (IMUNIDADE PARLAMENTAR MATERIAL, MANIFESTAÇÃO, INTERIOR, CASA LEGISLATIVA) RE 600063 (TP), RE 443953 ED (1ªT), RE 299109 AgR (1ªT), RE 576074 AgR (1ªT)

Imunidade parlamentar quanto a ofensas, palavras ditas, ofendendo assim a honra de outro parlamentar ou de qualquer outra pessoa pelo simples fato de querer fazê-lo e sem nenhuma relação com suas funções, isto é, sem nenhum benefício para a democracia, é conduta que não pode ser tolerada pelo direito.

Insta salientar que responder apenas perante a Casa respectiva não protege adequadamente os bens jurídicos intimidade, imagem e honra, mormente porque sabemos que se trata de julgamento político e, a depender de quem seja o parlamentar e partido a que pertença, nem sempre haverá a aplicação de punição necessária e adequada.

Pet 7434 AgR

Órgão julgador: Primeira Turma

Relator(a): Min. ROSA WEBER

Julgamento: 01/03/2019

Publicação: 18/03/2019

Ementa

EMENTA AGRAVO REGIMENTAL. QUEIXA-CRIME. NEGATIVA DE SEGUIMENTO. DEPUTADO FEDERAL. CRIME CONTRA A HONRA. NEXO DE IMPLICAÇÃO ENTRE AS DECLARAÇÕES E O EXERCÍCIO DO MANDATO. EXISTÊNCIA. IMUNIDADE PARLAMENTAR MATERIAL. ALCANCE. ARTIGO 53, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. A inviolabilidade material, no que diz com o agir do parlamentar fora da Casa Legislativa, exige a existência de nexo de implicação entre as declarações delineadoras dos crimes contra a honra a ele imputados e o exercício do mandato. Estabelecido esse nexo, a imunidade protege o parlamentar por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos (artigo 53, caput, da CF), e não se restringe às declarações dirigidas apenas a outros Congressistas ou militantes políticos ostensivos, mas a quaisquer pessoas. 2. Imunidade parlamentar material reconhecida na espécie, proferida as manifestações em entrevista do Deputado Federal a rádio no âmbito de atuação marcadamente parlamentar, em tema de fiscalização do processo eleitoral em município do seu Estado, situação conducente à atipicidade de conduta. 3. Agravo regimental conhecido e não provido.

Observação

- Acórdão(s) citado(s): (IMUNIDADE PARLAMENTAR MATERIAL, PERTINÊNCIA, EXERCÍCIO DE MANDATO ELETIVO) RE 600063 RG, Pet 5243 (1ªT), AO 2002 (2ªT). (QUEBRA DE DECORO PARLAMENTAR) Pet 5647 (1ªT), Pet 6156 (2ªT). - Decisão monocrática citada: (IMUNIDADE PARLAMENTAR MATERIAL, PERTINÊNCIA, EXERCÍCIO DE MANDATO

Desde a expedição do diploma, deputados federais e senadores, serão processados criminalmente perante o Supremo Tribunal Federal (artigo 53, §1º, da CF). A prerrogativa abrange os crimes comuns, estendendo-se aos crimes eleitorais, e às contravenções penais (artigo 102, I, "b", da CF). Findo o mandato, a prerrogativa de foro é cessada e o processo deverá prosseguir de acordo com a regra geral de competência.

4 CASO DE PRISÃO DO DEPUTADO DANIEL SILVEIRA

A Constituição Federal (BRASIL, 1988) prevê em seu artigo 53 a inviolabilidade dos Senadores e Deputados por suas opiniões, palavras e votos, não havendo a cobertura desse direito no caso de flagrante de crime inafiançável, sendo os autos levados à Casa respectiva no prazo de vinte e quatro horas para seus membros decidirem a prisão do parlamentar por voto da maioria.

Diante disso, o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu manter a prisão em flagrante do deputado Daniel Silveira no Inquérito 4.781, após o parlamentar publicar um vídeo nas redes sociais dirigindo ataques contra os membros do órgão e defendendo o AI-5, isto é, argumentando ser a favor de atos contra a democracia e proferindo ameaças contra a vida dos ministros, o que constitui crime inafiançável (CIRNE, SILVA e COLNAGO, 2021, p. 137).

A prisão em flagrante foi realizada por ordem do Ministro Alexandre de Moraes, o qual afirmou que a conduta do deputado representou grave ameaça para o regime democrático, como afirma no seguinte trecho (CIRNE, SILVA e COLNAGO, 2021, p. 137):

A Constituição Federal não permite a propagação de ideias contrárias a ordem constitucional e ao Estado Democrático (CF, artigos 5º, XLIV; 34, III e IV), nem tampouco a realização de manifestações nas redes sociais visando o rompimento do Estado de Direito, com a extinção das cláusulas pétreas constitucionais – Separação de Poderes (CF, artigo 60, §4º), com a consequente, instalação do arbítrio.

Nessa toada, o ministro relator se valeu de dispositivos constitucionais e infraconstitucionais para embasar sua decisão. Em primeiro, levou em consideração a vedação existente na Constituição, da propagação de ideias que vão contra a ordem constitucional vigente e o Estado Democrático de Direito, usando como embasamento o artigo 5º, inciso XLIV, da Magna Carta, e os incisos III e IV do artigo 34 da Lei Maior (FERREIRA, 2021, p. 08).

Ademais, o ministro entendeu que a Carta Política não permite manifestações que objetivam extinguir a separação dos poderes, por força da cláusula pétrea existente no artigo 60, § 4º, inciso III desta (FERREIRA, 2021, p. 09).

Ainda, aduziu o relator, no sentido de que as condutas realizadas pelo Deputado tipificam crimes contra a honra do poder judiciário e dos ministros do Supremo, restando enquadradas em dispositivos da Lei nº 7.170/83 (Lei de Segurança Nacional), como por exemplo seus incisos I e IV do artigo 22 e o artigo 26 (FERREIRA, 2021, p. 09).

A advogada de Daniel Silveira, Thainara Prado alegou que a prisão do deputado desrespeita a sua imunidade material, uma vez que ele é inviolável quanto a seus votos,

palavras e opiniões, além de ter o direito de expressar suas ideias. Divulgou essa nota (CIRNE, SILVA e COLNAGO, 2021, p.138):

A prisão do deputado representa não apenas um violento ataque à sua imunidade material, mas também ao próprio exercício do direito à liberdade de expressão e aos princípios basilares que regem o processo penal brasileiro.

O Ministro Alexandre de Moraes afirmou que as condutas empreendidas por parte do deputado estão previstas na Lei de Segurança Nacional (Lei 7.170/1973), exclusivamente nos artigos seguintes (CIRNE, SILVA e COLNAGO, 2021, p. 139):

Art. 17 - Tentar mudar, com emprego de violência ou grave ameaça, a ordem, o regime vigente ou o Estado de Direito.

Art. 18 - Tentar impedir, com emprego de violência ou grave ameaça, o livre exercício de qualquer dos Poderes da União ou dos Estados.

Art. 22 - Fazer, em público, propaganda:

I - de processos violentos ou ilegais para alteração da ordem política ou social; IV - de qualquer dos crimes previstos nesta Lei.

Art. 23 - Incitar:

- à subversão da ordem política ou social;

- à animosidade entre as Forças Armadas ou entre estas e as classes sociais ou as instituições civis;

IV - à prática de qualquer dos crimes previstos nesta Lei.

Art. 26 - Caluniar ou difamar o Presidente da República, o do Senado Federal, o da Câmara dos Deputados ou o do Supremo Tribunal Federal, imputando-lhes fato definido como crime ou fato ofensivo à reputação.

O caso do deputado Daniel Silveira causou grande repercussão e debate quanto aos limites do exercício da liberdade de expressão pelos parlamentares, dado que a decisão do Supremo Tribunal Federal consolidou ainda mais a visão de que a manifestação de nenhum direito é ilimitada (CIRNE, SILVA e COLNAGO, 2021, p. 139).

CONCLUSÃO

Na esteira posta em desfile, percebeu-se a relevância das imunidades parlamentares para a construção do Estado Democrático e o funcionamento dos três poderes, vez que garantem a proteção, autonomia e independência da atividade legislativa dos parlamentares, logo, não sendo possível configurá-las como privilégios.

A imunidade material declara que determinados votos, opiniões e palavras enunciados pelos congressistas são invioláveis, salvo em caso de flagrante de crime inafiançável, em que o parlamentar pode ser preso, tendo sua imunidade formal não assegurada.

Vale rememorar que os limites desse direito encontram-se nos casos em que provoca o discurso de ódio, o qual é proferido a fim de discriminar um grupo de pessoas, assim como fomentar hostilidade na sociedade, logo, não se configura como um preceito constitucional irrestrito, que está acima de outros princípios independente das circunstâncias.

Muito embora seja possível a responsabilização ulterior para proteger bens juridicamente relevantes para a Constituição Federal brasileira, bem como para a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, deve-se levar em consideração que as decisões do Supremo Tribunal Federal, uma vez que impactam de forma direta toda a sociedade brasileira, está sujeita a um maior escrutínio da população, o que verifica-se não ter sido observado pelo ministro relator do Inquérito 4.781, esmiuçado no presente trabalho.

REFERÊNCIAS

BALBANI, Arthur Paku Ottolini; FONSECA, Lucca Lopes Monteiro da. **PERDA DE MANDATO PARLAMENTAR NO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO: TENDÊNCIAS E DESAFIOS**. R. Fac. Dir. Univ. São Paulo v. 113 p. 793 - 810 jan./dez. 2018. Disponível em: < <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/156658/152152> > . Acesso em: 26 de outubro de 2021.

BANDEIRA, Daniela Böck; MELGARÉ, Plínio. **Imunidade e garantias parlamentares: perda do mandato parlamentar diante da condenação criminal**. Revista de Informação Legislativa: RIL, v. 54, n. 216, p. 67-85, out./dez. 2017. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/216/ril_v54_n216_p67>. Acesso em: 25 de outubro de 2021.

BARBOSA, Maria Nazaré Lins. **Revista Procuradoria da Câmara Municipal de São Paulo**. -vol. 5, n.1 (2017), São Paulo. Disponível em: < http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/

[bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Revista-Procuradoria-n5.pdf#page=121](#)> . Acesso em: 26 de outubro de 2021.

BICALHO, Luis Felipe. **O Instituto da imunidade parlamentar – Considerações históricas e a realidade do Estado Brasileiro**. 2011. Boletim Jurídico, Uberaba/MG. Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/dout_rina/texto.asp?id=2262>. Acesso em: 29 de setembro de 2021.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Portal do Planalto, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 26 de outubro de 2021.

BRASIL. **Emenda constitucional 35, de 20 de dezembro de 2001**. Dá nova redação ao art. 53 de Constituição Federal. Brasília, 20 dez. 2001.

BRITO, Orlange Maria. Imunidade Parlamentar antes e depois da Emenda Constitucional n. 35, de 2001. **Revista de Informação Legislativa do Senado Federal**. Brasília, Edição Especial, n. 173, jan./mar. 2007.

CIRNE, Mariana Barbosa; SILVA, Larissa Koike; COLNAGO, Gabriela Fernandes. **DESAFIOS DA SEPARAÇÃO DE PODERES NO BRASIL. 2021**. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/prefix/15399/1/Ebook%20Desafios_da_separacao_de_poderes_no_Brasil_CEUB_2021.pdf> . Acesso em: 26 de outubro de 2021.

FALCÃO, Alcindo Pinto; DIAS, José de Aguiar. Constituição anotada. Rio de Janeiro: J. Konfino, [1956-1957]. 1986.

FERREIRA, Daniel Ramos Pereira. **ANÁLISE DE CONVENCIONALIDADE DA PRISÃO DO DEPUTADO DANIEL SILVEIRA NO “INQUÉRITO DAS FAKE NEWS”: UM EXAME À LUZ DO SISTEMA INTERAMERICANO**. 2021. Disponível em: <<http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/9158>> . Acesso em: 26 de outubro de 2021.

FERREIRA, Pinto. **Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno**. 6ª ed. Ampliada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 1983. p. 629.

FONSECA, Edson Pires da. **Direito constitucional legislativo: poder legislativo, direito parlamentar e processo legislativo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

HOLANDA, Aurélio Buarque de. **Dicionário Aurélio online**. 2014. Disponível em: <<http://www.dicionarioaurelioonline.org/>>. Acesso em: 28 de setembro de 2021.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro, Forense, 1978, vol. I. p. 188

JESUS, Damásio E. **Questões Criminais**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p.399.

JUSBRASIL. **Supremo Tribunal Federal STF – HABEAS CORPUS: HC 89549 RO**. 2006, p. 1. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14779494/habeas-corpus-hc-89549-ro-stf>>. Acesso em: 17 de junho de 2021.

KRIEGER, Jorge Roberto. **O instituto da imunidade parlamentar e a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 2004. P.72. Dissertação (Mestrado em Direito) Universidade Federal de Santa Catarina. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/83053/185691.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 17 de junho de 2021.

KRIEGER, Jorge Roberto. **O instituto da imunidade parlamentar e a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 2004. Dissertação (Mestrado em Direito) Universidade Federal de Santa Catarina. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/83053/185691.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 27 de agosto de 2021, apud GARCIA, Eloy. *Immunidad parlamentaria y estado de partidos*. Madrid: Editorial Tecnos SA, 1989, p. 82.

KURANAKA, Jorge. **Imunidades parlamentares**. São Paulo: J. Oliveira, 2002

LISOWSKI, Telma Rocha. **Perda de mandato parlamentar: sugestões de reforma do sistema brasileiro para aprimoramento da representação política**. 2017. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

LOPES JR., Aury. **O Novo Regime Jurídico da Prisão Processual, Liberdade Provisória e Medidas Cautelares Diversas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 30

MACHADO, Matheus Porciuncula. **ASPECTOS POLÊMICOS DAS IMUNIDADES PARLAMENTARES COM A VIGÊNCIA DA EMENDA CONSTITUCIONAL 35/2001 E OS RECURSOS INERENTES AO TRANCAMENTO DO PROCESSO DE CASSAÇÃO**. 2016. Disponível em: <<https://bibliodigital.unijui.edu.br:8443/xmlui/bitstream/handle/123456789/3984/Matheus%20Porciuncula%20Machado.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 04 de novembro de 2021.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Metodologia científica**. 7. ed. rev. ampl. São Paulo: Atlas, 2014

MAXIMILIANO, Carlos. **Comentários à Constituição brasileira**. V. II. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 4 ed., 1948, p. 55.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 17. ed. Atualizada com a Reforma do Judiciário (EC nº 45/04). São Paulo: Atlas, 2005, p. 31.

OLIVEIRA, Bruno de Almeida. **Temas de direito parlamentar/ Antônio José Calhau de Rezende, José Alcione Bernardes Júnior, coordenação**. - Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, Escola do Legislativo, Núcleo de Estudos e Pesquisas, 2016, p. 145.

SANTOS, Divani Alves dos. **Imunidade parlamentar à luz da constituição federal de 1988**. Monografia (especialização) -- Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento (Cefor), da Câmara dos Deputados, Curso de Especialização em Processo Legislativo, **2009**. Disponível em: < http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/3604/imunidade_parlamentar_divani.pdf?sequence=4>. Acesso em: 28 de setembro de 2021.

STF, Pleno, **Inq. 510-DF**, Celso de Mello, DJU de 19.04.1991, p. 4.581.

STF. **SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL**. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=IMUNIDADE%20PARLAMENTAR&sort=_score&sortBy=desc>. Acesso em: 26 de outubro de 2021.

TASCA, Jocimar Antonio. **Imunidades parlamentares**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVIII, n. 140, set 2015. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16342>. Acesso em: 11 de setembro de 2021.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1238-1242.

TAVARES, João Vitor Dino. **IMUNIDADE MATERIAL PARLAMENTAR: LIMITES E PARTICULARIDADES**. 2018. Disponível em: <<http://repositorio.asc.es.edu.br/bitstream/123456789/1867/1/TCC%20JO%20VITOR%20DINO%20VITOR%281%29%20%281%29.pdf>>. Acesso em: 25 de outubro de 2021.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 22 ed. São Paulo: Malheiros Editora. 2007. p. 132.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. Vol. 3. 33 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 494. Na mesma linha: GOMES, Luiz Flávio. **Imunidades parlamentares: nova disciplina jurídica da inviolabilidade penal, das imunidades e das prerrogativas**

parlamentares (EC 35/01). In GOMES, Luiz Flávio. Juizados criminais federais, seus reflexos nos juizados estaduais e outros temas. São Paulo: RT, 2002, p. 106.

VADE MECUM JUSPODIVM. OAB/ Salvador: Editora Juspodivm. – 6. Ed. rev., ampl, e atual. 2021.

CARACTERIZAÇÃO DE EFEITO MAJORANTE AO CRIME DE ROUBO COM A UTILIZAÇÃO DE SIMULACRO DE ARMA DE FOGO

JAMES CASTRO MACEDO:

Graduando no Curso de Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Faculdade Metropolitana de Manaus - FAMETRO.

RESUMO: O emprego de simulacro usado para praticar delitos, objeto do presente estudo, sempre provocou muito alvoroço entre os juristas brasileiros. Sendo assim, surgiu a necessidade de então aprofundar-se sobre a abordagem do tema "Caracterização de efeito majorante ao crime de roubo com a utilização de simulacro de arma de fogo". Este estudo tem por finalidade ponderar as posições doutrinárias acerca do tema, assim como argumentos antagônicos e partidários a aplicação da majorante, quando o delito fosse perpetrado com simulacro. Ao longo do trabalho foi exposto as diferentes visões das correntes de pensamento dos juristas que apoiam e defendem o majorante e os que não concordam, bem como a análise do cancelamento da Súmula 174, o que em nosso entendimento é o marco crucial para a celeuma em torno do majorante cometido com o uso de simulacro. Por fim, concluímos que há um equívoco epistêmico com relação ao entendimento do julgador na questão da caracterização do majorante ao crime praticado com a utilização de simulacro de arma de fogo, e que é preciso que seja realizada uma análise profunda, séria, crítica e técnica sobre a temática abordada.

Palavras-chave: Delito; Arma de Brinquedo; Aumento da Pena; Tipificação.

ABSTRACT: The use of simulacrum used to commit crimes, the object of this study, has always caused a great stir among Brazilian jurists. Therefore, the need arose to go deeper into the approach to the theme "Characterization of the greater effect of the crime of robbery with the use of a firearm simulacrum". This study aims to consider the doctrinal positions on the subject, as well as antagonistic arguments and those in favor of the application of the major, when the crime was perpetrated with a simulacrum. Throughout the work, the different views of the currents of thought of jurists who support and defend the major and those who do not agree were exposed, as well as the analysis of the cancellation of Precedent 174, which in our understanding is the crucial milestone for the uproar in around the majorant committed with the use of simulacrum. Finally, we conclude that there is an epistemic misunderstanding regarding the judge's understanding of the

issue of characterization of the major to the crime committed with the use of firearm simulacrum, and that a deep, serious, critical and technical analysis needs to be carried out. on the topic addressed.

Keywords: Offense; Toy gun; Increased Penalty; Typing.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. DEFINIÇÃO DE ROUBO. 2. CONCEITO DE ARMA. 3. QUALIFICAÇÃO E MAJORAÇÃO NO CRIME DE ROUBO. 4. A CRIMINALIZAÇÃO DO SIMULACRO: LEI 9.437/97. 5. INOVAÇÕES DA LEI nº 10.826/2003 (ESTATUTO DO DESARMAMENTO). 6. SÚMULA174. 7. CORRENTES DE PENSAMENTOS SOBRE O INTUITO DE MAJORAÇÃO AO CRIME DE ROUBO COM A UTILIZAÇÃO DE SIMILACRO. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

A sociedade brasileira atualmente é assolada por uma situação de insegurança em função da criminalidade. Dentre os fatos sociais que compõem essa realidade preocupante, o crime de roubo tem tornando-se cada vez mais habitual. O roubo é uma forma de coerção em que o ofensor usa ou ameaça usar da força para privar a vítima de um ou mais patrimônios (CAMINHAS & BEATO FILHO, 2020).

Tal crime é praticado com uso revólveres, facas, facões, porém os criminosos ultimamente empregam o uso de simulacro (arma de brinquedo) para cometerem delitos. Esse tipo de arma é uma réplica fiel de uma arma de fogo verdadeira, mas não possui capacidade de efetuar disparos.

O assaltante pode conseguir o que desejava sem machucar a vítima ou pode ocorrer exatamente o oposto. Pode-se também presumir que inesperadamente apareça uma terceira pessoa na cena do assalto e esse indivíduo possa ferir alguém ou ser ferido.

Independentemente do tipo de situação e do desfecho, o crime de roubo provoca medo na população e constitui um dos maiores problemas das grandes cidades brasileiras. Segundo a Pesquisa Nacional de Vitimização (DATA FOLHA e CRISP, 2013), no Brasil, os crimes mais temidos são os relativos a ter a residência invadida ou roubada (71,9%) e ter objetos de valor tomados à força por outras pessoas em um roubo ou assalto (70,7%)

Neste contexto, a abordagem do tema “Caracterização de efeito majorante ao crime de roubo com a utilização de simulacro de arma de fogo” visa analisar diferentes visões e entendimentos, pois de um lado encontram-se os que acreditam que o simulacro inexistente a potencialidade lesiva da arma real, logo o afastamento da majoração da pena, em sentido

oposto há uma outra corrente que sustenta que a majoração da pena não se liga à ofensividade da conduta, mas ao maior grau de temor infundido na vítima pela visualização de uma arma, elemento presente em igual escala tanto para o uso de arma real como para a fictícia. Diante dessa discussão de pensamentos verifica-se a necessidade de intenso estudo sobre a temática, afim de que possa tecer maiores subsídios para a reflexão sobre o assunto.

Assim sendo, o presente trabalho tem por objetivo ponderar as posições doutrinárias acerca do tema, assim como argumentos antagônicos e partidários a aplicação da majorante. Haja vista que existem diferentes entendimentos com relação ao majorante, bem como inúmeras controversas doutrinárias e jurisprudenciais nas questões sobre a potencialidade lesiva para a vítima como meio eficaz para a intimidação.

1 DEFINIÇÃO DE ROUBO

De forma diferente do furto, o roubo, além de subtrair coisa alheia móvel, necessita de algumas circunstâncias especiais para que o configure. São elas, a grave ameaça, a violência, ou qualquer outro meio, cujo qual impossibilite a defesa ou resistência da vítima, proprietária, possuidora ou detentora do bem, objeto do crime.

Assim, seguindo, portanto, o princípio da legalidade, o crime de roubo se encontra tipificado no art. 157 do Código Penal:

Código Penal. Art. 157: subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio reduzido a impossibilidade de resistência. Pena – reclusão de 4 (quatro) a 10 (dez) anos, e multa.

Desse modo, nota-se que o roubo é um crime complexo, o qual adere a mais de um tipo penal. Seria, então, um furto combinado com constrangimento ilegal ou uma possível lesão corporal.

Assim sendo, é claro que o tipo penal visa a proteção de mais de um objeto jurídico, ou seja, protege o patrimônio/propriedade, a integridade física ou psíquica da vítima e por fim, a liberdade.

Nesse sentido, Fernando Capez, ao tratar dos crimes em espécie, em seu livro Curso de Direito Penal II, nos traz a seguinte definição:

O roubo constitui crime complexo, pois é composto por fatos que individualmente constituem crimes. São eles: furto + constrangimento ilegal + lesão corporal leve, quando houver (as vias de fato ficam absorvidas pelo constrangimento ilegal). (CAPEZ, 2012).

Neste diapasão, segundo esta análise prévia, vimos que o verbo nuclear do roubo é subtrair, tal qual o crime de furto. Portanto, o que difere ambos os crimes são os meios utilizados para a execução do crime.

Fernando Capez, na mesma obra, leciona que os meios executórios no crime de roubo são três:

a) Mediante o emprego de grave ameaça: acontece com a promessa do autor para uma prática de um mal grave e iminente à vítima.

b) Mediante o emprego de violência física: também chamada de violência própria, a qual decorre do uso da força física, podendo ocasionar uma lesão à vítima.

c) Qualquer outro meio que reduza à impossibilidade de resistência da vítima. Nessa via, essa forma de execução seria, nada mais que uma violência imprópria, ou seja, um meio pelo qual não emprega grave ameaça ou violência física. Nesse sentido, Capez traz como exemplo, o ato delituoso.

Assim, conclui-se que este último, consiste em um meio genérico de execução do crime, desde que utilizado na realização do roubo, uma vez que está legalmente previsto somente no roubo próprio.

2 CONCEITO DE ARMA

Antes de adentrar ao ponto crucial do presente estudo, vale dizer, a causa de aumento de pena de que trata o art. 157, § 2º, I, insta conceituar o substantivo "arma". Para isso, referido substantivo deve ser dividido em duas espécies: armas próprias e armas impróprias.

Assim, definem-se armas próprias como aquelas em que são utilizadas como meio defesa ou ataque de quem a detém.

Já as armas impróprias são aquelas que foram criadas para um fim que não para o ataque ou a defesa, mas que, no entanto, deturpando sua destinação, possuem a capacidade de lesionar a integridade física de outrem.

Contudo, nos termos do conceito clássico, arma é o instrumento ou ferramenta usada para ataque ou defesa de alguém.

Nesta toada expõe Júlio Mirabete:

Arma, no sentido jurídico, é todo instrumento que serve para o ataque ou defesa, hábil a vulnerar a integridade física de alguém (MIRABETE Júlio Fabbrini, Manual de Direito Penal, 2011).

Portanto, segundo o professor Júlio F. Mirabete, arma, no sentido jurídico, é todo instrumento que serve para o ataque ou defesa, hábil a vulnerar a integridade física do agente.

3 QUALIFICAÇÃO E MAJORAÇÃO NO CRIME DE ROUBO

No que diz respeito a este tópico, devemos lembrar as etapas da aplicação da pena, mais especificamente a sua dosimetria. Como é sabida, a pena deve ser imposta dentro dos parâmetros estabelecidos no preceito secundário do tipo penal.

Desse modo, estabelecida a pena base, passa-se, então, para a análise das agravantes ou qualificadoras, as quais estão previstas nos artigos 61 e 62 do CP e as atenuantes, previstas nos artigos 65 e 66 do CP. Por fim, verificam-se, por sua vez, as causas de aumento ou de diminuição da pena.

Portanto, tendo em vista o estabelecido no código penal, a expressão “roubo qualificado”, deve ser analisada com maior cautela, pois, não se podem confundir qualificadoras com causas de aumento/diminuição de pena, sejam elas as especiais (previstas na parte especial do código penal, de modo que variam de acordo com o crime cometido, bem como com as circunstâncias o qual ele está inserido), bem como as legais (previstas na parte geral do Código penal, as quais podem ser aplicadas a todos os tipos penais),

Frise-se que, a qualificação de um crime altera o patamar da pena, isto é, muda os parâmetros mínimos e máximos para a fixação da pena base, de modo que proporciona certa liberalidade ao juiz, quando da quantificação da pena.

Já as causas de aumento ou diminuição de pena, sejam legais ou especiais, vinculam o magistrado na fixação, tendo em vista que elas são previamente definidas em lei, representadas por frações taxativas, caso o delito se enquadre em quaisquer delas.

Conclui-se, portanto, que o roubo qualificado, somente acontece quando se tem o resultado acrescentado de lesão corporal ou morte, sendo as penas aumentadas para 7 a 15 anos e 20 a 30 anos respectivamente, conforme art. 157, §3º do Código Penal.

4 A CRIMINALIZAÇÃO DO SIMULACRO: LEI nº 9.437/97

Em 20 de fevereiro de 1997, foi promulgada a Lei nº 9.437 (Lei das Armas de Fogo), que instituiu o SINARM – Sistema Nacional de Armas – sendo estabelecidas condições para o registro e para o porte de arma de fogo, bem como trouxe em seu bojo uma gama de condutas tipificadas como crimes, dentre as quais podemos citar o artigo 10, § 1º, inciso II, que tipificou como delito autônomo a utilização da arma de brinquedo para o cometimento de crimes.

Art. 10. Possuir, deter, portar, fabricar, adquirir, vender, alugar, expor à venda ou fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda e ocultar arma de fogo, de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Pena – detenção de 1 (um) a 2 (dois) anos e multa.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

[...]

II – Utilizar arma de brinquedo, simulacro de arma capaz de atemorizar

outrem, para o fim de cometer crimes. (grifo nosso).

É cediço que a pretensão do poder público ao instituir o SINARM é controlar as armas de fogo que circulam pelo país e isso decorre da sua inegável potencialidade lesiva. Na raiz da nova lei está presente o incontestável risco de fatais atentados que representam tais armas para a segurança de todos.

Também com a edição do mencionado Diploma Legal, mais uma vez, veio à baila a problemática referente ao emprego de arma de brinquedo no delito de roubo, como causa especial de aumento de pena, provocando novos questionamentos a respeito do tema.

A utilização de arma de brinquedo para o fim de cometer delitos passa a ser uma conduta considerada ilícita e os motivos de tal opção legislativa estão relacionados ao

crescimento da violência urbana, permeada cada vez mais pela utilização de instrumentos de intimidação para o cometimento de delitos.

5 INOVAÇÕES DA LEI nº 10.826/2003 (ESTATUTO DO DESARMAMENTO)

A referida Lei dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – SINARM, define crimes e dá outras providências. Criada em 22 de dezembro de 2003, a Lei do Estatuto do Desarmamento visava diminuir a ocorrência de crimes praticados com emprego de armas e desarmar a população.

Tal Estatuto revogou de forma global a Lei das Armas de fogo, haja vista que disciplinou inteiramente a matéria disciplinada pela lei antiga, fazendo cessar, definitivamente, a vigência desta última. Além disso, acabou revogando o crime tipificado no artigo 10, § 1º, inciso II, da Lei nº 9.437/97, por deixar de prever conduta idêntica, eis que não trouxe à baila a questão do porte, uso, guarda ou emprego da arma de brinquedo para o cometimento de crimes, silenciando a respeito de tal problemática e eliminando a controvérsia referente à configuração do delito autônomo (BRASIL, 2003).

Analisando o Estatuto a única disciplina jurídica a respeito do simulacro é o artigo 26, caput, o qual veda a fabricação e a comercialização desta, *in verbis*.

Art. 26. São vedadas a fabricação, a venda, a comercialização e a importação de brinquedos, réplicas e simulacros de armas de fogo, que com estas se possam confundir.

Parágrafo único. Excetua-se da proibição as réplicas e os simulacros destinados à instrução, ao adestramento, ou à coleção de usuário autorizado, nas condições fixadas pelo Comando do Exército.

Sendo assim, pode-se inferir que o legislador proíbe a comercialização de arma de brinquedo, porém caso esta tenha sido utilizada na prática de algum delito, o agente apenas responderá pelo crime que, efetivamente, cometer, não havendo mais a possibilidade de concurso entre o crime e a utilização da arma de brinquedo (CARDILLI, 2007).

Nesta senda, a conduta de utilizar simulacro para a investida de crimes foi sepultada com a velha Lei das Armas de Fogo, não se preocupando a nova legislação em discipliná-la, desconsiderando-a (CARDILLI, 2007).

6 SÚMULA 174

Na jurisprudência pátria, ao menos nos Tribunais Superiores, prevaleceu a corrente subjetivista; nesse sentido, o STJ, com o intuito de adotar a teoria subjetiva e buscando dar uma resposta à sociedade por conta do aumento da criminalidade, editou a Súmula n. 174, que assim preconiza: “No crime de roubo, a intimidação feita com arma de brinquedo autoriza o aumento da pena (BRASIL, 1996)”.

Vale observar que há precedentes da Corte Suprema em completa harmonia com o entendimento adotado pela Súmula em questão: “Roubo. Arma de brinquedo.

Se houve intimidação da vítima, por não saber que se tratava de arma de brinquedo, justifica-se o aumento da pena a que alude o artigo 157, §2º, I, do Código Penal. Precedentes do STF (RECr n. 90.227)”.

Entretanto, em 24 de outubro de 2001, tal súmula foi cancelada devido às críticas da corrente favorável ao critério objetivo, bem como em respeito ao princípio da legalidade, previsto na Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso XXXIX, versando que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. Assim, uma conduta somente poderá ser considerada típica se prevista em lei, vez que fala em arma e não em simulacro de arma, ou coisa parecida (BRASIL, 2002).

A despeito da divergência, nota-se que a corrente objetiva vem se tornando dominante no Direito Penal moderno, dado que a tipificação da arma de brinquedo como causa de aumento de pena, no crime em tela, afronta os princípios do *ne bis idem* – já que a intimidação da vítima, por conta do emprego da arma de brinquedo já configura a “grave ameaça”. Também afronta os princípios da ofensividade, da proporcionalidade, da tipicidade e do direito penal objetivo. Além do mais, revólver de brinquedo não é arma. Se assim o fosse, poderia haver roubo agravado pelo concurso de pessoas se o assaltante estivesse acompanhado de um boneco inflável, bem como, seria caracterizado o porte de arma; logo, o fato é atípico diante da circunstância.

7 CORRENTES DE PENSAMENTOS SOBRE O INSTITUTO DE MAJORAÇÃO AO CRIME DE ROUBO COM A UTILIZAÇÃO DE SIMULACRO.

Em consonância com a redação unânime adotada pelo legislador no artigo 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, houve diferentes entendimentos acerca da correta aplicação, ocorrendo intensa celeuma em torno do mencionado dispositivo. Nesta senda, surgiram

duas correntes de pensamentos no tocante a análise do emprego do simulacro no crime de roubo: a Teoria Objetiva e a Teoria Subjetiva.

Teoria Objetiva

Os adeptos à corrente objetiva defendem o equívoco de se reconhecer a “majorante” quando da utilização, pelo sujeito ativo, de arma de brinquedo, asseverando que tal “agravante” tem como base a maior probabilidade de dano que a arma pode causar, pondo em risco a incolumidade física da vítima, necessitando, para tanto, que o instrumento possua idoneidade ofensiva. A réplica de arma seria idônea apenas para configurar a grave ameaçada tipo penal simples, não podendo, majorá-lo, tendo em vista que não apresenta real poder de lesão sobre a vítima, o que ocorre apenas com o uso da arma verdadeira em que o agente, por acidente, por reação da vítima ou de policiais ou até mesmo por maldade, pode causar sérios danos à integridade corporal da pessoa subjugada.

Helena Cláudio Fragoso (1988, p. 350) é, no caso, objetivista e defende que não deve ser aplicado o aumento de pena, pois a arma de brinquedo não oferece perigo real à incolumidade da vítima.

O fundamento da agravante reside no maior perigo que o emprego da arma

envolve, motivo pelo qual é indispensável que o instrumento usado pelo agente (arma própria ou imprópria) tenha idoneidade para ofender a incolumidade física. Arma fictícia (revólver de brinquedo), se é meio idôneo para a prática da ameaça, não é bastante para qualificar o roubo.

Cezar Roberto Bitencourt (1999, p. 562), com base no mesmo fundamento, afirma que não pode ser reconhecida a “agravante”, pois é preciso que o instrumento usado tenha idoneidade para ofender a integridade física.

A inidoneidade lesiva da arma (de brinquedo, descarregada, ou simplesmente à mostra), que é suficiente para caracterizar a ameaça tipificadora do roubo (caput), não tem o mesmo efeito para qualificá-lo.

Assim, o emprego de arma de brinquedo tipifica o roubo, mas não o torna qualificado, ou majorado (expressão que preferimos).

Paulo José da Costa Júnior (2000, p. 478), de igual opinião, salienta:

A arma fictícia (revólver de brinquedo), que poderá ser idônea à ameaça, não basta para qualificar o roubo. O mesmo não se pode dizer de arma que apresente momentaneamente um defeito, ou esteja descarregada, por ser a inidoneidade apenas acidental.

Também ensina Guilherme de Souza Nucci (2003, p. 536) que não pode haver equiparação entre uma imitação e uma arma propriamente dita. A finalidade da lei seria a de punir de forma mais firme aquele cuja conduta tem maior potencial lesivo, o que ocorre apenas com o uso da arma verdadeira.

[...]“arma de brinquedo” não é arma. Pode até ser utilizada como tal, embora seja sempre exclusivamente um simulacro. Ora, levando-se em conta a teoria objetiva, somos levados a não considerar que a arma de brinquedo seja capaz de gerar a causa de aumento de pena, uma vez que não causa à vítima maior potencialidade lesiva. É indiscutível que a arma de brinquedo pode gerar grave ameaça e, justamente por isso, ela serve para configurar o tipo penal do roubo na figura simples (jamais a causa de aumento).

Para Victor Eduardo Rios Gonçalves (2005, p. 34), a isolada intimidação da vítima não pode configurar a grave ameaça expressa no roubo simples e também a causa de aumento de pena. A caracterização da “majorante” tem por fundamento o perigo real que representa à incolumidade física da vítima o emprego de arma, presente apenas quando da utilização de arma real.

A simulação da arma já funcionou como elemento caracterizador da grave ameaça, posto que apta a gerar temor no espírito da vítima, não podendo, no mesmo contexto fático, implicar aumento de pena, sem que tenha havido

uma especial potencialidade vulnerante na conduta, já que, por não estar efetivamente armada, a integridade da vítima não correu um risco maior de ser atingida pelo autor do crime.

Diante do acima exposto, inclinamo-nos pela teoria objetiva. A arma de brinquedo intimida a vítima, mas a ela não oferece qualquer risco concreto, assim sendo, sua eficácia única e exclusivamente intimidativa esgota-se na redação da figura fundamental do delito

de roubo, pois é abrangida pela grave ameaça. Não vai além, ela serve para intimidar e nada mais, não sendo plausível a “majorante”. Diferente da arma verdadeira, que serve para intimidar e representa algo mais, constituindo, concomitantemente, um nível de perigo muito maior à vítima, merecendo, em vista disso, uma maior reprimenda.

Teoria Subjetiva

A “majorante” está fundada na maior intimidação que uma réplica de arma pode causar à vítima, que, ao desconhecer a circunstância de a arma ser idônea ou não, anula por completo ou, ao menos, diminui a sua capacidade de resistência, facilitando, assim, a consumação do delito.

Sob esse prisma, o emprego de arma fingida configura a causa de aumento, haja vista que, por não saber o ofendido se a arma é verdadeira ou de brinquedo, em qualquer hipótese, a subtração é praticada com maior facilidade, devendo, portanto, ocorrer maior reprimenda.

Nesse sentido entende-se que o legislador não exigiu idoneidade ofensiva da arma, mas apenas capacidade de intimidar. O ofendido, intimida do crendo tratar-se de arma de fogo verdadeira, entrega facilmente os bens, sendo inibida, pelo temor, a vontade de resistir, a ponto de não se opor à ação do bandido.

Referida corrente tem como principal expoente Nélson Hungria (1955, p. 55), que entende como de ordem subjetiva a causa de aumento de pena, baseando-a na intimidação da vítima com a consequente anulação ou, ao menos, diminuição de sua capacidade de resistência.

A ameaça com uma arma ineficiente (ex.: revólver descarregado) ou fingida (ex.: isqueiro com feitiço de revólver), mas ignorando o agente tais circunstâncias, não deixa de constituir a majorante, pois a *ratio* desta é a *intimidação* da vítima, de modo a anular-lhe a capacidade de resistir.

Vicente Sabino Junior (1967, p. 739), sobre a mesma orientação, com base no aspecto subjetivo da circunstância, versa que “o uso de arma ineficiente poderá ser incriminado se o agredido desconhecer essa circunstância e foi realmente intimidado por ele”.

Nesse mesmo sentido, Edgard Magalhães Noronha (2001, p. 161), implicitamente, ao tecer comentário sobre revólver descarregado, concebe a arma de brinquedo como

“majorante” no delito de roubo, porque o agente que a emprega é, em regra, mais temível, bem como a sua utilização dificulta, quando não impede, a defesa do ofendido.

Expõe o mesmo princípio de que a “qualificadora” deva incidir no caso de emprego de arma fingida, Paulo Lúcio Nogueira (1987, p. 96), ante a força intimidativa gerada na vítima, a qual atemorizada e crendo tratar-se de uma arma de fogo verdadeira, entrega mais facilmente os seus bens.

Não há dúvida de que a *arma de brinquedo* (e hoje existem armas de brinquedo que se assemelham espantosamente a armas verdadeiras) tenha

o poder de intimidar a vítima e deve ser reconhecida a *qualificadora* já que o

agente também logrou obter o seu intento. É preciso ter presente também que a nossa lei fala no *emprego de arma*, não conceituando o que seja arma, como outras legislações, não podendo assim ser arredada a agravante, ainda que a *arma seja de brinquedo* e que constituiu meio eficiente.

Romeu de Almeida Salles Júnior (1995, p. 223) assevera:

A figura delituosa do roubo, prevista no art. 157, *caput*, do Código Penal, é estruturada tendo em conta a violência física, moral ou resultante de qualquer meio empregado pelo agente. Qualquer meio, no tipo fundamental, é válido para a realização da ameaça constitutiva do roubo. Na forma qualificada, o legislador entendeu que a ameaça é exercida em circunstâncias especiais, isto é, com emprego de arma, resultando daí o entendimento de caráter subjetivo que reconhece a oportunidade para o aumento de pena mesmo quando essa ameaça não seja exercida com arma verdadeira.

Também é partidário dessa mesma idéia Fernando Capez (2004, p.403), entendendo que uma arma de brinquedo é instrumento hábil à configuração da “agravante”, uma vez que o temor provocado no ofendido é muito maior, diminuindo a capacidade de resistência consideravelmente, quando é utilizada. Ademais, em razão da vítima não ser capaz de distinguir uma arma verdadeira de uma de brinquedo, a subtração é feita com maior facilidade e, neste caso, justifica-se um apenamento maior.

O fundamento dessa causa de aumento é o poder intimidatório que a arma exerce sobre a vítima, anulando-lhe a sua capacidade de resistência. Por essa razão, não importa o poder vulnerante da arma, ou seja, a sua potencialidade lesiva, bastando que ela seja idônea a infundir maior temorna vítima e assim diminuir a sua potencialidade de reação. Trata-se, portanto, de circunstância subjetiva. Assim, a arma de fogo descarregada ou defeituosa ou o simulacro de arma (arma de brinquedo) configuram a majorante em tela, pois o seu manejo, não obstante a ausência de potencialidade ofensiva, é capaz de aterrorizar a vítima.

CONCLUSÃO

Em síntese podemos inferir que há um equívoco epistêmico com relação ao entendimento do julgador na questão da caracterização do majorante ao crime praticado com a utilização de simulacro de arma de fogo, pois no momento do crime, a vítima tem as piores sensações, e não tem como a mesma preocupar-se em saber se a arma utilizada no delito possui potencialidade e eficácia ofensiva para feri-lo. O delinquente que se utiliza da arma de brinquedo o faz tecnicamente como se fosse arma de fogo como meio de intimidar e manipular a vítima. Essa é a intenção do ladrão, então justifica a aplicação da agravante preconizada no crime de roubo.

Ainda nessa vertente é que a Lei não faz especificações sobre o artefato utilizado para cometer o delito, e por este motivo é que deveria ter apenas um único entendimento sobre o tema.

É preciso que seja realizada uma análise profunda, séria, crítica e técnica sobre a temática abordada, afim de alinhar a cognição proferida por juízes, desembargadores, ministros na tentativa de excluir qualquer sentimento que não seja o de justiça, inconcusso pelo princípio da imparcialidade, como o escopo exclusivo na proteção dos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos, seja da vítima ou do acusado.

Portanto, cumpre destacar as principais divergências contidas ao longo deste estudo, opinando pelas quais, no nosso ponto de vista, devam prevalecer, apesar do brilhantismo com que todas são defendidas. Porém cabe aqui destacar uma pequena análise com relação ao cancelamento da Súmula 174 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, a qual reconhece o emprego de arma de brinquedo como causa de aumento de pena no roubo, o que, a nosso entendimento, mostra-se bem fundamentado, uma vez que o simulacro pode intimidar a vítima causando sérios agravantes psicológicos, após o crime.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 237236/SP**. Terceira Seção, Rel. Min. Felix Fischer, Brasília, DF, 8 de novembro de 2001. DJ, 4 fev. 2002. Disponível em: <[HTTPS://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=199901000785&dt_publicacao=04/02/2002](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=199901000785&dt_publicacao=04/02/2002)>. Acesso em: 01 out. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 174, de 23 outubro de 1996**. DJ, 31 out. 1996. Disponível em: <[HTTP://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stj/stj_0174.htm](http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stj/stj_0174.htm)>. Acesso em: 01 out. 2021.

_____. **Estatuto do Desarmamento**. Brasília: Presidência da República, 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.826compilado.htm. Acesso em: 21 out. 2021.

Bitencourt, César Roberto; PRADO, Luiz Regis. **Código penal anotado e legislação complementar**. 2ª ed.; São Paulo: Revista dos tribunais, 1999.

Caminhas, Diogo Alves; Beato Filho, Claudio Chaves. Todo ladrão vai trabalhar com a sua mente': O uso da força e de armas nos assaltos em Belo Horizonte, Minas Gerais. **Dilemas, Rev. Estud. Conflito Controle Soc.** – Rio de Janeiro – Vol. 13 – no 3 – SET-DEZ 2020 – pp. 645-667. Disponível em <https://doi.org/10.17648/dilemas.v13n3.31676>.

Capez, Fernando. **Arma de fogo**: comentários à lei 9.437/97. São Paulo: Saraiva, 1997.

Capez, Fernando. **Curso de Direito Penal**, parte especial II. São Paulo: Saraiva, 2012.

Cardilli, Nágilla Rossi. **O percurso legislativo da incriminação da arma de brinquedo no delito de roubo e suas consequências**. Trabalho de Conclusão de Curso – Faculdades Integradas "Antônio Eufrásio de Toledo". Presidente Prudente/SP, 2007.

Costa Júnior, Paulo José da. **Comentários ao código penal**. 6ª ed.; São Paulo:Saraiva, 2000.

Datafolha; Crisp. Relatório da Pesquisa Nacional de Vitimização. Brasília, DF: Secretaria Nacional de Segurança Pública (Senasp), Ministério da Justiça, 2013.

Figueiredo, Ricardo Vergueiro. **As majorantes do roubo no Código Penal Militar**. Direito Militar: *Revista da Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais*, Florianópolis, n.79, p. 35-40, set./out. 2009. P. 37.

Gonçalves, Victor Eduardo Rios. **Sinopses jurídicas:** parte geral. 3ª ed.; São Paulo: Saraiva, 1999.

Hungria, Néelson. **Comentários ao código penal.** Rio de Janeiro: Revista forense, 1955. 7 v. Jesus, Damásio Evangelista de. **Roubo continuado.** *Revista dos tribunais.* São Paulo, p. 401-405. 1976. v.487, p.401.

Mirabette, Júlio Fabrini; FABRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal.** 25. ed. São Paulo: Atlas. 2011.v.2.

Nogueira, Paulo Lúcio. **Questões penais controvertidas:** doutrina e jurisprudência. 5ª ed.; Rio de Janeiro: Forense, 1987.

Noronha, Edgard Magalhães. **Direito penal:** dos crimes contra a pessoa, dos crimes contra o patrimônio. 32ª ed.; São Paulo: Saraiva, 2001. 2 v.

Pedroso, Fernando de Almeida. **Roubo:** Sua consumação, locupletamento e a trombada. Emprego de arma de fantasia ou brinquedo e a qualificadora do art-157, par-2º, n.I. *Revista dos Tribunais,* São Paulo , v. 700, p. 298-301, fev. 1994.P.300. Sabino Junior, Vicente. **Direito penal:** parte especial. São Paulo: Sugestões literárias, 1967. 3 v.

Salles Júnior, Romeu de Almeida. **Furto, roubo e receptação:** indagações, doutrina, jurisprudência, prática. São Paulo: Saraiva, 1995.

Silva, Roberta Fortes. **Arma de brinquedo e o crime de roubo.** *Revista da Esmese.* Escola superior da magistratura de Sergipe. Aracaju, n. 8, p.155-165, 2005.P. 159.

A IMPORTÂNCIA DO REGISTRO IMOBILIÁRIO EM CASOS DE DOAÇÃO EM PROGRAMAS HABITACIONAIS

KARLA FERNANDA VIEIRA MANTOVANI MIRANDA:
Graduando em Direito pelo Centro Universitário Católica do Tocantins.

FÁBIO BARBOSA CHAVES

(orientador)

RESUMO: O direito de propriedade foi elevado a um *status* de grande importância, previsto no texto constitucional como garantia fundamental, desempenhado de modo específico e ilimitado para atender a sua função social. O posicionamento em vigor evidencia que a propriedade não existe em si mesma, passando a ter como base a sua funcionalidade, especialmente com relação aos aspectos de ordem econômica. Neste contexto, a proposta do presente trabalho é demonstrar que o Registro Imobiliário constitui um relevante mecanismo de evolução e concretização do direito à moradia digna. A estrutura constitucional, legal e infra legal, no que se aplica à efetivação do direito à moradia, como espécie de direito fundamental, somados aos regramentos específicos aplicados aos programas de regularização fundiária e habitacionais, oferece condições normativas para o cumprimento deste *múnus*. Constata-se, não obstante, carência no que se refere à *práxis*, aliada aos costumes e tradições aplicadas à transferência imobiliária.

Palavras-chaves: Registro de Imóveis. Segurança Jurídica. Direito à Moradia. Direito de Propriedade.

ABSTRACT: The right to property was elevated to a status of great importance, provided for in the constitutional text as a fundamental guarantee, performed in a specific and unlimited way to fulfill its social function. The current position shows that the property does not exist in itself, starting to be based on its functionality, especially with regard to economic aspects. In this context, the purpose of this paper is to demonstrate that the Real Estate Registry is an important mechanism for the evolution and implementation of the right to decent housing. The constitutional, legal and infra-legal structure, as it applies to the realization of the right to housing, as a kind of fundamental right, added to the specific rules applied to land and housing regularization programs, offers normative conditions for the fulfillment of this function. However, there is a lack of praxis, together with customs and traditions applied to real estate transfer.

Key word: Property Registration. Legal Security. Right to Housing. Property right.

INTRODUÇÃO

A administração pública da propriedade imóvel urbana, no território brasileiro, possui uma gestão de alta complexidade. Por um lado, as regras gerais para o seu ordenamento, parcelamento e registro são de competência da União (art. 22 do texto constitucional), por outro lado, a disciplina específica de uso do solo é de competência do município (art. 30 da CF). Os estados, por sua vez, através de suas organizações judiciárias, possuem competência para realizar o registro público da matrícula e de todas as transferências do título de propriedade do imóvel.

Nesse contexto, a preocupação do presente trabalho é analisar como o Estado brasileiro vem disciplinado e regulando a propriedade imóvel urbana das áreas de urbanização já consolidadas. Noutras palavras, como o Brasil, em suas três esferas federativas, vem gerenciando a propriedade imóvel urbana.

O registro da propriedade e quaisquer atos envolvendo sua transferência ou oneração têm sido objeto de operacionalização pelos cartórios de registros de imóveis, que são fiscalizados e administrados pelo Poder Judiciário. A administração da propriedade imóvel, sobretudo a urbana, assume relevância elementar ao se considerar que a desigualdade patrimonial constitui um dos maiores desafios da contemporaneidade, e que a referida desigualdade é mais intensa, e até mesmo mais injusta, que a desigualdade de renda.

Pode-se dizer que, no campo da acumulação de patrimônio, a questão imobiliária ocupa lugar relevante, haja vista que a sua transferência e acúmulo de terras faz com que extensos territórios de cidades sejam alvos de monopolização por grupos sociais, que, por vezes, criam redes sociais de proteção mútua e, assim, a desigualdade de patrimônio imobiliário urbano acaba por culminar também em outras desigualdades. Contudo, tal cadeia de retroalimentação de desigualdades não será objeto deste estudo. Nosso enfoque será bem mais modesto, visando os desafios a serem enfrentados para a modificação da atual estrutura de registro da propriedade imóvel urbana.

1.O DIREITO DE PROPRIEDADE E O DIREITO À MORADIA NO AMBIENTE URBANO

Todos têm o direito de possuir algum lugar adequado para viver e usufruir. Isto significa que todas as pessoas têm o direito humano de usar e dispor de uma moradia segura e confortável, localizada em um ambiente saudável que promova a qualidade de vida dos moradores e da comunidade (MENDES, 2018). Tal garantia é evidenciada na legislação mundial e é exteriorizado através de duas premissas fundamentais, o direito à moradia e da propriedade.

O direito à moradia foi formalmente consagrado na Constituição Federal de 1988, como um direito social, conforme se denota da Emenda Constitucional nº 26, de 14 de fevereiro de 2000, pelo qual toda pessoa humana merece viver em um padrão de vida

adequado. Uma vida adequada não engloba somente um teto sobre quatro paredes, é algo maior: abrange segurança da residência, disponibilidade de serviços públicos (como tratamento de água e energia elétrica), preços acessíveis, localização de fácil acesso, fácil acesso à cultura, etc (MORAES, 2020).

Sobre o tema, Gilmar Mendes aduz:

A Constituição brasileira elenca a “moradia” como direito social (art. 6º), mas também indica que esta está incluída entre as “necessidades vitais básicas” do trabalhador e de sua família (art. 7º, IV). Aponta, ainda, a “moradia” como política pública e estabelece a competência comum da União, dos Estados e dos Municípios para promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico (art. 23, IX). (MENDES, 2017, p. 1108).

Nesse sentido, o direito à moradia ampara uma série de outros mecanismos jurídicos que detêm a função de propiciar um local adequado e digno para todas as pessoas e suas famílias (MORAES, 2020). Pode-se dizer que, em seu sentido adequado, refere-se à unidade habitacional em ambiente dotado de serviços e equipamentos urbanos que garantem a inclusão social no espaço jurídico da cidade.

Importante notar que “os cidadãos brasileiros são sujeitos de direito internacional aptos a exigir processualmente a promoção e o cumprimento de seus direitos humanos junto aos organismos internacionais de proteção” (ZEITUNE, 2016, p. 04). Sendo assim, o Estado tem o dever público de facilitar o acesso da sociedade à satisfação do direito à moradia e todos os institutos dele decorrentes.

No que diz respeito ao direito de propriedade, este é tipificado no inciso XXII do artigo 5º da Carta Magna e, segundo Costa Machado e Anna Ferraz:

Entende-se por direito de propriedade o direito patrimonial do homem. Sem dúvida, perfaz um dos valores mais importantes da ordem constitucional brasileira. O direito de propriedade é um dos pilares dos direitos fundamentais da pessoa humana e ninguém poderá ser destituído de seu patrimônio sem a correspondente e justa indenização. A garantia ao direito de propriedade propicia a efetivação de outros direitos individuais e liberdades, tais como o direito à intimidade, à privacidade, ao lazer, à moradia, à autonomia individual e à preservação da espécie humana. (MACHADO, FERRAZ, 2018, p. 57).

O direito à propriedade se traduz em uma prerrogativa preconizada na lei que regula a relação de um sujeito sobre determinado objeto. Propriedade traduz uma relação, sobre a qual recai uma proteção jurídica. Não é a propriedade um direito. O direito é sua proteção. Assim, direito de propriedade é o direito à proteção da relação de um sujeito sobre um objeto. Somente aquela relação que preenche requisitos determinados pelo direito é passível de ser protegida. Tal instituto, desde os primórdios dos tempos, é proveniente ao ser humana como uma condição de sua existência e pressuposto de sua liberdade (SCAVONE JUNIOR, 2020).

Isto posto, destaca-se que o acesso à moradia é tradicionalmente confundido com o de propriedade, fato este considerado importante do ponto de vista da segurança jurídica. Primeiramente, enquanto o direito à moradia se encontra no rol dos Direitos Sociais, o direito à propriedade é tipificado no artigo 5º da Constituição, ou seja, considerado um direito individual, todavia, ambos são de núcleo fundamental.

O direito social à moradia não pressupõe a coexistência do direito à propriedade. A realização do direito à moradia pode ser alcançado por meio de outros direitos que não a propriedade. O Estado pode implementar o direito social através da criação e execução de políticas públicas de concessão de usos especiais para fins habitacionais públicos ou privados.

Nesse ponto, vale esclarecer que, diante de uma situação concreta onde o direito de propriedade se opõe ao direito à moradia, considera-se que deve prevalecer ao máximo a realização da justiça social, ou seja, se a preponderância do direito à propriedade é susceptível de comprometer a dignidade da pessoa humana, deve prevalecer o direito à moradia.

Nelson Saule Júnior ensina que:

(...) se havia alguma dúvida da comunidade jurídica quanto à questão de o sistema constitucional brasileiro reconhecer o direito à moradia como um direito social, a sua previsão expressa no texto constitucional elimina tal dúvida e impõe a sua observância no mesmo patamar dos demais direitos fundamentais positivados em nosso ordenamento (SAULE JÚNIOR, 2004, p. 166).

Vale elucidar que a propriedade sempre proporcionou ao homem os meios necessários para um desenvolvimento econômico humano e social. A propriedade da terra sempre foi observada de modo rudimentar, como meio de produção de bens e de subsistência ao seu proprietário, contudo, a partir do desenvolvimento da industrialização foi onde a terra passou a ser utilizada para uma produção em maior escala. Após esse período, a propriedade de terras passa a ser um sinônimo de poder, onde quem possui

mais terras, possui mais dinheiro e é necessário que tais meios de produção sejam entregues nas mãos de particulares viabilizando assegurar o pluralismo social.

2 A GARANTIA À MORADIA POR MEIO DE PROGRAMAS HABITACIONAIS

O Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social (SNHIS) nasceu de um projeto legislativo de Iniciativa popular apresentado, em 1992, ao Congresso Nacional, contando com mais de um milhão de assinaturas as quais foram recolhidas com suporte das Comunidades Eclesiais de Base, atreladas especialmente às igrejas católicas. Representou um dos quatro projetos de iniciativa popular que se tornou lei desde que a Magna Carta de 1988 reservou aos cidadãos a prerrogativa de propor novos diplomas legais.

Como a Câmara dos Deputados não teria condições de avaliar a autenticidade de todas as assinaturas, o projeto de lei foi atestado pelo Deputado Nilmário Miranda. Assim, foi desenvolvido com auxílio do Fórum Nacional de Reforma Urbana, visando criar um fundo público para o atendimento das demandas por moradias populares. Tal iniciativa nasceu na era Collor como uma medida positiva de entidade da sociedade civil organizada. Dentre os principais grupos de atores envolvidos é possível mencionar a central de movimentos populares, a Confederação Nacional da associação dos moradores, o movimento Nacional por luta por moradia e a União Nacional por Moradia Popular (SAULE; UZZO, 2009).

A original ementa do projeto de lei n. 2.710/92 determinava a criação do Conselho Nacional de moradia popular e do Fundo Nacional de Moradia Popular. A última redação propôs modificação no projeto e a nova ementa passou a dispor acerca do sistema nacional de habitação de interesse social, a criação do Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social (FNHIS), bem como seu conselho gestor. Após mais de uma década de tramitação e diversas discussões ideológicas, a Lei n. 11.124/2005 foi sancionada e publicada no Diário Oficial da União. Essa lei passou a prever um processo participativo de desenvolvimento do Plano Nacional de Habitação e a sedimentação de fundos articulados nos diversos níveis da Federação, supervisionado por conselhos contando com participação popular e com medidas planejadas em Planos Locais de Habitação de Interesse Social. Os aludidos planos revelam natureza obrigatória para entes federados interessados em participar do sistema e dispostos a auferir recursos federais. Nos referidos planos devem ser descritos as necessidades habitacionais dos municípios e as alternativas para enfrentamento do déficit habitacional (AMORE, 2015).

A articulação dos três entes federados, sob coordenação do Ministério das Cidades, constituiu uma proposta que teve origem no projeto moradia no ano 2000. No plano deste projeto foram vislumbradas reuniões técnicas e seminários com movimentos acadêmicos, sociais, empresariais, sindicatos, organizações não governamentais e o Poder Público para debater a Política Nacional de Habitação (PNH).

Os principais eixos da PNH foram a política financeira, a estrutura institucional e a política fundiária (MARICATO, 2006). Além disso, também foram previstos instrumentos de controle social desempenhados através dos Conselhos Estaduais e Municipais e do Conselho Nacional das Cidades, com função geral de gerir fundos de habitação com recursos orçamentários para subsidiar grupos de baixa renda .

Desse modo, para que fosse viabilizado o acesso à moradia para os grupos de baixa renda era imprescindível a aprovação do projeto de lei de iniciativa popular de criação do SNHIS e FNHIS, que encontrava-se em tramitação há mais de uma década no Conselho Nacional (BONDUKI, 2009). Na estrutura financeira do SNHIS foi estabelecido o equilíbrio entre as ações do Poder Público e do mercado. O primeiro foi encarregado pelas ações de habitação de interesse social, ao passo que o segundo, ficou responsável pelas ações de habitação de mercado e atendimento da demanda por habitação para ampliar a oferta da classe média (AZEVEDO, 2007).

Logo, a legislação buscou estabelecer instrumento de longo alcance, por intermédio da integração das atividades mercantis e estatais. Desta forma, foram interpostos dois subsistemas que dispõem, de maneira distinta, sobre a habitação de mercado e a habitação de interesse social. Os subsistemas disciplinam o acesso à habitação para os que necessitam de subsídios separadamente daqueles que não necessitam. A separação reflete nas fontes de financiamento voltadas a cada subsistema. Para fins de sustentação dos subsídios imprescindíveis ao subsistema habitacional de interesse social foram reservados o FNHIS e o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), além de recursos oriundos do Fundo de Desenvolvido Social (FDS), do Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT) e do Fundo de Arrendamento Residencial (FAR), isto é, recursos públicos ou gerenciados pelo ente estatal.

Por sua vez, o subsistema de mercado se sustenta, através da captação de recursos disponibilizados no mercado de investimentos, seja por intermédio das cadernetas de poupança, ou por outros mecanismos a exemplo dos títulos securitários lastreados pelos Certificados de Recebíveis Imobiliários, disciplinados pelo Sistema Financeiro Imobiliário (BRASIL, 2004). Deste modo, o SNHIS procurou desenvolver uma estrutura de governança descentralizada. No referido sistema, a execução da política habitacional ocorreria, de modo concatenado, pelas instâncias municipal, estadual e federal, com seus respectivos conselhos de participação social e fundos. Consequentemente, foi previsto um sistema integrado de política pública, contando com a participação conjunto entre os planos municipal, estadual e nacional.

As supracitadas medidas almejavam expandir a cooperação entre os entes federados, buscando minimizar os vazios institucionais e as sobreposições. O aludido sistema evidenciou a preocupação em se estabelecer uma política de longo prazo, integrando os vários âmbitos governamentais. O desenvolvimento de políticas

direcionadas a cada espécie de realidade seria efetivado através do fortalecimento do papel dos municípios e estados, com a participação dos cidadãos.

Em 2009, o Programa Minha Casa Minha Vida foi instituído, através da Medida Provisória editada em parceria com o setor da construção civil e o setor imobiliário (AMORE, 2015). A Medida Provisória n. 459/2009 recebeu centenas de emendas e tramitou, nas duas casas do Congresso Nacional, em regime emergencial, sendo aprovada em poucos meses e, posteriormente, transformada na Lei n. 11.977/2009.

Com o propósito de sedimentar condições de ampliação do mercado habitacional para atender famílias com renda de até dez salários mínimos, o Poder Público lançou o referido programa, anunciando a construção de um milhão de moradias. A partir do estabelecimento de um patamar de subsídio direto, proporcional às condições financeiras das famílias, tal programa buscou impactar a economia, através de efeitos multiplicadores produzidos pela indústria da construção. Além dos subsídios, buscava também alavancar o volume creditício para aquisição e construção de casas, ao mesmo tempo em que diminuiu os juros com a implementação do Fundo Garantidor da Habitação (CARDOSO et al., 2011).

Levando em consideração a proposta adotada para o programa, pautada na participação da seara privada, o PMCMV remeteu, a segundo plano, os preceitos e as discussões acumuladas em torno do Plano Nacional de Habitação de Interesse Social. Um dos principais reflexos, no que tange aos programas desenvolvidos na esfera do FNHIS, foi a diminuição dos repasses de recursos para as ações voltadas à provisão habitacional. Desde o advento do PMCMV, o FNHIS passou a centralizar seus recursos nas ações de desenvolvimento institucional e de assentamentos precários.

Os recursos foram direcionados para obras complementares de projetos em curso, custeados com recursos do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), evidenciando o viés subsidiário do FNHS nas tomadas de decisões de políticas habitacionais (CARDOSO et al., 2011). Em resposta à crise global, o governo federal buscou implementar uma política habitacional com apelo social. O programa em comento centralizou e institucionalizou as políticas habitacionais, anteriormente dispersas em inúmeros órgãos, e sujeitas a interrupções. O "Minha Casa, Minha Vida" representou a criação da marca de um sistema que engloba uma gama de subprogramas, categorias, linhas de financiamento, fundos, agentes operadores, agentes financeiros, tipologias e meios de acesso à moradia própria (AMORE, 2015).

Contudo, segundo Marguti e Aragão (2016) a dinâmica do PMCMV nem sempre levou em consideração o déficit habitacional para eleger os prioritários municípios. Ao renunciar o papel de produtor direto de habitação de interesse social, o Estado transfere ao setor privado a importante incumbência de decisão acerca da localização dos conjuntos

habitacionais. Sob o prisma da lógica de mercado, tem primazia os aspectos de viabilidade econômica dos empreendimentos e são menosprezados os aspectos concernentes à reforma urbana e direito à cidade. Deste modo, são relegados ao segundo plano os mecanismos de indução da democratização da gestão urbana, regularização fundiária e desenvolvimento urbano.

3 O REGISTRO IMOBILIÁRIO E O DIREITO DE PROPRIEDADE

O registro de imóveis se define, segundo as lições de Pontes de Miranda (2001, p. 249) “no ofício público, em que se dá a publicidade dos atos de transmissão dos bens imóveis e aos direitos reais sobre imóveis ou a negócios jurídicos que a eles interessam.” Desse modo, é necessário que haja esse sistema publicizado, tendo em vista que os direitos reais, por sua extensa eficácia *erga omnes*, denotam a propagação, para que as aparências não levem ao engano, pois nem sempre o indivíduo que se encontra na posse do imóvel é seu legítimo proprietário, ou possui um direito real sobre o mesmo.

Assim, se todos os indivíduos possuem a função de respeitar o direito real, abdicando-se de molestar seu titular, é oportuna e imprescindível a existência de um sistema publicitário capacitado em assegurar a quem pertence o imóvel e os direitos reais sobre ele criados, ao qual qualquer indivíduo interessado possa obter acesso através de certidões.

Corroborando ao estudo, o entendimento de Gomes assevera:

A importância econômica e social atribuída aos bens imóveis, por um lado, e a possibilidade de sua individualização, pelo outro, determinaram, dentre outras razões, a organização de um regime para a transferência da propriedade dos imóveis, que, tornando-a *pública*, proporciona maior segurança à circulação da riqueza imobiliária. (GOMES, 2008, p. 164).

Não obstante se limite somente aos direitos e atos inerentes a imóveis, sem dúvida, o principal dever do registro encontra-se ligado aos direitos reais que sobre ele se edificam, elaboram, transmitem e extinguem.

Toda a conjuntura registral observada na Lei 6.015/1973, em relação aos imóveis, diz respeito à matrícula, a qual se consiste em uma ficha, onde é aferido primeiramente os dados detalhados do imóvel, como seu tamanho em metros quadrados e características, os dados do proprietário vigente na abertura da matrícula, a numeração do registro anterior e os dados cadastrais fiscais do imóvel. Adiante, segundo os estudos de Pereira (2012, p. 100) “na referida ficha, que corresponde ao histórico do imóvel, vão sendo lançados sucessivamente os atos que versam sobre o imóvel (registro).”

De maneira geral, os atos a serem apresentados no registro de imóveis acarretam efeitos de natureza constitutiva, uma vez que, sem a respectiva inscrição, não se elabora o direito almejado através do negócio ou ato jurídico. Desse modo, se compreende em um reflexo dessa função a redação dos arts. 1.227 e 1.245, *caput*, do Código Civil de 2002.

Assim sendo, nem todos os registros são considerados de efeito constitutivo, de maneira que, em algumas situações, a propriedade ou direito se alcança em outro momento, anterior do ponto de vista lógico, possuindo o registro simplesmente o objetivo de declarar esse momento, tornando-o público e assegurando a disponibilidade de seu titular.

Sobre o assunto, as lições de Sarmento Filho evidenciam três modalidades de publicidade imobiliária, quais sejam:

- (a) publicidade-notícia, casos em que o registro serve para informar fatos e atos para a sociedade sem produzir uma eficácia especial; (b) publicidade declarativa, casos em que o registro publiciza direitos já constituídos, conferindo-lhes um *plus*, na medida em que é condição para transmissão do bem; e (c) publicidade constitutiva, casos em que o registro é essencial para que se constitua o direito. (SARMENTO FILHO, 2015, p. 55).

Como explicitado, o registro torna públicas situações jurídico-reais, tendo em vista que, na maioria das situações, possui efeito constitutivo. Por essa razão, o registro é considerado uma das formas de aquisição da propriedade imóvel, assim como de direitos reais. Todavia, ao registro antecede evidentemente um negócio jurídico acordado entre as partes, o qual se constitui normalmente em um título, aqui compreendido em sua acepção forma, como a base que veicula o negócio ou ato jurídico.

O referido título é o que se demonstra ao registro de imóveis e com base nele se empreende o assento registral. Desse modo, no ordenamento jurídico pátrio, o registro se define como ato jurídico causal, pois, segundo entendimento de Pereira (2012, p. 103) “está sempre vinculado ao título translaticio originário, e somente opera a transferência da propriedade dentro das forças, e sob condição da validade formal e material do título”.

Portanto, evidencia-se que o registro de imóveis se compreende em um sistema de publicidade, que almeja a segura aquisição, alteração e extinção de direitos reais imobiliários, o qual consagra o histórico de atos sobre cada imóvel estabelecido, viabilizando a terceiros o conhecimento de tais atos, através de certidões. Assim, a segurança dos atos ali registrados se assegura na existência do princípio da legalidade, que denota o oficial a qualificar os títulos, o qual terá como corolário o império de seu registro ou de seu não registro, a depender de suas qualificações.

Sem sombra de dúvidas, sem publicidade, o registro da propriedade imóvel não alcançará um efetivo direito real, oponível *erga omnes*, visto que terceiros o desconhecerão. Nesse contexto, Leonardo Brandelli (2007) assinala que pode-se até chamar de direito real, mas na realidade não terá tal característica, ou não será em sua plenitude, à medida que tais direitos encontrarão graves restrições jurídicas oriundas da ignorância de sua existência por outras pessoas. Nesse sentido, inúmeros arcabouços jurídicos tiveram a gênese do sistema de Registro de Imóveis e da publicidade registral, a partir da necessidade de se assegurar a oponibilidade dos direitos reais de garantia, sobretudo de hipoteca, e não efetivamente para a proteção da propriedade privada, de maneira atualizada, permanente e de fácil conhecimento da sociedade.

Na realidade, com o objetivo de se alcançar uma real publicidade dos direitos reais sobre imóveis, evidenciou-se a necessidade de instrumentos técnicos apropriados, a "história jurídica" de cada propriedade territorial, de maneira a tornar público quem é o proprietário, bem como quais são as limitações ou gravames que acometem o imóvel (que diversamente do direito de propriedade por exemplo, não é possível de se identificar com base na aparência derivada da posse). Nessa esteira, conforme pontua Angel Cristóbal Montes (2005), em relação aos bens móveis, a publicidade e a segurança do tráfico jurídico restam atendidas, por meio do instituto da posse, no que tange aos imóveis, é notório que a posse é insuficiente para se atingir os efeitos desejados.

Por este motivo, evoluiu-se para o que atualmente se conhece como Registro de Imóveis ou Registro Predial, que em síntese trata-se de uma instituição, que tem por incumbência legal a capacidade para dar publicidade a fatos jurídicos que se referem a bens imóveis, com efeitos declaratórios ou constitutivos do direito real de propriedade ou direitos reais que recaem sobre o direito real de propriedade imobiliária (RICHTER, 2005).

4A RESPONSABILIDADE DA EFETIVAÇÃO REGISTRAL DE IMÓVEIS URBANOS

O cadastro atualizado de imóveis urbanos é o principal instrumento para o correto lançamento e recolhimento do Imposto Predial e Territorial Urbana (IPTU) aos municípios, porém ele também é utilizado para auxiliar na regularização fundiária, na melhoria do espaço público, infraestrutura e função social do território, entre outros aspectos.

Uma das atribuições elementares de qualquer ente estatal é sistematizar a distribuição da propriedade imóvel e assegurar ao seu titular, seja ele quem for- ente privado ou público- certa previsibilidade tanto no que tange à posse, que envolve o uso e o gozo do bem, quanto àquilo que aquele bem irá significar em seu patrimônio. Tal função, ao longo dos anos- e isso é previsto pela Carta Constitucional nacional, somou-se ao dever de assegurar que a propriedade imóvel, visto a sua escassez, atenda também a sua função

social, não podendo existir em um território sem que lhe seja atribuída uma destinação social útil.

A referida função social é legitimamente exigida, especialmente, pois cada propriedade imóvel demanda do Poder Público uma gama de medidas: seu registro, o acesso a ela, a manutenção das condições deste acesso e, se urbana, a qualidade do convívio em seu entorno. Em razão disso, o ente estatal disciplina instrumentos de registros de aquisição e de transferência imobiliária, disciplina o seu uso e tributa a sua titularidade.

A Lei Federal nº 13.465/2017, do artigo 42 ao 54, prevê o procedimento de registro da regularização fundiária urbana. Tais dispositivos regulamentam o registro da Reurb, que é norteado, de acordo com as justificativas da Medida Provisória nº 759/2016, pelas diretrizes da consensualidade, da economia procedimental, e da simplicidade para os cartórios de registro de imóveis, além da previsão específica desses dispositivos legais, inúmeros outros dispositivos da supracitada lei evidenciam a relevância (até predomínio) do registro imobiliário para atribuição de direitos reais aos ocupantes, no âmbito do procedimento de regularização fundiária urbana (Reurb).

Tais mudanças na Política Nacional de Regularização Fundiária evidenciam uma simplificação do instrumento, caminhando para diminuição da multidimensão que lhe é atinente. Diminuição esta que, consoante o instrumento venha a ser aplicado, pode descaracterizar a regularização fundiária da Lei n. 11.977/2009, do Estatuto da Cidade, e, especialmente, prejudicar a concepção da regulamentação como direito subjetivo do ocupante, de acordo com o preceituado pela Carta Constitucional em vigor (VIANNA, 2019).

A partir da análise dispositivos específicos da Lei Federal n. 13.465/2017, observa-se esse caráter reducional da estrutura da regularização, ao passo que se verifica a simplificação de um complexo procedimento para arquetizar a dinamização de uma possível política em massa de titularização.

A referida lei também alterou a Lei de Registros Públicos- Lei Federal n. 6.015/1973, revogando o art. 288-A, que tratava acerca do registro da regularização fundiária urbana, incluindo, ainda, o § 3º no art. 221 da mesma lei de registros, que trata a respeito da dispensa de se apresentar títulos para a constituição de direito real na esfera do registro do projeto de regularização fundiária. A partir da dispensa da apresentação de títulos para a constituição de direito real em prol do ocupante, o ente estatal promotor da regularização pode elaborar uma listagem, oriunda de um cadastro prévio, com o nome dos ocupantes das localidades objeto de regularização fundiária, e levar a registro junto com o projeto de regularização e a CRF.

A Lei Federal n. 13.465/2017 positivou a possibilidade de registro, em ato único, do projeto de regularização fundiária de interesse social sobre região pública (art. 17), com a instituição de direitos reais em prol dos beneficiários, não exigindo-se titulação. Esse ato único de registro (art. 17) reside no procedimento segundo o qual a autoridade cartorária de imóveis realiza, no mesmo procedimento, o registro do projeto de regularização fundiária e, de imediato, a atribuição dos direitos reais aos adquirentes, detentores do direito subjetivo à moradia, através do protocolo da listagem pelo ente público competente.

Nesta esteira, o ato único abarca o registro da Certidão de Regularização Fundiária - CRF, que se trata da documentação que comprova a aprovação ambiental e urbanística da Reurb, o registro da planta do perímetro com o parcelamento de lotes e quadras, até a abertura de matrículas para cada parcela oriunda do projeto, visando se efetivar a atribuição de direitos reais, anteriormente efetivada por meio do procedimento de titulação coletiva ou individual.

Nesse contexto de desburocratização do procedimento de registro da regularização fundiária, o diploma legal trouxe a possibilidade de se disciplinar informais núcleos urbanos, ainda que não situados no âmbito do perímetro urbano definido pelo município. O art. 44, § 3º e 7º remete ao oficial registrador a incumbência de efetuar o cancelamento nos cadastros do INCRA, não podendo a circunstância de o núcleo urbano informal estar situado em região rural apresentar-se como obstáculo ao registro, independentemente da existência de índice de saneamento ou serviços basilares aos cidadãos residentes (VIANNA, 2019).

Tal possibilidade de regularização em terras rurais com características urbanas necessita de um entendimento em favor do planejamento urbano, ainda que inexistente na Lei n. 13.465/2017, onde os municípios devem voltar atenção especial às disposições contidas na Lei n. 10.257/01 (Estatuto da Cidade), notadamente no art.42-B, que determina a obrigatoriedade da criação de um projeto especial para a ampliação do perímetro urbano como modo de planejar o desenvolvimento local em prol de melhores condições de acesso à cidade e habitabilidade. Nas situações de regularização de condomínio, o registro da CRF promoverá efeitos de instituição de condomínio, facultando-se a aprovação da convenção, documento cuja falta, anteriormente à nova legislação, revelava-se como fator impeditivo de registro, caso não fosse juntado às demais documentações imprescindíveis à efetivação do registro.

Ainda no campo da desburocratização, os arts. 60 e 63 da Lei n. 13.465/2017 possibilitam que o registro dos conjuntos habitacionais seja realizado, dispensando-se o "habite-se", permitindo que a averbação das edificações seja realizada a partir da simples notícia pelo promovedor da regularização, de que constam aptas construções a abrigarem moradores.

Em relação à demarcação urbanística, mecanismo estabelecido na Lei n. 11.977/2009, a Lei 13.465/2017 a tornou dispensável, visto que a nova redação estabelece que, com a apresentação do projeto urbanístico de regularização em cartórios, o oficial poderá realizar todos os atos para o seu registro. Tais atos abarcam a abertura de matrícula para a área ocupada que será objeto de regularização, efetuando os destaques, na matrícula de origem concernente ao imóvel, propiciando a unificação de áreas ou sua retificação, adotando-se o memorial descritivo formulado como o documento que promoverá a especialização das parcelas de terra alvo de regularização, dispensando, ademais, a apuração de remanescente.

Tais atos específicos que tornam viável o registro do projeto de regularização, antes da edição da nova legislação, apenas eram possíveis pelo emprego do instrumento da demarcação urbanística. Com a redação conferida pela Lei n. 13.465/2017, a demarcação é reconhecida mais como uma alternativa do que um mecanismo prioritário para a regularização. O procedimento de registro simplificado do projeto de regularização fundiária pode ocorrer sobre todas as regiões onde esteja situado o “núcleo urbano informal”, seja área privada, área pública ou áreas de titulares não identificados, viabilizando que a regularização fundiária possa ocorrer sobre quaisquer terras com características urbanas (VIANNA, 2019).

5 A ATUALIZAÇÃO DO REGISTRO IMOBILIÁRIO E A IMPORTÂNCIA DO REGISTRO DE IMÓVEIS NO QUE TANGE AO DIREITO À MORADIA

A falta do correto cadastro tanto na prefeitura de um município, quanto no Cartório de Registro de Imóveis, leva a diminuição do valor do imposto pago pelo contribuinte, ocasionando desigualdade da qualidade e quantidade de distribuição de infraestrutura entre os níveis sociais de uma população, acarretando também o crescimento desordenado de determinadas localidades. A escassez de serviços básicos como saúde, educação, abastecimento de água potável nas residências e atendimento com saneamento básico em povoações de menor poder aquisitivo também são influenciados pelo cadastro inadequado dos imóveis.

Segundo Silva (1991, p. 153), “a arrecadação de receitas é realizada pela administração e seu produto é aplicado nas mais variadas despesas – obras, educação, saúde, segurança, saneamento -, de modo que as receitas obtidas de cada cidadão revertam em benefício coletivo”.

Classicamente, o Registro de Imóveis constitui o guardião do direito da propriedade imobiliária e, a priori, o desenvolvimento do direito à moradia se centraliza no desenvolvimento da segurança da posse. Porém, os elementos do direito à cidade são viver com dignidade, viver em paz, viver com segurança e apenas por meio de um sistema de garantia de propriedade adequado é que haverá a satisfação plena de seu conteúdo.

A segurança da posse tem sua relevância imediata, porém, a propriedade é a finalidade a ser observada no direito à moradia, uma vez que apenas com ela se materializará a segurança jurídica plena, e a satisfação dos moradores de menor poder aquisitivo, assim, o próprio direito de concessão de uso foi alçado ao status de direito real, sendo possível a sua transmissibilidade por ato *inter vivos* ou *causa mortis*. Nesse sentido, o Estatuto da Cidade confere papel destacado ao Registro de Imóveis para satisfazer o conteúdo do direito à moradia, o que infelizmente não foi absorvido de modo pleno e satisfatório pelos próprios registradores imobiliários, por vezes, evidenciando conservadorismo e timidez na aplicação da legislação.

Somente a título de ilustração, o Registro de Imóvel recebeu a incumbência da promoção de notificação pelo município de imóvel subutilizado, nos moldes do art. 5º, § 2º, da Lei 10.257/2001; a possibilidade de inscrição do direito de superfície, conforme art. 21 da Lei 10.257/2001; a publicidade na matrícula do direito de preferência na hipótese de alienação onerosa, nos termos do art. 25 da Lei 10.257/2001 (BRASIL, 2001).

Na mesma esteira, a Lei n. 11.977/2009 também manifestou elementos indicativos de que o conteúdo do direito de moradia, no território brasileiro, está vinculado ao direito de propriedade. O Registro de Imóveis representou o destinatário final da regularização fundiária, com o papel jurídico de presidir o procedimento e verificar os pressupostos elencados no ordenamento jurídico (BRASIL, 2009).

De modo geral, se procedermos a uma avaliação cautelosa da contemporânea legislação urbanística instituída no território brasileiros, nos últimos anos, será possível verificar, com total certeza, que todos os mecanismos existentes de regularização fundiária objetivam a conferência de direito real e sua consequente publicidade registral. Isto reforça o papel da propriedade imobiliária, no direito de moradia nacional, destacando a relevância do Registro de Imóveis no setor urbanístico.

Os oficiais de Registro de Imóveis estão diretamente atrelados a matérias urbanísticas e devem, obrigatoriamente, deixar de ser coadjuvantes e exercer a atribuição da nova ordem urbanística imposta, de forma que não se admite um registrador que não tenha domínio sobre o plano diretor e zoneamento de sua circunscrição. A participação em conselhos municipais é indispensável, e a criação de grupos de cooperação técnica e de convênios com as prefeituras é medida que trará grandes benefícios aos moradores das respectivas cidades, porquanto a questão registral sempre foi uma barreira quase intransponível no planejamento das cidades e na regularização fundiária.

CONCLUSÃO

O direito de propriedade se apresenta como um dos elementos basilares da sociedade contemporânea, constituindo uma característica humana que, com o decorrer dos anos, assumiu entendimentos e configurações diversas.

A atual concepção de propriedade privada está pautada em ideias do liberalismo econômico, no entanto, a Carta Constitucional de 1988 cristaliza a perspectiva de que tal direito é inerente a todos, sendo que o princípio da dignidade humana, determinado como diretriz de todas as relações interpessoais e objetivo republicano firmado, no texto constitucional, apenas será atingida em sua totalidade, por meio da garantia de um patrimônio mínimo conferido a cada um.

O arcabouço jurídico em vigor não admite uma visão de propriedade pautada no simples poder de acúmulo de bens, ideia que não mais se amolda às concepções do direito econômico, onde vão se consolidando os conceitos como igualdade, liberdade e fraternidade.

Não é possível se conceber a continuidade de uma visão arcaica que menospreze o elemento mais importante de todos os povos, que a própria humanidade. A existência de um viés segregatório, que marginaliza e aparta boa parte dos cidadãos, atenta frontalmente em detrimento dos preceitos esculpidos na Magna Carta, que insere o ser humano em primeiro lugar, colocando-o, ao menos em tese, em um patamar de grande destaque, com o propósito de valorizar o ser frente ao ter.

O acesso à moradia trata-se de um pressuposto basilar, um mínimo imprescindível, para a vida com dignidade e uma garantia elementar para possibilitar o acesso aos demais direitos humanos. Tal condição lógica, que possibilita constatar que a moradia vincula-se em princípio com a vida digna e ao acesso a todos os direitos humanos, mas continua negligenciada substancialmente na sociedade nacional.

O direito à moradia é paralelamente um direito fundamental e um direito humano assegurado constitucionalmente como um direito social fundamental, internacionalmente como um direito essencial e inerente à condição humana.

Nesse contexto, o Registro de Imóveis recebeu relevantes atribuições para auxiliar na garantia do direito à moradia, tornando-se um dos maiores atores da regularização fundiária.

Destarte, os operadores do Direito devem unir esforços para buscar uma aplicação célere, simples e menos burocráticas nesta seara, levando em consideração os princípios esculpidos no Estatuto da Cidade, sem prejuízo, entretanto, da segurança jurídica esperada e necessária.

REFERÊNCIAS

AMORE, C. **Minha Casa Minha Vida para iniciantes**. In C. Amore, L. Shimbo, & M. Rufino (Eds.), *Minha casa... e a cidade? Avaliação do Programa Minha Casa Minha Vida em seis estados brasileiros*. Rio de Janeiro: Letra Capital, 2015.

ARANTES, P.; FIX, M. 2009. **Como o governo Lula pretende resolver o problema da habitação: alguns comentários sobre o pacote habitacional Minha Casa, Minha Vida**. Correio da Cidadania. Disponível em: <http://www.correiodacidade.com.br/index.php?option=com_content&view=category&layout=blog&id=66&Itemid=171>. Acesso em: 04 nov. 2021.

AZEVEDO, S. **Desafios da habitação popular no Brasil: políticas recentes e tendências**. In A. Cardoso (Ed.), *Habitação social nas metrópoles brasileiras: uma avaliação das políticas habitacionais em Belém, Belo Horizonte, Porto Alegre, Recife, Rio de Janeiro e São Paulo no final do século XX* (pp. 12-41). Porto Alegre: Associação Nacional de Tecnologia do Ambiente Construído, 2007.

BONDUKI, N. **Do projeto moradia ao programa minha casa, minha vida**. Teoria e Debate, 2009.

BRANDELLI, Leonardo. **Publicidade registral imobiliária: uma breve análise da eficácia dos direitos reais e obrigacionais**. In: BRANDELLI, Leonardo (Org.). *Direito civil e Registro de Imóveis*. São Paulo: Método, 2007.

BRASIL. **Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em 10, out. 2021.

BRASIL. **Lei n.º 6.015, de 31 de dezembro de 1973**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015compilada.htm>. Acesso em 19, out. 2021.

BRASIL. *Política Nacional de Habitação (Caderno Midades, No. 4)*. Brasília: Ministério das Cidades, 2004.

CARDOSO, A. L.; ARAGÃO, T. A.; ARAÚJO, F. S. **Habitação de interesse social: política ou mercado? Reflexos sobre a construção do espaço metropolitano**. In *Anais do XIV Encontro Nacional da ANPUR*. Rio de Janeiro: ANPUR, 2011.

CUNHA, Leandro Reinaldo da; RIOS, Vinícius Custódio. **Mercado transgênero e a dignidade da pessoa humana sob a perspectiva do capitalismo humanista**. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 105, n. 972, p. 165-184, out. 2016.

FREITAG, Bárbara. **Teorias da cidade**. Campinas-SP: Papyrus Editora, 2006.

FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO. **Centro de Estatística e Informações.** Déficit habitacional no Brasil 2013-2014. Belo Horizonte, 2016.

GOMES, Orlando. **Direitos reais.** 19. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MACHADO, Costa. FERRAS, Anna Cândida da Cunha. **Constituição federal interpretada artigo por artigo, parágrafo por parágrafo.** 9.ed. Barueri: Manole. 2018.

MARGUTI, B.; ARAGÃO, T. **Habitação e assentamentos precários no Brasil: trajetória e desafios para o alcance da justiça espacial.** In M. A. Costa (Ed.), O Estatuto da Cidade e a Habitat III: um balanço de quinze anos da política urbana no Brasil e a nova agenda urbana. Brasília: IPEA, 2016.

MARICATO, E. **O impasse da política urbana no Brasil.** 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2014.

MARICATO, E. **O Ministério das Cidades e a política nacional de desenvolvimento urbano.** Políticas Sociais, 2006.

MARICATO, Ermínia. **Habitação e cidade.** 7. ed. São Paulo: Atual, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional.** 14^a ed. São Paulo: Saraiva. 2018.

MONTES, Angel Cristóbal. **Direito Imobiliário Registral.** Porto Alegre: Safe, 2005.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 36.ed. São Paulo: Atlas. 2020.

OSÓRIO, Letícia Marques. **Direito à moradia no Brasil.** Fórum Nacional de Reforma Urbana, 2020.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil** – Volume IV. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

RICHTER, Luiz Egon, **A problemática conceitual do registro de imóveis: Rudimentos e uma teoria crítica da atividade registral.** In: DIP, Ricardo (Org.). Estudos em homenagem a Gilberto Valente da Silva, Porto Alegre: Safe, 2005.

SARMENTO FILHO, Eduardo Sócrates Castanheira. **Direito registral imobiliário.** Curitiba: Juruá, 2015.

SAULE JÚNIOR, Nelson. **Direito urbanístico.** Porto Alegre: Safe. 2007.

SAULE JÚNIOR, Nelson.; UZZO, Karina. 2009. A trajetória da reforma urbana no Brasil. Chile: dph. Disponível em: <<http://base.d-p-h.info/pt/fiches/dph/fiche-dph-8583.html>>. Acesso em: 05 nov. 2021.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Direito imobiliário teoria e prática**. 15.ed. Rio de Janeiro: Forense. 2020.

SENISE LISBOA, Roberto. **Manual de direito civil: direitos reais e direitos intelectuais**. 4.ed. reform. São Paulo: Saraiva, 2009.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: direitos reais**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

VIANNA, Alice Nohl. **Lei Federal n. 13.465/2017: regularização fundiária urbana ou política de registro de propriedade em massa**. 25R. Bras. de Dir. Urbanístico – RBDU | Belo Horizonte, ano 5, n. 8, p. 25-62, jan./jun. 2019.

ZEITUNE, Moyses Jaime. **A vila autódrome, seu histórico e luta e remoções**. 2016. Disponível em; <<https://www.aedb.br/seget/arquivos/artigos16/24224253.pdf>>. Acesso em 19, out. 2021.

DELAÇÃO PREMIADA NO COMBATE AO CRIME ORGANIZADO

BÁRBARA FÉLIX JOIA DE FIGUEIREDO

RESUMO: A instituição de renúncia ao julgamento não atingiu o efeito esperado. Existem mais razões para isso (por exemplo, exclusões, no caso de menor ou aplicabilidade em casos de crimes a serem punidos com penas baixas de reclusão), mas considerando a imprevisibilidade da pena como o motivo mais significativo, e relacionado com este o círculo limitado de direitos do Ministério Público. Ou seja, o acusado confessa que cometeu o crime ou que sabe que cometeu o crime com mais facilidade se recebe em troca uma promessa concreta de uma punição previsível. A regulamentação da negociação de pena em sentido estrito poderia ocorrer através da modificação dos atuais regulamentos sobre a renúncia ao julgamento, mas também através do estabelecimento de um procedimento especial separado. Ao ponderar a possibilidade de introdução de uma negociação de confissão de culpa. Assim este artigo tem por objetivo geral analisar a delação premiada e seus requisitos com o intuito dos coautores confessarem um crime, apresentando nomes dos envolvidos, apresentando o local onde guardam o produto do crime, o objeto que foi furtado ou desviado e apresentando resultados que auxiliam o órgão de investigação com sua eficácia, além de especificamente de avaliar os requisitos e os aspectos da delação premiada. Verificar a previsão da delação premiada na legislação brasileira e explicar a delação premiada como meio eficaz no combate ao crime organizado. Para atender aos objetivos do estudo foi desenvolvida uma pesquisa por revisão integrativa em material bibliográfico que trata do tema. O artigo conclui as implicações normativas dessas descobertas.

Palavras-chave: Crime Organizado; Delação Premiada; Processo Penal.

ABSTRACT: The institution of waiver of judgment did not achieve the expected effect. There are more reasons for this (for example, exclusions, in the case of minors or applicability in cases of crimes to be punished with low sentences of imprisonment), but considering the unpredictability of the penalty as the most significant reason, and related to this the limited circle rights of the Public Prosecutor's Office. That is, the accused confesses that he committed the crime or that he knows he committed the crime more easily if he receives in return a concrete promise of a predictable punishment. The regulation of penalty negotiation in the strict sense could occur through the modification of the current regulations on the waiver of judgment, but also through the establishment of a separate special procedure. When considering the possibility of introducing a plea bargain. Thus, this article has as a general objective to analyze the awarded declaration and its requirements in order for the co-authors to confess to a crime, presenting the names of

those involved, presenting the place where they keep the proceeds of the crime, the object that was stolen or diverted and presenting results that help the investigative body with its effectiveness, in addition to specifically evaluating the requirements and aspects of the awarding statement. Verify the prediction of the awarded declaration in Brazilian legislation and explain the awarded declaration as an effective means in the fight against organized crime. To meet the objectives of the study, an integrative review of bibliographical material that deals with the subject was developed. The article concludes the normative implications of these findings.

Keywords: Organized Crime; Winning Statement; Criminal Proceedings.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. CRIME ORGANIZADO. 1.1. AS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS. 2.1 LIMITAÇÕES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO. 2. DELAÇÃO PREMIADA. 2.1 DELAÇÃO PREMIADA E CRIME ORGANIZADO. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

O debate político sobre a negociação de confissão se concentrou, em grande parte, em uma pergunta: as negociações de confissão ajudam os réus ou os prejudicam? Ou em busca de redução das penas os réus fantasiam estórias que acabam por não se confirmar.

Proponentes de barganhas de confissão argumentam que as negociações de confissão são boas para os réus. O debate prossegue sob o argumento de que o réu pode sempre optar por não negociar com a acusação e vá a julgamento. Se o réu optar por aceitar uma delação, então esta delação deve ser melhor para esse réu do que ir a julgamento. “E mais escolha é melhor do que menos”; Este é o argumento padrão de Pareto que um contrato celebrado livremente por duas partes necessariamente melhora a situação de ambas as partes. Afinal, uma delação é uma delação - um contrato. Se estiver preocupados com o bem-estar dos réus, o argumento de Pareto parece fornecer um suporte poderoso para a instituição da delação premiada.

Contra essa base de livre escolha para negociações judiciais, um ramo proeminente da literatura explora as características coercitivas do processo de negociação de confissão. Sob esta visão crítica, a escolha dos réus não é livre, mas em vez disso, uma resposta a restrições e ameaças poderosas dos promotores.

Da mesma forma que um contrato feito sob coação não é benéfico para o coagido, os acordos de pena geralmente não podem ser vistos como melhorias de Pareto. Tanto o argumento de Pareto quanto o argumento de coerção são baseados em um pressuposto

importante que desafia-se neste artigo - o pressuposto que, que, na ausência de um acordo de confissão de culpa, o réu teria que ir a julgamento.

Esta suposição é crucial para o argumento de Pareto: a disponibilidade de um o acordo judicial é visto como uma escolha adicional (muitas vezes uma melhor escolha) além do que já existe - o julgamento. E a suposição é também crucial para o argumento de coerção: é a ameaça do promotor de tomar o réu a julgamento que dá origem a coação.

Para que o julgamento seja um fator viável que afeta a escolha dos réus de confissão, promotores precisam ter ameaças confiáveis para levar a julgamento os réus que optem por não apelar. Na verdade, a literatura do contrato de confissão normalmente assume que os promotores têm controle suficiente sobre o processo criminal para serem capazes de fazer tais ameaças de julgamento credíveis (e muitas vezes intimidantes), e que a seriedade dessas ameaças tem muito a ver com os resultados do apelo.

Pensando em casos isolados, essa suposição é sensata, quase óbvia. No caso individual, contra um único réu específico, o promotor pode ter discricão e recursos suficientes para ser capaz de fazer tal ameaça em uma forma credível, e para realizá-la se o réu não se mover. Mas, este é o ponto de partida crucial para a essa discussão - o promotor tem poder para negociar com mais de um réu em um determinado momento, mais do que ele possivelmente pode dar ao luxo de levar a julgamento.

Portanto, pensando em cada indivíduo perde algum elemento importante das interações estratégicas entre promotores e réus. Especificamente, ignora o fato de que o promotor não pode levar todos os réus a julgamento. A restrição de recursos do Ministério Público é comumente observada na literatura como uma justificativa plausível para a instituição do acordo judicial.

Mas reconhecendo o recurso, mais do que justificar o sistema de negociação de pena como um dispositivo de redução de custos. Também levanta um paradoxo fundamental: se o promotor tem recursos suficientes para levar apenas alguns réus a julgamento, como podem suas ameaças de levar todos os réus a julgamento induzi-los a apelar? A restrição de recursos, em outras palavras, pode potencializar a credibilidade da ameaça do promotor.

Reconhecer este paradoxo de credibilidade tem implicações tanto para o Pareto e os argumentos de coerção. Para o argumento de Pareto, sugere que para a maioria das delações (barganhas) dos réus não são uma opção adicional, mas sim, porque a opção de

juízo existe realisticamente apenas para uma pequena fração dos réus, sendo assim a delação (barganha) substituta ou uma opção sem processo.

Devido ao recurso do Ministério Público, penso, esses réus não teriam sido processados de forma alguma. Uma barganha de confissão, ao que parece, não é uma melhoria para eles.

Para o argumento da coerção, reconhecer o paradoxo da credibilidade aumenta a terceira pergunta: por que tantos réus aceitam barganhas duras se a alternativa para a maioria deles é a opção de não processo? Se o promotor está restrito à fonte não tem uma ameaça credível de tomar estes réus a julgamento, por que se declaram culpados e poupam o promotor de precisar levá-los a julgamento? Por que, em outras palavras, é comumente percebido que os promotores têm ameaças confiáveis de ir a julgamento?

Neste sentido este artigo tem por objetivo geral analisar a delação premiada e seus requisitos com o intuito dos coautores confessarem um crime, apresentando nomes dos envolvidos, apresentando o local onde guardam o produto do crime, o objeto que foi furtado ou desviado e apresentando resultados que auxiliam o órgão de investigação com sua eficácia, além de especificamente de avaliar os requisitos e os aspectos da delação premiada. Verificar a previsão da delação premiada na legislação brasileira e explicar a delação premiada como meio eficaz no combate ao crime organizado.

Para atender aos objetivos do estudo foi desenvolvida uma pesquisa por revisão integrativa em material bibliográfico que trata do tema. O artigo conclui as implicações normativas dessas descobertas.

1 CRIME ORGANIZADO

A questão do crime organizado no Brasil tem raízes profundas. Seguindo os preceitos da máfia italiana estabelecida nos Estados Unidos na década de 1920 e 1930, que se fundamentava na distribuição de bebidas ilícitas, no Brasil, o jogo do bicho foi o mercado ilícito mais importante, tradicional e poderoso, e, o que mais se aproximou de uma organização de tipo mafioso (ZILLI, 2015).

Sua capacidade de atração de força de trabalho proveniente do submundo criminoso sempre foi grande e sua força política cresceu durante o regime militar (1964-1985), assim como sua relação com a polícia e a justiça, razão de muitos escândalos públicos (ZILLI, 2015).

A estrutura desse mercado, inicialmente fragmentada, alcançou o estágio da territorialização (divisão da cidade em áreas oligopolizadas por um banqueiro) ainda nos anos 1950, mas permaneceu sem uma coordenação geral até que se constituísse a chamada cúpula do jogo do bicho, por volta de 1980 (PITOMBO, 2009).

A concorrência dos sorteios federais e estaduais (loteria esportiva, sena, raspadinhas, etc.), a partir de meados da década de 1970, fez declinar a demanda, mantendo-a atualmente num patamar bem mais baixo que o existente até então e enfraquecendo a posição dos bicheiros (ZILLI, 2015).

O jogo do bicho é atualmente tolerado, mas perdeu a centralidade da atenção pública para o tráfico de drogas desde meados dos anos 1980. Os efeitos da violência do jogo do bicho foram grandes durante a década de 1950 e 1960, mas declinaram sensivelmente após a organização da cúpula do jogo do bicho, ainda que eventualmente se manifestem, como alguns assassinatos daqueles que descumprem as regras estabelecidas (PITOMBO, 2009).

O mercado de drogas, até meados dos anos 1960, concentrava-se principalmente no varejo da maconha, consumida principalmente nas franjas do submundo criminal pelos que eram rotulados de maconheiros: zonas de prostituição, cais do porto, quadrilhas de assaltantes residentes em favelas, detentos de penitenciárias, toda uma gente que era representada socialmente como formada por malandros e marginais (FELTRAN, 2018).

A partir de meados dos anos 1960, o perfil dos consumidores começa a se modificar com o crescente interesse (interpretado então como contracultura) de jovens artistas, intelectuais e de universitários de classe média com os efeitos de alteração da consciência e de ritualização do consumo em pequenos grupos que a maconha proporciona. A cocaína, que sempre foi consumida (embora em muito pequena escala) nas elites, continuava cara e de acesso mais difícil até meados dos anos 1970 e seu consumo nas áreas de baixa renda continuava eventual e numa escala bem menor que o consumo da maconha. Para Freitas (2010, p. 15):

Não foi a demanda, mas enorme oferta e a redução dos preços a varejo, o principal responsável pela crescente substituição da maconha pela cocaína no varejo das áreas de baixa renda da cidade, a partir do final dos anos 1970. O aumento da oferta deveu-se a consolidação das rotas do tráfico internacional da Bolívia e do Paraguai, através dos aeroportos do Paraná, de São Paulo e do Rio de Janeiro, com destino à Europa consolidação que se deu a partir

da entrada da Colômbia na produção (e não mais apenas na distribuição) de cocaína e do incremento da tradicional produção peruana. Inicialmente pedaços das partidas internacionais, a oferta a baixos preços terminou por alimentar um novo mercado consumidor no eixo Rio - São Paulo, para o qual novos agentes atacadistas se especializaram em prover regularmente.

As redes de varejo, constituídas no comércio da maconha, e cuja lucratividade era relativamente baixa, ganharam o interesse de atacadistas e intermediários da oferta de cocaína. Foi sobre essa base, já montada, mas ainda não constituída em redes, que a cocaína chegou às favelas e outras áreas pobres, a um preço acessível e ainda sem maiores complicações com a polícia. A capitalização dos primeiros grandes donos, no entanto, não foi gerada pelo comércio da maconha. Ela veio dos assaltos a bancos e outras instituições financeiras, incrementados durante os anos 1970. É inegável a grande incidência do crime organizado no Brasil, sendo inegável que vem recebendo muita contribuição para sua proliferação, particularmente no campo do tráfico de entorpecentes, de mulheres, de armas, e nos casos dos grupos de extermínio, hoje prática pontual nos quatro cantos do país (PITOMBO, 2009); (FELTRAN, 2018).

O Brasil, segundo a visão de alguns: é refúgio ideal para mafiosos de alto nível, é interessante praça de lavagem de dinheiro, é caminho para o tráfico de drogas, é o principal produtor e fornecedor de produtos químicos para os laboratórios clandestinos (FREITAS, 2010).

Todo diagnóstico social é muito problemático e discutível no Brasil, porque tem-se uma carência quase que absoluta de investigações e dados empíricos. Mas, pode-se arriscar que o crime organizado no território brasileiro mais difundido no tráfico de drogas e de armas, corrupção, que é sem dúvida senão o maior um dos maiores problemas que se enfrenta, que tem como principais características à fraude contra o erário público ou contra a coletividade, o furto e roubo de automóveis e roubo de cargas. Segundo a opinião de *experts*, as referidas organizações contam com uma verdadeira força armada, elegem políticos e dominam estabelecimentos penais. Intimidam e assim impõem a cultura do silêncio. Têm-se como grande exemplo dessa cultura criminoso, a criação do Comando Vermelho, nos anos 1970 no presídio de Ilha Grande que nasceu como Falange Vermelha (PAES MANSO e NUNES DIAS, 2018).

É inegável que o crime organizado constitui uma realidade no mínimo preocupante. Não tanto, talvez, como a violência institucionalizada (pública) ou generalizada e

desorganizada (privada), que se assiste e que faz parte da chamada criminalidade de massa ou massificada, proporcionalmente muito maior que a organizada, é inegável a necessidade de medidas urgentes, não paliativas, mas, sobretudo, contundentes e eficazes, com a participação de toda a sociedade brasileira, que se transformou em vítima contumaz das escabrosas artimanhas criminosas dos bandidos e da inexplicável inércia de nossas autoridades, que só têm contribuído para o crescimento da impunidade (ZILLI, 2015).

A dificuldade de apuração dos fatos é enormemente ampliada quando se trata de crime organizado, tendo em vista o seu alto grau de tecnificação, ressalte-se que a existência de vários novos aprestos técnicos, com que conta o crime organizado, sequer são de conhecimento do grande público, e, o que é muito pior, as autoridades repressoras de numerosos países do terceiro mundo os desconhecem, ignorando como operam e o perigo que representam para suas sociedades (FELTRAN, 2018).

1.1 As Organizações Criminosas

A organização criminosa surge exatamente, na Itália no século XIX. A primeira menção ao codinome máfia foi feita por um relatório do prefeito da cidade de Palermo, localizada na Sicília, de nome Filippo Gualtério, que usava textualmente o termo máfia (FELTRAN, 2018).

Esse relatório fazia menção a uma associação criminosa que dominava o poder político local. Era a primeira vez que se ouvia falar em crime organizado, já que o prefeito usou o termo máfia associando-o a uma organização criminosa. Mas embora seja o primeiro documento oficial que se refere a uma organização criminosa de caráter formal, alguns historiadores falam da existência desse tipo de organização desde a Idade Média na própria Sicília (PEDRO, 2009).

Segundo Pedro (2009), mesmo tendo origem na Itália em meados do século XIX e ter se fortalecido também no mesmo país, ainda no mesmo século é nos Estados Unidos que ela ganha caráter de organização com a aceção da palavra. E seu fundador é Lucki Luciano. Luciano era um ítalo-americano que comandava uma organização criminosa.

Pedro (2009) continua sua análise observando que havia uma guerra intensa entre as gangues e ele (Luciano) preocupado com os negócios propôs uma união entre as diversas organizações e estabeleceu um armistício que durou até o surgimento de Al Capone em meados da década de 1930.

Completamente egoísta e que não seguia padrões e nem acordos Capone, reabriu a Guerra entre as organizações, dominado que era pela ambição. Luciano se opôs a esse tipo de comportamento.

Com a prisão de Capone e de Luciano, a máfia americana se enfraqueceu, mas não perdeu o seu domínio. Permaneceu forte, até meados da década de 1980 quando foi praticamente dizimada pela ação do FBI (*Federal Bureau Investigation*). No Brasil, embora sempre se tivesse muitos facínoras famosos, como Mineirinho, do final da década de 1950 e início da década de 1960, Lúcio Flávio do final da década de 1960 e início da década de 1970, suas ações eram puramente individuais, embora sempre acompanhados de grupos que não tinham características de organização.

Silva (s/d) fala que no Brasil, o filme "400 contra 1", que conta a história do famoso bandido "William professor" retrata muito bem a criação do primeiro bando organizado do crime no país. O filme relata que tudo começa quando do convívio entre presos comuns e presos políticos no Instituto Penal Cândido Mendes (Ilha Grande - RJ) nos anos 1970.

Esse contato permitiu que os presos comuns sentissem a necessidade de se organizarem de maneira mais formal. Isso começou dentro do presídio, comandos por William Professor, um preso de QI bastante elevado, que promoveu uma reação a um sistema carcerário perverso. Ele se intitulou a "Falange Vermelha".

Silva (s/d) diz que a Falange Vermelha ganhou os morros do Rio de Janeiro e em troca de apoio das comunidades começou a substituir o Estado, proporcionando algumas vantagens em troca de proteção. Distribuía cestas básicas de alimentação, remédios, gás de cozinha, fardamento e material escolar, promoviam eventos beneficentes e etc.

Tudo isso substituindo o Estado ausente. Silva (s/d) informa que o problema é que essa substituição ocorria em função da proliferação do crime, com tráficos de drogas, assassinatos, assaltos a banco e residências e tudo mais. Paralelo a isso, em função do enorme desemprego e ausência de estrutura social nas comunidades, passaram a recrutar jovens para formar um exército e dada a facilidade de compra de armamentos pesados nas fronteiras do Brasil, armaram-se de forma muito perigosa.

Amorim (2014) fala que da Falange Vermelha surgiu o Comando Vermelho e de forma natural outras ramificações surgidas de divergências naturais e do ego de alguns facínoras.

Essa forma de organização criminosa se expandiu rapidamente para o Brasil e em São Paulo surgiu o Primeiro Comando da Capital (PCC) que logo se expandiu e exportou sua organização para o resto do país e se transformou na maior organização criminosa do Brasil, passando a agredir a sociedade quando não tinha suas reivindicações atendidas. Promoveu em São Paulo um ataque ao Estado de forma vil e profundamente audaciosa. E isso se tornou rotina no Brasil.

Amorim (2014) observa com muita propriedade que os bandidos deixaram de serem criminosos comuns organizados em um estrutura empresarial, para se transformarem em uma ameaça ao poder estatal, sendo necessário a aplicação de regras completamente diferenciadas no trato com eles. Deveriam deixar de ser julgados pelo direito penal do cidadão e passarem a ser julgados pelo Direito Penal do Inimigo, teoria de direito penal defendida pelo penalista alemão Günther Jakobs, que diferencia o criminoso cidadão comum do criminoso cidadão que ataca o Estado.

No Estado do Amazonas, as ações da bandidagem eram também realizadas em grupos, mas sem o caráter organizativo. Na década de 1960 tinha o bando do Osga, notório ladrão. Na década de 1970 surgiu o bando do X-9, bando audacioso que não respeitava nada e nem ninguém. Acabou assassinado. Na década de 1970 surgiram três bandos muito perigosos – o do bandido Sapeca; o outro do bandido Cabeção; e um terceiro do bandido Maicon Jackson. Os três (3) acabaram assassinados.

Mas como bando organizado, somente a partir de meados dos anos 2000, surgiu a denominada Família do Norte (FDN), que se aliou ao Comando Vermelho do Rio de Janeiro e se transformou muito rapidamente em uma organização criminosa muito ativa e dominou os presídios da região Norte e alguns do Nordeste e comanda o tráfico de drogas aqui na região Norte.

Seguiu as mesmas orientações de Lucki Luciano na década de 1930, ou seja, as várias facções criminosas se juntaram em uma só, com o intuito de dominar o crime, hierarquizando-o por regiões na cidade de Manaus, levando em consideração a divisão administrativa da cidade.

Mas uma dissidência os obrigou a romper como o Comando Vermelho, já agora nos anos de 2010 e como tem muito mais estrutura o Comando Vermelho acabou por dominar toda a cidade de Manaus, praticamente dizimando a Família do Norte.

Nos bairros em que moram os chefões da FDN, são proibidas algumas ações criminosas contra o cidadão comum, como roubos e assaltos, sob pena de um julgamento sumário por parte da cúpula do crime.

2 DELAÇÃO PREMIADA

O sentido colaborativo dos réus sempre foi uma premissa do elemento probatório. No Brasil se convencionou chamar popularmente de 'alcaguete', ou seja, aquele réu que não segura os segredos do seu crime e acaba por entregar os parceiros para as autoridades policiais ou jurídicas. Vários exemplos no direito brasileiro são bem exemplificativos deste procedimento (GUIDI, 2006).

Joaquim Silvério do Reis talvez seja o exemplo mais nítido de um processo de delação premiada. Nascido em Portugal, mas morador de Vila Rica, hoje Ouro Preto em Minas Gerais, Silvério do Reis fazia parte do grupo de Inconfidentes Mineiros que programava um movimento de libertação do Brasil. Atolado em dívidas com o fisco português, Silvério dos Reis, escreveu uma carta de delação, em 11 de abril de 1789, ao governador de Minas Gerais, Visconde de Barbacena, em que buscava informar sobre o levante que se avizinhava em Vila Rica (GUIDI, 2006).

O movimento foi rechaçado duramente com a prisão dos principais líderes e Silvério dos Reis teve sua delação premiada com uma quantidade de ouro, o perdão das dívidas fiscais, a nomeação para o cargo de Tesoureiro das províncias de Minas Gerais, Goiás e Rio de Janeiro, além de um casa no estilo de uma mansão, uma pensão vitalícia, título de Fidalgo da Casa Real, fardão e hábito da Ordem de Cristo. Uma série de vantagens lhes foram auferidas por sua delação. Na cultura popular brasileira, não passou de um traidor (PEDRO, 2009).

Outros exemplos de delatores são bem evidentes no Brasil, alguns com premiações e muitos sobre tortura, o que não se pode considerar com uma delação, mas sim um sistema de defesa para se evitar mais situações dolorosas impostas por torturadores (GUIDI, 2006).

O termo delação nasce do latim '*delatio*', que significa entregar, delatar, acusar deferir. Assim pode dizer que o termo no campo jurídico se refere ao fato de um criminoso recebe benefícios como a redução de pena, ou até mesmo um perdão judicial, desde que confesse sua participação no crime e se disponha a entregar os outros compassas que o ajudaram a cometer a ação delituosa que certamente aferirá condenações mais pesadas

para aqueles elementos que foram delatados. Assim pode dizer que a delação é um remédio jurídico com a finalidade de se chegar a verdade processual (MOREIRA, s/d).

È uma forte ferramenta na investigação criminal, pois reduz prazos e aponta os caminhos que os investigadores devem seguir para conseguir os elementos probatórios mais consistentes que leve formação de culpa dos acusados (BARROS, 2003).

No Brasil, antes de 2019 nunca houve uma legislação específica que trata-se unicamente desse procedimentos, mais existiam, no ordenamento jurídico brasileiro uma série de dispositivo que se ocupavam do instituto da delação premiada. O primeiro deles era o Código Penal em seu artigo 159, §4.º, extorsão mediante sequestro que tratava desta questão. Outros dispositivos estão consignados no art. 8º, parágrafo único da Lei nº 8/072/1990 - Leis dos Crimes Hediondos; no art. 6º da lei nº 9.034; 1995 - Lei do Crime Organizado; no arts. 13 e 14, f da Lei nº 9.807/1999 - Lei de Proteção a vítimas e testemunhas; nos arts. 1º e 5º da Lei nº 9.613;1998 - Lei de lavagem de dinheiro; no art. 32, 2º da Lei nº 10.409/2002 - Lei antitóxicos (GUIDI, 2006).

Assim evidencia-se que o instituto de delação premiada é bastante presente na realidade no ordenamento jurídico brasileiro como forma de combate ao crime, mas sem dúvida que foi com a Operação Lava Jato, deflagrada em 2014, na cidade de Curitiba no Paraná que esse importante instrumento se consolidou no Brasil (LIMA, 2017).

Como forma de dar celeridade as investigações e se atingir o mais alto grau da estrutura da República e combater a corrupção, tanto o Ministério Público, como a Polícia Federal se valeram da delação premiada para se conseguir seus objetivos (LIMA, 2017).

Sua utilização de forma indiscriminada foi alvo de muitas críticas positivas e muitas críticas negativas. Aqueles que eram adeptos do uso da delação premiada argumentavam que era necessário se aferir vantagens penais para se conseguir chegar a alvos maiores. Não se preocuparam com as repercussões negativas de penas brandas para criminosos que participaram ativamente dos crimes. Casos como do ex-diretor da Petrobrás Paulo Roberto Costa são perturbadores. Passou pouco tempo na prisão; devolveu certa quantia em dinheiro; passou a usar tornozeleira eletrônica; e prisão domiciliar. Parece mais um prêmio do que uma condenação.

Já todos aqueles delatados por ele, e parceiros de crime, receberam punições bem mais pesadas do que ele. Mesmo assim, aqueles que defendem a delação premiada são categóricos em afirmar que se trata de se conseguir um bem maior. Já os críticos negativos da delação premiada, acham que ela é profundamente injusta, por que o criminoso não

faz delação premiada por arrependimento, mas sim para conseguir benefícios e acaba por falar demais e em muitos casos inventando estórias que acabam por não se comprovar, mas que tem repercussão social imensa (LIMA, 2017).

A Lei nº 13.964/2019 regulamentou de forma definitiva essa questão. Com o nome de pacote anticrime, a referida lei regulamentou a questão daquele chamado popularmente de 'alcaguete' como informante que acaba por informar a prática de delitos, principalmente contra a administração pública que receberão proteção integral contra qualquer ameaça que venha a sofrer, além de ser exonerado de culpa civil ou penal em relação ao relato que fez. Seguiu os ditames do direito norte-americano e italiano que também reduzem pena e profere proteção contra a vingança ou retaliação de delatados (BRASIL, 2013).

Embora alguns juristas a considerem inconstitucional, de a delação premiada não podem ser consideradas inconstitucionais, renúncia a direitos de julgamento e, portanto, a ação coletiva subjacente ao fundamento do dilema do negociador não é resolvido pela doutrina da inconstitucionalidade.

Além disso, em outros contextos, os indivíduos que renunciam seus direitos institucionais o fazem em face de ameaças críveis por parte do governo para reter algum benefício, porque o governo não enfrenta um recurso e o constrangimento na realização de sua ameaça.

No contexto das negociações de delação premiada a credibilidade da ameaça dos promotores não é óbvia, dado o problema de recursos limitados do Ministério Público. Essa análise também está relacionada com a literatura, especialmente o direito e economia, sobre litígios e resolução de processos cíveis. Mas para muitos estudiosos do direito penal, a diferença entre a negociação de pena e acordos civis são substanciais e não podem ser agrupados em um modelo unificado. Isso demonstra que a estrutura básica desenvolvida em direito e economia para analisar a estratégia de assentamentos civis é útil e relevante também no contexto criminal, ajudando a iluminar algumas das dinâmicas sutis de negociação de pena.

Especificamente, o problema da credibilidade de ameaças para litigar tem recebido atenção significativa na lei e na literatura da anomia. Mas os determinantes e consequências da credibilidade (ou falta dela) são diferentes nos contextos civil e criminal. No contexto civil, o centro da questão é por que os réus concordam em pagar indenizações quando os processos têm valor esperado negativo para os reclamantes e, portanto, as

ameaças dos reclamantes de litigar eles parecem não incríveis. No contexto criminal, o problema da acusação e da credibilidade tem uma fonte diferente (BARROS, 2013).

Porque o resultado de um criminoso em seu julgamento não é medido em termos pecuniários, a credibilidade das ameaças dos promotores e a condição não é satisfeita meramente por ter casos fortes. O recurso contencioso, não o valor do terno, é o problema. Além disso, ao contrário do padrão contencioso cível/modelo de liquidação, a interação estratégica no âmbito penal do contexto é caracterizado pelo aspecto um contra muitos que desenvolvem.

2.1 Delação Premiada e Crime Organizado

Desde Becker em 1968, o crime organizado atraiu considerável atenção dos economistas, e POR ara sempre razões. A difusão de organizações criminosas, cuja estrutura interna é construída em bases coesas e militarizadas forçou governos em todo o mundo a reformar seus sistemas jurídicos e judiciais para melhorar o desempenho das agências de investigação e para fortalecer a dissuasão (BARROS, 2013).

Essas reformas promoveram a aprovação de leis especiais que mudaram radicalmente os procedimentos de condenação e reclusão. Um exemplo notável é a introdução em muitos países de regulamentos de delação premiada (também conhecidos como programas de leniência), cujo objetivo é encorajar ex-mafiosos e facínoras a denunciar e cooperar com procuradores em troca de benefícios legais. A justificativa prevalente para essas políticas repousa em grande parte no argumento de que os criminosos mais culpados e perigosos raramente fazem o 'trabalho sujo'. Mesmo que esses indivíduos sejam os principais responsáveis pelos crimes cometidos por seus "soldados", eles dificilmente são condenados porque seus papéis são tipicamente limitados ao controle e orientação nos bastidores. Isso explica por que permitir o nível inferior de criminosos para atacar e transformar informantes que parece um canal potencialmente importante para combater o crime organizado

No entanto, até agora, muito poucos modelos estudaram as trocas básicas que moldam o projeto ideal de cooperação e anistias em processos criminais em que denunciante e réus pertenciam à mesma organização e tem estado em um relacionamento do tipo principal-agente (GUIDI, 2016).

Além disso, apesar dos custos econômicos substanciais desses programas e as preocupações éticas desencadeadas por sua aprovação, a evidência sobre seu desempenho é ainda bastante limitado.

Por que os infratores devem ser recompensados com sanções mais leves quando decidem denunciar e cooperar com a justiça? Quais são os principais determinantes das anistias que recebem como prêmio por cooperação? Qual é a relação entre os custos e benefícios dos programas de delatores premiados, a estrutura hierárquica das organizações criminosas, a eficiência do sistema judicial e a quantidade de corrupção na economia? Como esses programas funcionaram na prática?

Responder esses questionamentos não é uma tarefa fácil. Por outro lado, incentiva a entrada de novos criminosos no negócio ilegal, diminuindo a esperada sanção e, portanto, a compensação que o patrão tem para garanti-los na fase de contratação.

Este efeito faz descobrir um potencial lado negro dos programas de leniência, cuja força depende de várias características do criminoso como por exemplo, o grau de coesão entre seus membros, o poder de retribuição do patrão, a quantidade de corrupção na economia e o valor corroborante dos denunciante. Na interação entre esses dois efeitos, mostra-se então que uma política ótima - ou seja, selecionada de modo a minimizar crimes - reduzir a taxa de crimes e aumentar a probabilidade de condenação do topo da escalões (SILVA, 2012).

Além disso, os incentivos para apitar são determinados, entre outras coisas, pelo esperada probabilidade de condenação que um criminoso de baixo escalão enfrenta quando não coopera e obedece ao código de silêncio imposto por seus parceiros.

Também é mostrado que anistias mais generosas (ou mesmo recompensas monetárias) são necessários para combater o crime organizado quando o sistema judiciário não é muito eficaz já que as organizações criminosas apresentam forte coesão interna entre seus membros, as informações prestadas por testemunhas-cúmplices tem um conteúdo investigativo valioso e existem fortes cumplicidades externas entre funcionários públicos e organizações criminosas (corrupção).

Em 1990, o legislador brasileiro, reconhecendo o papel generalizado das "associações criminosas" Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, introduziu no Código Penal, os crimes considerados hediondos. Foi a primeira legislação Brasileira para combater o crime organizado. Esses crimes foram conceituados como crimes de força de intimidação do laço associativo e da condição de subjugação e silêncio

No ano de 2013 foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro a Lei nº 12.850 que faz referência exclusiva ao crime organizado e levou para a prisão cidadãos brasileiros envolvidos com o crime organizados. Dados do Ministério da Justiça de 2019 mostram que

93% das pessoas envolvidas com o crime organizado, foram condenados em todas as regiões do Brasil. São Paulo e Rio de Janeiro apresentam o maior número de condenações, seguidas pela Salvador e Recife.

Essas regiões têm sido historicamente perturbadas por diferentes grupos ligados ao Comando Vermelho do Rio de Janeiro e o PCC de São Paulo que expandiram o seu domínio para o resto do Brasil se associado a grupos regionais, fornecendo a estrutura necessária para que as quadrilhas se consolidem (LIMA, 2017).

A força das associações criminosos (CV e PCC), bem como sua crescente influência na economia legal, repousa em uma cumplicidade externa difusa, ou seja, relações especiais entre chefes de criminosos e funcionários públicos, como políticos nacionais ou locais, juízes, administradores locais e membros da polícia, como acontece especificamente no Rio de Janeiro com a denominadas milícias, organização criminosa que nasceu para dar proteção as comunidades substituindo o Estado e que logo se transformou em um organização criminosa de grande monta, explorando negócios vários como venda de gás, serviços de internet e Tv a cabo.

Anteriormente nascidas para combater o tráfico de drogas nas comunidades, as milícias logo enveredaram também para se envolverem com tráfico de drogas, construções clandestinas, extorsão etc. e contam assim como as organizações do tráfico de drogas, as milícias se valem da lei do silêncio e da cumplicidade.

A fim de quebrar enfraquecer essas cumplicidades externas, o legislador brasileiro decidiu estabelecer punições mais duras para os aliados do crime organizado. e, ao mesmo tempo, conceder a anistia parcial para denunciante que forneçam informações que levem a novos processos judiciais ou eu revelem cumplicidades externas.

No Brasil, desde 1999 existe uma lei de proteção a testemunha – A Lei nº 807 que foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro com o objetivo de proteger aqueles que se arriscam em virtude das informações prestadas à autoridade judiciária.

Existem no Brasil e no mundo muitos criminosos e ex-criminosos que ganharam notoriedade em função de terem feito delação premiada. Mais o mais famosos deles é Tommaso Buscetta que é amplamente reconhecido como o primeiro criminoso importante a quebrar o código do silêncio na Itália.

Durante a década de 1980, ele ajudou os juízes Giovanni Falcone e Paolo Borsellino a alcançar resultados significativos na luta contra o crime organizado. Ele foi a testemunha

chave no Julgamento Maxi que enviou quase 350 Membros da máfia italiana para a prisão. Sua delação foi muito importante também para o combate a máfia nos Estados Unidos (MOREIRA, 2016).

No Brasil são famosos os delatores da Operação Lava Jato que expuseram a existência e o funcionamento de um esquema de propina a partir de contratos com a Petrobrás e outros órgãos do Governo do Partido dos Trabalhadores (PT), o que permitiu que o Ministério Público argumentar que a esses criminoso funcionavam em uma hierárquica unificada, estrutura regulada por uma cúpula de presidente de partidos políticos e que seus dirigentes poderiam ser responsabilizados pelas atividades criminosas comprometida com o benefício da organização. Esta premissa ficou conhecida como o "Operação Lava Jato" em função do primeiro criminoso ter sido preso em um Lava Jato da cidade de Curitiba.

Seus depoimentos permitiram a condenação de muita gente ligada aos partidos políticos brasileiros. Como recompensa por suas ajudas, os delatores foram autorizados a cumprir pena em prisão domiciliar, desde que devolvesse parte do dinheiro que se apoderaram.

Os recursos para violações dos direitos processuais dos réus criminais que participam de organizações criminosas costumam ser tudo ou nada. As condenações são revertidas ou afirmadas; as acusações são descartadas ou deixadas de lado; as evidências são excluídas ou admitidas.

Esses remédios apresentam sérios dilemas para os tribunais. Quando concedidos, geralmente resultam em lucros inesperados para réus culpados - e tribunais, não devem deixar as pessoas saírem livremente ou com penas brandas por força de sua colaboração. Mas, no sistema atual, se os tribunais não quiserem conceder tais benefícios inesperados, eles não podem conceder qualquer remédio. Eles devem evitar reconhecer uma violação de direitos ou depreciação inofensiva.

Esse problema foi especialmente grave no que diz respeito, principalmente a operação Lava-Jato, além da má conduta do Ministério Público. Como muitos estudiosos observaram os remédios existentes para a má conduta do Ministério Público são ineficazes, em grande parte porque raramente são invocados, já que ao Ministério Público só interessa conseguir condenações àqueles agentes públicos que eles considera era como líderes de facções criminosas, esquecendo que o criminoso colaborador também tem enorme parcela de culpa. No caso da operação lava Jato, isso ocorreu com o primeiro criminoso preso que

ao colaborar com as investigações aferiu vantagens penais enormes, mesmo em alguns casos não apresentando provas concretas de sua delação (OLIVEIRA, 2006).

A Lei nº 13.964/2019 teve o intuito de corrigir essa anomalia, não no sentido de se evitar a redução de sentença quando a má conduta minou a confiabilidade da condenação já que má conduta inflige sérios danos dignitários e emocionais, independentemente do efeito no veredicto. E mesmo quando a conduta imprópria é verdadeiramente inofensiva para o réu em particular, podem ser necessárias sanções para condená-la de maneira eficaz e impedir sua repetição. A redução de sentenças poderia servir a esses propósitos corretivos, expressivos e dissuasivos.

A redução de sentenças é um remédio aceito em várias outras jurisdições por várias violações dos direitos dos acusados. Foi aprovado, por exemplo, pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, alguns tribunais domésticos europeus, vários tribunais supremos provinciais do Canadá, e a Câmara de Apelações do Tribunal Penal Internacional para Ruanda, só para citar alguns exemplos.

Mas isso era essencialmente desconhecido nos tribunais dos EUA e do Brasil. A única vez em que a Suprema Corte brasileira considerou a redução da sentença como um remédio para um erro processual não relacionado à sentença antes de 2014, foi uma Violação da Cláusula de Julgamento em que o Tribunal a rejeitou, reiterando sua conclusão superficial em um caso de julgamento rápido e antecipado de que a demissão com preconceito era a única possibilidade possível sob a justificativa de que as sanções diretas impediriam a má conduta, enquanto a redução da sentença deu aos defensores um incentivo para apresentar reivindicações (MOREIRA, 2016).

A simples redução de pena como ocorreu em alguns casos da Operação Lava Jato foram profundamente contraditórias, por que tanto o valor ativo como o passivo nas questões de corrupção tem o mesmo valor para uma condenação. A diferença se dá no ato de colaborar, mas as sentenças não podem ser tão brandas, por que cria jurisprudência, o que pode aferir vantagens para criminosos de alta periculosidade e essa jurisprudência ser invocada nos tribunais. O que acaba por se constituir em um erro (OLIVEIRA, 2006); (SILVA JUNIOR, 2014).

CONCLUSÃO

Com base em novas evidências sobre organizações criminosas no Brasil, identificou-se os determinantes e os principais efeitos dos programas de delação premiada. A análise sugere que induzir ex-criminosos a cooperar com a justiça é particularmente útil quando o

sistema de acusação é pouco eficiente para as organizações criminosas que tem fortes laços com funcionários públicos e as informações fornecidas por "criminosos ilegais" de confiança.

Consistente com a evidência histórica disponível, o artigo sugere que o grau de coesão entre os membros de uma organização criminosa é fundamental para o desenho da leniência ideal com a política: recompensas ou mesmo benefícios monetários para os informantes que às vezes são realmente necessários na presença de organizações com forte coesão entre seus membros.

A evidência empírica apoia a ideia de que os regulamentos da delação premiada têm um efeito positivo tanto na acusação quanto na dissuasão. Além disso em linha com a do modelo em voga no Brasil, a experiência parece sugerir que os delatores premiados devem se relacionar negativamente com uma proxy da ineficiência do sistema judicial.

REFERÊNCIAS

AMORIM, C. Comando Vermelho: A História Secreta do Crime Organizado. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Record, 1994.

BARROS, A. M de. A lei de proteção a vítimas e testemunhas. Franca, Ribeirão Gráfica e Editora, 2013.

BAUMER, E. P.; GUSTAFSON, R. Organização social e crime instrumental: Avaliando a Validade Empírica das Teorias Clássicas e Contemporâneas da Anomia. *Criminology* 45: 617–63, 2017.

BESSA, J. R. F. O crime organizado em Manaus. Manaus: Valer, 2015.

BRASIL. Código de Processo Penal. São Paulo: Saraiva: 2004.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em <http://congressonacionla.gov.br> Acesso em 24 de out de 2021.

BRASIL. Lei N° 13.964/2019. Brasília: Senado Federal, 2019. Disponível em <http://congressonacionla.gov.br> Acesso em 24 de out de 2021.

FELTRAN, G. Irmãos: Uma história do PCC. 1ª edição, São Paulo. Companhia das letras, 2018.

FREITAS, L. P. A sociologia do crime. São Paulo: Summus, 2010.

GOMES, J. B. Delação premiada na lavagem de dinheiro. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n 2973, 22 ago. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/19820>>. acesso em 8 abr. 2015.

GUIDI, J. A. M. Delação premiada no combate ao crime organizado. Franca-SP: Lemos de Oliveira Editora e Distribuidora Ltda-ME, 2016.

LIMA, R. N. P. Operação lava jato. São Paulo: Moderna, 2017.

MOREIRA, R. de A. M. Delação no Direito Brasileiro. Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal. Nº. 19, 2016.

OLIVEIRA, J. P. G. A história jurídica das civilizações. São Paulo SER, 2006.

PAES MANSO, B.; NUNES DIAS, C. A guerra: a ascensão do PCC e o mundo do crime no Brasil. 1ª edição, São Paulo. Todavia, 2018.

PEDRO, A. O crime organizado e suas ramificações. São Paulo: Summus, 2009.

PITOMBO, A. S. A. de M. Organização criminosa: nova perspectiva do tipo legal. São Paulo: RT, 2009.

SILVA JUNIOR, A. A. da. Direito Constitucional. São Paulo: RT, 2014.

SILVA, A. C. C. M. da. O crime organizado no Brasil : um caso de omissão do estado, substituído pelo estado paralelo. Artigo, s/d. Disponível em <http://fiponline.edu.br/coopex/pdf/cliente=3-2447d6ff133a5038079b6b36cd39e1b4.pdf> Acesso em 24 de out de 2021.

SILVA, A. C. C. M. da. O crime organizado no Brasil : um caso de omissão do estado, substituído pelo estado paralelo. Artigo, s/d. Disponível em <http://fiponline.edu.br/coopex/pdf/cliente=3-2447d6ff133a5038079b6b36cd39e1b4.pdf> Acesso em 2r de out de 2021.

SILVA, E. A. da. Breves considerações sobre a colaboração Processual na lei nº. 10.409/02. Boletim IBCCRIM. São Paulo, Vol.10, nº. 121, p.4-7, dezembro. 2012.

SILVA, J. A da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 3ª ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2009.

ZILLI, L. F. O mundo do crime e a lei da favela: aspectos simbólicos da violência de gangues na região metropolitana de Belo Horizonte, Etnográfica, vol. 19 (3) |2015, 463-487.

O DIREITO SUCESSÓRIO NA UNIÃO HOMOAFETIVA: POSICIONAMENTO DOUTRINÁRIO E JURISPRUDENCIAL SOBRE O TEMA

OCIDALIA MATIAS DOS SANTOS SANTANA.
Bacharelada em Direito pela Universidade de Gurupi – UnirG.

WELLSON ROSÁRIO SANTOS DANTAS³⁵.

RESUMO: A união homoafetiva, caracterizada pela junção de pessoas do mesmo sexo, é um dos temas mais debatidos pelo Judiciário, Legislativo e pela sociedade na atualidade. Em que pese o seu reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal, os casais homoafetivos buscam o reconhecimento de poderem pleitearem direitos e garantias ao patrimônio do cônjuge. Desse modo, o presente estudo tenciona discutir a respeito do direito sucessório nas famílias homoafetivas e apresentar os efeitos que essa formalização causa no seio familiar, jurídico e social. O presente trabalho tem como técnica de pesquisa a referência bibliográfica e como meio de pesquisas, sites de busca, livros, artigos científicos e a legislação constitucional e infraconstitucional nacional e internacional. Nos resultados, ficou evidente que a união homoafetiva já se encontra consagrada na jurisprudência brasileira, conforme julgado ADIn (Ação Direta de Inconstitucionalidade) nº 4277 e da ADPF (Arguição de descumprimento de preceito fundamental) nº 132, ambos decididos pelo Supremo Tribunal Federal. Com tal decisão, abre-se espaço para que casais homoafetivos possam ter garantido o direito a bens do falecido. O que fica evidente, conforme expresso na jurisprudência brasileira é de que é plenamente possível a aplicabilidade do Direito Sucessório aos casais homoafetivos.

Palavras-chave: União homoafetiva. Direito Sucessório. Jurisprudência

ABSTRACT: The same-sex union, characterized by the union of people of the same sex, is one of the most debated topics by the Judiciary, Legislative and society today. Despite their recognition by the Federal Supreme Court, same-sex couples seek recognition. Thus, the present study intends to discuss the succession law in same-sex families and present the effects that this formalization causes in the family. The present work has as a research technique the bibliographic reference and as a means of research, search sites, books, scientific articles and national and international constitutional and infra-constitutional legislation. In the results, it was evident that same-sex union is already enshrined in Brazilian jurisprudence, as judged ADIn (Direct Action of Unconstitutionality) nº. 4277 and ADPF (Allegation of non-compliance with fundamental precept) nº. 132, both decided by the Supreme Court. With this decision, space is created for same-sex couples to have guaranteed the deceased's right to property. What is evident, as expressed in Brazilian

³⁵ Advogado, Docente do Curso de Direito da Universidade de Gurupi – UnirG.

jurisprudence, is that the applicability of the Law of Succession to same-sex couples is fully possible.

Keywords: Homoaffective union. Inheritance Law. Jurisprudence.

Sumário: 1. Introdução. 2. Metodologia. 3. Direito Sucessório: Aspectos gerais. 4. Caracterizando a união homoafetiva. 5. O Direito Sucessório na União Homoafetiva. 5.1 Posicionamentos Jurisprudenciais. 6. Considerações Finais. 7. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Temáticas relacionadas ao âmbito familiar gera de imediato inúmeras discussões, principalmente pelo fato de que a família é o bem mais tutelado pelo indivíduo e pelo Direito. Nessa seara, tendo como base no texto constitucional que deixa explícito que a família é constituída, sobretudo, pelo afeto, permitiu que na prática diversos tipos de família surgissem ao longo das últimas décadas. Para esse trabalho, foca-se exclusivamente nas famílias homoafetivas.

A união homoafetiva é caracterizada pela união de dois indivíduos que possuem o mesmo gênero ou que pertençam a classe LGBTQIA+. Esse tipo de relação sempre foi pautado pelo preconceito e pela violência, a ponto de que em vários países a sua prática é considerada crime (AMIN, 2018).

Na luta por um reconhecimento jurídico e social mais evidente, os casais homoafetivos há muito tempo vêm buscando juntamente ao Poder Judiciário e ao Poder Legislativo a legalização e o reconhecimento da sua relação. No entanto, o que se tem encontrado, apesar de alguns avanços significativos, é que ainda não existe no Brasil uma legislação própria que regule as uniões homoafetivas e todas os aspectos envolvendo a sua constituição (GONÇALVES, 2020).

Além da busca pelo reconhecimento mais amplo e objetivo da união homoafetiva, tem-se pleiteado no Judiciário brasileiro a possibilidade de ter garantido o Direito à sucessão. Aqui, busca-se o reconhecimento do parceiro do falecido ao direito aos bens. Frente a essa situação, tem-se verificado que pouco se discute a possibilidade casais homoafetivos se enquadrarem no rol dos herdeiros.

Diante dessa realidade, o presente estudo tem como objetivo discutir sobre a aplicação do Direito Sucessório na união homoafetiva, apresentando o processo histórico, conceitual, jurídico e as respectivas dificuldades encontradas por estes indivíduos na entrada do processo sucessório.

Busca-se com esse tema analisar os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais a respeito da possibilidade (ou não) de indivíduos que estavam em relações homoafetivas requerem o direito ao patrimônio do cônjuge falecido. Assim, a problemática dessa pesquisa reside na seguinte questão: existe a possibilidade de se efetivar a partilha de bens ao cônjuge sobrevivente da relação homoafetiva no Brasil?

2. METODOLOGIA

Para a realização do respectivo trabalho, a abordagem qualitativa de investigação foi utilizada neste trabalho, pois é a forma mais adequada para se entender a natureza de um fenômeno, sem técnicas estatísticas. O método da pesquisa utilizada no trabalho se pautou no indutivo (GIL, 2010).

Ainda na metodologia, foi feita uma revisão de literatura, constituído de estudo bibliográfico e documental. A pesquisa bibliográfica foi realizada por meio de leituras das leis, da Constituição Federal, de revistas jurídicas, de livros e artigos vinculados ao tema.

A coleta de dados é resultado de uma busca feita em bases de dados, tais como: Scielo; Google Acadêmico, dentre outros, entre os dias 10 de agosto a 10 de setembro de 2021. Os descritores foram: União homoafetiva. Direito de Sucessão. Legislação Brasileira. Jurisprudência.

3. DIREITO SUCESSÓRIO: ASPECTOS GERAIS

Antes de se adentrar na discussão central desse estudo é preciso primeiramente entender o que seja a sucessão e como o Direito brasileiro lida com esse tema. Assim, nesse tópico será apresentado os principais pontos referentes ao direito sucessório brasileiro.

Na ausência de vida de um indivíduo caracterizando a sua morte, além de outras consequências sociais e jurídicas decorrentes desse fato, surge para o Direito o direito sucessório, que conforme explana Arruda (2018) é o agrupamento de normas que regulam a transferência do patrimônio, seja ativo e passivo, do morto.

A renomada doutrinadora Maria Berenice Dias (2021) ao compreender o que seja o direito das sucessões afirma que ele é um conjunto de regras jurídicas que visam regular a transmissão de um patrimônio para outrem, quando o detentor deste venha a falecer, em razão de lei ou testamento.

No Brasil, o direito sucessório possui a finalidade, como o próprio conceito nos lembra, de fazer com que os herdeiros (legítimos e testamentários) tenham a garantia de receber os bens do morto. Nos dizeres de Peixoto (2021, p. 30) o direito à sucessão é uma

“garantia constitucional, sendo o ato de suceder um direito da personalidade. A qualidade de sucessor é inegociável. Inobstante, pode ser negociado o direito de receber, efetivamente, a herança”.

No regimento jurídico brasileiro, o direito sucessório está regulado a partir do artigo 1.786 do Código Civil atual, subdividindo-se em sucessão legítima e testamentária. A legítima é oriunda da norma jurídica em si, ou seja, possui previsão legal. A segunda é o documento onde o morto expressa publicamente a sua última vontade de compartilhamento de seus bens, seja por testamento, legado ou codicilo (ARRUDA, 2018).

Devido ao fator morte, emerge na área jurídica, a transferências para terceiros de todos os aspectos do patrimônio do falecido. Tendo como base o princípio da *saisine*, (art. 1.784 CC) aberta a sucessão após a morte, a herança será destinada aos herdeiros.

No texto civilista, encontra-se o artigo 1.829 ao qual dispõe da sequência de sujeitos (vocação hereditária) que irão receber os bens e encargos do morto. Nesse caso, como bem acentua o texto do presente artigo, existe a preferência entre os sujeitos; onde na ordem expressa encontra-se primeiramente os descendentes, precedido pelos ascendentes, ao cônjuge sobrevivente e aos colaterais (BRASIL, 2002).

Os herdeiros necessários são representados pelos descendentes e os ascendentes, os cônjuges e companheiros (CC 1.845). Por conta dessa condição, são chamados de herdeiros legítimos, tendo como direito ao menos a metade da herança. Os considerados colaterais (ou facultativos) são os demais, aos quais só irão receber algo quando se ausentarem os herdeiros legítimos.

No caso dos descendentes, estes têm prioridade no processo sucessório dos bens, como também dos encargos e obrigações. Nesse caso, os descendentes são os primeiros a suceder, tendo como justificativa o fato de se preservar a continuidade da vida humana e a vontade presumida do autor da herança (ZALTRON, 2018).

Há ainda outra situação que deve ser mencionada, que é caso da possibilidade de surgir a concorrência do descendente com o cônjuge sobrevivente. Nessa situação, ambos dividem a herança, desde que cônjuge sobrevivente tenha sido casado com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único). No regime de união estável também há essa possibilidade (BRASIL, 2002).

De todo modo, fica evidente que os descendentes são prioridades no direito sucessório, juntamente com o cônjuge (em casos excepcionais). Ou seja, prioriza-se os filhos nos direitos e obrigações dos bens do morto. Ocorre que a sociedade evoluiu de tal modo que as relações oriundas pelo afeto, o que caracteriza o conceito de família pelo

texto constitucional, trouxe uma expansão do entendimento sobre família, incluindo aí as relações homoafetivas. Para entender o que seja essa união, discorre-se no tópico seguinte.

4 CARACTERIZANDO A UNIÃO HOMOAFETIVA

A Constituição Federal do Brasil de 1988 trouxe em seu texto a definição exata do que seja uma família; que no caso aqui é configurada sobretudo, pelo afeto. É por meio do afeto que se formaliza uma família. Nesse sentido, o afeto é a “representação de apego de uma pessoa para outra, bem como a alguma coisa. Essa tendência em um laço acaba por gerar carinho entre as partes, bem como confiança, intimidade, zelo e saudade” (BARANOSKI, 2016, p. 208).

Em seu art. 226 § 3º do texto constitucional traz um rol exemplificativo dos tipos de famílias previstas no regimento jurídico brasileiro. No entanto, como bem lembra Gonçalves (2020) esse rol não é taxativo, podendo encontrar outros tipos de famílias, tais como a família monoparental, avoenga, estável, dentre outras. Todas elas são oriundas do afeto.

Desde a promulgação da Carta Magna, a sociedade foi se modernizando, assim como os costumes. Dentre os avanços ocorridos na esfera familiar, encontra-se as relações homoafetivas. Conceitualmente, uma relação homoafetiva é aquela caracterizada por dois indivíduos pertencentes ao mesmo gênero sexual (AMIN, 2018).

Em outras palavras, é aquela relação “existente entre pessoas do mesmo sexo/gênero. Ou seja, é o indivíduo que possui o desejo de se relacionar com outra pessoa que possua o mesmo sexo que o seu” (MADALENO, 2018, p. 04).

Nos dizeres de Monteles (2020, p. 03) “as pessoas que possuem o sentimento “afetivo homossexual possuem o mesmo sentimento que outra pessoa qualquer, mas direcionado para alguém do mesmo gênero que o seu, sendo uma manifestação natural de cada indivíduo”.

Nota-se que assim como as demais espécies de família, a união homoafetiva também é caracterizada pelo afeto e pela afinidade, requisitos essenciais para designar uma família. Ocorre que na prática, a homossexualidade e suas derivações sempre sofreram preconceitos e resistência social, política e religiosa, fazendo com que em muitos países as relações homoafetivas sejam consideradas crimes.

De fato, estar inserido na classe LGBTQIA+ (Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transexuais, Queer, Intersexuais, etc.), sigla esta que denomina todos os grupos que se identificam como homoafetivos, não é tão simples como os demais grupos sociais. Ser gay ou lésbica ou qualquer outro grupo pertencente a esse meio é ser de imediato vítima de todo tipo de preconceito.

Desde os primórdios da civilização a homossexualidade já era vista como algo prejudicial à sociedade, conforme se verifica no seguinte trecho:

Com a era cristã começaram a surgir as ideias homofóbicas, tendo Justiniano editado leis nesse sentido. Daí para frente há Estados com legislações que repudiavam o homossexualismo, tendo como base a possibilidade e o incentivo de repovoar a Europa devido à diminuição populacional causada por epidemias. Os legisladores viam na relação homoafetiva à estabilidade das populações. A ligação entre o homossexualismo e a feitiçaria fez com que cada vez mais aumentasse a intolerância a essas relações (VENOSA, p. 428).

No contexto atual, além da enorme dificuldade de aceitação dos próprios homossexuais com a sua sexualidade, as inúmeras chances de sofrerem homofobia (termo designado para estabelecer o ódio ou repulsa por homossexuais) nas ruas brasileiras e do pouco apoio familiar e social ao qual se esbarram, fazem com que os homossexuais ainda sofram resistência e dificuldades de aceitação e inclusão na comunidade. Se para eles já é difícil a convivência com os demais, estar inserido dentro de uma relação homoafetiva, o preconceito se torna ainda maior.

A respeitada doutrinadora Maria Berenice Dias em sua obra "*União Homoafetiva: o preconceito e a Justiça*" (2011) afirma que desde sempre a homossexualidade fora vista como algo fora do normal. Ainda que tenha se visto inúmeros progressos ao longo dos séculos, como por exemplo a ideia de que a homossexualidade seria uma doença³⁶, a imagem referente aos homossexuais ainda continua sendo a mesma. Isso pode ser verificado quando no Brasil as reportagens jornalísticas mostram diariamente casos de agressões contra homossexuais em locais públicos nos grandes centros e cidades do interior.

Corroborando com a supracitada autora, a título de exemplo, no Brasil, em 2020, teve-se 237 vítimas de homotransfobia no Brasil, de acordo com o dado levantado pelo Grupo Gay da Bahia (GGB), ou seja, uma média de uma vítima a cada 36 horas. Apenas por esse dado, fica nítido observar que o preconceito e a exclusão desse grupo fazem parte da realidade social do Brasil.³⁷

Apesar disso, ao longo das últimas décadas a jurisprudência brasileira tem sido uma importante aliada no que concerne ao garantismo de direitos aos homossexuais. Diga-se

³⁶ Em 17 de maio de 1990 a Organização Mundial da Saúde (OMS) retirou a homossexualidade da Classificação Internacional de Doenças (CID).

³⁷ Disponível em: <<https://www.brasildefatopb.com.br/2021/05/17/no-dia-de-luta-contr-a-homofobia-ainda-e-alarante-os-numeros-de-violencia>>. Acesso em: 10 set. 2021.

isso, porque é pelos julgados nos Tribunais brasileiros que tem se verificado a aplicabilidade de direitos e garantias constitucionais aos casais homoafetivos, assim como já existe aos casais heteros.

Na ausência de leis específicas para esses casais, são os Tribunais quem tem julgado positivamente os pleitos pretendidos pelos casais homoafetivos. *A priori*, encontra-se o julgamento da Ação Civil Pública 2000.71.00.009347-0, distribuída em 2000 à 3ª Vara Previdenciária de Porto Alegre. A ação teve início com denúncia do Ministério Público Federal contra o Instituto Nacional de Seguridade Social – INSS, requerendo a concessão de direitos previdenciários ao companheiro homoafetivo (AMIN, 2018).

Em decisão liminar, a Juíza responsável pela causa determinou que fossem reconhecidos aos casais homoafetivos, em âmbito nacional, os direitos à pensão por morte e ao auxílio reclusão. A decisão foi confirmada em todas as instâncias de julgamento e resultou na elaboração da Instrução Normativa nº 25 de 2000, do INSS, que regulamentou os benefícios previdenciários aos casais homoafetivos. Tal regulamentação teve grande importância, pois equiparou, em seu art. 3º as uniões homoafetivas às uniões estáveis. Atualmente, essa regulamentação encontra-se na Instrução Normativa do INSS nº 45 de 2010, nos artigos 25, 45, §2º, 322 e 335. (BRASIL, 2010).

Após essa iniciativa jurisprudencial, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) se posicionou entendendo também pela equiparação das uniões homoafetivas às uniões estáveis para que o companheiro dependente adquirisse benefícios na previdência privada.³⁸

No entanto, o principal movimento para a efetivação das uniões homoafetivas em solo brasileiro se deu por meio do julgamento da ADIn (Ação Direta de Inconstitucionalidade) nº 4277 e da ADPF (Arguição de descumprimento de preceito fundamental) nº 132, ambas situadas no Supremo Tribunal Federal. No dia 05 de maio de 2011, os ministros da Corte máxima reconheceram, de modo unânime, a união estável entre pessoas do mesmo sexo em todo o território nacional. A decisão do STF consagrou uma interpretação mais ampla ao artigo 226 § 3º da Constituição Federal de modo a abranger no conceito de entidade familiar também as uniões entre pessoas do mesmo sexo (MATTOS, 2016).

O então ministro Ayres Britto, relator das ações que trataram do tema (ADI 4277 e APDF 132) em seu voto evidenciou o termo homoafetividade para se referir às relações existentes entre pessoas de mesmo sexo, esclarecendo que o termo busca:

[...] dar conta, ora do enlace por amor, por afeto, por intenso carinho entre pessoas do mesmo sexo, ora da união erótica ou por atração

³⁸ Superior Tribunal de Justiça, Terceira Turma, Resp. 1.026.981/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 23.2.2010.

física entre esses mesmos pares de seres humanos. União, aclare-se, com perdurabilidade o bastante para a constituição de um novo núcleo doméstico, tão socialmente ostensivo na sua existência quanto vocacionado para a expansão de suas fronteiras temporais. Logo, vínculo de caráter privado, mas sem o viés do propósito empresarial, econômico, ou, por qualquer forma, patrimonial, pois não se trata de uma mera sociedade de fato ou interesseira parceria mercantil. Trata-se, isto sim, de uma união essencialmente afetiva ou amorosa, a implicar um voluntário navegar emparceirado por um rio sem margens fixas e sem outra embocadura que não seja a confiante entrega de um coração aberto a outro³⁹

O ministro ainda opina que a união homoafetiva constitui um novo núcleo doméstico em bases estáveis, e por isso esta entidade merece a proteção especial do Estado. Em suas palavras “é um caminho sem volta, é descolonização mental” (BRASIL, 2018, p. 01).

Por meio dessa decisão, é possível se realizar o casamento homoafetivo no Brasil através da chamada conversão da união estável em casamento. A partir desse reconhecimento, vários casais têm ingressado com pedido judicial de conversão de união estável em casamento, conforme cita-se o exemplo abaixo:

APELAÇÃO CÍVEL. PROCEDIMENTO DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA. DIREITO DE FAMÍLIA. **CONVERSÃO DE UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA EM CASAMENTO**. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DESTA CORTE E DO STJ SOBRE A QUESTÃO. PROVIMENTO DO RECURSO. 1. O mesmo raciocínio jurídico utilizado pelo Supremo Tribunal Federal para conceder aos pares homoafetivos os direitos decorrentes da união estável deve ser utilizado para lhes viabilizar o casamento civil, especialmente em razão de a Carta Constitucional determinar a facilitação da conversão da união estável em casamento, e o artigo 1726 do código civil dispor que a união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil. 2. Em outras palavras, se o STF reconheceu a existência da união estável homoafetiva como entidade familiar, conferindo-lhe as mesmas consequências da união estável entre homem e mulher, não faria sentido obstar a conversão da união estável entre pessoas do mesmo sexo em casamento, sob o argumento da omissão legislativa. 3.

³⁹ STF, ADI 4.277 e ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, julgado em 4.5.2011, voto do Rel., p. 8 e 9.

Recurso provido, na forma do artigo 557, § 1º-A do CPC.(TJ-RJ - APL: 04644055520128190001 RJ 0464405-55.2012.8.19.0001, Relator: DES. CHERUBIN HELCIAS SCHWARTZ JUNIOR, Data de Julgamento: 14/02/2014, DÉCIMA SEGUNDA CAMARA CIVEL, Data de Publicação: 20/02/2014).

Em que pese a importância dessas decisões, em 2019, novamente o Supremo Tribunal Federal (STF) ao discutir a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26 e no Mandado de Injunção nº 4.733, ações que foram protocoladas pelo PPS e pela Associação Brasileiras de Gays, Lésbicas e Transgêneros (ABGLT) se posicionou no sentido de que a LGBTfobia se equipara ao crime de racismo, tendo como fundamento o art. 20 da Lei 7.716/89 que versa sobre os delitos de preconceito por etnia e por cor.

Nesse sentido, nos casos onde restar configurado agressões contra o público LGBTQIA+, este será enquadrado como crime de racismo, até que uma norma específica seja aprovada pelo Congresso Nacional. Além disso, na decisão acima, a homofobia também poderá ser utilizada como qualificadora de motivo torpe no caso de homicídios dolosos ocorridos contra homossexuais.

Bulgarelli et al. (2021) ao discorrer sobre a decisão, explica que se configura o crime quando o ofendido for impedido de exercer um direito, teve qualquer direito violado, ou foi tratado de forma diferente por causa de sua orientação sexual ou identidade de gênero. Por exemplo, quando uma pessoa é impedida de entrar em algum local público por ser trans.

Com os exemplos mostrados acima, fica nítido constatar que no Brasil está havendo um avanço no sentido de dar maior legitimidade ao reconhecimento das uniões homoafetivas. No entanto, em se reconheça a importância dessas iniciativas e decisões, há ainda muitas barreiras para o reconhecimento definitivo para as famílias homoafetivas, principalmente no que concerne ao direito sucessório, conforme se analisa no tópico a seguir.

5. O DIREITO SUCESSÓRIO NA UNIÃO HOMOAFETIVA

Para falar sobre o direito sucessório na relação homoafetiva no aspecto jurídico é preciso contextualiza-lo no cenário social. Isso é importante porque as adoções pretendidas por casais homoafetivos ainda são nos dias de hoje um tema de inúmeras discussões.

Como bem menciona Brocanelo (2018) o desejo de formar uma família com filhos ou constituir um patrimônio também está presente entre parceiros do mesmo sexo. Só que

tal decisão é acompanhada de sacrifícios pessoais que incluem enfrentar obstáculos legais e morais, além do enfrentamento ao preconceito da sociedade e até dos próprios familiares.

Apresentando essa temática Bezerra (2015) aduz que se discute muito ainda no cenário atual de que forma uma relação homoafetiva pode impactar na criação de uma criança ou adolescente, uma vez que essas relações ainda são consideradas por muitos como uma relação anti-natural, ou seja, não reconhecida de maneira “normal”. Do mesmo modo, se discute de que maneira o patrimônio adquirido durante o período da relação pode ser reconhecido pela família, pela sociedade e para o Judiciário.

Como já citado anteriormente, a união homoafetiva não possui um regramento jurídico próprio, o que eventualmente também se respinga na questão do Direito Sucessório. Como essa matéria encontra-se discutida na doutrina e na jurisprudência, é também nesses meios que se analisa a questão problemática dessa pesquisa.

Historicamente, por não haver uma norma jurídica que tutelasse os interesses das uniões homoafetivas, conseqüentemente não se assegurava quaisquer garantismo ao direito sucessório aos conviventes homoafetivos. Se poder se ausentar dessas situações, os casos dessa natureza eram destinados às Varas Cíveis, uma vez que até então não se reconhecia a união homoafetiva como uma família (MADALENO, 2018).

Na ausência de leis específicas para esses casais, são os Tribunais quem tem julgado positivamente os pleitos pretendidos pelos casais homoafetivos. *A priori*, encontra-se o julgamento da Ação Civil Pública 2000.71.00.009347-0, distribuída em 2000 à 3ª Vara Previdenciária de Porto Alegre. A ação teve início com denúncia do Ministério Público Federal contra o Instituto Nacional de Seguridade Social – INSS, requerendo a concessão de direitos previdenciários ao companheiro homoafetivo (AMIN, 2018).

Em decisão liminar, a Juíza responsável pela causa determinou que fossem reconhecidos aos casais homoafetivos, em âmbito nacional, os direitos à pensão por morte e ao auxílio reclusão. A decisão foi confirmada em todas as instâncias de julgamento e resultou na elaboração da Instrução Normativa nº 25 de 2000, do INSS, que regulamentou os benefícios previdenciários aos casais homoafetivos. Tal regulamentação teve grande importância, pois equiparou, em seu art. 3º as uniões homoafetivas às uniões estáveis. Atualmente, essa regulamentação encontra-se na Instrução Normativa do INSS nº 45 de 2010, nos artigos 25, 45, §2º, 322 e 335. (BRASIL, 2010).

Após essa iniciativa jurisprudencial, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) se posicionou entendendo também pela equiparação das uniões homoafetivas às uniões estáveis para que o companheiro dependente adquirisse benefícios na previdência privada.⁴⁰ Como

⁴⁰ Superior Tribunal de Justiça, Terceira Turma, Resp. 1.026.981/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 23.2.2010.

essa matéria encontra-se discutida na doutrina e na jurisprudência, é também nesses meios que se analisa a questão problemática dessa pesquisa.

Foi somente a partir do já citado julgamento da ADI 4.277, ao qual legitimou a união homoafetiva é que abriu a possibilidade desses casais em ter a garantia ao Direito Sucessório. Como bem destaca Bezerra (2015, p. 13) “por meio dessa decisão os direitos sucessório homoafetivos foram equiparados aos dos casais heterossexuais que vivem em união estável”. Com efeito, o disposto no artigo 1.790, do Código Civil, que versa a respeito dos direitos sucessórios, passou a incluir as uniões homoafetivas.

Com base nesse artigo:

[...] depreende que o companheiro sobrevivente participará da sucessão do companheiro *de cujus* no que tangem aos bens adquiridos de forma onerosa durante o tempo do relacionamento homoafetivo, porém havendo descendente, ascendentes ou parentes sucessíveis do falecido, como ele concorrerá, nesta hipótese aplicando ao caso o artigo 1.823, do Código Civil, que dispõe que os descendentes em grau mais próximo excluem os mais remotos, ressalvando-se o direito de representação (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019, p. 44).

Importante destacar alguns pontos encontrados no artigo 1.790 do texto civilista atual que merecem atenção. Primeiramente no que se refere ao patrimônio particular, o companheiro sobrevivo não possui direitos, uma vez que o texto do citado artigo não traz essa previsão. Há de se mencionar que o regime adotado pela união estável é o da comunhão parcial (retira-se da comunhão os bens que cada cônjuge possuía ao casar). (BRASIL, 2002).

No inciso II do art. 1.790 traz em seu bojo a nítida diferenciação que a norma dá aos cônjuges em relação aos companheiros sobreviventes. Conforme há no texto do mencionado inciso, para os cônjuges existe a tutela do quinhão igual ao que couber cada filho exclusivo do de cujus. Oposto é a garantia do companheiro, que não há nenhuma previsão legal (MONTELES, 2020).

No inciso III fica claro o subjugamento do companheiro no que concerne a sucessão. Por esse inciso o companheiro sobrevivente para obter algum bem deverá antes concorrer com os parentes sucessíveis até o quarto grau do falecido, na situação onde não há descendentes (BEZERRA, 2015).

A diferenciação fica ainda mais evidente ao observar o preceituado pelo art. IV que deixa claro que o companheiro somente herdará a totalidade dos bens quando não houver

nenhum concorrente (irmãos, primos, tios-avós, etc.), uma vez que ele se encontra na última classe hereditária.

A respeito desse fato, Dias (2021, p. 50) entende que existe uma enorme “discriminação de tratamento dada pela legislação brasileira feita aos companheiros em relação aos cônjuges, principalmente pelo fato de que o primeiro se encontra em última posição no rol da vocação hereditária, o que não encontra razão de existir”.

Corroborando com a supracitada autora, Venosa (2021) também entende que é óbvio que exista uma diferença de tratamento dispensado aos companheiros em relação aos cônjuges, onde se verifica uma diminuição dos seus direitos no que tange à sucessão, ao ponto de que ele somente herdará sozinho caso não haver mais com que concorrer.

Frente a essa diferenciação, os tribunais brasileiros tem se posicionado a respeito da possibilidade – e de que maneira – dos herdeiros oriundos de relações homoafetivas obtiverem direito aos bens do de cujus. A respeito desses posicionamentos, apresenta-se o tópico seguinte.

5.1 POSICIONAMENTOS JURISPRUDENCIAIS

No Brasil ainda não há uma legislação infraconstitucional que trate de modo específico os assuntos relacionados ao Direito sucessório para casais homoafetivos. Mesmo que não seja de todo modo necessária, uma vez que a união homoafetiva já se iguala as uniões heterossexuais, portanto, deve seguir as mesmas normas; o que se verifica nesses casos é que o Poder Judiciário é quem tem concedido a possibilidade do companheiro sobrevivente ao direito sucessório do de *cujus*.

Como mostrado anteriormente, o companheiro está locado na última classe hereditária. Ainda que se encontre divergências sobre essa questão, a jurisprudência brasileira vem se posicionando no sentido de conceder a conversão de união estável para casamento nas uniões homoafetivas, conforme já citado julgado anteriormente. Por essa razão, ao se reconhecer essa distinção, dá-se margem para que se garanta ao companheiro sobrevivente a condição de herdeiro necessário (BUZOLIN, 2019).

Isso cria margem para entender que numa relação homoafetiva, ambas as partes possuem direitos e garantias na divisão de bens. Seja ela feita entre vivos, ou post mortem. A título de exemplo, cita-se o presente julgado:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. **PRETENSÃO À PARTILHA DE BENS**. EXISTÊNCIA DE BENS NÃO COMPROVADA. COMUNHÃO PARCIAL DE BENS. 1. Caracterizada a união estável, **os bens adquiridos na constância da relação, a**

título oneroso, pertencem a ambos os conviventes, de modo que o patrimônio será partilhado aplicando-se o regime da comunhão parcial de bens. 2. Convém realçar que da **união estável homoafetiva resultam os mesmos direitos e deveres assegurados a um casal heterossexual**, notadamente porque o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 reconheceu a inconstitucionalidade de distinção de tratamento legal às uniões estáveis constituídas por pessoas de mesmo sexo. Nesse sentido, o Conselho Nacional de Justiça - CNJ, no dia 14/05/2013 editou a Resolução nº 175 que em seu artigo 1º assim dispõe: É vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo. 3. [...] (TJDFT – Processo nº 07017308920178070017 - (0701730-89.2017.8.07.0017 - Res. 65 CNJ) - Segredo de Justiça. 6º Turma Cível. Relator: Arquibaldo Carneiro Portela. Data de Julgamento: 18/02/2021. Publicado no PJe: 15/03/2021). (grifo meu)

Ficou claro na decisão acima que os bens adquiridos no período da relação homoafetiva pertencem a ambos os conviventes. Em outra situação, existe a possibilidade inclusive de ser requerida o direito sucessório em casos de reconhecimento de união estável post mortem, conforme o julgado abaixo transcrito:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA POST MORTEM. PROVA DA RELAÇÃO CONTÍNUA, DURADOURA E PÚBLICA. INEXISTÊNCIA DE OUTROS HERDEIROS. 1. As uniões estáveis homoafetivas são reconhecidas como entidades familiares, sendo-lhes asseguradas a mesma proteção conferida às uniões estáveis heterossexuais (STF - ADPF 132 e ADI 4227). 2. Considerando tratar-se de uma união iniciada há mais de 25 anos, entre homens com diferença de idade superior a 40 anos, a prova de sua publicidade deve ser relativizada, em razão das circunstâncias da época e do meio social dos envolvidos. 3. Estando comprovado o relacionamento por mais de 10 anos, de forma contínua, duradoura e pública (na medida do possível), **deve ser reconhecida a existência da união estável entre o autor e o falecido.** 4. Inexistindo outros herdeiros do de cujus, declara-se o autor seu legítimo herdeiro, com direito à totalidade da herança. 5. Deu-se provimento ao apelo do autor. (TJDFT – Processo nº 00375900620148070016 - (0037590-06.2014.8.07.0016 - Res. 65

CNJ) - Segredo de Justiça. 4º Turma Cível. Relator: Sérgio Rocha. Data de Julgamento: 20/05/2020. Publicado no DJE: 15/06/2020). (grifo meu)

O que o supracitado julgado nos diz é que uma vez comprovada a união estável e não existindo outros herdeiros do de cujus, o sobrevivente deve se tornar o legítimo herdeiro, com direito à totalidade da herança.

Apenas com os exemplos citados acima, é possível vislumbrar que a jurisprudência brasileira tem julgado procedente os pedidos de garantismo ao direito sucessório dos parceiros oriundos das uniões homoafetivas. Uma vez reconhecida essa união pela Corte maior do país (STF), não há razão para que os sobreviventes tenham direito aos bens adquiridos durante a união (BUZOLIN, 2019).

Ademais, apesar da jurisprudência permitir a situação aqui analisada, fica disposto uma crítica ao ordenamento legislativo brasileiro que deve buscar suprir as diferenças de tratamento entre os cônjuges e companheiros. Nesse caso, há de se ter maior igualdade de tratamento, principalmente pelo fato de que os companheiros também colaboram com a construção do patrimônio na relação. Além disso, eles são ou foram tão importantes para o outro quanto os demais membros familiares, devendo assim ter igual tratamento jurídico.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As uniões homoafetivas sempre sofreram preconceito e todo tipo de violência (moral, física, etc.) por parte da sociedade desde sempre. Já nos primórdios, as relações baseadas em indivíduos do mesmo sexo eram proibidas e coibidas de todas as formas. Independente das razões que ensejaram esse fato, o que se percebe é que nos dias atuais, essas uniões ainda são palco para todo tipo de preconceito e resistência.

No entanto, apesar dos enormes obstáculos, isso não impediu que os casais homoafetivos lutassem no Brasil por um reconhecimento legal. O resultado de inúmeras lutas (que ainda não terminaram) se deu por meio do julgamento da ADIn (Ação Direta de Inconstitucionalidade) nº 4277 e da ADPF (Arguição de descumprimento de preceito fundamental) nº 132, ambas situadas no Supremo Tribunal Federal, que consagrou a união homoafetiva no sentido de ela ser legítima e legal.

Assim, a união homoafetiva foi reconhecida como entidade familiar, sendo-lhe aplicada a mesma proteção conferida à união estável, na forma dos artigos 226, §3º, da Constituição Federal e 1.723 do Código Civil, conforme entendimento firmado pelo STF, citado acima.

Apesar desse importante movimento jurídico, desde a decisão do STF o Brasil sempre está nos primeiros lugares de países que mais matam pessoas LGBTQIA+, o que

mostra que a realidade dessa comunidade ainda está longe de representar a igualdade necessária para viver com dignidade e respeito.

No que concerne ao tema central discutido nessa pesquisa, o que fica evidente é que tanto a doutrina jurídica quanto a jurisprudência brasileira têm entendido que um indivíduo oriundo de uma união homoafetiva, desde que obedecendo os requisitos do Direito Sucessório, pode perfeitamente participar da distribuição da herança do de cujus.

Não há nada que impeça que esses casais possam formalizar uma família, do mesmo modo, nada os impede de requerer direitos e garantias no processo de sucessão. No entanto, ficou nítido que a legislação ainda faz uma enorme diferenciação entre o cônjuge e o companheiro, o que deve ser sanado, uma vez que ambos estão inseridos no contexto familiar legítimo e legal.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMIN, Andréa Rodrigues. et. al. *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 11.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

ARRUDA, Karina Peres. Direito sucessório e a filiação socioafetiva. 2018. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-168/direito-sucessorio-e-a-filiacao-socioafetiva/>>. Acesso em: 01 set. 2021.

BARANOSKI, Maria Cristina Rauch. *A adoção em relações homoafetivas*. 2. ed. rev. ampl. Ponta Grossa: Editora UEPG, 2016.

BEZERRA, Matheus Ferreira. *As uniões homoafetivas nos tribunais superiores brasileiros: uma análise sobre as decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça*. Revista da Faculdade de Direito da Uerj, [s.l.], n. 27, p.98-120, 3 jul. 2015.

BRASIL, **Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm>. Acesso em: 02 set. 2021.

BRASIL, **Lei nº 12. 010 de 03 de agosto de 2009. Dispõe sobre Adoção**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12010.htm>. Acesso em: 02 set. 2021.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Decisão do STF sobre união homoafetiva é reconhecida como patrimônio documental**. 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=398482>>. Acesso em: 02 set. 2021.

BRASIL. **Instrução Normativa nº 45 INSS/PRES, de 06 de agosto de 2010.** Dispõe sobre a administração de informações dos segurados, o reconhecimento, a manutenção e a revisão de direitos dos beneficiários da Previdência Social e disciplina o processo administrativo previdenciário no âmbito do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS. Disponível em: <file:///C:/Users/BOX/Downloads/IN45.2010_INSS.pdf>. Acesso em: 12 set. 2021.

BROCANELO, Ana. **A família homoafetiva, o preconceito e o amor eterno.** 2018. Disponível em: <<http://www.anabrocanelo.com.br/publicacoes/a-familia-homoafetiva-o-preconceito-e-o-amor-eterno/>>. Acesso em: 10 set. 2021.

BULGARELLI, Lucas; FONTGALAND, Arthur; MOTA, Juliana; PACHECO, Dennis; WOLF, Leona. **LGBTifobia no Brasil: barreiras para o reconhecimento institucional da criminalização.** São Paulo. All Out e Instituto Matizes. 2021.

BUZOLIN, Livia Gonçalves. **Direito Homoafetivo: Criação e Discussão nos Poderes Judiciário e Legislativo.** 1º ed. Revista dos Tribunais, 2019.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões.** 7º Ed. Editora: JusPodivm, 2021.

DIAS, Maria Berenice. **União Homoafetiva: o preconceito e a Justiça.** 5. ed., rev., atual. e ampl. Editora: Revistas dos Tribunais, 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil.** vol. 6: direito de família. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família.** vol. 6. 18 ed. Editora: Saraiva Jur, 2020.

MACEDO, Suellen Caroline Alves. **Adoção por parceria Homoafetiva e seus Reflexos no Âmbito Jurídico.** Monografia apresentada em Bacharelado em Direito pela Universidade da Paraíba. Campina Grande – PB, 2012.

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

MONTELES, Gabriel Araújo. **Adoção por pares homoafetivos: um estudo sobre os novos paradigmas familiares à luz da legislação e da jurisprudência.** 2020. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/artigos/1502/Ado%C3%A7%C3%A3o+por+pares+homoafetivos:+um+estudo+sobre+os+novos+paradigmas+familiares+%C3%A0+luz+da+legisla%C3%A7%C3%A3o+e+da+jurisprud%C3%Aancia>>. Acesso em: 01 set. 2021.

PEDROSA, João Batista. **Segundo Desejo.** 1 ed. Editora: Iglu, 2006.

PEIXOTO, Ulisses Vieira Moreira. **Manual prático do Inventário e da Partilha: Doutrina e prática**. 5º Ed. Editora: JH Mizuno, 2021.

ZALTRON, Débora. **A ordem da vocação hereditária na sucessão legítima, a diferença entre a sucessão do cônjuge e a do companheiro no ordenamento jurídico vigente, e o novo entendimento do STF**. 2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/61493/a-ordem-da-vocacao-hereditaria-na-sucessao-legitima-a-diferenca-entre-a-sucessao-do-conjugeeadocompanheironoordenamento-juridico-vigente-e-o-novo-entendimento-do-stf>>. Acesso em: 29 ago. 2021.

VENOSA, Sílvio de Sávio. **Direito Civil: Família e Sucessões**. 21 ed. Editora: Atlas, 2021.

ANÁLISE DA APLICABILIDADE DA LEI Nº 11.101/05 ÀS EMPRESAS PÚBLICAS E SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA À LUZ DOS INSTITUTOS DA FALÊNCIA E RECUPERAÇÃO JUDICIAL

JONAS SOUZA LUZ: Bacharelado do Curso de Direito do Centro Universitário Católica do Tocantins.

LEONARDO NAVARRO

(ORIENTADOR)

VALDIRENE CÁSSIA DA SILVA

(COORIENTADORA)

RESUMO: O presente artigo trata da relação entre os institutos da Falência e da Recuperação Judicial relacionados com os tipos de empresas estatais, sendo elas Empresa Pública e Sociedade de Economia Mista. Que diante da divergência majoritária dos doutrinadores com as leis vigentes, busca entender os fundamentos jurídicos que sustentam a aplicação da Lei Nº11.101/05 às empresas com presença da Organização Pública. À vista disso, esse trabalho científico busca entender como esse assunto é trabalhado no ordenamento jurídico brasileiro, qual a visão majoritária adotada pelos doutrinadores e qual é a atual posição do Supremo Tribunal Federal a respeito. A fim de alcançar o objetivo esperado, o estudo deste artigo foi realizado em uma abordagem qualitativa e para a coleta de dados foi realizada uma pesquisa científica doutrinária, legislativa e jurisprudencial, minuciosamente organizada através da revisão de literatura. Nessa perspectiva, desenvolveu-se um estudo dos institutos da Lei 11.101/05 e os tipos de empresas estatais, em seguida relacionando-os entre si num debate técnico jurídico.

Palavras-chave: Falência, Recuperação Judicial, Empresa Pública, Sociedade de Economia Mista, Lei Nº 11.101/05.

ABSTRACT: This article deals with the relationship between the institutes of Bankruptcy and Judicial Reorganization related to the types of state-owned companies, being them Public Company and Mixed Economy Company. In view of the majority divergence of legal scholars with the laws in force, it seeks to understand the legal grounds that support the application of Law No. 11101/05 to companies with the presence of a Public Organization. In view of this, this scientific work seeks to understand how this issue is dealt with in the Brazilian legal system, what is the majority view adopted by legal scholars and what is the current position of the Federal Supreme Court in this regard. In order to achieve the expected objective, the study of this article was carried out in a qualitative approach and for data collection a doctrinaire, legislative and jurisprudential scientific research was

carried out, thoroughly organized through a literature review. In this perspective, a study of the institutes of Law 11.101/05 and the types of state-owned companies was developed, then relating them to each other in a technical debate.

Keywords: Bankruptcy, Judicial Reorganization, Public Company, Mixed Economy Society, Law No. 11.101/05.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Conceitos e aspectos gerais dos institutos; 3. Das empresas públicas e sociedades de economia mista; 4. Aplicabilidade da lei de falência e recuperação judicial às empresas públicas e sociedades de economia mista; 5. Discussão no Supremo Tribunal Federal; 6 Considerações finais; 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Alvo de anos de debate, diversos operadores do Direito questionam a exclusão feita pela Lei 11.101/2005, em relação às empresas públicas e sociedades de economia mista. Por sua vez, há também os que defendem, afirmando que o legislador fez questão de excluir as estatais em razão de o patrimônio público não poder ser alvo das prerrogativas da lei supracitada.

Essa pesquisa científica objetiva estudar o âmbito da Lei nº 11.101/05 no que tange à falência e recuperação judicial. Trazendo conceitos, características, aspectos históricos e dispositivos legais, com enfoque nas modalidades de estatais: empresas públicas e sociedades de economia mista.

Já desvelando as empresas estatais exploradoras de atividade econômica, para melhor compreensão do assunto, esse trabalho científico também traz os dispositivos legais do ordenamento jurídico brasileiro, explicações e características gerais acerca do tópico.

Sob essa ótica, para o andamento dessa pesquisa científica, a proposta é ligar esses dois temas, primeiramente compreendendo cada um deles e por fim entender a aplicabilidade ou inaplicabilidade da Lei nº 11.101/05 às empresas estatais exploradoras de atividade econômica. Tudo isso através das opiniões e críticas de doutrinadores, juntamente aos trechos da lei.

2. CONCEITOS E ASPECTOS GERAIS DOS INSTITUTOS

No ordenamento jurídico brasileiro, encontram-se institutos passíveis de gerenciar e regulamentar a situação de dificuldade de uma empresa, podendo haver a melhora em seu cenário, ou em casos extremos, a decretação de falimento. Dentre os institutos, estão os da Falência e Recuperação Judicial, os quais serão apresentados e explicados ao longo deste capítulo.

A Lei Nº 11.101/2005, tem em seu corpo, dois institutos que possuem a finalidade de salvar a situação econômico-financeira de uma empresa. Esses dois mecanismos são a Recuperação Extrajudicial e a Recuperação Judicial, todavia, conforme já informado anteriormente e visando o cumprimento da temática do presente trabalho, abordaremos com enfoque a segunda opção.

O instituto da recuperação judicial é de extrema importância e o seu principal objetivo é evitar que um corpo empresarial se dilua em suas dívidas e siga operando, mantendo assim a sua importante função social em meio a sociedade. Para José Pacheco (2013), a recuperação judicial se aplica no momento em que a sociedade empresária ou o empresário estiverem numa situação de crise financeira ou econômica, e que desse cenário calamitoso e atípico, haja a possibilidade de solicitar a recuperação judicial.

Diante disso, torna-se perceptível que o foco finalístico da recuperação judicial é a preservação da função social da empresa e de todas as benfeitorias trazidas por ela ao âmbito econômico. Esse instituto, consoante dispõe o artigo 47 da Lei Nº 11.101/2005, “tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores”. (BRASIL, 2015).

Para postular a recuperação judicial, a legitimidade é um pressuposto indispensável, contudo, ao contrário do que pode ser interpretado de forma corriqueira, a legitimidade abrange requisitos que vão além da qualificação do devedor como empresário. Seguindo o mesmo raciocínio, Ayoub e Cavalli (2020) afirmam que, legitima-se a requerer a recuperação judicial o devedor que seja qualificado como empresário e que também atenda a determinados requisitos legais. Caso não respeitados, restará impedimento na obtenção da recuperação judicial.

Citando os requisitos legais, goza da literalidade da lei quem está de acordo com o artigo 48 da Lei Nº 11.101/2005.

Art. 48. Poderá requerer recuperação judicial o devedor que, no momento do pedido, exerça regularmente suas atividades há mais de 2 (dois) anos e que atenda aos seguintes requisitos, cumulativamente:

I – não ser falido e, se o foi, estejam declaradas extintas, por sentença transitada em julgado, as responsabilidades daí decorrentes;

II – não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação judicial;

III - não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação judicial com base no plano especial de que trata a Seção V deste Capítulo;

IV – não ter sido condenado ou não ter, como administrador ou sócio controlador, pessoa condenada por qualquer dos crimes previstos nesta Lei. (BRASIL, 2005).

Ao contrário do instituto da falência, o instituto da recuperação judicial é aplicado aos casos de crise econômico-financeira de caráter transitório e reversível, havendo diversos meios legais para a reestruturação da empresa. Em atenção ao objetivo deste trabalho, considera-se não congruente adentrar nas considerações singularizadas dos diversos meios para a recuperação judicial, todavia, faz-se oportuno elencá-los visando uma ampla compreensão dos demais capítulos.

Desta feita, considerando a literalidade da lei e de acordo com os dizeres de Waldo Fazzio Júnior (2019), são meios lícitos de recuperação judicial, dentre outros, a autorização de condições especiais, como prazos, para pagamento das obrigações vencidas ou vincendas; incorporação, cisão, fusão ou transformação de sociedade, constituição de subsidiária integral, ou cessão de quotas ou ações, desde que sejam respeitados os direitos dos sócios e a legislação vigente; modificação do domínio societário; troca dos administradores do devedor de forma total ou parcial ou modificação de seus órgãos administrativos.

Diante dos meios listados e sabendo da existência de mais formas que não estão nessa lista, vê-se que o legislador foi generoso e optou por deixar o devedor livre e à vontade, elencando diversos meios e afirmando haver outros, restando comprovado que há a admissibilidade de qualquer meio lícito à fim da recuperação judicial.

Feita a petição inicial conforme solicitado pela lei, contando com todos os documentos necessários, o juiz responsável analisará o pedido. Gladston Mamede (2020), lembra que a petição pode ser indeferida nas hipóteses previstas no CPC como inépcia da inicial e impossibilidade jurídica do pedido. Mas estando tudo de acordo, o juiz deferirá o processamento e no mesmo ato já nomeará um administrador judicial, subordinando-se às regras do artigo 22 da Lei 11.101/05. Não obstante, também ordenará a suspensão de todas ações ou execuções que estejam sendo realizadas contra o devedor.

Após a aceitação do procedimento, o devedor deverá apresentar, dentro do prazo legal, o plano de recuperação judicial da empresa. O autor Ricardo Negrão (2019), esmiúça esse assunto explicando que em até 60 dias após o deferimento do procedimento de recuperação, o endividado deverá apresentar o plano de recuperação, que seja possível o seu cumprimento e que tenha viabilidade econômica, além de

apresentar um laudo econômico de todos os bens ativos do devedor, e o devedor deve detalhar as suas ações e estratégias do plano econômico.

Contudo, não será o juiz que aprovará o plano de recuperação judicial do devedor. Marcelo Sacramone (2021), explica que a deliberação do projeto de reassunção da empresa será objeto de competência exclusiva da assembleia de credores. Os credores terão o prazo de 30 dias para apresentar as suas objeções, que iniciará a partir do dia de publicação do edital com a lista de credores apresentada pelo administrador judicial. Caso algum credor apresente a sua contestação, conforme a LREF manda, o juiz convocará os credores para deliberar sobre o projeto de recuperação, não podendo exceder o prazo de 150 dias da aceitação do plano de reassunção.

Passado por todos esses procedimentos começará agora a parte mais importante da recuperação judicial, que é executar o plano de recuperação aprovado pelo conselho de credores. Marlon Tomazette (2019), chama essa parte da obediência do projeto de reassunção de Período de observação, na qual, o devedor terá o prazo de dois anos para se reerguer. Durante esse período, o devedor, será frequentemente vigiado pelos credores e pela justiça e caso o plano não esteja sendo cumprido ou não esteja sendo efetivo, deverá o juiz transformar a recuperação em falência.

Se tratando de falência e sua etimologia, segundo Sérgio Campinho (2020), falência vem do verbo falir, do latim fallere, que remete a ideia de faltar com o compromisso firmado, estando intimamente ligada aos termos enganar, falhar e omitir, cuja omissão se dá em não cumprir o previamente acordado. Já na ótica técnica-jurídica, o termo alude a ideia de impossibilidade de o devedor arcar com o pagamento dos débitos contraídos em razão da insuficiência de patrimônio gerador de recursos e verbas capazes de satisfazer devidamente os débitos em aberto.

O procedimento de falência existe para evitar o preceito da individualidade da execução por ser considerado injusto ao patrimônio do indivíduo quando a dívida dos credores é maior que a totalidade do patrimônio. De acordo com os dizeres de Amador Almeida (2013), o processo de falência é de execução coletiva por juntar todos os credores, pelo efeito da vis attractiva do procedimento falimentar. Sendo considerado um litisconsórcio verídico necessário, isto é, uma junção que engloba várias partes em um só litígio, sendo todos conectados por um só interesse.

O instituto da falência disserta a forma como o proprietário e os sócios devem agir e como prosseguir para gerenciar toda a massa falida. De acordo com o que ensina Gladston Mamede (2020), quando uma empresa não apresenta alternativa viável de superação frente a uma crise econômico-financeira, o que resta é instaurar um procedimento de liquidação do empresário ou sociedade empresária insolvente, ou seja, levantar todo o patrimônio, e apurar todo o valor do acervo e saldar o patrimônio passivo,

na medida do possível, instaurando assim o denominado instituto da falência.

Conceituando de forma sintética, para o direito, a falência é o procedimento executório concursal de todo o patrimônio pertencente a empresa, envolvendo assim todos os bens e credores, juntando todo o ativo e passivo do devedor. Eduardo Boniolo (2015) traz sua definição do processo de falência nos seguintes termos.

O processo de falência constitui-se da sentença declaratória da falência objetiva, entre outras, da preservação do patrimônio e da celeridade do processo de arrecadação dos bens antes de sua deterioração. Além disso, requer um sistema legal que respeite as prioridades dos créditos, as formas de alienação dos ativos, as decisões coletivas em detrimento das decisões individuais e a participação ativa dos credores, visando maximizar os resultados e contemplar a maior quantidade possível de créditos. (BONIOLO, 2015, p. 43).

O instituto da falência tem por principal objetivo quitar todas as obrigações do empresário ou da sociedade empresária com os seus credores tendo como o principal princípio o par condicio creditorum, ou seja, tratar de forma igual todos os credores que estão presentes no procedimento falimentar. Marlon Tomazette (2020), exalta a fase falimentar, afirmando ser a parte do processo que tem um dos principais propósitos no instituto da falência, a qual objetiva satisfazer todos os credores de forma isonômica, conforme a ordem legal prevista em lei.

Apesar do senso comum acerca da falência, pouco se sabe sobre os pressupostos legais para a sua decretação, e de acordo com Ricardo Negrão (2019), haverá falência somente se estiverem presentes os pressupostos legais, visto que a mera constatação fática de crise de inadimplência ou econômico-financeira não se confunde com situação jurídica do instituto.

De acordo com o disposto no artigo 94 da Lei Nº 11.101/2005, a falência do devedor será declarada nos casos em que:

- I – sem relevante razão de direito, não paga, no vencimento, obrigação líquida materializada em título ou títulos executivos protestados cuja soma ultrapasse o equivalente a 40 (quarenta) salários-mínimos na data do pedido de falência;
- II – executado por qualquer quantia líquida, não paga, não deposita e não nomeia à penhora bens suficientes dentro do prazo legal;
- III – pratica qualquer dos seguintes atos, exceto se fizer parte de

plano de recuperação judicial. (BRASIL, 2005)

Desse modo, em consonância com a literalidade da lei, estão os dizeres de Salomão e Santos (2020), os quais dispõem que os requisitos para o estado de falência são o devedor que exerça atividade empresarial, a insolvência determinada mediante as hipóteses do artigo 94 da Lei Nº 11.101/2005, e a sentença judicial declaratória. Vê-se, assim, que os pressupostos apresentados são taxativos e imprescindíveis para a consideração jurídica da falência, de modo que, se não estiverem presentes, não haverá a decretação.

Decretada a falência do empresário ou da sociedade, o primeiro ato é o afastamento da direção, que segundo o artigo 75 da Lei 11.101/05 (2005), visa preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens, permitir a liquidação célere das empresas inviáveis e fomentar o empreendedorismo. Em seguida será nomeado um administrador judicial, que segundo o artigo 21 da mesma lei, será um profissional idôneo, que terá preferência por alguns profissionais, como advogado, economista e entre outros especificados pela lei.

Após a decretação do administrador judicial, deverá ser realizado o levantamento de toda a massa falida da empresa para a fazer a liquidação. Marcelo Sacramone (2021), explica de forma mais detalhada, que ao administrador judicial assinar o termo de compromisso, ele imediatamente fará a sondagem de todo o patrimônio da empresa e terá que tomar posse de toda a massa falida. Para garantir o máximo valor do bens e a celeridade do processo, o autor ainda explica que não será necessário o administrador ser acompanhado pelo oficial de justiça e nem que seja considerado o horário comercial ou os dias úteis.

Após o administrador judicial converter o patrimônio do devedor em dinheiro e pagar os credores na medida do possível, Waldo Fazzio (2019), explica que se dará início aos últimos atos do processo de falência. O juiz terá que julgar as contas do administrador judicial e publicará o recebimento das contas para que os interessados possam impugnar, que caso tenha, o juiz culpará o administrador, e poderá solicitar o sequestro de patrimônios para ressarcir a massa falida. Caso as contas sejam aprovadas, o administrador judicial apresentará o relatório final com o conteúdo que é pedido pelo artigo 153 da LREF. Após o relatório final estar em conformidade com a lei, o juiz proferirá a sentença com a finalização do processo de falência.

3. DAS EMPRESAS PÚBLICAS E SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA

Em um mundo quase totalmente globalizado, a economia está entre um dos principais interesses. Hoje as formas econômicas mais conhecidas são o capitalismo, que é facilmente representado pelos Estados Unidos da América, e o socialismo, que tem a

República Democrática Popular da Coreia do Norte como o modelo que mais se aproxima.

Há linhas de pensamentos que defendem uma economia mais livre, deixando o desenrolar de suas ações seguir seu curso natural. Adam Smith (1759), explica com a teoria A mão invisível, que a economia tem o seu próprio mecanismo de equilíbrio, evitando assim o colapso do meio econômico, e que esse mecanismo é o próprio mercado, o qual faz a função perfeita de regular a economia, criando assim, automaticamente, a lei da Oferta e Procura.

Também há correntes de ideias que defendem uma economia mais regulada, com o Estado criando leis, agências de regulação e empresas públicas, com o intuito de defender a economia interna e valorizar o setor privado nacional. O britânico John Maynard Keynes (1936), explica que o Estado precisa ser um agente ativo na economia para assim gerar o bem-estar social, podendo o Estado, até em momentos de crise, se endividar para restabelecer o equilíbrio.

O Brasil é um país que possui uma atuação forte no domínio econômico, dado que a nossa Constituição Federal de 1988, no seu Título VII Da Ordem Econômica e Financeira dá esse respaldo para que o Estado brasileiro atue de maneira direta e indireta. Podendo o vosso país criar empresas públicas ou agências reguladoras.

Falando da forma de intervenção direta permitida pela Constituição Federal de 1988, o artigo 173 dispõe os parâmetros para a interferência direta, os quais consistem basicamente em o Estado se inserir no meio econômico através de suas estatais. Felipe Costa Rodrigues Neves (2019), explica que essa intervenção se dará primeiramente na forma da lei. Portanto, o Estado só pode agir no domínio econômico quando a lei assim autorizar, tendo os seus atos limitados pelo ordenamento jurídico.

As empresas públicas e sociedades de economia mista terão a sua criação decretada em lei, quando primeiro surgir a função social de proteger o interesse social. De acordo com a Lei das Estatais, Lei 13.303/2016, em seu artigo 27 se faz claro que as empresas estatais terão sua função social de satisfazer o interesse público e segurança social e a sua criação será autorizada em lei.

Tratando-se das empresas públicas, o próprio ordenamento jurídico brasileiro já traz no corpo do Decreto-Lei Nº 200, de 25 de Fevereiro de 1967, especificamente no artigo 5º, o que é considerado uma empresa pública pela lei.

II - Empresa Pública - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criado por lei para a exploração de atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência ou de

conveniência administrativa podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito. (BRASIL, 1967).

Sobre as empresas públicas, são instituições que de forma integral pertencem ao poder público. Ou seja, toda a sua administração será composta por agentes públicos. Como exemplo de companhia pública e para uma melhor visualização, faz-se imprescindível mencionar os Correios e a Caixa Econômica Federal. Os dizeres do professor e autor Marçal Justen Filho (2016), definem melhor, na prática, o termo empresas públicas como ente jurídico de direito privado, o qual é adjetivado por legislação e submetido a normas jurídicas diferentes, cujo titular do investimento feito será uma ou mais pessoas de direito público.

Referindo-se à finalidade de uma empresa pública, faz-se evidente na Constituição Federativa do Brasil de 1988, que é a forma pela qual o Estado agirá diretamente no domínio econômico. O Doutor Aldemir Berwig (2019), dá mais detalhes dos objetivos de uma empresa pública, dispondo que além da intervenção estatal na economia, também há o interesse na prestação de serviços públicos. As empresas públicas, mesmo sendo pessoa jurídica de direito privado, estão submetidas aos fundamentos básicos da administração pública, como membros que são, da administração indireta do Estado.

No tocante ao investimento de uma empresa inteiramente do Estado, a mestre em direito administrativo, Irene Patrícia Nohara (2020), esclarece que o dinheiro destinado à empresa pública terá que ser somente de entidades públicas, podendo ser de diversos entes públicos contando que sejam exclusivamente de direito público interno ou participantes da administração indireta. A autora ainda ressalta, de forma explícita, que essa é uma característica que difere totalmente da empresa de economia mista, a qual discorreremos a seguir.

As empresas de sociedade de economia mista, têm como principal característica de sua conceituação, a junção do capital do setor público e da repetição privada. O jurista José do Santos Carvalho Filho (2020), conceitua com mais detalhes, dizendo que o próprio termo exprime sua essencialidade. São associações anônimas, mais adequadas à exploração do exercício econômico, que terão o capital espalhado entre os investidores particulares e o Estado. O autor ainda reforça a ideologia de que o Estado-empresário pretende, associar a uma atividade econômica, a contribuição de um serviço de utilidade à sociedade.

Tratando-se da previsão legal, o artigo 5º do Decreto-Lei Nº 200, de 25 de Fevereiro de 1967, dispõe o que é considerado uma sociedade de economia mista.

Art. 5º Para os fins desta lei, considera-se:

[...]

III - Sociedade de Economia Mista - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou a entidade da Administração Indireta. (BRASIL, 1967)

No que tange à gerência, a empresa de sociedade de economia mista terá por exclusividade sua administração feita pelos os agentes do Estado. A autora Miriam V. Fiaux Horvath (2011), ressalta que apesar do capital da empresa mista ser a junção dos investimentos do dinheiro público e do privado, o controle do comando da sociedade mista será do Estado, que inclusive, também será o principal acionista da entidade mista. Além disso, a escritora expõe mais alguns adendos sobre a temática, o primeiro é que o quadro funcional será preenchido por concurso público, e o segundo, que o seu regime está subordinado às normas da Lei de Sociedades Anônimas.

A criação de uma empresa de economia mista, e também, de uma empresa pública, não pode ser iniciada e finalizada por mera vontade do agente público. O ordenamento jurídico, por sua vez, levanta casos específicos que dão motivos para a criação dessas empresas. A ex-procuradora e escritora Maria Sylvania Zanella Di Pietro (2020), contextualiza que as duas formas de intervenção do Estado no domínio econômico terão que ser motivadas em razão de lei para chegarem ao plano de criação, entretanto, também há-se a necessidade de que seja alegado o interesse público relevante ou a motivação de segurança nacional.

Entendido a forma pela qual o Estado está inserido no mercado, fica evidente a preocupação do legislador com a sociedade e com o patrimônio nacional, entretanto é comum vermos estatais serem alvo de matérias expondo prejuízos, falta de transparência, ou sendo moeda de troca no meio político. Toda essa ingerência fica para a sociedade pagar, e não somente isso, é notório que os direitos dos credores são negados pelo fato das companhias do Estado, em eventual dificuldade e crise financeira, não serem objeto dos instituto da falência e recuperação judicial.

4. APLICABILIDADE DA LEI DE FALÊNCIA E RECUPERAÇÃO JUDICIAL ÀS EMPRESAS PÚBLICAS E SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA

A Lei Nº 11.101, de 9 de Fevereiro de 2005, também conhecida como Lei de Falências ou LRE (Lei de Recuperação de Empresas) nasceu, no ordenamento jurídico brasileiro, com o escopo de regular a falência do empresário e da sociedade empresária, bem como também regular a recuperação judicial e a extrajudicial.

Também é importante destacar a antiga Lei 6404/76, a qual em seu artigo 242 trabalhava esse assunto, de forma mínima, sobre as empresas estatais exploradoras de atividade econômicas, entretanto a Lei teve o referido artigo revogado pela Lei nº 10.303/01. "Art. 242. As companhias de economia mista não estão sujeitas a falência mas os seus bens são penhoráveis e executáveis, e a pessoa jurídica que a controla responde, subsidiariamente, pelas suas obrigações." (BRASIL, 1976)

Antecedendo a revogação do citado artigo 242, esse trecho da Lei 6404/76 já era alvo de debates quanto a sua constitucionalidade. Mesmo autorizando a penhora de bens, os doutrinadores já indagavam a não subordinação das empresas estatais em relação aos institutos de recuperação e falência. Hely Lopes Meirelles (2016) dizia que, as estatais devem ficar subordinadas à falência, logo, é assim que a constituição ordena a sua obediência ao regime jurídico das empresas privadas. Mas que, embora parte do artigo 242 fosse de contra a carta magna, a segunda parte do trecho da lei defendia a essência da lei maior, e que se não fosse assim, as estatais teriam vantagens sobre as empresas privadas.

A atual lei de falência e recuperação judicial é considerada nova no plano jurídico, contudo, anterior a ela, estava vigente o Decreto-Lei n. 7.661/45, o qual buscava regular a falência é um instituto chamado concordata. Nos dizeres de Marcelo Barbosa Sacramone (2021), apesar da vigência e aplicação em algumas hipóteses, o Decreto-Lei demonstrou incapacidade de satisfazer os credores em alguns casos concretos e assim se deu a necessidade de reforma, sendo convertida na Lei nº 11.101/2005, a qual foi sancionada pelo Presidente da República em 9 de fevereiro de 2005.

Em seu artigo 1º, a Lei nº 11.101 (2005), já traz de forma expressa que sua aplicação se dará somente ao empresário e à sociedade empresária, também dispondo expressamente em seu artigo 2º, as pessoas excluídas da falência e da recuperação. Alvo de muitos questionamentos levantados e também da problemática deste trabalho, é a exclusão presente no inciso I do artigo 2º, a não aplicabilidade da Lei às empresas públicas e sociedades de economia mista.

O presente trabalho não tem o objetivo de apresentar os motivos pelos quais se podem ou não aplicar os institutos da falência e recuperação judicial para todas as estatais, mas sim, apenas às estatais empresas públicas e sociedades de economia mista que exploram atividade econômica. Desse modo, torna-se oportuno ressaltar que existem dois tipos de estatais: empresas públicas e sociedades de economia mista, sendo elas as exploradoras de atividade econômica e as prestadoras de serviço público ou coordenadoras de obras públicas, as quais possuem regimes jurídicos diferentes.

Se tratando da distinção entre prestação de serviços públicos e exploração de atividades econômicas, Marçal Justen Filho (2016) expõe os seguintes termos.

As atividades econômicas são subordinadas, como regra, à livre-iniciativa (art. 170 e parágrafo único, da CF/1988) e a sua exploração pode fazer-se pelos particulares. O art. 173 da CF/1988 permite que, se estiverem presentes certos pressupostos, o Estado também pode assumir o desempenho de tais atividades. Quando o fizer, deverá instituir uma empresa estatal - que será orientada a explorar atividade econômica. Os exemplos são o Banco do Brasil e a Caixa Econômica Federal. Por outro lado, o art. 175 da CF/1988 determina que incumbe ao Estado prestar os serviços públicos. Em tais casos, a titularidade da atividade é reservada ao Estado, que poderá criar uma empresa estatal para assumir essa atuação. Assim, surgirá uma empresa estatal destinada à prestação de serviço público. Podem ser referidas como exemplo as companhias estaduais de saneamento. (JUSTEN FILHO, 2016, p. 308)

Na linha de pensamento do renomado autor e professor Celso Antônio Bandeira de Mello (2014), quando a empresa estatal for exploradora de atividade econômica, o instituto da falência poderá e deverá ser aplicado como nos casos das empresas do setor privado, já que a Constituição coloca as empresas públicas e sociedades de economia mista com as mesmas obrigações das sociedades privadas. Entretanto, quando se tratar de uma estatal prestadora de serviço público ou coordenadoras de obras públicas, não tem sentido aplicar os institutos de insolvência ou recuperação, já que nessa modalidade os bens afetados seriam os bens públicos, os quais são fundamentais para a execução do interesse público.

Apesar da importância da Lei Nº 11.101/2005 e sua literalidade, a exclusão das empresas públicas e sociedades de economia mista de seu regime, suscita diversos apontamentos jurídicos e críticos quanto a sua constitucionalidade, visto que, a Constituição Federal de 1988, ao criar a autorização da intervenção direta por meio de empresas, colocou as sociedades públicas em pé de igualdade no decorrer do texto da lei.

O jurista José dos Santos Carvalho Filho (2020), ressalta que vários estudiosos não concordam com a exclusão das estatais feita pela Lei 11.101/2005, pois o artigo 173 da Constituição Federal estabelece que as estatais possuem as mesmas obrigações, civis, trabalhistas, tributárias e comerciais. Sendo assim, o ex-membro do Ministério Público, explica que elas teriam que se submeter à falência, assim como as empresas da esfera privada.

Assim como uma parte da doutrina argumenta que a Lei nº 11.101/2005 pode e deve ser aplicada às empresas públicas e sociedades de economia mista, outra parte defende o contrário, contudo, apesar dessa linha de pensamento contrária, o texto

constitucional, desde 1988, dispõe de forma expressa que a falência e a recuperação judicial são institutos incluídos no regime jurídico próprio das empresas privadas e que as estatais, exploração direta de atividade econômica pelo Estado, estão sujeitas ao regime jurídico próprio das empresas privadas.

Vê-se, portanto, que a bem elaborada Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 trata expressamente da aplicabilidade dos institutos da falência e da recuperação judicial às estatais. De acordo com Marcelo Sacramone (2021), qualquer dispositivo que disponha tratamento diferenciado às empresas públicas e sociedades de economia mista, contraria a norma constitucional e toda sua clareza, visto que se desempenharem atividade econômica, estarão submetidas ao regime jurídico privado das pessoas jurídicas de direito privado.

Na mesma linha de pensamento, Marlon Tomazette (2020) acredita que, para as empresas estatais exploradoras de atividade econômica, não deve possuir nenhuma diferenciação quanto à aplicação da Lei nº 11.101/2005, pois não possuem uma justificativa viável e existe mandamento constitucional impedindo tal diferenciação, todavia, as que prestam serviços públicos, de fato, estão excluídas de sua aplicabilidade, sem qualquer inconstitucionalidade, em razão da distinção de regimes.

Tornando-se visível que não há motivos para que as empresas estatais que exercem atividade econômica não estejam sujeitas às mesmas normas das empresas privadas, Cerezetti e Maffioletti (2015) expõem que deveriam estar elencadas no inciso I do art. 2º da Lei Nº 11.101/05 as estatais prestadoras de serviços públicos, não as exercentes de atividade econômica na mesma forma que as empresas privadas.

Além dos fundamentos abordados, outro argumento que fundamenta a aplicabilidade da Lei é tratado pelo autor Marlon Tomazette (2020), o qual dispõe que a responsabilidade subsidiária pela obrigação social que o Estado possui, como sócio da pessoa jurídica, não impede que as estatais tenham tratamento idêntico ao das pessoas jurídicas privadas, já que estão inseridas no plano do direito privado.

Não obstante, no ponto de vista de alguns doutrinadores, no campo realístico há um terceiro tipo de empresa estatal que a lei não prevê, mas que são empresas com a participação estatal, que mesmo não sendo possível aplicar o instituto da falência há a possibilidade da utilização do princípio da falência. Dando assim, possibilidades de utilidade dos institutos nas empresas estatais que exploram a atividade econômica.

[...]

A mais autorizada doutrina sobre o tema, como Celso Antônio Bandeira de Melo, Eros Roberto Grau e outros, sempre entendeu

existirem três espécies de empresas estatais, quais sejam: as empresas públicas, as sociedades de economia mista e, como terceira espécie, aquelas empresas que, embora não reunindo os requisitos próprios para que possam ser consideradas públicas ou mistas, nem por isso deixam de ser controladas pelo poder público. Isso significa dizer que aquelas empresas simplesmente controladas pelo poder público e que exerçam atividade econômica – mas que, à míngua dos requisitos necessários, não podem ser consideradas empresas públicas ou sociedades de economia mista – não estão contempladas pela exclusão do inciso I do artigo 2º, sendo passíveis de falir, ao mesmo tempo em que não poderão se utilizar dos institutos da recuperação judicial e extrajudicial, tal como estes se acham previstos na Lei 11.101/05. (CEREZETTI; MAFFIOLETTI, 2015, p.90-91)

No decorrer dos anos, a exclusão das estatais, da aplicabilidade dos institutos da falência e recuperação judicial, tem sido palco de vários discursos. Desde da Lei Nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e a vigência de seu artigo 242, havia a exclusão das sociedades de economia mista do regime falimentar. Em 2001, a Lei Nº 10.303/01 revogou o artigo supracitado e realizou algumas alterações na Lei Nº 6404/76, sendo uma das primeiras oportunidades que o legislador teve para pacificar o debate, o que não foi aproveitado.

Anos depois, veio a Lei 11.101 de 2005, novamente uma ótima ocasião para a conciliação do assunto, porém o legislador dispôs expressamente que as empresas públicas e sociedades de economia mista não se aplicam ao regime da Lei, novamente as excluindo do regime falimentar e afrontando a Carta Magna de 1988. Recentemente, o legislador teve mais uma chance através da Lei Nº 14.112/2020, uma reforma na Lei Nº 11.101/05, entretanto não apaziguou a discussão quanto à inconstitucionalidade das empresas estatais não poderem gozar dos institutos.

5. DISCUSSÃO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Atualmente, esse debate chegou ao Supremo Tribunal Federal com o RE 1.249.945, no qual a empresa Municipal de Serviços, Obras e Urbanização (Esurb), de Montes Claros (MG), entrou contra o Tribunal do Estado de Minas Gerais em razão de ter sido negado à empresa o procedimento de recuperação judicial da sociedade. Não obstante, a matéria se encontra em tramitação no STF e agora está sendo discutida na prática a aplicabilidade ou inaplicabilidade da Lei de Falência e Recuperação Judicial às estatais.

O Recurso Extraordinário 1.249.945 ficou sob a responsabilidade do Ministro Roberto Barroso, que devido há anos de discussão nos tribunais, entre a maioria dos

doutrinadores e a lei vigente, o STF optou por colocar o RE 1.249.945 em Repercussão Geral, sendo uma ferramenta processual para unificar os entendimentos dos tribunais em relação ao assunto.

Sobre este Recurso Extraordinário 1.249.945, atualmente, a última movimentação importante foi o relatório do relator Min. Roberto Barroso na data 27/08/2020. O relatório traz teses fortemente embasadas pelo Senhor Ministro, que, em suma, vai contra os pedidos da estatal Esurb, e conseqüentemente ao entendimento da maioria dos doutrinadores.

Primeiramente, o Ministro Barroso (2020) destaca que não há dúvidas quanto à constitucionalidade da norma, sendo desnecessária a provocação do Órgão Especial. Sintetizando a sua tese, o Ministro explica que as características das empresas públicas já afastam a aplicabilidade da Lei 11.101/05, devido a incompatibilidade.

Além do mais, já no caso em específico, o Ministro Barroso (2020) expõe que a aplicação da recuperação judicial pode ter dois efeitos, sendo eles a reestruturação econômica da própria empresa ou a falência forçada da sociedade econômica. Em um eventual cenário de extinção da empresa estatal, o Ministro explica que a solvência não seria possível, pois sua criação se dá por meio de lei devido a motivação do interesse público. Conseqüentemente, a falência, por regras empresariais, pode colocar em xeque o interesse público. Posto isto, legitima a constitucionalidade do artigo 2º, inciso II, da Lei 11.101/2005.

No decorrer do seu relatório, o Ministro Barroso cita os intensos debates entre os doutrinadores sobre o assunto e também cita que atualmente existem 3 linhas de pensamento doutrinário.

A primeira sustenta a inconstitucionalidade do art. 2º, II, da Lei 11.105/2005, por afronta o art. 173, §1º, II, da Constituição, tendo em vista que as entidades administrativas possuem os mesmos direitos que as empresas privadas, o que incluiria o mesmo regime de insolvência. A segunda defende a interpretação conforme a Constituição do dispositivo, de modo a afastar o regime falimentar apenas das empresas estatais prestadoras de serviço público, submetendo as que exercem atividade econômica ao regime de falência e recuperação judicial. Por fim, a terceira corrente afirma a constitucionalidade da exclusão das empresas estatais do regime falimentar, na medida em que a extinção dessas entidades administrativas somente poderia ocorrer por lei e não por decisão judicial de decretação de insolvência. (STF - RE: 1249945 MG 5005428-07.2017.8.13.0433, Relator: ROBERTO BARROSO, Data de

Julgamento: 27/08/2020, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 27/11/2020)

Posto isto, o Ministro Barroso (2020) fundamenta que essa discussão não representa o entendimento do STF, mesmo tendo vários julgados sobre o regime das empresas estatais. Além do mais, não existem características duvidosas que colocam em desconfiança a constitucionalidade do art. 2º, II, da Lei 11.105/2005 e nem procedimentos da Turma acerca do assunto, sendo assim, supõe-se a constitucionalidade da norma.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Observando diversos casos de empresas públicas apresentando enormes prejuízos anos após anos, faz surgir uma minuciosa análise acerca do tema, para entender como o sistema jurídico brasileiro trabalha esse assunto. Diante do exposto, essa pesquisa científica teve como anseio investigar os fundamentos jurídicos que sustentam a aplicação da Lei Nº11.101/05 às empresas públicas e sociedades de economia mista.

Dessa maneira, o presente artigo visou mostrar como a Lei aborda o assunto de falência em empresas públicas de forma clara e concisa, qual a posição majoritária de diversos autores citados na pesquisa, que vai em discordância com ordenamento jurídico, além de como o Supremo Tribunal Federal está defendendo o texto da atual Lei.

Ao longo deste artigo, ficou visível que mesmo antes da Lei 11.101/05 passar a ser vigente, já existiam doutrinadores que defendiam a aplicação dos institutos falimentares para as empresas públicas e que, em caso contrário, haveria divergência com o disposto na Constituição Federal e tornaria a competição de mercado injusta, trazendo assim o desequilíbrio econômico. À vista disso, na visão doutrinária, o trabalho buscou avaliar a possibilidade de aplicação da norma em empresas públicas.

Consequentemente, ao decorrer do artigo se buscou demonstrar que seria possível, e melhor, a abrangência da Lei 11.101/05 para as empresas públicas e sociedades de economia mista, conforme defendido pela opinião dominante entre os doutrinadores. Não obstante, para a melhor compreensão do leitor buscou-se explicar a temática do trabalho de forma simples, completa e embasada.

Como limitações de pesquisa, insta destacar que embora o relator Senhor Ministro Roberto Barroso tenha as suas teses citadas no trabalho, mas não detalhadas, sem dúvida nenhuma a sua linha de raciocínio vale a exploração como objeto de pesquisa futura. De modo que, em um outro cenário futuro e com outros possíveis viés de pensamento, tanto o doutrinário como o jurisprudencial, há-se a possibilidade de ser aberto um novo debate.

7. REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Amador Paes de. **Curso de falência e recuperação de empresa**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

AYOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio Machado. **A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Ltda, 2020. Disponível em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530991357/cfi/6/2!/4/2@0:0>. Acesso em: 31/05/2021.

BERWIG, Aldemir. **Direito Administrativo**. 1. ed. Ijuí, RS: Unijuí, 2019. Disponível em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788541902939/cfi/0!/4/2@100:0.0>. Acesso em: 31/05/2021.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Centro Gráfico, 1988. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 31/05/2021.

BRASIL. **Decreto Lei Nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 25 de fevereiro de 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm. Acesso em: 31/05/2021.

BRASIL. **Lei Nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 09 de Fevereiro de 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm. Acesso em: 31/05/2021

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Recurso Extraordinário 1249945 RG / MG RE**. Recorrente: Empresa municipal de serviços obras e urbanização, Recte.(s) : Município de Montes Claros, Intdo.(a/s) : Ministério público do trabalho. Relator: Min. Roberto Barroso, 27 de Agosto de 2020. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1153875968/repercussao-geral-no-recurso-extraordinario-re-1249945-mg-5005428-0720178130433/inteiro-teor-1153875986>. Acesso em: 19/10/2021

BRASIL. **Lei No 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações.** Diário Oficial da União, Brasília, DF, 15 de dezembro de 1976. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404compilada.htm Acesso em: 31/05/2021

BONIOLO, Eduardo. **Perícias Em Falências E Recuperação Judicial.** 1. ed. São Paulo: Trevisan Editora, 2015. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788599519837/cfi/2!/4/2@100:0.00>. Acesso em: 31/05/2021.

CAMPINHO, Sérgio. **Curso de direito comercial** - falência e recuperação de empresa. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553618804/cfi/0!/4/4@0.00:0.00>. Acesso em: 31/01/2021.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** 34. ed. São Paulo: Atlas Ltda, 2020. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597024982/cfi/6/2!/4/2/2@0.0>. Acesso em: 31/05/2021.

CEREZETTI, Sheila Christina Neder; MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano. **Dez anos da Lei nº 11.101/2005:** estudos sobre a lei de recuperação e falência. 1. ed. São Paulo: Almedina Brasil, 2015. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788584931118/cfi/0!/4/2@100:0.00>. Acesso em: 31/05/2021.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Lei de Falência e Recuperação de Empresas.** 8. ed. São Paulo: Atlas Ltda, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597021486/cfi/6/2!/4/2@0:0.0>. Acesso em: 31/05/2021.

HORVATH, Miriam Vasconcelos Fiaux. **Direito administrativo.** 1. ed. Barueri: Manole Ltda, 2011. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788520444320/cfi/0!/4/2@100:0.00>. Acesso em: 31/05/2021

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo.** 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda, 2016.

KEYNES, John Maynard Keynes. **Teoria geral do emprego, do juro e da moeda.** 1. ed. São Paulo: Saraiva Uni, 2012.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica.** 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003. Disponível em:

http://docente.ifrn.edu.br/olivianeta/disciplinas/copy_of_historia-i/historia-ii/china-e-in-dia/at_download/file. Acesso em: 31/05/2021.

MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro**. 11. ed. São Paulo: Atlas Ltda, 2020. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597024135/cfi/6/2!/4/2/2@0:0>. Acesso em 31/01/2021.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de Mello. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2014.

NEGRÃO, Ricardo. **Falência e recuperação de empresas: aspectos objetivos da lei 11.101/2005**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553613083/recent>. Acesso em: 31/05/2021.

NEVES, Felipe Costa Rodrigues. **O que diz a Constituição Federal sobre a intervenção do Estado na economia?** Migalhas, 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/constituicao-na-escola/301137/o-que-diz-a-constituicao-federal-sobre-a-intervencao-do-estado-na-economia>. Acesso em: 31/05/2021

NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: Atlas Ltda, 2020. Disponível em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597025262/cfi/6/2!/4/2@0:0>. Acesso em: 31/05/2021.

PACHECO, José da Silva. **Processo de recuperação judicial, extrajudicial e falência**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Ltda, 2013. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-4959-4/cfi/0!/4/2@100:0.00>. Acesso em: 31/05/2021.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito administrativo**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense Ltda, 2020. Disponível em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530989736/cfi/6/2!/4/2@0:0>. Acesso em 31/05/2021.

SACRAMONE, Marcelo Barbosa. **Comentários à Recuperação Lei de Empresas e Falência**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. Disponível em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555595925/cfi/6/2!/4/2/2@0:0.00>. Acesso em: 31/05/2021.

SALOMÃO, Luis Felipe; SANTOS, Paulo Penalva. **Recuperação judicial, extrajudicial e falência**: teoria e prática. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Ltda, 2020. Disponível em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530991623/cfi/6/2!/4/2@0:0.0>. Acesso em: 31/05/2021.

SMITH, Adam. **A riqueza das nações**. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2017.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial - 3 Falência e recuperação de empresas**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. Disponível em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553616749/cfi/0!/4/2@100:0.00>. Acesso em: 31/05/2021.

OS IDOSOS EM SITUAÇÃO DE CONFLITO INTRAFAMILIAR E O PAPEL DA DEFENSORIA PÚBLICA NA GARANTIA DE SEUS DIREITOS

FÁBIO MAGALHÃES PINTO:

Defensor Público do Estado do Maranhão Graduado em Direito na Universidade Federal do Maranhão e Pós Graduado em Direito do Idoso pela Instituto Brasileiro de Formação - UNIBF

RESUMO: O presente trabalho tem como propósito analisar os direitos dos idosos, os conflitos intrafamiliares e as Instituições de auxílio ao idoso. Em suma, em virtude da grande vulnerabilidade que os idosos apresentam, como saúde, ambiente social e econômico esta faixa etária geralmente sofre sobre algum tipo de violência. Assim, o objetivo geral deste trabalho é o de demonstrar como os direitos dos idosos, podem ser garantidos. Para tanto, os objetivos específicos foram analisar o processo de envelhecimento; demonstrar os direitos constitucionais dos idosos e a Legislação correlata como garantia de seus direitos e na redução dos conflitos intrafamiliares. Utilizou-se como metodologia, a revisão bibliográfica, com materiais disponibilizados em livros físicos, e, também, em conteúdo de cunho digital, para alcançar os objetivos deste material produzido.

Palavras-chave: Direitos dos idosos. Estatuto do Idoso. Conflitos intrafamiliares. Defensoria Pública.

ABSTRACT: The present work aims to analyze the rights of the elderly, the intra-family conflicts and the elderly assistance institutions. In short, due to the great vulnerability that the elderly have, such as health, social and economic environment, this age group usually suffers some kind of violence. Thus, the general objective of this work is to demonstrate how the rights of the elderly can be guaranteed. Therefore, the specific objectives were to analyze the aging process; demonstrate the constitutional rights of the elderly and the related legislation as a guarantee of their rights and in the reduction of intra-family conflicts. A bibliographic review was used as a methodology, with materials available in physical books, and also in digital content, to achieve the objectives of this material produced.

Key words: Rights of the elderly. Statute of the Elderly. Intra-family conflicts. Public Defense.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 O processo de envelhecimento. 3 A inversão da pirâmide etária e suas consequências. 4 A Constituição Federal e os direitos dos idosos. 5 A Política Nacional do Idoso e o Estatuto do Idoso como garantia de Direito. 6 Do papel da Defensoria Pública na proteção à pessoa idosa. 7 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

A violência contra a pessoa idosa ocorre, muitas vezes, dentro do âmbito familiar, sendo que os pequenos conflitos vão ganhando uma dimensão cada vez maior devido à convivência diária, o que, muitas vezes, leva ao agravamento da situação.

No atual contexto de aumento da expectativa de vida, a política de proteção à pessoa idosa representa um grande desafio, não apenas para os gestores públicos como para toda a sociedade, que tem que se adaptar cada vez mais às necessidades desse grupo da população.

No presente artigo, fazemos uma análise a respeito da legislação de proteção aos idosos e da importância da Defensoria Pública para a efetivação de seus direitos como forma de redução dos conflitos intrafamiliares.

Foi utilizada, como metodologia, a revisão de literatura, que contou com a pesquisa em obras de diversos autores, como livros e artigos científicos disponíveis na rede mundial de computadores.

O presente trabalho estruturado em três seções, a primeira tratando do processo de envelhecimento, a segunda sobre os direitos Constitucionais e infraconstitucionais dos idosos e a terceira abordando o papel da Defensoria Pública na garantia dos direitos desse grupo da população.

2 O PROCESSO DE ENVELHECIMENTO

A passagem do tempo é inexorável, e afeta a todos da mesma forma, resultando no processo de envelhecimento, o que vai afetando a capacidade das pessoas de lidarem com situações que antes, não lhes traziam qualquer desafio.

A questão do envelhecimento é de grande preocupação atual da sociedade, não só do Brasil mas de todo o mundo, uma vez que, dada a melhoria dos índices sócio econômicos que aumentou a expectativa de vida, contamos com um número cada vez maior de idosos, o que provoca uma mudança progressiva no perfil demográfico da grande maioria dos países. (CHAIMOWICZ, 2012).

No que tange ao Brasil, o mesmo fenômeno foi observado e a população idosa também cresceu exponencialmente nas últimas décadas, (ALMEIDA, 2010).

Dada ideia de o envelhecimento vem acompanhado da perda e/ou redução da capacidade produtiva, acaba levando muitos idosos a passar por um processo de marginalização.

Nesse sentido, é a lição de Pérola Melissa Vianna Braga, vejamos:

Entre o idoso, despojado da potencialidade de produzir (ou, pelo menos, tendo esta bastante reduzida), e o trabalhador jovem e sadio, ainda com muita força para o trabalho, a sociedade optou por eleger este último como sendo o mais importante para a produção e o respeito. É evidente, no entanto, que não se pode partir para a solução fácil de culpar a construção cultural e o capitalismo por todos os males das pessoas de idade avançada (BRAGA, 2013, p. 27).

O aumento da população idosa levou à necessidade de discutir os direitos desse grupo, assim, a proteção ao idoso passou a ter status Constitucional, sendo que, diversos desses direitos foram regulamentados posteriormente por meio da edição de leis ordinárias.

Entre as principais, destacam-se a Lei nº 8.842/94, que estabeleceu a Política Nacional do Idoso e a Lei nº 10.741/2003, que dispõe sobre o Estatuto do Idoso.

3 A inversão da pirâmide etária e suas consequências

Em 1950 havia 2.6 milhões de idosos no Brasil, em 2010, esse número saltou para 19,6 milhões. A perspectiva é que em 2050 teremos 64 milhões, o que significa percentuais respectivamente de 4,9, 10,2 e 29,7% (CORRÊA, 2010).

Ocorre que, muitos desses idosos passam a necessitar de cuidados constantes e, como nem sempre as famílias possuem condições financeiras de contratar um cuidador profissional, esse ônus acaba recaindo sobre um de seus membros.

Por nem sempre o idoso poder contar com algum parente com tal disponibilizado, não raramente, este acaba indo para instituições de longa permanência, anteriormente chamados de asilos.

Entretanto, esta não é uma opção factível para a maior parte dos idosos que se encontram nessa situação em nosso país, uma vez que esses serviços se concentram nos grandes centros urbanos e são muito caros e, as vagas em instituições públicas são limitadas.

De todo modo, a institucionalização de idosos deve ser vista como última saída, pois, muitas vezes ela reduz drasticamente a vida social, o que muitas vezes pode levar a quadros depressivos.

No intuito de ampliar as garantias a essa parcela da população, o Sistema Único de Saúde (SUS), criado em 1990, e a política nacional para os idosos (Lei 8.842/94), asseguraram um atendimento mais humanizado ao idoso.

4 A Constituição Federal e os direitos dos idosos

A Constituição Federal estabelece políticas públicas voltadas aos idosos em vários de seus dispositivos, prescrevendo, entre os direitos básicos, o direito à não discriminação em função da idade (art. 3º IV).

Em seu artigo 229 da Constituição Federal determina a obrigatoriedade dos filhos maiores de “ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.”

Por sua vez, o artigo 230 estabelece que “a família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.”

O amparo econômico do Estado aos idosos que não possuem condições de se manterem por si só ou com auxílio de suas famílias foi previsto expressamente na Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

(...)

V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

Referido direito foi regulamentado pela Lei nº 8.742/93 (Lei orgânica da Assistência Social) e se dá por meio do benefício de prestação continuada BPC/LOAS, sendo que, para obtê-lo, o requerente deve cumprir os seguintes requisitos: ter mais 65 anos de idade, não receber outro benefício previdenciário ou de outro regime, ter renda mensal familiar per capita é igual ou inferior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo vigente e a comprovação de que a família não possui condições financeiras de prestar-lhe auxílio.

Importante ressaltar que o referido benefício pode ser requerido em qualquer agência do INSS e, caso ele seja negado, o postulante pode comparecer à Defensoria Pública da União para que esta adote as providências legais cabíveis.

Outra forma de garantir a dignidade e o bem-estar aos idosos foi o estabelecimento da política de que os “os programas de amparo aos idosos serão executados preferencialmente em seus lares” (§1º do art. 230).

Nesse sentido, no Município de São Luís/MA, foi criado, por meio da Lei nº 4.319/2004, o programa de atendimento de saúde domiciliar periódico aos idosos.

Referido atendimento especializado, ganhou impulso, em nossa cidade, no ano de 2013, com a implementação do “Programa Melhor em Casa”, realizado em parceria com o Governo Federal.

5 A Política Nacional do Idoso e o Estatuto do Idoso como garantia de direito

A primeira legislação infraconstitucional relevante no sentido de estabelecer os direitos da pessoa idosa foi a Lei nº 8.842/1994, regulamentada pelo Decreto nº 1.948, de 3 de julho de 1996, cujo objetivo foi assegurar os direitos sociais do idoso, criando condições para promover sua autonomia, integração e participação efetiva na sociedade.

Ocorre que, após muitas críticas em decorrência da não efetivação dos direitos previstos na Lei supramencionada, e após intensa mobilização de várias entidades, no ano de 2003, foi promulgada a Lei 10.741/03, Estatuto do Idoso, constituindo-se em um microsistema de proteção à pessoa idosa, contendo diretrizes e normas de direito material, cível e penal, e processual.

Art. 1º É instituído o Estatuto do Idoso, destinado a regular os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos.

Art. 2º O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.

Art. 3º É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.

Art. 4º Nenhum idoso será objeto de qualquer tipo de negligência, discriminação, violência, crueldade ou opressão, e todo atentado aos seus direitos, por ação ou omissão, será punido na forma da lei.

§ 1º É dever de todos prevenir a ameaça ou violação aos direitos do idoso.

§ 2º As obrigações previstas nesta Lei não excluem da prevenção outras decorrentes dos princípios por ela adotados.

Art. 5º A inobservância das normas de prevenção importará em responsabilidade à pessoa física ou jurídica nos termos da lei.

Art. 6º Todo cidadão tem o dever de comunicar à autoridade competente qualquer forma de violação a esta Lei que tenha testemunhado ou de que tenha conhecimento.

Tais direitos não podem ser suprimidos, sob pena de violação do princípio da vedação do retrocesso.

Sobre o tema, Barroso e Barcellos (2003) nos ensinam:

Partindo desses pressupostos, o que a vedação do retrocesso propõe se possa exigir do Judiciário é a invalidade da revogação de normas que, regulamentando o princípio, concedam ou ampliem direitos fundamentais, sem que a revogação em questão seja acompanhada de uma política substitutiva ou equivalente. Isto é: a invalidade, por inconstitucionalidade, ocorre quando se revoga uma norma infraconstitucional concessiva de um direito, deixando um vazio em seu lugar (Barroso e Barcellos (2003, p. 170).

A relação de obrigações do poder público para com os idosos inclui a promoção de políticas públicas que interferem nos mais diversos aspectos da vida cotidiana, como a

promoção da criação de locais de atendimento a idosos, centros de acolhimento, residências, laboratórios, assistência domiciliar e outros; apoio à criação de uma universidade aberta para idosos e à prevenção da discriminação contra idosos e sua participação no mercado de trabalho.

A discussão sobre tais direitos, embora amplamente difundidos, merecem constante destaque e atenção de toda a sociedade, uma vez que o processo de inclusão do idoso é contínuo e, em decorrência do envelhecimento da população, será cada vez mais necessário

Com tais medidas, o Estado, em consonância com a moderna doutrina constitucional, que não basta garantir aos seus cidadãos o direito à vida, mas também o direito de que o envelhecimento ocorra de forma digna, preservando todos os direitos inerentes ao ser humano.

6 Do papel da Defensoria Pública na proteção à pessoa idosa

No intuito de garantir os direitos assegurados por Lei, foi criada uma rede de proteção à pessoa idosa, onde nela, destacamos o papel de Defensoria Pública.

A Constituição Federal, art. 134, assim definiu a Defensoria Pública:

Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.

Ao longo do tempo o termo “necessitado”, ganhou nova conotação, deixando de ser interpretado apenas como àquela pessoa cuja situação econômica não permitisse

pagar um advogado mas também como toda aquela que se encontre em situação de vulnerabilidade.

É sabido que muitos idosos, apesar de possuírem boas condições financeiras e, em tese poderem constituir um advogado, acabam sendo vítimas de certos abusos nas relações intrafamiliares e, por esse fato, aliada muitas vezes a uma já debilitada condição de saúde, ficam impossibilitados de recorrerem às autoridades competentes para denunciar os abusos ou violências das quais são vítimas.

Assim, essa pessoa, independente de sua condição financeira, passa a ser uma assistida em potencial da Defensoria Pública, podendo a ela recorrer independentemente da renda que auferir.

No Estado do Maranhão, foi criado, no ano de 2006, o Centro Integrado de Apoio e Prevenção à Violência contra a Pessoa Idosa (CIAPVI), “concebido inicialmente como um projeto vinculado ao Gabinete da Presidência República, o Centro encontrou terreno fértil na Defensoria Pública estadual, e sempre sob a coordenação da assistente social e gerontóloga Isabel Lopizic, abriu caminhos, superou desafios, tornando-se um setor forte e atuante dentro da instituição, referência na luta pelos direitos e empoderamento de populações vulneráveis.” Ciapvi da Defensoria Pública comemora 15 anos de luta em defesa e pela valorização do idoso. Disponível em <<https://defensoria.ma.def.br/dpema/portal/noticias/7176/ciapvi-da-defensoria-publica-comemora-15-anos-de-luta-em-defesa-e-pela-valorizacao-do-idoso>>. Acesso em 15 de out. de 2021.

Atualmente, o CIAPVI funciona dentro do prédio da Sede da Defensoria Pública Estadual, destacando-se por realizar um trabalho de referência na proteção ao idoso.

Deve-se destacar que o trabalho realizado pelo CIAPVI possui grande contribuição para o trabalho da Defensoria Pública em relação à pessoa idosa, uma vez que realiza,

entre outras atividades, visitas aos idosos em situação de vulnerabilidade, sempre contando com profissionais altamente qualificados para a função além de buscar soluções extrajudiciais para os conflitos decorrentes das relações familiares.

7 CONCLUSÃO

Embora o Estatuto do Idoso preveja vários tipos de leis penais para proteger a integridade física, mental e material, o aumento da violência contra as pessoas idosas continua sendo significativo. Portanto, é necessário refletir sobre o sistema atual, especialmente nos casos em que a violência é perpetrada por um membro da família.

Sempre que possível, o idoso deve ser ouvido, preservando-se sua autonomia e os seus demais direitos da personalidade. Essencial também é ouvir os eventuais violadores de seus direitos, pois suas dificuldades econômicas e emocionais e da falta de recursos, acabam por fomentar os cenários de conflito.

A visão estigmatizada projetada sobre esses membros da família dificulta a possibilidade de reorganização familiar, motivo pelo qual, a intervenção de profissionais capacitados ou da Defensoria Pública no sentido de tentar uma solução consensual para o problema se torna fundamental importância.

Espera-se que este artigo lance um pouco de luz àqueles que necessitam tutelar seus direitos ou aos que, tendo conhecimento de alguma situação relacionada à violação do direito de uma pessoa idosa, tomem ciência de que existem instituições qualificadas para acolhê-las, independente de sua situação socioeconômica.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, O. P. **Idosos atendidos em serviço de emergência de saúde mental: características demográficas e clínicas.** São Paulo: Melhoramentos, 2010.

ANTUNES, Carlos César. **O Estatuto do Idoso e a prática social.** São Paulo: Lumén, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. BARCELLOS, Ana Paula de. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/45690/45068>>. Acesso em 01 de nov. de 2021.

BARROS, Marcelo Mello de Lima. **Velhice ou terceira idade?**. Rio de Janeiro: Cone Sul, 2013.

BEZERRA, Rebecca Monte Nunes. **Estatuto do Idoso Comentado**. Campinas: LZN, 2010.

BRAGA, Pérola Melissa V. **Direitos do Idoso**. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 11 out. 2021.

CHAIMOWICZ, F. **Os idosos brasileiros no século XXI: demografia, saúde e sociedade**. Belo Horizonte: Postgraduate, 2012.

CORRÊA, A. C. O. **Epidemiologia psicogeriátrica e uso de psicofármacos no Brasil**. *Jornal Brasileiro de Psiquiatria*, Rio de Janeiro, v. 46, n. 4, p. 191-200, 2010.

_____. **Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993**. Dispõe sobre a política nacional do idoso, cria o Conselho Nacional do Idoso e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2003. Disponível em <http://www.http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8842.htm>. Acesso em 13 out. 2021.

_____. **Lei nº 8.842, de 4 de janeiro de 1994**. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2003. Disponível em <http://www.http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8742.htm>. Acesso em 13 out. 2021.

_____. **Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003**. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2003. Disponível em <http://www.http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm>. Acesso em 13 out. 2021.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito civil aplicado: direito de família**. São Paulo: LTr Editora, 2013.

PONTES, Patrícia Albino Galvão. **Estatuto do idoso comentado**. São Paulo: LZN, 2012.

RAMOS, L. R. **A Saúde do Idoso no Brasil: Uma visão Clínico-Epidemiológica.** São Paulo, Artmed, 2010.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. **Fundamentos constitucionais do Direito à Velhice.** Florianópolis: Letras Contemporâneas, 2014.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2015.

WOLFF, Suzana H. **Ação social na área do envelhecimento humano:** retrato de um contexto. São Paulo: Desenredos, 2012.

REFLEXOS DA PANDEMIA PARA AS EMPRESAS E OS TRABALHADORES: ANÁLISE DA LEI Nº 14.020/2020

GERALDO MIRANDA ALMEIDA:

Graduando do curso de Direito do Centro Universitário São Lucas.

ANDERSON RIBEIRO SILVA⁴¹

(coautor)

LUCIANA ADÉLIA SOTTILI⁴²

(orientadora)

Resumo: A pandemia de Covid-19 impactou empresas e trabalhadores, o distanciamento físico e social, o fechamento de empresas e a adoção do trabalho remoto trouxeram mudanças drásticas para o mercado de trabalho. Desta forma, surge a indagação: As ponderações trazidas pela Lei nº 14.020/2020, no que tange as mudanças temporárias em época de Covid-19, podem ser vistas como benéficas ou não aos trabalhadores e empregadores? O objetivo geral deste artigo é analisar os reflexos que a Lei nº 14.020/2020 trouxe para as empresas e os trabalhadores. Para responder ao questionamento proposto, foram delimitados como objetivos específicos: descrever sobre as consequências da pandemia e o desemprego para a população brasileira; explanar sobre as medidas adotadas pelo governo para preservação do emprego; identificar os benefícios emergenciais abordados pela Lei 14.020/2020. A metodologia escolhida baseou-se na revisão bibliográfica de doutrinas, artigos e legislações. Ao fim, busca-se aferir quais os reflexos que a Lei nº 14.020/2020 trouxe para o mundo do trabalho e se estes são benéficos aos trabalhadores e empregadores.

Palavras-chave: Lei nº 14.020/2020, Pandemia, Covid-19, Desemprego, Benefício Emergencial.

Sumário: 1. Introdução – 2. Pandemia e Desemprego – 3. Medidas adotadas pelo Governo para Preservação do Emprego – 3.1 Medida Provisória 927/2020 – 3.2 Medida Provisória 936/2020 – 4. A Lei nº 14.020/2020: O Benefício e as Mudanças para os Trabalhadores – 4.1 Discussão sobre a Constitucionalidade da Lei – 4.2 Mudanças Incorporadas pela Lei nº

⁴¹Acadêmico de Direito do Centro Universitário São Lucas.

⁴²Advogada. Mestra em Direito e Justiça Social (FURG). Professora do Centro Universitário São Lucas.

14.020/2020 – 4.2.1 O Pagamento do Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e Renda – 4.2.2 A Redução Proporcional de Jornada de Trabalho e de Salário – 4.2.3 A Suspensão Temporária do Contrato de Trabalho – 5. Considerações Finais – 6. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Trabalhadores e empresas vêm sofrendo com os impactos socioeconômicos do cenário de crise mundial provocados pela pandemia de Covid-19. Com a rápida propagação da doença e o uso do distanciamento como forma de prevenção, as desigualdades sociais nas grandes e pequenas cidades aumentaram drasticamente.

No Brasil, como em outros países, o isolamento social promoveu rápidas mudanças no mercado de trabalho, com o aumento da taxa de desemprego e acréscimo de mais de 37,3 milhões de pessoas trabalhando na informalidade, ou seja, sem emprego fixo e sem carteira assinada. Nesse contexto é fundamental adotar medidas objetivas para diminuir os reflexos nocivos dentro da gestão organizacional e minimizar os impactos socioeconômicos do país.

Em função da pandemia provocada pelo Coronavírus, o governo brasileiro editou a Lei nº 14.020/2020, que criou opções para as empresas adotarem como: antecipação de férias, redução do tempo de trabalho e suspensão do contrato de trabalho - hipótese em que o trabalhador fica em casa e recebe seu salário e o Governo repassa o pagamento em substituição ao salário do mês, conforme negociação entre empregador e empregado no período da pandemia.

A Lei nº 14.020/2020 veio para dar um alento aos trabalhadores e às empresas, também com medidas alternativas destinadas a minimizar o desemprego e a redução do impacto social. A Lei em questão trouxe um conjunto de alternativas em relação à legislação ordinária vigente para que as empresas não parassem temporariamente ou em definitivo sua produtividade, provocando grandes impactos na receita, no lucro, no cumprimento das obrigações e contratos e nas oportunidades de emprego.

Assim, a Lei nº 14.020/2020 foi sancionada com o objetivo de viabilizar a manutenção de empregos, mantendo a possibilidade de redução proporcional de jornada de trabalho e de salário e a da suspensão temporária dos contratos de trabalho, durante o estado de calamidade pública, mediante pagamento do Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda, custeado com recursos da União.

O desemprego já era um expressivo problema enfrentado pelo Brasil, situação agravada pela pandemia. Assim, dentro do contexto foi levantado como problema da presente pesquisa, e que se pretende responder ao final do trabalho é: Se as ponderações trazidas pela Lei nº 14.020/2020, no que tange as mudanças temporárias dos contratos de trabalho em época de Covid-19, podem ser vistas como benéficas ou não aos empregadores e aos trabalhadores?

Como objetivo geral do estudo pretende-se, verificar os reflexos que a Lei nº 14.020/2020 trouxe para as empresas e os trabalhadores. Para melhor responder ao questionamento proposto, foram levantados os seguintes objetivos específicos: descrever de forma sucinta sobre as consequências da pandemia e o desemprego para a população brasileira; explanar sobre as medidas adotadas pelo governo para preservação do emprego; identificar os benefícios emergenciais abordados e identificar as mudanças que a Lei trouxe para os trabalhadores.

A escolha do tema se dá em razão dos debates atuais acerca das mudanças no mundo do trabalho, pois, de fato, as suspensões provisórias dos contratos de trabalho trazem maior segurança para a preservação de empregos, mas trazem consequências financeiras para o trabalhador.

Para aprofundar o conhecimento do tema e alcançar os objetivos geral e específicos acima elencados, optou-se pela realização de um ensaio teórico baseado na revisão bibliográfica, através de leitura em artigos publicados nas bases de dados scielo, pepsic, revistas acadêmicas científicas, jurídicas e de saúde voltados para a pandemia do Covid-19, bem como a legislação brasileira vigente e do período pandêmico.

Desta forma, o presente artigo será dividido em três tópicos principais, no primeiro será abordado o tema pandemia e o desemprego no Brasil, para verificação dos reflexos da pandemia na vida dos trabalhadores em relação ao desemprego e a fonte de renda, o segundo tópico descreve as medidas adotadas pelo governo para preservação do emprego durante o período pandêmico, o terceiro tópico aborda os reflexos trazidos pela Lei nº 14.020/2020 aos trabalhadores, em especial, os benefícios emergenciais de preservação de emprego e da renda.

Apresentados os aspectos introdutórios necessários para compreensão do tema, passa-se a expor as questões que envolvem a pandemia e o desemprego.

2 PANDEMIA E DESEMPREGO

A organização Mundial da Saúde (OMS) declarou em 30 de janeiro de 2020, que o surto da doença Covid-19, causada pelo novo coronavírus (SARS-CoV-2), constitui emergência de saúde pública de importância internacional, o mais alto nível de alerta da OMS conforme previsto no Regulamento Sanitário Internacional, assim, em 11 de março de 2020, a Covid-19 foi caracterizada pela OMS como uma pandemia (LARA; HILLESHEIM, 2020).

A pandemia levou as lideranças mundiais a tomarem medidas de urgência para o controle e o combate à proliferação do vírus, tornando-se, uma emergência de saúde pública mundial, de vigilância epidemiológica e, sobretudo, de programação de políticas públicas que reduzissem os danos causados pelo vírus nas esferas sociais e econômica.

No Brasil, igualmente instaurou-se uma crise sem precedentes. Os efeitos do coronavírus (Covid-19) produziram e produzem impactos devastadores na saúde, na economia e na dinâmica do comportamento dos profissionais e das organizações. Assim, líderes políticos e empresários de diversos países das Américas e da Europa assinaram um manifesto contra o que chamam de sacrifício de direitos e liberdades, referindo-se às medidas de isolamento e distanciamento social e suas consequências econômicas. Dessa forma, a aplicação de medidas restritivas ao deslocamento das pessoas voltadas ao isolamento social busca mitigar os efeitos da exposição ao contágio e promover o controle da pandemia em termos de atendimento às situações de emergência e uso de equipamentos para manutenção da vida (BARROS-DELBEN, *et al.*, 2020).

Nesse contexto, é bastante provável que alguns dos efeitos mais dramáticos dessa nova crise econômica serão sentidos fortemente no mercado de trabalho nacional. Neste caso, são os segmentos empresariais mais intensivos em mão de obra, como são os casos das micro, pequenas e médias empresas, que estarão mais sujeitas aos impactos negativos da pandemia (MATTEI; HEINEN, 2020).

Compreende-se, que as consequências da Covid-19 no país não serão de curta duração, pois o aumento de pessoas afetadas deverá ser maior do que o previsto inicialmente pelas autoridades sanitárias nacionais, assim como seus efeitos econômicos deverão se estender pelos próximos anos. Em função disso, é fundamental analisar as principais tendências e perspectivas para o mercado de trabalho nacional, bem como de que forma o governo vem atuando para adaptar-se a elas.

A pandemia de Covid-19 suscitou ações de prevenção que impactaram fortemente a vida, a saúde e o trabalho. Entre elas o distanciamento físico, o fechamento de setores da economia, a adoção do trabalho remoto e as medidas de higiene pessoal. Além das

consequências biomédicas, a pandemia trouxe consigo desemprego, precarização das condições e vínculos de trabalho, aumento da jornada sem aumento dos rendimentos e custos adicionais para os trabalhadores (OLIVEIRA; RIBEIRO, 2021).

Belmonte, Martinez e Maranhão (2020) escreveram que, o Brasil conta com cerca de 210 milhões de habitantes e uma população economicamente ativa de cerca 106 milhões. Tinha antes da pandemia um percentual em torno de 45% de brasileiros na informalidade e uma taxa de desemprego de aproximadamente 12%. Como reflexo da pandemia no Brasil o IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) de 2020 informou em projeção, que a taxa de desemprego no Brasil chegaria a 14,7% da população no 1º trimestre de 2021, com isso, seriam mais de 14,8 milhões de pessoas sem empregos.

Desde que a pandemia do novo coronavírus chegou ao Brasil, 716.000 empresas fecharam as portas. De acordo com a Pesquisa Pulso Empresa: Impactos da Covid-19 nas Empresas, realizada pelo IBGE, a cifra corresponde a mais da metade de 1,3 milhão de empresas que estavam com atividades suspensas ou encerradas definitivamente na primeira quinzena de junho de 2020, devido à crise sanitária. Do total de negócios fechados temporária ou definitivamente, quatro em cada 10 (um total de 522.000 firmas) afirmaram ao IBGE que a situação se deveu à pandemia (IBGE, 2020).

O levantamento do IBGE, mostra que o novo coronavírus teve um impacto negativo em todos os setores econômicos, e afetou especialmente o comércio (39,4%) e serviços (37%), sendo que 99,8% das pequenas empresas não voltarão a abrir as portas de seus negócios depois da crise da covid-19 (IBGE, 2020).

As 2,7 milhões de empresas que continuaram abertas também sentem as consequências da crise econômica agravada pela pandemia: 70% delas relataram diminuição de vendas ou serviços desde que a Covid-19 chegou ao país, e 948.800 firmas tiveram que demitir trabalhadores durante esse período. Além disso, apenas 12,7% das empresas tiveram acesso ao crédito emergencial liberado pelo governo destinado ao pagamento de salário. Somente 13,6% dos negócios relataram que a pandemia trouxe oportunidades e que teve um efeito positivo sobre a empresa (IBGE, 2020).

A pandemia trouxe grandes consequências para a economia e mercado de trabalho. A crise econômica instaurada exigiu do governo medidas de urgência para preservação de empregos e renda dos trabalhadores e sobrevivência às empresas, conforme se analisará no próximo tópico.

3 MEDIDAS ADOTADAS PELO GOVERNO PARA PRESERVAÇÃO DO EMPREGO

A sociedade convive em um momento preocupante com a propagação do Covid-19, famílias inteiras estão reclusas em suas residências, as pessoas percebem-se como quem não trabalha, não gera renda, e conseqüentemente não tem dinheiro no final do mês para pagar a conta de energia, conta de água, para fazer sua compra mensal, suas necessidades básicas para sobreviver. Assim, quando o consumidor não tem poder aquisitivo de compra, conseqüentemente leva a uma diminuição na produção dos produtos na empresa provocando demissão dos trabalhadores e até o fechamento da mesma (SOUZA, 2021).

A pandemia da Covid-19 trouxe relevantes indagações no campo do Direito Trabalhista, quando o Governo Federal promulgou as Medidas Provisórias 927/2020 e 936/2020, flexibilizando as leis trabalhistas, dispensando qualquer tipo de negociação prévia com os sindicatos de categoria, facilitando ajustes entre empresas e empregados, reduzindo formalidades e ampliando a autonomia (SILVA, 2021).

As Medidas Provisórias 927/2020 e 936/2020 surgiram como tábuas de salvação contra o risco do desemprego. Entre dois bens jurídicos respaldados na legislação, sobre a proteção social plena e a garantia do emprego e da renda, que impactam diretamente as relações de trabalho. Onde a primeira resulta do acordo individual entre empregado e empregador sobre a negociação coletiva e as leis de regência, enquanto a segunda vem estabelecendo a possibilidade de redução de salários e jornadas, bem como de suspensão coletiva do contrato de trabalho.

Com o objetivo de preservar o emprego e a renda de milhares de brasileiros e a redução do impacto social decorrente das conseqüências do estado de calamidade pública que se instalou em nosso país, medidas emergenciais foram tomadas com a edição das Medidas Provisórias 927 e 936 que serão explanadas neste tópico.

3.1 Medida Provisória 927/2020

O universo do trabalho, que já vinha passando por um processo de transformação, foi grandemente impactado pelo vírus Sars-CoV-2, causador da Covid-19. Assim, o governo brasileiro, em 03 de fevereiro de 2020, pela Portaria 188 do Ministério da Saúde, declarou Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (ESPIN), em decorrência da infecção humana pelo novo coronavírus, e promulgou a Lei Federal nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, estabelecendo diversas medidas para o enfrentamento da pandemia. Nas esferas estaduais e municipais, os governos logo começaram a editar normas relativas a medidas de enfrentamento à pandemia, muitas delas impactando diretamente as

relações de trabalho, a exemplo da decretação da suspensão de atividades não essenciais, restrições de número de empregados por estabelecimento, entre outras (FREITAS, 2021).

A Medida Provisória nº 927, de 22 de março de 2020: “Dispõe sobre as medidas trabalhistas para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo decreto legislativo nº 6, de 20 de março de 2020 [...]”, (BRASIL, 2020g, *on-line*). De maneira que a Medida Provisória veio para respaldar a emergência de saúde pública decorrente do coronavírus (Covid-19). Essa Medida Provisória promoveu a inversão das fontes normativas do trabalho, de modo que seu artigo 2º dispõe no sentido de que os acordos individuais entre empregado e empregador têm prevalência sobre a negociação coletiva e as leis de regência.

Art. 2º Durante o estado de calamidade pública a que se refere o art. 1º, o empregado e o empregador poderão celebrar acordo individual escrito, a fim de garantir a permanência do vínculo empregatício, que terá preponderância sobre os demais instrumentos normativos, legais e negociais, respeitados os limites estabelecidos na Constituição.

Art. 3º Para enfrentamento dos efeitos econômicos decorrentes do estado de calamidade pública e para preservação do emprego e da renda, poderão ser adotadas pelos empregadores, dentre outras, as seguintes medidas:

I - o teletrabalho;

II - a antecipação de férias individuais;

III - a concessão de férias coletivas;

IV - o aproveitamento e a antecipação de feriados;

V - o banco de horas;

VI - a suspensão de exigências administrativas em segurança e saúde no trabalho;

VII - o direcionamento do trabalhador para qualificação; e

VIII - o diferimento do recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS (BRASIL, 2020g, *on-line*).

A Medida Provisória nº 927, estabelece que empregador e empregado podem celebrar acordo individual escrito para garantir a manutenção do emprego. Tal acordo prevaleceria sobre a lei e acordos ou convenção coletiva, desde que respeitadas as garantias constitucionais.

Desta maneira, entende-se que continuam válidos todos os acordos trabalhistas entre empregador e empregado celebrados durante a vigência da Medida Provisória 927/2020, entre os períodos de 23/03/2020 a 19/07/2020, respeitados os limites do término do estado de calamidade pública, ou seja, até 31/12/2020, como previsto na própria Medida Provisória. Contudo, as empresas não poderão mais utilizar tais medidas após a perda da vigência da medida provisória, sob pena de nulidade do ato.

Após a perda da vigência da Medida Provisória 927, foi publicada a Medida Provisória 936 que continuou flexibilizando direitos previstos na legislação trabalhista como: antecipação de férias, banco de horas, teletrabalho, dentre outros. Assim, a Medida Provisória 936 resultou em uma ajuda do governo aos empregadores ao viabilizar parte do pagamento do salário aos trabalhadores cujo contrato tenha sofrido alterações de jornada e salário ou suspensão, conforme análise no tópico seguinte.

3.2 Medida Provisória 936/2020

A Medida Provisória 936/2020 foi publicada em 1º de abril de 2020 com o objetivo de ser uma alternativa paliativa para evitar o aumento de desemprego por causa da situação de pandemia e isolamento social do novo coronavírus. Essa Medida Provisória, prevê garantia de antecipação das férias dos empregados individualmente, mesmo quando esse trabalhador não tenha completado um ano de trabalho. Assim, o trabalhador que tenha pelo menos seis meses de empresa poderá usufruir as férias proporcionais ao tempo trabalhado ou antecipar as férias de trinta dias conforme acordos entre empregador e empregado.

Para o empregado obter o direito de usufruir de suas férias, deverá estabelecer um acordo individual com o empregador, por escrito. A Medida Provisória também indica que a antecipação das férias seja concedida aos trabalhadores do grupo de risco, como idosos e pessoas com comorbidades.

A Medida Provisória dá flexibilidade entre o empregador e o empregado sobre o trabalho remoto como laborar em jornada reduzida com redução salarial proporcional ou receber compensação pela suspensão do contrato com base no valor do seguro-desemprego ao perder o emprego. Conforme previsão do art. 9º da Medida Provisória

936/2020, o benefício emergencial poderá ser pago junto com o pagamento proporcional do empregador:

Art. 9º O Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda poderá ser acumulado com o pagamento, pelo empregador, de ajuda compensatória mensal, em decorrência da redução proporcional de jornada de trabalho e de salário ou da suspensão temporária de contrato de trabalho de que trata esta Lei.

§ 1º A ajuda compensatória mensal de que trata o *caput* deste artigo:

I - deverá ter o valor definido em negociação coletiva ou no acordo individual escrito pactuado;

II - terá natureza indenizatória;

III - não integrará a base de cálculo do imposto sobre a renda retido na fonte ou da declaração de ajuste anual do imposto sobre a renda da pessoa física do empregado;

IV - não integrará a base de cálculo da contribuição previdenciária e dos demais tributos incidentes sobre a folha de salários;

V - não integrará a base de cálculo do valor dos depósitos no Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), instituído pela Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990, e pela Lei Complementar nº 150, de 1º de junho de 2015; e

VI - poderá ser:

a) considerada despesa operacional dedutível na determinação do lucro real e da base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) das pessoas jurídicas tributadas pelo lucro real [...]. (BRASIL, 2020c, *on-line*).

A Medida Provisória 936/2020, em seu texto original, prevê o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda, com o objetivo de preservar o emprego e a renda do trabalhador, garantindo a continuidade das atividades laborais e empresariais e reduzir o impacto social decorrente das consequências provocadas pelo estado de calamidade pública.

De maneira que, a Medida Provisória nº 936/2020 veio ratificar a prevalência do acordo individual entre patrão e empregado, especialmente nas camadas de renda inferiores a três salários mínimos (R\$ 3.135,00) e para aqueles trabalhadores cuja remuneração seja superior a duas vezes o teto da Previdência social (R\$ 12.2020,02) (SANTOS, 2020).

A Medida Provisória 936/2020,

Institui o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda e dispõe sobre medidas trabalhistas complementares para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (Covid-19), de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, e dá outras providências (BRASIL, 2020c, *on-line*).

A fim de preservar empregos e manter as empresas funcionando, o governo editou as Medidas Provisórias. Com a permanência do período pandêmico, houve a necessidade de constituir uma proposta mais duradoura, visto que as Medidas Provisórias possuem prazo de sessenta dias, contados da data de publicação, podendo ser prorrogadas por igual período conforme disposição dos §§ 3º e 7º do art. 62 da Constituição Federal de 1988.

Assim, na prática uma medida provisória tem eficácia durante o período máximo de cento e vinte dias, de modo que, para que as situações tratadas na Medida Provisória persistem a valer para depois dos 120 dias se faz impreterível a conversão da MP em Lei.

Desta forma, o governo buscou a promulgação da Medida Provisória 936/2020 na Lei nº 14.020/2020, que será abordada no próximo tópico.

4 A LEI Nº 14.020/2020: O BENEFÍCIO E AS MUDANÇAS PARA OS TRABALHADORES

Para minimizar a crise econômica e as consequências negativas oriundas do desemprego e o impacto social nas organizações, empresas e instituições, o Presidente da República Jair Messias Bolsonaro em uso de suas atribuições sancionou a Lei nº 14.020, de 6 de julho de 2020, fruto da conversão da Medida Provisória nº 936, que instituiu o "Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda" e trouxe outras "medidas complementares para enfrentamento do estado de calamidade pública" (BRASIL, 2020a, *on-line*).

Uma das principais mudanças da Lei nº 14.020, em relação ao texto original da MP 936/2020, foi a possibilidade de prorrogação, mediante ato do Poder Executivo, da duração dos acordos de redução proporcional de jornada laboral e de salários, ou de suspensão do contrato de trabalho (BRASIL, 2020c, *on-line*).

A Lei nº 14.020/2020 suscitou algumas ponderações constitucionais de emergência para o enfrentamento da crise econômica e social por consequência da pandemia, conforme se

analisará no próximo tópico.

4.1 Discussão sobre a Constitucionalidade da Lei

É sabido que, com a evolução da sociedade e da conscientização do papel e importância dos sindicatos nas relações coletivas de trabalho, a Lei nº 4.923/1965 revogou parcial e tacitamente o art. 503 da CLT, porque esta Lei nº 4.926/1965 é propositiva à CLT e prevê a mesma redução salarial, porém, mediante negociação com o sindicato. Assim, a negociação entre empregador e empregado só se dará mediante a presença do sindicato (BRASIL, 1965, *on-line*).

O art. 503 da CLT, (Consolidação das Leis do Trabalho), Decreto-Lei nº 5.452 de 01 de Maio de 1943, prevê a redução salarial, com redução proporcional de jornada por motivo de força maior ou de conjuntura econômica, mediante negociação coletiva ou individual.

Art. 503 - É lícita, em caso de força maior ou prejuízos devidamente comprovados, a redução geral dos salários dos empregados da empresa, proporcionalmente aos salários de cada um, não podendo, entretanto, ser superior a 25% (vinte e cinco por cento), respeitado, em qualquer caso, o salário mínimo da região.

Parágrafo único - Cessados os efeitos decorrentes do motivo de força maior, é garantido o restabelecimento dos salários reduzidos (BRASIL, 1943, *on-line*).

Embora a Lei nº 14.020/2020 tenha flexibilizado a possibilidade de redução da carga horária proporcionalmente a diminuição do salário, já existia a possibilidade de contratar empregados com redução salarial proporcional a jornada, a exemplo do regime de tempo parcial previsto no artigo 58-A da CLT:

58-A. Considera-se trabalho em regime de tempo parcial aquele cuja duração não exceda a trinta horas semanais, sem a possibilidade de horas suplementares semanais, ou, ainda, aquele cuja duração não exceda a vinte e seis horas semanais, com a possibilidade de acréscimo de até seis horas suplementares semanais (BRASIL, 1943, *on-line*).

O § 2º do art. 501 da CLT exige, no entanto, para a caracterização do fortuito natural ou humano, que ele afete a situação econômica e financeira da empresa. Diante do fato notório do risco da Covid-19, a ponto de a legislação ter se preocupado, de forma emergencial, a flexibilizar os diversos instrumentos existentes na legislação brasileira, com ajuste direcionado a evitar o desemprego, está claro que fica dispensada, para todos os efeitos, a comprovação de afetação da situação econômica e financeira da empresa (BELMONTE; MARTINEZ; MARANHÃO, 2020).

Art. 501 - Entende-se como força maior todo acontecimento inevitável, em relação à vontade do empregador, e para a realização do qual este não concorreu, direta ou indiretamente.

§ 1º - A imprevidência do empregador exclui a razão de força maior.

§ 2º - À ocorrência do motivo de força maior que não afetar substancialmente, nem for suscetível de afetar, em tais condições, a situação econômica e financeira da empresa não se aplicam as restrições desta Lei referentes ao disposto neste Capítulo (BRASIL, 1943, *on-line*).

As medidas governamentais na área trabalhista sofreram inúmeros questionamentos de constitucionalidade, em especial quanto à possibilidade de negociações individuais entre os sujeitos do contrato de trabalho, já que a Lei nº 14.020/2020 dispensa a presença dos sindicatos no momento da negociação empregado e empregador.

Desde a MP 936, que previa a possibilidade de celebração de acordos individuais para implantação da redução proporcional de jornadas e salários, argumentava-se que haveria a violação ao art. 7º, inciso VI, da Constituição Federal, que prevê, dentre os direitos dos trabalhadores, a "irredutibilidade salarial, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo". Conforme o inciso VI do art.7º da Constituição Federal, não houve

inconstitucionalidade da Medida Provisória em relação a redução proporcional de jornada de trabalho e salário (BRASIL, 1988, *on-line*).

A Constituição Federal de 1988 também consolidou a necessidade de participação dos sindicatos nas questões de interesse coletivo, exigindo negociação para efeito de redução salarial e alteração de jornada de trabalho. A convenção coletiva do trabalho é o pacto que celebram os sindicatos representativos do empregado e os sindicatos representativos do empregador. Enquanto que no Acordo Coletivo de Trabalho o pacto é realizado entre o sindicato do empregado e uma ou mais empresas (BELMONTE; MARTINEZ; MARANHÃO, 2020).

Durante a tramitação da Lei nº 14.020/2020, a questão da inconstitucionalidade desse dispositivo foi levada ao Supremo Tribunal Federal que, em 17 de abril de 2020, decidiu que as circunstâncias excepcionais da crise do coronavírus justificariam o uso da negociação individual para a implementação do Benefício Emergencial e a preservação dos empregos.

A Constituição Federal de 1988, Art. 8º ressalta que, “É livre a associação profissional ou sindical [...]”, observado o seguinte: “VI - é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho”, (BRASIL, 1988, *on-line*), no entanto, o Superior Tribunal Federal (STF) rejeitou o questionamento, em polêmica decisão que aludiu a um “direito constitucional de crise”, e acabou validando a possibilidade de celebração de acordos individuais, a depender do valor dos salários dos trabalhadores envolvidos.

Toda essa movimentação acabou se consolidando com a prevalência dos acordos individuais entre os empregados e os seus empregadores de modo constitucional, na medida em que o espaço da negociação coletiva com os sindicatos foi reduzido, em razão da forma como as medidas acabaram regulamentadas e alteradas conforme serão descritas no próximo tópico

4.2 Mudanças incorporadas pela Lei n. 14.020/2020

Baseando-se, nos fundamentos constitucionais de proteção à vida, à dignidade da pessoa humana, dentre outros tão importantes à manutenção da sociedade, essa lei representa uma flexibilização de direitos com o objetivo de garantir que o setor privado e o sistema público pudessem atuar de maneira eficaz durante o período excepcional da pandemia do novo coronavírus.

A Lei nº 14.020/2020, que instituiu o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda tem como objetivos, como ressalta o art. 2º:

Art. 2º Fica instituído o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda, com aplicação durante o estado de calamidade pública a que se refere o art. 1º desta Lei e com os seguintes objetivos:

I - preservar o emprego e a renda;

II - garantir a continuidade das atividades laborais e empresariais; e

III - reduzir o impacto social decorrente das consequências do estado de calamidade pública e da emergência de saúde pública (BRASIL, 2020b, *on-line*).

A mudança incorporada pela Lei nº 14.020/2020 foi a permissão dos acordos de redução proporcional de jornada laboral e de salários, suspensão do contrato de trabalho mediante negociação individual entre empregador e empregado sem a presença de sindicatos.

No art. 3º são indicadas as medidas do Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda: "I - o pagamento do Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda; II - a redução proporcional de jornada de trabalho e de salário; e III - a suspensão temporária do contrato de trabalho" (BRASIL, 2020b, *on-line*).

O pagamento do Benefício Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda, é destinado somente aos trabalhadores que fizeram acordo com seus empregadores, durante o período da pandemia da Covid-19. Quanto a redução da jornada laboral e do salário poderá ser de 25%, 50% ou 70%, de acordo com a negociação coletiva ou individual, realizada entre empregado e empregador, com prazo máximo de 120 dias, a suspensão dos contratos de trabalho coberta pelo benefício tem prazo máximo de 120 dias de duração. Assim, a primeira parcela do o pagamento do Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda é disponibilizada 30 dias após a formalização do acordo e as parcelas subsequentes são liberadas a cada período de 30 dias, conforme será explanado no tópico abaixo.

4.2.1 O pagamento do Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda

Após o reconhecimento do estado de calamidade pública pelo Decreto Legislativo nº 6, de 2020 e a implementação das medidas alternativas incorporadas ao enfrentamento da crise, propostas pela Lei nº 14.020/2020, destacando-se o pagamento do Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda, o Ministério da Economia registrou, em apenas 14 dias de vigência da MP 936/2020, mais de 1,7 milhão de acordos entre empregado e empregador (BRASIL, 2020c).

A promulgação da Lei nº 14.020/2020 trouxe flexibilização em relação à legislação ordinária para as empresas que não pararam e que aderiram o Programa do Governo Federal, desta forma, a Lei abordada trouxe ao trabalhador, com a redução da jornada laboral e salarial e a suspensão temporária do contrato e a garantia de permanência no emprego.

A Lei trouxe ainda esperança, aos trabalhadores e empregadores, quando de comum acordo, cancelar o aviso prévio que esteja em curso e aderir ao Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda. Não terá direito de receber o Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda os trabalhadores que estiverem ocupando cargo ou emprego público, recebendo benefício do INSS, recebendo seguro desemprego, ou recebendo bolsa de qualificação profissional de que trata o art. 2º-A da Lei nº 7.998, de 1990, *in verbis*:

Regula o Programa do Seguro-Desemprego, o Abono Salarial, institui o Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT), e dá outras providências.

Art. 1º [...]

II - auxiliar os trabalhadores requerentes ao seguro-desemprego na busca de novo emprego, podendo para esse efeito, promover a sua reciclagem profissional.

[...]

Art. 2º-A. Para efeito do disposto no inciso II do art. 2º, fica instituída a bolsa de qualificação profissional, a ser custeada pelo Fundo de Amparo ao Trabalhador - FAT, à qual fará jus o trabalhador que estiver com o contrato de trabalho suspenso em virtude de participação em curso ou programa de qualificação profissional oferecido pelo empregador, em conformidade com o disposto em

convenção ou acordo coletivo celebrado para este fim [...] (BRASIL, 1990, *on-line*).

Os empregados que possuem mais de um vínculo de emprego terão direito a receber o benefício de cada vínculo empregatício em que o empregador aderir ao Programa. A exceção se dá para os empregados com mais de um vínculo na modalidade de trabalho quando o contrato seja em prestação de serviços, ocorrendo com alternância de períodos de prestação de serviços e de inatividade, determinados em horas, dias ou meses, independentemente do tipo de atividade do empregado, conforme o § 3º do art. 6º da Lei nº 14.020/2020.

[...]

§ 3º O empregado com mais de um vínculo formal de emprego poderá receber cumulativamente um Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda para cada vínculo com redução proporcional de jornada de trabalho e de salário ou com suspensão temporária do contrato de trabalho, observado o valor previsto no *caput* (BRASIL, 2020b, *on-line*).

Também o assegurado receberá apenas um benefício ao trabalhador, no valor correspondente a R\$ 600,00, nos termos do art. 18 da Lei nº 14.020/2020.

Art. 18. O empregado com contrato de trabalho intermitente, nos termos do § 3º do art. 443 da CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, formalizado até a data de publicação da Medida Provisória nº 936, de 1º de abril de 2020, faz jus ao benefício emergencial mensal no valor de R\$ 600,00 (seiscentos reais), pelo período de 3 (três) meses. Vide Decreto nº 14.022, de 2020 Vide Lei nº 14.058, de 2020

§ 1º O benefício emergencial mensal de que trata este artigo é devido a partir da data de publicação da Medida Provisória nº 936, de 1º de abril de 2020, e deve ser pago em até 30 (trinta) dias a contar da referida data.

§ 2º Aplica-se ao benefício emergencial mensal previsto neste artigo o disposto nos §§ 1º, 6º e 7º do art. 5º e nos §§ 1º e 2º do art. 6º desta Lei.

§ 3º A existência de mais de um contrato de trabalho intermitente, nos termos do § 3º do art. 443 da CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, não gera direito à concessão de mais de um benefício emergencial mensal.

§ 4º Ato do Ministério da Economia disciplinará a concessão e o pagamento do benefício emergencial mensal de que trata este artigo, e o Poder Executivo fica autorizado a prorrogar o período de concessão desse benefício, na forma do regulamento, respeitado o limite temporal do estado de calamidade pública a que se refere o art. 1º desta Lei.

§ 5º O benefício emergencial mensal de que trata este artigo não pode ser acumulado com o pagamento de outro auxílio emergencial, devendo ser garantido o direito ao melhor benefício.

§ 6º Durante o período de recebimento do benefício emergencial mensal de que trata este artigo, o empregado com contrato de trabalho intermitente fica autorizado a contribuir facultativamente para o Regime Geral de Previdência Social, na forma do art. 20 desta Lei (BRASIL, 2020b, *on-line*).

O benefício a ser pago nos casos de suspensão temporária do contrato de trabalho regido pela Lei n. 14.020/2020, será pago a todos, independentemente do tempo de trabalho e poderá durar até 60 dias conforme previsto no art. 8º, *in verbis*.

Art. 8º Durante o estado de calamidade pública a que se refere o art. 1º desta Lei, o empregador poderá acordar a suspensão temporária do contrato de trabalho de seus empregados, de forma setorial, departamental, parcial ou na totalidade dos postos de trabalho, pelo prazo máximo de 60 (sessenta) dias, fracionável em 2 (dois) períodos de até 30 (trinta) dias, podendo ser prorrogado por prazo determinado em ato do Poder Executivo.

§ 1º A suspensão temporária do contrato de trabalho será pactuada, conforme o disposto nos arts. 11 e 12 desta Lei, por convenção coletiva de trabalho, acordo coletivo de trabalho ou acordo individual escrito entre empregador e empregado, devendo a proposta de

acordo, nesta última hipótese, ser encaminhada ao empregado com antecedência de, no mínimo, 2 (dois) dias corridos.

§ 2º Durante o período de suspensão temporária do contrato de trabalho, o empregado:

I - fará jus a todos os benefícios concedidos pelo empregador aos seus empregados; e

II - ficará autorizado a contribuir para o Regime Geral de Previdência Social na qualidade de segurado facultativo, na forma do art. 20 desta Lei (BRASIL, 2020b, *on-line*).

O teor dos Arts. 2º e 3º da Lei nº 14.020/2020 destacam o Programa Emergencial que será aplicado no transcorrer do estado de calamidade pública para preservar o emprego e a renda, garantir a continuidade das atividades laborais e empresariais, além de reduzir o impacto social decorrente das consequências do Estado de calamidade pública e de emergência da saúde pública (SOUZA, 2020).

Após a explanação sobre o pagamento do Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda na análise da Lei nº 14.020/2020 proporcionado aos empregados e aos empregadores, passa-se, a abordar a redução proporcional de jornada de trabalho e de salário no tópico abaixo.

4.2.2 A redução proporcional de jornada de trabalho e de salário

A redução proporcional de jornada de trabalho e de salário está disposta no artigo 7º da Lei nº 14.020 de 2020, que diz:

Art. 7º Durante o estado de calamidade pública a que se refere o art. 1º desta Lei, o empregador poderá acordar a redução proporcional de jornada de trabalho e de salário de seus empregados, de forma setorial, departamental, parcial ou na totalidade dos postos de trabalho, por até 90 (noventa) dias, prorrogáveis por prazo determinado em ato do Poder Executivo, observados os seguintes requisitos:

I - preservação do valor do salário-hora de trabalho;

II - pactuação, conforme o disposto nos arts. 11 e 12 desta Lei, por convenção coletiva de trabalho, acordo coletivo de trabalho ou acordo individual escrito entre empregador e empregado; e

III - na hipótese de pactuação por acordo individual escrito, encaminhamento da proposta de acordo ao empregado com antecedência de, no mínimo, 2 (dois) dias corridos, e redução da jornada de trabalho e do salário exclusivamente nos seguintes percentuais:

- a) 25% (vinte e cinco por cento);
- b) 50% (cinquenta por cento);
- c) 70% (setenta por cento) (BRASIL, 2020b, *on-line*).

Durante o período de pandemia (Covid-19) a redução proporcional de jornada de trabalho e salário, poderá ser complementada na forma do Art. 20 da Lei n. 14.020 de 2020:

Art. 20 Ressalvado o disposto na *alínea "b"* do inciso II do § 2º do art. 21 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, as alíquotas das contribuições facultativas de que tratam.

o § 2º do art. 7º, o inciso II do § 2º do art. 8º e o § 6º do art. 18 desta Lei, serão de:

I - 7,5% (sete inteiros e cinco décimos por cento), para valores de até 1 (um) salário-mínimo;

II - 9% (nove por cento), para valores acima de 1 (um) salário-mínimo até R\$ 2.089,60 (dois mil e oitenta e nove reais e sessenta centavos);

III - 12% (doze por cento), para valores de R\$ 2.089,61 (dois mil e oitenta e nove reais e sessenta e um centavos) até R\$ 3.134,40 (três mil, cento e trinta e quatro reais e quarenta centavos); e

IV - 14% (quatorze por cento), para valores de R\$ 3.134,41 (três mil, cento e trinta e quatro reais e quarenta e um centavos) até o limite de R\$ 6.101,06 (seis mil cento e um reais e seis centavos).

[...].

§ 2º Na hipótese de suspensão temporária do contrato de trabalho, as alíquotas previstas nos incisos I, II, III e IV do *caput* deste artigo serão aplicadas de forma progressiva sobre o valor declarado pelo segurado, observados os limites mínimo e máximo a que se referem os §§ 3º e 5º do art. 28 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, incidindo cada alíquota sobre a faixa de valores compreendida nos respectivos limites.

§ 3º Na hipótese de redução proporcional de jornada de trabalho e de salário e na hipótese de que trata o art. 18 desta Lei, as alíquotas previstas nos incisos I, II, III e IV - do *caput* deste artigo serão aplicadas de forma progressiva sobre a faixa de valores compreendida nos respectivos limites, incidindo sobre o somatório da remuneração declarada na forma do inciso IV do *caput* do art. 32 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, e do valor declarado pelo segurado, observados:

I - os limites previstos nos §§ 3º e 5º do art. 28 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991;

II - a incidência das alíquotas dos incisos I, II, III e IV do *caput* deste artigo primeiramente sobre a remuneração e, em seguida, sobre o valor declarado;

III - o recolhimento apenas das alíquotas incidentes sobre o valor declarado pelo segurado, sem prejuízo da contribuição de que tratam o art. 20 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, e o art. 28 da Emenda Constitucional nº 103, de 12 de novembro de 2019 (BRASIL, 2020b, *on-line*).

Com relação a redução do salário prevista na legislação, o empregado pode sofrer uma perda variando de 0% a mais de 50%, dependendo da remuneração que recebe. Em suma, aquele que recebe o valor do salário mínimo, independente do percentual de redução, não terá perda da renda final, pois o menor valor do benefício é R\$1.045,00. Para aqueles que recebem valores acima do salário mínimo, haverá perda, visto que o complemento pago não atinge 100% da redução.

O Ministério da Economia informou através das medidas adotadas pelo governo para preservação do emprego por meio da Lei n. 14.020/2020, foram evitadas cerca de 11,7

milhões de demissões até junho de 2020. Dados do Ministério demonstram que, de abril a junho de 2020, houve 5.423.172 acordos de suspensão do contrato de trabalho; 1.706.748 para redução de 25% do salário; 2.144.886 para a redução de 50%; e de 2.256.368, de 70%. (BRASIL, 2020a).

Ainda, de acordo com o Ministério da Economia, de janeiro a agosto do ano 2020, foram fechados 849,38 mil empregos com carteira assinada, enquanto que, de janeiro a agosto de 2021, foram criadas 2,203 milhões de vagas de empregos. Dessa forma, ao final de agosto de 2021, o Brasil tinha saldo de 41,566 milhões empregos com carteira assinada. Isso representa um aumento na comparação com janeiro a agosto de 2020 ao mesmo período de 2021 de 39,624 milhões de novos empregos. Esse aumento de novos empregos no ano 2021, ainda sofre influência do Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda, iniciado no ano passado com a Lei 14.020/2020 (BRASIL, 2021a).

Sendo assim, após a explanação sobre as medidas de redução proporcional da jornada de trabalho e do salário, será descrito de forma sucinta a suspensão temporária do Contrato de Trabalho instaurados pela Lei nº 14.020/2020 em comento no próximo tópico.

4.2.3 A suspensão temporária do contrato de trabalho

As medidas sobre a suspensão temporária do contrato de trabalho se tornam fundamentais para preservação dos empregos no Brasil, com a diminuição da burocracia que garante o direito trabalhista e seus contratos, dando mais agilidade na execução de meios para reduzir os custos dos empregadores.

Art. 10 da Lei nº 14.020/2020, que instituiu o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda determina:

Art. 10. Fica reconhecida a garantia provisória no emprego ao empregado que receber o Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda, previsto no art. 5º desta Lei, em decorrência da redução da jornada de trabalho e do salário ou da suspensão temporária do contrato de trabalho de que trata esta Lei, nos seguintes termos:

I - durante o período acordado de redução da jornada de trabalho e do salário ou de suspensão temporária do contrato de trabalho;

II - após o restabelecimento da jornada de trabalho e do salário ou do encerramento da suspensão temporária do contrato de trabalho,

por período equivalente ao acordado para a redução ou a suspensão;
e

III - no caso da empregada gestante, por período equivalente ao acordado para a redução da jornada de trabalho e do salário ou para a suspensão temporária do contrato de trabalho, contado a partir do término do período da garantia estabelecida na alínea "b" do inciso II do *caput* do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

§ 1º A dispensa sem justa causa que ocorrer durante o período de garantia provisória no emprego previsto no *caput* deste artigo sujeitará o empregador ao pagamento, além das parcelas rescisórias previstas na legislação em vigor, de indenização no valor de:

I - 50% (cinquenta por cento) do salário a que o empregado teria direito no período de garantia provisória no emprego, na hipótese de redução de jornada de trabalho e de salário igual ou superior a 25% (vinte e cinco por cento) e inferior a 50% (cinquenta por cento);

II - 75% (setenta e cinco por cento) do salário a que o empregado teria direito no período de garantia provisória no emprego, na hipótese de redução de jornada de trabalho e de salário igual ou superior a 50% (cinquenta por cento) e inferior a 70% (setenta por cento); ou

III - 100% (cem por cento) do salário a que o empregado teria direito no período de garantia provisória no emprego, nas hipóteses de redução de jornada de trabalho e de salário em percentual igual ou superior a 70% (setenta por cento) ou de suspensão temporária do contrato de trabalho (BRASIL, 2020b, *on-line*).

De acordo com a Legislação que instituiu o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda, a garantia provisória no emprego ao empregado será garantida quem foi contemplado ao receber o Benefício Emergencial em decorrência da redução da jornada de trabalho e do salário ou da suspensão interina do contrato de trabalho, também a segurança no emprego será por período equivalente ao acordado pelo programa de benefício emergencial após o restabelecimento da jornada de trabalho entre o

empregador e o empregado. Assim, se o contrato for suspenso por 90 dias, haverá estabilidade no emprego por 180 dias.

As medidas tomadas com a promulgação da Lei n. 14.020/2020 que oferecem proteção aos direitos trabalhistas foi elaborada com respaldo na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (BRASIL, 1988) e na Consolidação das Leis do Trabalho Decreto-Lei n. 5.452/1943, garantindo o equilíbrio da relação trabalhista, impedindo que o trabalhador sofra violações de seus direitos.

Conforme previsto no parágrafo 2 do Art. 5º. "O trabalhador pode receber o benefício independentemente do número de salários recebidos, do tempo de vínculo empregatício". Além disso, o trabalhador que tiver dois vínculos trabalhistas formais poderá receber o benefício pelos dois vínculos (BRASIL, 2020a, *on-line*).

Quanto as alterações do contrato de trabalho, o empregador e/ou empregado podem suspender os contratos de trabalho por no máximo 60 dias corridos ou em dois períodos de 30 dias durante o período de calamidade via acordo individual entre ambas as partes. Durante o período de suspensão, o empregador terá que conceder todos os benefícios aos empregados e ainda fica autorizado a recolher para o Regime Geral de Previdência Social (RGPS) do seu empregado (BRASIL, 2020a, *on-line*).

De acordo com os dados divulgados pelo Ministério da Economia, foram celebrados mais de 20 milhões de acordos para suspensão de contratos de trabalho ou redução proporcional de salários e jornada, envolvendo quase 10 milhões de trabalhadores e cerca de 1,5 milhão de empregadores, no âmbito do Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda (BRASIL, 2020a).

O Benefício Emergencial de Preservação de Emprego e Renda foi criado como tentativa de compensar a perda de renda dos empregados durante suspensão temporária do contrato ou redução da jornada de trabalho e de salário. Conforme previsão, o empregado receberá o benefício emergencial com recursos da União, o qual mensalmente será pago ao empregado enquanto essa medida estiver valendo, sendo responsabilidade do empregador informar ao Ministério da Economia que sua empresa adotou o programa emergencial elaborado pelo Governo Federal na Lei nº 14.020/2020, para que o empregado possa usufruir dos benefícios elencados na legislação.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo buscou apresentar através do estudo teórico de revisão bibliográfica, as mudanças que a lei nº 14.020/20 trouxe para as empresas e os trabalhadores no período da pandemia, uma vez que o Brasil veio a enfrentar uma crise sem precedentes, onde as consequências dos efeitos do coronavírus (Covid-19) produziram impactos devastadores na saúde, na economia e na dinâmica do comportamento dos profissionais e das organizações.

Diante dessa realidade, as Medidas Provisórias 927/2020 e 936/2020 surgiram como tábuas de salvação contra o risco do desemprego. Entre dois bens jurídicos, a proteção social plena e a garantia do emprego, findo seu período de validade, houve a conversão da MP 936 na Lei nº 14.020/2020.

A Lei nº 14.020/2020 veio como uma grande proteção ao emprego, apontando os excluídos da MP 927/2020 e da MP 936/2020. Essa Lei representa uma flexibilização de direitos com objetivo de garantir que o setor privado e o sistema público pudessem atuar de maneira eficaz durante o período excepcional da pandemia do novo coronavírus.

A Lei nº 14.020/2020 terá vigência durante o estado de calamidade pública com medidas que beneficiam os trabalhadores e aos empresários como o pagamento do Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda; a redução proporcional de jornada de trabalho e de salário; e a suspensão temporária do contrato de trabalho.

Essas medidas podem ser vistas como positivas e benéficas para a preservação dos empregos no Brasil já que reduzem a burocracia que envolve o direito trabalhista e seus contratos, dando mais celeridade a implementação de meios para reduzir os custos dos empresários, e garante aos trabalhadores das empresas que adotam o programa, a garantia da permanência no emprego.

A Lei nº 14.020/2020 abrange a suspensão temporária do contrato de trabalho, redução da jornada de trabalho e salário de forma proporcional e pagamento de Benefício Emergencial de Preservação de Emprego e Renda, com o fim de preservar o emprego e renda dos trabalhadores, garantir as atividades empresariais e laborais, e reduzir os impactos sociais da calamidade pública.

Em face das explanações levadas a cabo no presente artigo, conclui-se que as medidas adotadas pelo governo para preservação do emprego, trouxe um alento para os empresários e aos trabalhadores, minimizando os reflexos da pandemia (Covid-19) no setor econômico e social, havendo assim, menos impacto social, menos trabalhadores

desempregados e menos empresas fechando as portas, podendo ser consideradas benéficas tanto para o empregador quanto ao trabalhador.

6 REFERÊNCIAS

BARROS-DELBEN, P.; CRUZ, R. M.; TREVISAN, . K. R. R.; GAI, M. J. P.; CARVALHO, R. V. C. de; CARLOTTO, P. A. C.; ALVES, R. B.; SILVESTRE, D.; RENNER, C. O.; SILVA, A. G. da; MALLOY-DINIZ, L. F. Saúde mental em situação de emergência: Covid-19. **Debates em Psiquiatria**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 2, p. 18–28, 2020. Disponível em: <https://revistardp.org.br/revista/article/view/38>. Acesso em: 27 out. 2021.

BELMONTE, Alexandre Agra; MARTINEZ, Luciano; MARANHÃO, Ney. **O Direito do Trabalho na crise da COVID-19**. Coordenadores: Alexandre Agra Belmonte, Luciano Martinez, Ney Maranhão – Salvador: Editora JusPodivm, 2020. REV. On-line. ISBN 978-85-442-3487-7. Disponível em: https://www.trt1.jus.br/documents/21708/10110171/7_e-Book_O+Direito+do+Trabalho+na+Crise+do+COVID-1.pdf/2dfbda3d-4aac-b530-0c06-ae730f78ec99. Acesso em: 15 out. 2021.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República. 1988. Disponível em: https://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/con1988_05.10.1988/CON1988.asp. Acesso em: 22 set. 2021.

BRASIL. **Lei nº 4.923, de dezembro de 1965**. Institui o Cadastro Permanente das Admissões e Dispensas de Empregados, Estabelece Medidas Contra o Desemprego e de Assistência aos Desempregados, e dá outras Providencias. 1965. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4923.htm. Acesso em: 11 nov. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020**. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 7 fev. 2020f. Acesso em: 13 out. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1 de maio de 1943**. Aprova a consolidação das leis do trabalho. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/19276>. Acesso em: 13 out. 2021.

BRASIL. **Lei nº 7.998, de 11 de janeiro de 1990**. Regula o Programa do Seguro Desemprego, o Abono Salarial, institui o Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT) e dá

outras providencias. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7998.htm. Acesso em: 11 nov. 2021.

BRASIL. **Lei nº 14.020, de 6 de julho de 2020**. Brasília, DF: Presidência da República. 2020b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14020.htm. Acesso em: 21 set. 2021.

BRASIL. Medida Provisória nº 936, de 1º de abril de 2020. Institui o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda e dispõe sobre medidas trabalhistas complementares para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo BRASIL. Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Edição Extra, Brasília, DF, 1 abr. 2020c. Acesso em: 21 set. 2021.

BRASIL. Medida Provisória nº 927, de 22 de março de 2020. Dispõe sobre as medidas trabalhistas para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Edição Extra, Brasília, DF, 22 mar. 2020g. Acesso em: 06 nov. 2021.

BRASIL. MINISTÉRIO DA ECONOMIA. **Benefício emergencial já preservou 1,7 milhão de empregos**. Governo Federal. 15 abr. 2020a. Disponível em: <https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/noticias/2020/abril/beneficio-emergencial-ja-preservou-1-7-milhao-de-empregos>. Acesso em: 25 set. 2021.

FREITAS, Lígia Barros de. A defesa dos direitos dos trabalhadores em tempos de Covid-19: o caso da atuação do Ministério Público do Trabalho da 3ª Região (Minas Gerais). **Revista Direito e Práxis [online]**. 2021, v. 12, n. 03, pp. 2075-2101. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2021/61731>. Epub 29 Out 2021. ISSN 2179-8966. Acesso em: 05 nov. 2021.

IBGE. **Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística**. 716.000 empresas fecharam as portas desde o início da pandemia no Brasil. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/pt/inicio.html>. Portal do Governo Brasileiro. Acesso em: 04 nov. 2021.

LARA, Ricardo; HILLESHEIM, Jaime. **Modernização trabalhista em contexto de crise econômica, política e sanitária.** 2020. Disponível em: https://suassccovid19.files.wordpress.com/2020/07/artigo_modernizaccca7acc83o_trabalhista.pdf. Acesso em: 20 set. 2021.

MATTEI, Lauro; HEINEN, Vicente Loeblein. Impactos da crise da Covid-19 no mercado de trabalho brasileiro. **Revista Brasileira de Economia Política** [online]. 2020, v. 40, n. 4, pp. 647-668. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rep/a/8snSbBwVqmYgd5pZVQ5Vhkn/?lang=pt>. Epub 16 Out 2020. ISSN 1809-4538. Acesso em: 24 set. 2021.

OLIVEIRA, Graziella Lage; RIBEIRO, Adalgisa Peixoto. Relações de trabalho e a saúde do trabalhador durante e após a pandemia de COVID-19. **Cadernos de Saúde Pública** [online]. v. 37, n. 3, e00018321. 2021. Disponível em: <https://scielosp.org/article/csp/2021.v37n3/e00018321/pt/#>. ISSN 1678-4464. Acesso em: 25 set. 2021.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. Suposta inconstitucionalidade material das Medidas Provisórias n. 927/2020 e 936/2020. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2020/04/13/medidas-provisorias-927-936/>. Acesso em: 31 out. 2021.

SILVA, Ana Claudia De Lima Pinheiro Lins E. Impactos da covid-19 nas relações trabalhistas. **Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento.** Ano 06, Ed. 07, Vol. 12, pp. 105-120. Julho de 2021. ISSN: 2448-0959, Link de acesso: <https://www.nucleodoconhecimento.com.br/administracao/relacoes-trabalhistas>. Acesso 24 set. 2021.

SOUZA, Diego de Oliveira. As dimensões da precarização do trabalho em face da pandemia de Covid-19. **Trabalho, Educação e Saúde** [online]. 2021, v. 19, e00311143. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1981-7746-sol00311>. Epub 19 Out 2020. ISSN 1981-7746. Acesso 23 set. 2021.

MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS: EFETIVIDADE *VERSUS* DIGNIDADE

OLÍVIA WALDEMBURGO DE OLIVEIRA ABRUNHOSA:
Procuradora do Município de Curitiba, Especialista em Advocacia Pública e Direito do Estado pela UERJ e Escola Superior de Advocacia Pública do Estado (ESAP) /PGE-RJ e em Direito Processual Civil pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar e Unibrasil.

Resumo: O presente estudo tem por objetivo analisar a adoção das medidas executivas atípicas na execução de quantia. Para tanto, primeiramente será feita uma breve contextualização do tema à luz do CPC de 1973. Em um segundo momento se buscará abordar os seus limites das medidas executivas propriamente ditas, isto é, como os Tribunais Superiores vêm abordando a matéria, como as medidas executivas atípicas têm sido utilizadas caso a dívida tenha caráter alimentares, bem como aspectos de seu caráter subsidiário. Também se explorará brevemente a experiência portuguesa no assunto. Por derradeiro, a conclusão do presente trabalho é que a satisfação executiva, apesar de representar direito legítimo do credor, não pode importar, de forma alguma, no amesquinamento da dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Direito Processual Civil. Medidas Executivas Atípicas. Dignidade Da Pessoa Humana.

Sumário: 1. Introdução – 2. Limites; 2.2 Entendimento dos Tribunais Superiores 2.2.1 Dívidas alimentares; 2.2.2. Caráter subsidiário 3. Considerações finais. 4. Referências.

Introdução

Medidas executivas atípicas não são novidade em nosso ordenamento Jurídico. O parágrafo quinto do artigo 461 do CPC/1973 já previa o poder do Juiz de se valer de meios atípicos para garantir o cumprimento de decisão judicial que deveres jurídicos de fazer, não fazer ou entregar coisa. No mesmo sentido são os artigos 11 da Lei nº 7347/85 e 84 do CDC.

Tal quadro normativo é relevante para demonstrar que a verdadeira inovação contida do artigo 139, IV, do CPC/15 foi a expressa previsão da aplicação de medidas executivas atípicas também para "*ações que tenham por objeto prestação pecuniária*".

A partir daí, constata-se que o legislador processual promoveu alteração na técnica de execução dirigida à satisfação da obrigação de pagar quantia, para permitir ao Juízo a adoção de medidas indiretas ou de coerção igualmente quando o objeto da execução é o adimplemento de obrigação pecuniária.

Limites

Fixada a premissa de que nosso ordenamento jurídico prevê de longa data as medidas executivas atípicas para obrigações de entregar coisa, fazer e não fazer e que a singularidade do atual inciso IV do artigo 139 do CPC/15 reside apenas na extensão às execuções que tenham por objeto prestação pecuniária, cabe indagar se houve alguma outra alteração normativa que justifique a guinada interpretativa realizada pela doutrina a partir do advento do atual Código de Processo Civil.

Explica-se. Apesar da longínqua previsão de medidas executivas atípicas em nosso ordenamento, apenas com a extensão às prestações pecuniárias que se começou a cogitar medidas como apreensão de passaporte e CNH, vedação à participação em concursos, proibição de frequentar locais e todo tipo de providências que recaiam diretamente sobre a pessoa do executado.

A mudança de interpretação, tida por alguns como uma *"Revolução silenciosa por quantia"*⁴³, contudo, parece não se justificar, uma vez que descolada de qualquer mutação constitucional que permita dar nova interpretação aos artigos 1º, III e 5º, II, XXXIX e LIV da Constituição da República.

Rememore-se que, em não tendo havido alteração formal do texto constitucional na matéria, o principal instrumento de alteração informal é a mutação constitucional⁴⁴, fenômeno consubstanciado na alteração da Constituição sem alteração do texto. Para tanto, faz-se necessária a presença de mudança da realidade fática subjacente à norma ou mudança moral da sociedade que conduza à mudança de interpretação, isto é, em alteração na própria ideologia que subjaz ao direito.

No caso das medidas executivas atípicas e dos limites para efetivação da execução, não se vislumbra *"mudança moral da sociedade"* que dê azo a mitigações à esfera pessoal do executado em detrimento da efetivação de uma obrigação de caráter eminentemente patrimonial. Inclusive, adeptos do Direito Civil-Constitucional, defendem a primazia dos interesses existenciais em face dos interesses patrimoniais⁴⁵, fenômeno que justifica, por exemplo, a imprescritibilidade dos direitos da personalidade e da ação de investigação de

43 GAJARDONI, Fernando da Fonseca. A revolução silenciosa da execução por quantia. Disponível em: <https://www.jota.info/a-revolucao-silenciosa-da-execucao-por-quantia>. Publicado em: 25/08/2015. Acesso em 18/11/2021 às 20:55.

44 Sobre o tema: BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo – 8ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, capítulo V da Parte I, 2019.

45 MORAES, Maria Celina Bodin de. Princípios de direito civil contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar. 2006, p. 45.

paternidade (*mas não da petição de herança que seria o desdobramento patrimonial do direito de conhecer suas origens*).

No entanto, o principal limite à mutação constitucional é semântico, isto é, o próprio texto impõe um limite, já que não são admissíveis mutações constitucionais incompatíveis com o texto (*contra constitutionem*), sob pena de esfacelamento completo da normatividade do texto constitucional.

Outro limite é a própria identidade da Constituição, na medida em que o poder constituinte difuso não pode se substituir ao Poder Constituinte Originário e alterar o núcleo de identidade que é a o espírito da Constituição. E é aqui que se inserem as cláusulas pétreas e os fundamentos da República, dos quais são exemplos, respectivamente, o artigo 5º, XXXIX (*Nulla poena sine lege*) e a dignidade da pessoa humana.

Pois bem, constituindo a Dignidade da pessoa humana princípio regente de todo o ordenamento jurídico, deve servir de linha mestra para toda e qualquer interpretação na matéria, razão pela qual o presente trabalho defenderá a interpretação conforme do artigo 139, IV, do CPC/15 para que seja lido a partir do limite da patrimonialidade, afastando-se medidas que recaiam sobre a pessoa do executado. Tal limite, inclusive, parece ter sido objeto de preponderação do legislador processual quando afirma que o devedor responde com seus bens (artigo 789, CPC/15).

Recentes reflexões acerca do artigo 139, IV, do CPC/15, como é o caso dos Professores Fredie Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira⁴⁶, têm justificado a constitucionalidade do dispositivo a luz do Devido Processo Legal, do qual decorreria princípio da efetividade e o direito fundamental à tutela executiva.

Parte-se, assim, da premissa que direitos fundamentais são ponderáveis, a partir da análise do caso concreto, o que poderia levar a uma maior ou menor proteção do direito fundamental à tutela executiva quando em colisão com direitos fundamentais do executado.

Contudo, com todo respeito, tal compreensão não dá o devido valor à noção de prevalência dos direitos existenciais sob os patrimoniais e ao processo histórico de

46 Neste sentido, defendem os autores que "o devido processo legal, cláusula geral processual constitucional, tem como um de seus corolários o princípio da efetividade: os direitos devem ser efetivados, não apenas reconhecidos. Processo devido é processo efetivo". DIDIER Jr, Fredie. Curso de Direito processual civil: execução/ Fredie Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha, Paula Sarno Braga, Rafael Alexandria de Oliveira – 10ª ed. rev. ampl. e atual - Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

constitucionalização do Direito Civil e do Direito Processual Civil, que coloca os direitos fundamentais e a própria dignidade da pessoa humana no centro do sistema.

Na clássica lição Kantiana as coisas têm preço, as pessoas têm dignidade e, sendo a dignidade da pessoa humana o valor fundante de nosso ordenamento, o Direito, antes de assegurar a subsistência dos valores patrimoniais, existe para assegurar a prevalência dos valores existenciais. Assim, no conflito entre direitos existenciais e patrimoniais há uma prioridade *prima facie* dos primeiros, pela própria priorização que a Constituição fez da pessoa em detrimento do patrimônio.

Ora, se a pessoa humana passou a desempenhar o papel de protagonista do direito, constituindo a dignidade um dos objetivos da República, a proteção jurídica dada à satisfação patrimonial do exequente não pode ser a mesma dos valores existenciais do executado, dada a diferenciação marcante do bem jurídico envolvido.

Por óbvio, não se ignora que há hipóteses em que a satisfação do credor, como é o caso da dívida alimentar, visa tutelar sua própria subsistência e seu mínimo existencial e, justamente por isso, entendemos que a execução de alimentos deve ser analisada em apartado, tal qual já realizado pelo Constituinte no artigo 5º, inciso LXVII e pela Convenção Americana de Direitos Humanos através do pacto de San José da Costa Rica, ratificado pelo Brasil com *status* de supralegalidade.

Com isso em mente, a leitura da norma infraconstitucional ora analisada (artigo 139, IV, CPC/15) deve se dar de forma que melhor realize o sentido e o alcance dos valores e fins constitucionais a ela subjacentes, excluindo possíveis interpretações incompatíveis com a dignidade da pessoa humana e a proibição de aplicação de penas sem prévia cominação legal. Nada mais é que conferir ao supracitado artigo interpretação conforme a Constituição⁴⁷.

Isso porque, a partir do momento em que se defende, com espeque no poder geral previsto no artigo 139, IV, do CPC/15 a retenção de passaporte e CNH, a proibição de frequentar locais ou até mesmo de realizar provas de concurso público, está a se adotar medidas que não restringem os bens da pessoa, mas incidem sobre si própria e sobre a possibilidade dela praticar ou não um ato sem nenhum conteúdo patrimonial.

Cabe destacar que todas as medidas que vem sendo levantadas pela doutrina como passíveis de serem adotadas pelo Magistrado com base no artigo 139, IV, do CPC/15 são categorizadas no Código Penal como penas restritivas de direitos. Veja-se, por

47 BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro – 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 106 e 107.

exemplo, que o artigo 43, V, prevê a interdição temporária de direitos e, por sua vez, o artigo 47 arrola quais seriam tais penas restritivas de direitos.

Da leitura dos incisos do artigo 47 do Código Penal⁴⁸ é possível perceber que ali foram elencadas como **penas** a proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público, **suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo, proibição de frequentar determinados lugares, proibição de inscrever-se em concurso, avaliação ou exame públicos**. Prevendo o artigo 55 do mesmo Código, ainda, que as penas restritivas de direitos têm como limite de duração a pena privativa de liberdade que está sendo substituída.

Vê-se, assim, que as interpretações que vem sustentando a possibilidade de apreensão de passaporte, de CNH, proibição de frequentar lugares e etc nada mais fazem que aplicar medidas que são categorizadas pelo direito penal como penas restritivas de direitos, para, em nome princípio da efetividade e o direito fundamental à tutela executiva (*emanações com cunho patrimonial*), restringir direitos existenciais.

Não é demais lembrar que o direito penal é revestido de maior caráter garantístico justamente porque incide sobre a pessoa e sua aptidão para exercer direitos, sendo por tal razão tido como a "*ultima ratio*", dada a premissa de que nem todas as condutas humanas comportam tutela penal e repreensões de maior gravidade. Ora, ao reconhecer o descumprimento da ordem judicial (*condenação à obrigação de pagar quantia*) e aplicar medida restritiva de direitos (*apreensão de CNH, por exemplo*) até que o executado pague, há clara inversão do próprio papel do direito processual civil.

Isso porque, na prática, nada mais faz o Juízo Cível que condenar o executado com base no crime de desobediência (artigo 330, CP), substituindo a pena de detenção por uma pena restritiva de direito sem prévia cominação legal (artigo 5º, XXXIX, CF - *Nulla poena sine lege*) e sem a observância dos princípios regentes do direito punitivo do Estado.

Tal digressão, apesar de soar absurda, tem o condão de alertar para o fato de que as interpretações que vem sendo dadas pela Academia, ao admitir medidas restritivas que incidam sobre a pessoa, acabam por criar uma espécie de direito processual punitivo.

A doutrina em geral vale-se do subprincípio da adequação para justificar a aplicação de tais instrumentos, aduzindo que medida deve ser adequada para atingir o fim

⁴⁸ Artigo 47 - As penas de interdição temporária de direitos são: I - proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo; II - proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público; III - suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo. IV – proibição de frequentar determinados lugares. V - proibição de inscrever-se em concurso, avaliação ou exame públicos. (Incluído pela Lei nº 12.550, de 2011).

almejado (*satisfação da execução*), do contrário se traveste de caráter sancionatório, incompatível com processo civil.

Como se vê, tal posicionamento parte da premissa de que a aplicação de um instrumento restritivo de direito seria viável se vocacionado à satisfação da execução, conferindo verdadeiro caráter instrumental ao exercício de ponderação, que, repise-se, tal qual aplicada acaba por subverter a priorização que a Constituição fez da pessoa em detrimento do patrimônio.

Com isso em mente, concordamos com o posicionamento de Alexandre Câmara⁴⁹, segundo o qual toda responsabilidade patrimonial deve ser pensada a partir do artigo 789 do CPC/15 e da asserção de que o executado responde pela execução com seus bens (princípio da patrimonialidade). Do contrário, admitir medidas que recaiam sobre a pessoa é permitir retrocesso histórico de 25 séculos.

Assim, adotamos o posicionamento de que o Limite fundamental às medidas executivas atípicas é o da patrimonialidade da execução, conferindo-se interpretação conforme a Constituição ao artigo 139, IV, do CPC para excluir qualquer interpretação que maculem a dignidade da pessoa humana e seus consectários acima abordados.

Entendimento dos Tribunais Superiores

O tema já foi alvo de diversas manifestações do Superior Tribunal de Justiça, que proferiu decisões acerca da aplicabilidade do artigo 139, IV, do CPC/15. No julgamento dos REsp 1.782.418 e REsp 1.788.950, entendeu a Corte que *“A adoção de meios executivos atípicos é cabível desde que, verificando-se a existência de indícios de que o devedor possua patrimônio expropriável (...)”*, marcando ainda o caráter subsidiário das medidas.

O STJ andou bem quando fixou a premissa de que só se pode utilizar medida executiva atípica em relação a quem tem capacidade patrimonial, mas precisamos ir além e limitar as medidas aos bens do devedor (artigo 789 do CPC).

Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal está na iminência de julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.941, em que se questiona a constitucionalidade do artigo 139, inciso IV, do CPC por violação ao direito de liberdade de locomoção (artigo 5º, incisos XV e LIV) e à dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III) e ao artigo 5º, LIV, segundo o qual *“ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”*.

⁴⁹ Câmara, Alexandre Freitas O Novo Processo Civil Brasileiro / Alexandre Freitas Câmara. – 5. ed. – São Paulo: Atlas, 2019.

Trata-se de ocasião em que a Suprema Corte poderá amainar os excessos cometidos na aplicação das medidas executivas atípicas, conferindo interpretação conforme a Constituição ao artigo 139, IV, do CPC para excluir qualquer interpretação que maculem a dignidade da pessoa humana.

Dívidas alimentares

Em relação ao devedor de alimentos, considerando que o próprio texto Constitucional previu a restrição de liberdade do executado a partir de uma preponderação que deu maior enfoque ao mínimo existencial do credor, concorda-se com Fredie Didier quando defende que a *"medida executiva atípica pode substituir uma medida típica que seja mais gravosa, desde que seja igualmente eficiente"*⁵⁰.

Na hipótese específica das dívidas alimentares, a utilização de medidas executivas atípicas que envolvam a restrição de direitos para substituir a medida típica de prisão civil parece ser mais consentânea com o princípio da proporcionalidade em sentido estrito na ótica de proibição do excesso.

Por se tratar de medida menos intensa que a própria medida típica (prisão), sendo a medida substitutiva pautada pela sua efetividade para obter o fim pretendido, a adoção de medidas restritivas tais como a retenção de CNH/passaporte ou a proibição de utilização de cartão de crédito, se fundamentadamente eficazes, podem prevalecer em relação à prisão do devedor. Seria o caso, por exemplo, do jogador de futebol com muitos recursos que deve pensão alimentícia.

Caráter subsidiário

Partindo da premissa ora adotada de que o artigo 139, IV, CPC é constitucional a partir de sua limitação a luz da patrimonialidade, sua adoção deve ser subsidiária, isto é, quando esgotadas (ou se ineficazes) as medidas típicas na esteira do que entendeu a Terceira Turma do STJ quando do julgamento do Recurso Especial 1782418/RJ51 e do Enunciado nº 12 do Fórum Permanente de Processualistas Civis⁵².

⁵⁰ DIDIER Jr, Fredie. Curso de Direito processual civil: execução/ Fredie Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha, Paula Sarno Braga, Rafael Alexandria de Oliveira – 10ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

⁵¹ STJ - REsp: 1782418 RJ 2018/0313595-7, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 23/04/2019, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 26/04/2019.

⁵² In litteris: 12. (arts. 139, IV, 523, 536 e 771) A aplicação das medidas atípicas sub-rogatórias e coercitivas é cabível em qualquer obrigação no cumprimento de sentença ou execução de título executivo extrajudicial. Essas medidas, contudo, serão aplicadas de forma subsidiária às medidas tipificadas, com observação do contraditório, ainda que diferido, e por meio de decisão à luz do artigo 489, § 1º, I e II. (Grupo: Execução).

Não se desconhece a posição adotada por Marinoni, Mitidiero e Arenhart⁵³ de que a aplicação conjugada das técnicas descritas no artigo 513 e 139, IV, do CPC/15 permitira concluir que este último dispositivo abriria as portas para o sistema de atipicidade de todas as formas executivas baseadas em títulos judiciais, independentemente da natureza, podendo o Magistrado se valer de qualquer técnica que entender adequada.

No entanto, à luz do que defende Fredie Didier e grande parte da doutrina, acredita-se que o melhor entendimento seja aquele que defende que o caráter preferencial da tipicidade das medidas na execução para prestação pecuniária é confirmada pelos artigos 921, III, e 924, V, do CPC/15.

Um argumento pragmático envolve o fato de que o legislador processual tratou minudentemente da execução de quantia, pelo que aplicar diretamente medidas sem previsão legal, além de ferir o princípio da proporcionalidade na vertente da necessidade, importaria em completa desconsideração de uma opção legislativa válida.

Tal subsidiariedade ganha ainda mais relevância quando cresce o número de defensores de medidas atípicas que recaiam sobre a pessoa do executado, uma vez que garante um escudo mínimo à esfera pessoal do devedor.

Em relação aos critérios para aplicação das medidas atípicas, a doutrina é quase unânime ao defender a observância obrigatória do princípio da proporcionalidade, garantia do contraditório e observância do dever de fundamentação exauriente na aplicação da medida.

Do postulado da proporcionalidade, extrai-se o percurso que deve ser observado pelo julgador quando da utilização de tais medidas: 1) avaliação da adequação da medida para atingir o fim almejado; 2) necessidade da medida, isto é, avaliando-se todas as medidas possíveis e igualmente adequadas qual traria o menor grau de restrição aos

53 "Por outro lado, em se tratando das prestações pecuniárias, impostas por sentença judicial, viu-se que uma primeira análise poderia conduzir à conclusão de que o modelo adotado pelo código mantém-se ainda arraigado às concepções clássicas, de cunho liberal, prevendo um sistema típico de tutela para esses interesses. Porém, combinando-se as técnicas descritas a partir do artigo 513 do CPC, com o contido no artigo 139, IV, do Código, vê-se que não é essa a alternativa adotada pelo ordenamento nacional. A abertura autorizada por este último preceito autoriza concluir que também para esse tipo de prestação vigora o modelo de atipicidade de formas executivas, de modo que o juiz pode impor o pagamento de soma sob ameaça do emprego de medida de indução ou de sub-rogação que entenda mais adequado ao caso concreto. Conclui-se, então, que, para os títulos judiciais, vigora hoje o sistema de atipicidade de meios executivos, de modo que o juiz que ordena a satisfação de alguma prestação - pouco importando a sua natureza - pode impor o seu cumprimento pelo emprego de qualquer técnica de indução ou de sub-rogação que avalie adequada." MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015 (Vol. II), p. 710/711.

direitos do executado e, finalmente, 3) proporcionalidade em sentido estrito, que envolve uma espécie de análise de custo-benefício, questionando-se se a medida traz mais benefícios que malefícios (*lógica de vedação do excesso*).

Outros critérios elementares que devem ser observados decorrem das próprias normas fundamentais do processo e, ante o grau de restrição e incerteza das medidas atípicas, ganham ainda mais força na aplicação da parte final do artigo 139, IV, do CPC/15. São eles a necessária observância do contraditório e o dever de fundamentação exauriente, que permita aos jurisdicionados acompanhar o caminho lógico que levou a adoção desta ou daquela medida⁵⁴.

Por fim, admitida a aplicação de medidas executivas atípicas nas "*ações que tenham por objeto prestação pecuniária*", sua extensão deve ser restrita à prescrição da pretensão executória, de modo que só podem perdurar enquanto for exigível a pretensão.

Parece-nos, ainda que da leitura dos artigos 924, V, c/c 921, III e §§ do CPC/15, quando não encontrados bens penhoráveis e decorrido o prazo máximo de 1 ano de suspensão da execução (§§1º e 2º, artigo 921, CPC/15), mostra-se aplicável a mesma lógica adotada pela 1ª Seção do STJ ao definir a correta aplicação do artigo 40 da LEF quando do julgamento do Recurso Especial Repetitivo 1.340.553.

Isso porque as previsões textuais dos dispositivos do CPC/15 acima citados são idênticas ao disposto no artigo 40 da Lei de Execução Fiscais. Assim, havendo ou não petição do exequente e havendo ou não pronunciamento judicial nesse sentido, findo o prazo de um ano de suspensão inicia-se automaticamente o prazo prescricional aplicável (de acordo com a natureza do crédito exequendo) durante o qual o processo deveria estar arquivado sem baixa na distribuição, findo o qual o Juiz, depois de ouvido o exequente, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato.

Importante mencionar que tal padrão decisório firmou-se no sentido de que apenas a efetiva constrição patrimonial seria apta a interromper o curso da prescrição intercorrente. Assim, durante a execução da medida executiva atípica que não importe em efetiva constrição patrimonial, estará correndo normalmente o prazo da prescrição intercorrente, findo o qual, a medida atípica perde sua razão de ser e deve ser prontamente afastada.

Por vigorarem há quase 5 anos, as medidas executivas atípicas aqui analisadas já vêm sendo aplicadas pelos Tribunais país afora, o que permitiu levantar questionamentos acerca da própria efetividade da adoção indiscriminada de tal instrumento.

⁵⁴ Tais Critérios parecem ser abraçados pelo STJ, vide RHC 97876/SP E RHC99606.

Em recente pesquisa realizada no âmbito do TJSP, Fernando Gajardoni e Rodrigo Buck Calderari⁵⁵ avaliaram 62 acórdãos que versavam sobre a aplicação do artigo 139, IV, do CPC. Entre as conclusões levantadas pelos autores, reside o déficit de fundamentação na adoção ou afastamento das medidas e a amostra coletada demonstra que as medidas executivas analisadas não conduziram ao esperado cumprimento da execução.

De oito casos que envolviam a aplicação de pelo menos uma das medidas atípicas (suspensão da CNH, apreensão de passaporte ou cancelamento de cartão de crédito), averiguou-se que em sete deles não houve satisfação da execução, retornando o processo para a tentativa de penhora ou efetivando-se o arquivamento dos autos.

Tal panorama aponta para a necessidade de adoção de instrumentos mais racionais, que não impliquem mero caráter sancionatório apartado da busca pela efetividade que leva, muitas vezes, a procura cega por meios de satisfação da execução.

É a partir daí que ganham forças propostas que utilizem a tecnologia a serviço da efetividade na execução enquanto alternativa à atipicidade⁵⁶ e o forte movimento pela desjudicialização da execução⁵⁷. Sobre o tema, Elias Marques de Medeiros Neto⁵⁸ enfatiza, ainda, que o êxito da execução depende exclusivamente de bens que possam ser penhorados.

Para tanto, a partir de uma exposição sobre o modo como se deu a desjudicialização da execução em Portugal, aponta-se que o ponto central para garantir a efetividade e eficácia da execução é facilitar o acesso à informação de bens do devedor, como, por exemplo, o “cadastro nacional de execuções” português, com indicação de bens, penhoras e execução frustradas e do procedimento preparatório executivo (PEPEX), que permite que o agente de execução realize busca prévia de bens para justificar ou não o ajuizamento da execução, evitando-se o ajuizamento de ações infrutíferas.

Considerações Finais

55 CALDERARI, Rodrigo Buck e GAJARDONI, Fernando da Fonseca. A (IN)EFETIVIDADE DAS MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS NO ÂMBITO DO TJSP - Revista de Processo | vol. 299/2020 | p. 125 - 152 | Jan / 2020 DTR\2019\42647.

56NUNES, Dierle e ANDRADE, Tatiana Costa de. Tecnologia a serviço da efetividade na execução: uma alternativa aos dilemas do artigo 139, IV, CPC. Iniciando a discussão. Revista de Processo. Vol. 303/2020 | Maio / 2020 DTR\2020\6813.

57 Discussão sobre o Anteprojeto de Lei para introdução do agente de execução no direito processual brasileiro disponível em <https://www.academia.edu/t/c6SWv-Pd896H3-SCN2F/s/67e475fb84/>

58 NETO, Elias Marques de Medeiros Procedimento Extrajudicial Pré-executivo (autor). 1. ed. São Paulo: Verbatim, 2015.

Conclui-se, por derradeiro, que o ímpeto de satisfação executiva, apesar de legítimo, não pode importar no amesquinamento da dignidade da pessoa humana. Justamente por isso que o artigo 139, IV, do CPC/15 deve ser interpretado conforme a Constituição, afastando-se medidas que recaiam sobre a pessoa do executado, bem como aquelas que recaiam sobre todos aqueles que, de boa-fé, simplesmente não disponham de capacidade patrimonial para o adimplemento da obrigação.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro – 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2019.

_____. Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo – 8ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, capítulo V da Parte I, 2019.

CALDERARI, Rodrigo Buck e GAJARDONI, Fernando da Fonseca. a (in)efetividade das medidas executivas atípicas no âmbito do TJSP - Revista de Processo | vol. 299/2020 | Jan / 2020 DTR\2019\42647.

CÂMARA, Alexandre Freitas O Novo Processo Civil Brasileiro / Alexandre Freitas Câmara. – 5. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

DIDIER Jr, Fredie. Curso de Direito processual civil: execução/ Fredie Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha, Paula Sarno Braga, Rafael Alexandria de Oliveira – 10ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. A revolução silenciosa da execução por quantia. Disponível em: <https://www.jota.info/a-revolucao-silenciosa-da-execucao-por-quantia>. Publicado em: 25/08/2015. Acesso em 18/11/2021 às 20:55.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015 (Vol. II).

MORAES, Maria Celina Bodin de. Princípios de direito civil contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NETO, Elias Marques de Medeiros Procedimento Extrajudicial Pré-executivo (autor). 1. ed. São Paulo: Verbatim, 2015.

NUNES, Dierle e ANDRADE, Tatiana Costa de. Tecnologia a serviço da efetividade na execução: uma alternativa aos dilemas do artigo 139, IV, CPC. Iniciando a discussão. Revista de Processo | vol. 303/2020 | Maio / 2020 DTR\2020\6813.

A ADEQUAÇÃO DA APLICAÇÃO DE PENA MÁXIMA FRENTE AO PACOTE ANTICRIME NAS CIRCUNSTÂNCIAS DA MEDIDA DE SEGURANÇA

GABRIEL PEREIRA DE SÁ:
Bacharelado em Direito pelo
Centro Universitário Católica do
Tocantins - UNICATÓLICA.

IGOR DE ANDRADE BARBOSA.⁵⁹

(orientador)

RESUMO: De forma objetiva, busca-se por meio da análise de diversos pontos normativos e teorias doutrinárias que formalizam e concretizam a ideia inicial. A temática destaca-se principalmente por dois motivos principais, de um lado a ideia conservação a uma ideologia constitucional que busca a preservação de direitos outrora ignorados, juntamente com a busca de minimização dos danos causados aos indivíduos submetidos a medidas de segurança. Já do outro lado temos a necessidade de proteção da sociedade em face das atuações destes indivíduos, sem desconsiderar a sua própria segurança em ser mantido em circunstâncias que tem como finalidade principal a proteção. De maneira mais específica, há uma abordagem sobre ao máximo de pena máxima nas hipóteses de aplicação das medidas de segurança e as alterações normativas que impulsionaram novos entendimentos criando a barreira de proteção de uma punição perpétua. Alinhando a isso, apresentará as modificações em nosso ordenamento jurídico advindas pela Lei 13.964, a qual foi denominada Pacote Anticrime, e sua iminente relação com a alteração de anos da pena máxima. Abordando um entendimento do princípio de anterioridade e pena mais gravosa, que são aplicadas para penas impostas, além das hipóteses da utilização de medida de segurança, que em sua exercia, destina-se na preservação do bem comum e da segurança do indivíduo, bem como busca um fim essencialmente de reparação a sua saúde, em outras palavras, uma possível cura.

Palavras-chave: Aplicação de Pena Máxima; Medida de Segurança; Pacote Anticrime;

ABSTRACT: Objectively, it seeks through the analysis of various normative points and doctrinal theories that formalize and concretize the initial idea. The theme stood out mainly

⁵⁹ Mestre em Direito Econômico e Desenvolvimento pelo Programa de Mestrado em Direito da Universidade Candido Mendes - UCAM. Especialista em Direito nas Relações de Consumo - UCAM. Especialista em Direito da Concorrência e Propriedade Industrial- UCAM. Diretor e Membro do Conselho Editorial da Revista Tribuna da Advocacia da Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil do Tocantins. Professor e orientador da graduação (bacharelado) do curso de Direito da Universidade Candido Mendes - Ipanema (licenciado). Professor da graduação e da pós-graduação do curso do Centro Universitário Católica do Tocantins – UBEC.

for two main reasons, on the one hand, the idea of conservation to a constitutional ideology that seeks to preserve rights that were previously ignored, along with the quest to minimize the data caused to individuals subjected to security measures. On the other hand, we have the need to protect society in the face of the actions of these individuals, without disregarding their own safety in being kept after circumstances whose main purpose is protection. More specifically, there is an approach to the maximum penalty in the cases of application of security measures and the normative changes that boosted new understandings, creating the protection barrier of a perpetual punishment. In line with this, it will present the changes in our legal system arising from Law 13,964, which was called the Anti-Crime Package, and its eminent relationship with the change of years of the maximum penalty. Supporting an understanding of the principle of priority and more severe penalty, which are applied to imposed penalties, in addition to the hypotheses of the use of a security measure, which in its exercise, is intended to preserve the common good and the individual's security, as well as it seeks an end essentially to repair its health, in other words, a possible cure.

Keywords: Maximum Penalty Application; Security measure; Package Anticrime;

SUMÁRIO: Introdução. 1. Circunstâncias para medida de segura; 1.1. A pena e suas características; 1.2. Medida de segurança; 1.3. Da aplicabilidade da medida de segurança. 2. Pacote anticrime. 3. Cenário após as mudanças. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019, outrora denominada como Pacote Anticrime, trouxe grandes alterações, como a do artigo 75 do Código Penal Brasileiro, alterando a pena máxima de 30 para 40 anos com base na expectativa de vida atual do povo brasileiro. Tais modificações fazem parte da medida essencial para diminuir a criminalidade em nosso país com medidas mais rigorosas.

Seguindo essa prerrogativa de modificação, com uma mudança significativa da penalidade máxima, novos conflitos surgem e com eles fontes de pesquisas e debates. Em uma breve análise, temos a medida de segurança como forma alternativa para casos peculiares de cometimentos de crimes e as suas razões.

De maneira singela, devido ao princípio da irretroatividade da pena, garantido pela constituição federal, onde a lei que torne a pena mais grave, não recai aos que já estão em cumprimento. Sendo assim aquele que em tratamento mesmo que necessitando a continuidade, após passados o prazo estabelecido pelo artigo 75 do Código Penal Brasileiro, deve-se condicionar a liberdade e se ajuizar ação na esfera civil por parte do ministério público.

Por meio da grande fascinação pelo campo de atuação do direito Penal, além da iminente promulgação da lei que por muitos doutrinadores, foi considerada como minirreforma penal. Despertou e adveio a vontade de agir em face dessas novas perspectivas e buscar contribuir com a sociedade, de maneira a atender as expectativas até aqui criadas.

Denominada pacote anti crime, a Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019, modificou vários dispositivos do nosso ordenamento jurídico, sendo fonte de críticas, não somente negativas. Dentre as grandes alterações, temos a do artigo 75 do Código Penal, alterando a pena máxima para uma maior adequação social.

Além disso, temos a aplicação do instituto da medida de segurança como forma de substituição da pena para determinados casos. Essa destina-se aos indivíduos que cometem crimes, influenciados por doenças mentais, que fazem com que não sejam punidos, mas tratados.

Por vezes os tratamentos se perfazem por internações em clínicas de tratamento ou tratamentos ambulatoriais, com medicamentos para o controle das doenças mentais. Com avaliações periódicas a fim de averiguar a capacidade mental, e a possível cura do indivíduo.

O direito penal brasileiro é a ferramenta usada pelo poder Estatal para o uso de seus poderes e atribuições no que chamamos de "*jus puniendi*" ou como é conhecido popularmente, o direito de punir. É partindo desta prerrogativa que é estabelecido o cumprimento de determinada pena para o indivíduo que venha a contrariar os preceitos estabelecidos nesta esfera. Os requisitos principais para que o Estado exerça esse poder de punição é o enquadramento da ação ou omissão por parte do indivíduo, devendo ser um fato típico: está previsto em lei, ter ilicitude e por fim deve haver culpabilidade.

Para determinar a culpabilidade, o agente deve ter consciência potencial da ilicitude, não tendo essa, torna-se semi-imputável ou ainda inimputável, quando a este só resta a aplicação de medida de segurança para passar por tratamento ambulatorial ou internação.

Recentemente foi editado o pacote anticrime que modificou o código penal em diversos quesitos. Frente a esse contexto, levanta-se um questionamento: como regulamentar a aplicabilidade da pena máxima nas hipóteses de medida de segurança, tendo como referência as conversões ocasionadas pelo Pacote Anticrime?

O objetivo principal é compreender a regulamentação sobre aplicabilidade da pena máxima imposta pelo pacote anticrime para as Medidas de Segurança. Buscando concretizar esse fim, será por meio de objetivos específicos que haverá a identificação das circunstâncias para emprego da medida de segurança.

Além disso, deve-se avaliar as conversões ocasionadas pelo pacote anticrime no nosso ordenamento jurídico e relacionar a aplicação de pena máxima com as mudanças advindas pelo Pacote Anticrime.

É de suma importância a pesquisa científica para qualificar e trazer um melhor desenvolvimento ao acadêmico, sendo através desta, obteremos um amplo conhecimento no campo de atuação. O aprendizado ganha mais riqueza além do incremento de pontos não oportunos em aula, além de agregar temas outrora conhecidos, usando a metodologia como parte integrante e fonte de saber, essencial para a elaboração de forma alinhada de obtenção de atingir os objetivos pretendidos.

Há a utilização do método de pesquisa exploratória com principal finalidade de analisar a atual aplicação da pena máxima frente às mudanças impostas pelo Pacote Anticrime em casos em fase de cumprimento de sentença, com um profundo estudo nas novas jurisprudências e decisões dos tribunais penais.

O estudo terá caráter essencialmente qualitativo, com ênfase na observação e estudo documental, onde será feito a busca por casos onde há indivíduos que ainda necessitam de tratamento, mas que por força de lei não mais podem continuar. É essencial compreender o entendimento majoritário dos doutrinadores com a finalidade de buscar adequação a uma hipótese diferente do objetivado ao se propor o Pacote Anticrime.

Juntamente com essa ideia, será necessário o cruzamento dos levantamentos com toda a pesquisa bibliográfica já feita. Para isso, a pesquisa será baseada em estudos de doutrinadores, bem como juristas atuantes, revisão de literatura, além de um levantamento dos casos concretos onde ocorreram a não aplicabilidade e aumento do tempo máximo de cumprimento de sentença a fim de beneficiar o indivíduo.

Para isso, será necessária uma pesquisa documental somada a uma revisão literária de forma que haja uma análise de documentos jurídicos, normas técnicas de estudo aprofundado em doutrinas e jurisprudências, os quais são fontes primárias para chegarmos ao entendimento da verdadeira forma de aplicação da norma.

Portanto, a pesquisa destina-se no aprendizado de modo exploratório nas ideias de doutrinadores e atuantes no campo jurídico, de forma a obter uma compreensão da magnitude do benefício que pode ser conquistado caso haja a retroatividade. Não de modo geral, mas especificamente para os casos de medidas de segurança que ao atingir a pena máxima, invalida todo um esforço feito anteriormente.

1. CIRCUNSTÂNCIAS PARA MEDIDA DE SEGURANÇA

1.1 A pena e suas características

Para que possamos definir a aplicação de Pena, vale lembrar que (in KUEHNE, citando BETTIOL, 2005, p. 24) afirma que: "Pena é a consequência jurídica do crime, isto é, a sanção estabelecida pela violação de um preceito penal". Então a aplicação nada mais é que a efetivação da consequência buscando a correção e reparação do mal causado.

Para muitos, a pena é vista como castigo ou penitência pela injusta agressão causada e que a sua finalidade principal é a punição como meio de reparação. Mas não podemos nos prender a esta simples ideia, a muito o que se discutir em relação a aplicação da pena, suas características e as causas que deram origem à sanção.

As penas dividem-se conforme nosso consagrado Código Penal em; penas privativas de liberdade; restritivas de direitos e pecuniárias, que após o devido processo legal e observância do contraditório e a ampla defesa, passa o Estado por meio do seu poder punitivo a aplicar estas penas de forma cumulativa ou não.

Quando da efetiva aplicação, entende que "aplicar-se a cada qual a pena que se ajuste, tanto quanto possível, às circunstâncias subjetivas e objetivas de sua conduta criminosa constitui a realização máxima do ideal de Justiça no particular" (LOPES, 1999, p. 255), isto é, de forma alguma será tratado todas as ocorrências de crimes com a mesma sanção.

Não somente o legislador ao conduzir a produção das normas, baseando se no princípio da proporcionalidade da penal, é dever do juiz criminal em sua atuação ater-se a este princípio para que possa de modo eficaz e justo, conseguir a finalidade da pena. De pouco adianta punir se na mesma proporção não se busca educar e reintegrar o indivíduo na sociedade.

Se a prerrogativa de que a pena vem por meio de sua efetividade reparar o mal causado, é por meio desta também que encontraremos a efetivação da ideia da Medida de Segurança. Ademais falaremos mais sobre este instituto que vem a ser objeto do nosso estudo e que por meio de sua utilização, temos o direito penal agindo de uma forma diferente.

Na teoria da pena, e em sua estruturação, para cada dispositivo normativo disposto em nosso código penal há de forma abstrata estipulado a quantidade, ou seja, o período de penalidade pela não observância do preceito. Em muitos o prazo é de anos, sempre com a quantia mínima e máxima a ser aplicada.

Dessa forma, ao cometer um ato criminal, desrespeitando a norma legal, o indivíduo submetido ao julgamento, terá de responder e terá sua pena imposta com fulcro na pena base estabelecida pelo dispositivo. Mesmo com essa previsão de prazo, é por meio das

circunstâncias judiciais que tempo será definido então assim o seu cumprimento será seguido.

Seguindo a Teoria da Pena, quando do cometimento ou descumprimento da norma, o indivíduo será julgado conforme o crime que cometeu. Em outras palavras, se praticou homicídio, responderá por homicídio e suas classificações, se praticou roubo, da mesma forma, terá o crime de roubo imputado a ele.

1.2 Medida de Segurança

Definido a quem se aplicará a medida de segurança, precisamos conceituar e apontar a sua utilização nos diversos casos previstos em lei, os quais serão obra dos nossos estudos. A respeito de ambas, preceitua:

A medida de segurança e a pena privativa de liberdade constituem duas formas semelhantes de controle social e, substancialmente, não apresentam diferenças dignas de nota. Consubstanciam formas de invasão da liberdade do indivíduo pelo Estado, e, por isso, todos os princípios fundamentais (BITTENCOURT, 2003, p. 682).

De forma resumida, esse instituto será designado aos que praticam crimes e por motivo de serem portadores de doenças mentais, não serão considerados os responsáveis por tais atos, uma vez que a natureza fática de seus raciocínios é comprometida.

Quando falamos na medida de segurança, temos esta como uma providência do poder Estatal, baseada no jus puniendi, e que será imposta a um indivíduo semi-imputável ou inimputável que venha a realizar fato típico e ilícito. Sendo que o grau de periculosidade é que determinará a medida a ser aplicada.

Medida de segurança é toda a reação criminal, detentiva ou não detentiva, que se liga à prática, pelo agente, de um fato ilícito típico, tem como pressuposto e princípio de medida a sua periculosidade e visa finalidades de defesa social ligadas à prevenção especial, seja sob a forma de segurança, seja sob a forma de ressocialização (LEVORIN, 2003, p. 161).

Outra singularidade é que apesar do cometimento de fato típico ilícito, não devemos considerar a medida de segurança como uma espécie de pena, por que a sua função é a especificamente a busca por tratamento ao autor com a finalidade de curá-lo, ou torná-lo apto a conviver em sociedade.

Estabelecemos então um paralelo entre a pena e a medida de segurança, em um primeiro momento a pena e a sua aplicação tem por finalidade ser retributiva preventiva,

ou seja, busca reparar o mal causado. É também proporcional à gravidade do delito o qual foi cometido, em sua análise temos o juízo de culpabilidade e o seu cumprimento é em prazo fixado em sentença.

Diferentemente da pena, que tem caráter punitivo, as medidas de segurança não assumem a feição de castigo. Em razão disso, durante muito tempo entendeu-se que a proibição constitucional às penas de caráter perpétuo não se aplicava às medidas de segurança (GRECO, 2017, p.836).

A principal diferença então está nas características da medida de segurança, uma vez que a mesma busca efetivamente a prevenção de novos atos ilícitos, além de a sua proporcionalidade é fundamentada na periculosidade. Quanto à análise, temos o juízo de periculosidade, que ao invés de julgar as causas de culpa levará em consideração o grau de perigo que esse indivíduo representa a ele mesmo e a sociedade.

Quanto ao cumprimento, temos uma grande peculiaridade, este é indeterminado, respeitando um máximo já definido por lei, então não se sabe ao certo por quanto tempo o inimputável ou o semi-imputável permanecerá sob tratamento. A ideia principal é que seja mantido até que cesse ou desapareça a periculosidade do agente.

A princípio temos duas espécies definidas de medida de segurança, estão dispostas no artigo 96 do nosso Código Penal, com a seguinte redação:

Art. 96. As medidas de segurança são: I - Internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, em outro estabelecimento adequado; II - Sujeição a tratamento ambulatorial. Parágrafo único - Extinta a punibilidade, não se impõe medida de segurança nem subsiste a que tenha sido imposta (BRASIL, 1984).

Tanto na internação hospitalar quanto no tratamento ambulatorial, temos um prazo pré-definido mínimo para a sua efetivação sendo que é indispensável perícia médica a fim de averiguar o estado atual e a cessação ou permanência da periculosidade do agente.

1.3 Da aplicabilidade da Medida de Segurança

Após análise do juízo de periculosidade, não haverá o estabelecimento de um prazo em específico para a liberação do agente, o prazo mínimo de permanência é disposto pelo parágrafo primeiro do artigo 97 do código penal: "§ 1º - A internação, ou tratamento ambulatorial, será por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação de periculosidade. O prazo mínimo deverá ser de 1 (um) a 3 (três) anos" (BRASIL, 1984).

Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento (BRASIL, 1984).

A duração total dependerá do resultado da perícia médica a ser realizada após passado o prazo mínimo de ano em ano ou sempre que houver determinação judicial do juiz de execução. Havendo a possibilidade de desinternação ou liberação condicional do agente.

Voltando o nosso pensamento a finalidade da medida de segurança, que nada mais é que a busca de obter a cura do indivíduo, é reflexivo a ideia que em certos casos a finalidade não venha a ser cumprida. Será então que o nosso agente do ato ilícito passará o resto de sua vida internado ou passando por tratamento ambulatorial.

A Constituição Federal de 1988 inibe penas e medidas de caráter perpétuo, sendo assim, e tutela esse direito através do princípio da irretroatividade art. 5º, inciso XL, que em uma definição ampla, diz que a lei penal não retroagirá, salvo para benefício do réu.

Com isso, temos hoje o máximo que pode ser imputado ao agente submetido a medida de segurança, é o estabelecido no artigo 75 do Código Penal, que em sua nova redação imposta pelo Pacote Anticrime, Lei N. 13.964/19, passa a ser de 40 anos para casos ocorridos após a sua entrada em vigência (BRASIL, 2019).

2. PACOTE ANTICRIME

A busca pela melhora da segurança pública é alvo de inúmeras políticas públicas e defendida de forma unânime por todos os envolvidos com a administração pública. Não diferente desse modelo, a ideia do Pacote Anticrime nasce com foco principal buscar meios para que haja a diminuição da violência.

De modo geral, trata-se das modificações por meio de alterações em diversos dispositivos normativos, sendo elas nas esferas materiais, formais e também no procedimento processual. Abrange inúmeras ideias já formuladas anteriormente para chegar ao objetivo final, a Lei 13.964/2019 que foi nomeada de Pacote Anticrime.

Muitos doutrinadores e especialistas do campo do direito, sobretudo da esfera penal, defendem as mudanças, o que para muitos foi denominado como uma espécie de minirreforma penal. O estabelecimento de um pensamento no sentido de que as penas privativas de liberdade possuem um determinado limite, e este não pode ser excedido, um dos principais critérios utilizados como base, é que a pena seja inferior à expectativa de vida do país.

É dado como garantia constitucional de que não haverá penas de caráter perpétuo (art. 5º, inciso XLVII, b, da Constituição Federal). Simplificando, a escolha da quantia exata, tem um marco o qual não pode ser excedido, onde a pena máxima é uma escolha política relativamente limitada com base na expectativa de vida brasileira que anteriormente era de 45 anos e agora passa a ser de 75 anos ou mais.

Apesar da enorme reformulação imposta, iremos concentrar nossas ideias no artigo 75 do código penal, que em seu texto expressa o quantitativo de anos que uma condenação transitada em julgado pode ir. A lei em questão alterou a pena máxima anteriormente de 30 anos para um novo marco, 40 anos (BRASIL, 2019).

Em um primeiro momento não parece ser de grande importância a mudança, uma vez que levando em consideração os princípios já citados da anterioridade e da reserva legal, aplica-se apenas para novos casos este prazo atual. Pois bem, falaremos do objeto principal deste estudo.

Por meio de uma análise superficial, a ideia de propor um aumento na pena parece e de fato é uma agravante na lei, mas é preciso definir que quando falamos em medida de segurança, não temos a intenção de penalização, mas de prevenção para que possa haver futuramente a ressocialização.

Ao analisar os indivíduos que são definidos como inimputáveis e semimputáveis, sabemos que são classificados dessa forma quando do cometimento do ato ilícito, a pessoa não tenha a capacidade e nem o entendimento da ilicitude do fato. Nessa prerrogativa o entendimento de:

Em psiquiatria forense se dá o nome de capacidade de imputação jurídica ao estado psicológico que se fundamenta no entendimento que o indivíduo tem sobre o caráter criminoso do fato e na aptidão de determinar-se de acordo com esse entendimento. Em suma, a capacidade de imputação jurídica depende da razão e do livre-arbítrio do agente do crime (PALOMBA, 2003, p.197).

Portanto, não constatando a sua recuperação, o indivíduo permanecerá em tratamento até que possa novamente ser incluído na sociedade. Mas quando nos casos em que não há cura, o agente que iniciou o seu tratamento antes da alteração da pena máxima, permanecerá pelo prazo máximo de 40 anos.

Apesar de não disposto em nenhum dispositivo que o tempo máximo para tratamento seja o mesmo que para o cumprimento de pena, adota-se o prazo do artigo 75 do Código Penal com base no entendimento do STF. Além disso, o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento ao julgar recurso de que a prescrição da medida de

segurança deve ser calculada pelo máximo da pena cominada ao delito cometido pelo agente, ocorrendo o marco interruptivo do prazo pelo início do cumprimento daquela, sendo certo que deve perdurar enquanto não haja cessado a periculosidade do agente, mas limitada a pena máxima prevista.

Após este entendimento, foi editada a súmula do STJ 527 a respeito da duração do cumprimento da Medida de Segurança. Levando em consideração que houve o aumento de mais dez anos, para quem segue em cumprimento de pena é uma lei que impôs uma maior gravidade, logo, não retroagirá. Mas será que de fato o aumento da pena máxima é mais gravoso, não se pode tirar algo de bom desde que seja de forma benéfica a alguém.

Pensamos então no agente que segue em tratamento e ao se passar o prazo hoje tido como máximo, não se obteve a finalidade da medida de segurança, a cura. Esse indivíduo, não mais receberá o tratamento e voltará a sociedade, sem nenhuma perspectiva de melhora, torna-se bem provável que cometa um novo ato típico ilícito. É neste momento que por intermédio do ministério público, será movida uma ação de interdição, pela esfera cível, a fim de preservar e manter os cuidados.

Mesmo submetido a perícia médica e verificando a contínua imputabilidade do agente delituoso, este não mais poderá permanecer em tratamento como uma forma de ato processual penal. Nesse sentido, destaca:

Ao nosso ver, não existe nenhuma incompatibilidade – e muito menos afronta à natureza jurídica da decisão – na colaboração entre juízes e médicos, trabalhando juntos na aplicação e execução da medida de segurança criminal. Haveria assim uma obrigatória natureza jurisdicional administrativa na qual médicos e juízes exerceriam funções coordenadas e decisórias – sempre suscetíveis de recurso – optando pela espécie de medida a ser imposta, seus prazos de duração e melhor forma de cumprimento (FERRARI, 2001, p.79).

Por meio da nova redação imposta pelo Pacote Anticrime ao artigo 75, é necessário muito mais que uma mera contestação de gravidade na lei, para que assim o agente possa permanecer em tratamento (BRASIL, 2019). De forma mais objetiva, é de comum acordo que um indivíduo que ainda não obteve melhora, deve ao certo continuar com seu tratamento.

3. CENÁRIO APÓS AS MUDANÇAS

Frente a tantas mudanças, torna-se necessária que haja uma definição de entendimento para atendermos as expectativas e que seja cumprido o devido fim legal da criação das normas. Antes mesmo que se pensasse sobre a criação da Lei 13.964/2019, o

Superior Tribunal de Justiça, após conclusão de inúmeros julgamentos e grande necessidade de definir um prazo máximo para o cumprimento da medida de segurança. A doutrina discorre sobre o assunto alegando que:

Com efeito, a finalidade de tratar o inimputável até justificaria a ausência de prazos máximos, pois o que determina o término do tratamento é a cura. No entanto, tem-se verificado, na prática, situações de injustiça incontestável, já que pessoas imputáveis que praticam atos idênticos aos perpetrados por inimputáveis, normalmente, ficam privadas de sua liberdade por prazo muito inferior ao de internação do inimputável (Paschoal, 2015, p. 154).

Sempre com a ideologia de não tornar o ato de tratamento recuperativo, em uma forma analógica de perpetuidade, houve a elaboração do entendimento que posteriormente tornou-se a súmula 527: “O tempo de duração da medida de segurança não deve ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito praticado” (BRASIL, 2015).

Observa-se a predominância nas jurisprudências adotando essa determinação e fazendo com que a pessoa submetida à medida de segurança permaneça nesta até que se cumpra o prazo de pena definido em cada tipo penal. Ou seja, o prazo máximo para permanência na medida de segurança respeitará o crime e sua respectiva pena.

A atual súmula tem sua base a atenção aos princípios da isonomia, proporcionalidade e razoabilidade, estabelecendo como limite para sua duração o máximo da pena abstratamente cominada ao delito praticado, não se podendo conferir tratamento mais severo e desigual ao inimputável, uma vez que ao imputável, a legislação estabelece expressamente o respectivo limite de atuação do Estado.

Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal afirma entendimento diverso, onde busca analisar a periculosidade, sem deixar de respeitar a previsão legal da constituição de medidas de caráter perpétuo. É possível verificar esse entendimento em várias decisões julgadas por este órgão e suas jurisprudências.

Assim, o STF sedimentou o seu posicionamento, fixando o tempo máximo para cumprimento da medida de segurança, seguindo o prazo estabelecido no artigo 75 do Código Penal, sem levar em consideração o crime praticado ou a vida pregressa do agente, exigindo-se apenas a periculosidade como fator determinante para sua manutenção.

Exemplo da atuação do STF, onde ocorre a contestação da periculosidade como fator para definir a permanência, temos o Recurso do Habeas Corpus nº 100383, no qual o recorrente incorreu na prática do crime tipificado de lesão corporal de natureza grave,

permanecendo por 23 anos em um Instituto Psiquiátrico. Porém para o referido crime a pena máxima prevista é de 05 anos de reclusão.

Sem dúvidas, segue-se o entendimento de que seja no cumprimento de pena, ou na recuperação e tratamento por meio de medidas de segurança, o prazo máximo deve ser respeitado de forma crucial. Com a mudança proporcionada pela Lei 19.964/2019, alterou-se o prazo máximo do cumprimento de pena tendo em vista o aumento também da expectativa de vida do povo brasileiro.

Como atualmente o prazo atual de pena máxima estabelecido pelo artigo 75 do Código Penal é de 40 anos, após a mudança ocasionada pelo pacote anticrime, para os novos casos a partir da lei em diante, estão submetidos ao cumprimento máximo seguindo a atualização da lei vigente. Já para quem está realizando o tratamento antes da promulgação da lei, o tempo é de 30 anos seguindo o princípio da irretroatividade.

É preciso pontuar que após atingido o cumprimento do prazo máximo, caso não haja a recuperação da saúde mental do indivíduo e permanecendo a periculosidade, este não deixará de ser assistido e nem o seu direito ao tratamento descartado. Isso porque o cumprimento do prazo é para a esfera penal. Sendo possível e necessário que tramite a ação de interdição, a qual é movida como parte legítima da ação do Ministério Público, como representante do indivíduo.

CONCLUSÃO

A partir da análise das principais modificações previstas pela Lei 19.964 de 2019, é perceptível as mudanças ocorridas, principalmente no Código Penal, no que diz respeito ao aumento da pena máxima. Tendo em vista a previsão do princípio da anterioridade, tem-se que o dispositivo que disponha de punição mais gravosa, não deve retroagir aos já considerados em trânsito em julgado.

Por sua vez, a medida de segurança em suas aplicações tem uma característica peculiar, sua essência não é punitiva, mas sim uma forma de tratamento a que deve ser submetido o autor de crime com o fim de curá-lo ou torná-lo apto a conviver em sociedade. Assim, permitir que o tratamento seja prorrogado, desconsiderando o atrelamento analógico à pena máxima, é de fato benéfico não somente ao indivíduo, mas para a sociedade também.

Porém, observa-se que existem controvérsias quanto aos procedimentos adotados, principalmente no que tange ao enunciado do Superior Tribunal de Justiça, em sua Súmula 527, que estipula que para as medidas de segurança deve se adotar o prazo de tempo de duração conforme o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito praticado.

Já o Supremo Tribunal Federal, em seu enunciado diz que o prazo é a pena máxima disposto no artigo 75 do Código Penal Brasileiro, sendo assim necessária adequação do enunciado para que seja verificado o lado do indivíduo.

Como apresentado, no que se refere a essa questão, profissionais da área defendem que haja uma melhor assistência para esses indivíduos, de forma a analisar não somente o tempo de permanência, mas o grau de perigo ainda existente, além de uma possível exposição desse em uma sociedade despreparada. Aliado a essa questão, tem-se a opinião de diversos membros da área da saúde, principalmente da saúde mental que afirmam que nos casos em que a hipótese de cura é praticamente nula.

Com isso, conclui-se que a lei 19.934 possibilitou maior dilatação da pena máxima, possibilitando que novos casos possam ser tratados em tempo maior. Porém, ressalva-se que é necessário maior aprofundamento nas hipóteses de retroatividade de forma benéfica, a fim de alcançar o indivíduo que ainda necessita de cuidados especiais e ainda não é apto para o convívio em sociedade.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal** Vol. I – Parte Geral. 8. Ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BRASIL. Decreto-Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019. **Pacote Anti-Crime**. Diário Oficial da União, Brasília, 24 de dezembro de 2019. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm>. Acesso em: 15 out. 2021.

BRASIL. Decreto-Lei 7.209, de 11 de julho de 1984. **Alterações Código Penal**. Diário Oficial da União, Brasília, 11 de julho de 1984. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1980-1988/L7209.htm>. Acesso em: 20 out. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 527. [2015]. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num=%27527%27>>. Acesso em: 19 ago. 2021.

BRASIL. Supremo tribunal federal. Primeira Turma. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 82.924-4/SP**. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Decisão unânime. Brasília, [2003]. DJU de 05.09.2003. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=102880>>. Acesso em: mai. 2013. Acesso em: 10 out. 2021.

Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/presos/parte910.htm>>. Acesso em: 10 out. 2021.

FERRARI, Eduardo Reale. **Medidas de Segurança e Direito Penal no Estado Democrático de Direito**. 1ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**, Vol. I / Rogério Greco. – 19. ed. – Niterói, RJ: Impetus, 2017, p.836-842.

KUEHNE, Maurício. **Teoria e Prática da Aplicação da Pena**. 5ª Ed. Curitiba: Juruá Editora, 2005.

LEVORIN, Marco Polo. **Princípio da Legalidade na Medida de Segurança**. 1ª Ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

LOPES, Jair Leonardo. **Curso de direito penal**. São Paulo: RT, 1999

MARQUES, João Benedicto de Azevedo. **Medida de segurança**. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/presos/cartilha.htm>> Acesso em: 10 out. 2021.

PASCHOAL, Janaina Conceição. **Direito penal: Parte Geral**. 2ª ed. Barueri, São Paulo: Manole, 2015.

A OBRIGAÇÃO AVOENGA NA IMPOSSIBILIDADE DO GENITOR

LORENA CASTRO DE SOUZA:

Bacharelado em Direito Centro
Universitário Fametro – CEUNI
FAMETRO.

RESUMO: A alimentação é um fator indispensável para a manutenção da vida de qualquer ser humano. Devido a essa importância, o direito da família é um dos ramos do direito que se dedica a proteger as garantias de todos à alimentação, a luz do princípio da dignidade da pessoa humana. No caso das crianças e adolescentes, quando os pais, por motivo de força maior, não podem prover o sustento de seus filhos, o direito em seu caráter legal, destina essa responsabilidade aos avós, caracterizando a obrigação avoenga. Nessa perspectiva, este artigo tem como objetivo geral analisar a obrigatoriedade da provisão de alimentos aos menores de idade pelos avós na ausência dos pais, mediante a obrigação avoenga. Este estudo foi desenvolvido através de uma pesquisa bibliográfica em artigos, doutrinas, jurisprudência e a legislação brasileira. Através da análise qualitativa desses materiais buscou-se dados que pudessem subsidiar as discussões levantadas neste artigo. Em relação a obrigação avoenga, verificou-se que esta se trata da responsabilização judicial dos avós em suprir o sustento de seus netos na falta dos pais por motivos de força maior. No entanto, as pesquisas e as legislações investigadas demonstraram que a obrigação avoenga não é automática, e só ocorre na comprovação total da incapacidade dos pais em prover o sustento de seus filhos. Assim, considera-se necessários mais pesquisas que possam explorar de modo mais amplo todos os campos da discussão sobre a obrigação avoenga.

PALAVRAS-CHAVE: Obrigação Avoenga. Direito da criança e do adolescente. Dignidade da pessoa humana. Direito da família.

ABSTRACT: Food is an indispensable factor for the maintenance of life for any human being. Due to this importance, family law is one of the branches of law that is dedicated to protecting everyone's food guarantees, in light of the principle of human dignity. In the case of children and adolescents, when parents due to force majeure cannot provide for their children, the right, in its legal nature, assigns this responsibility to the grandparents, characterizing the grandmother's obligation. From this perspective, this article aims to analyze the obligation to provide food for minors by grandparents in the absence of parents, through the grandmother's obligation. This study was developed through a bibliographical research in articles, doctrines, jurisprudence and Brazilian legislation. Through the qualitative analysis of these materials, data that could support the discussions raised in this article were sought. In relation to the ancestor's obligation, it was found that this is the judicial responsibility of grandparents to provide for their grandchildren in the absence of their parents for reasons of force majeure. However, the researches and the

investigated legislations demonstrated that the ancestor's obligation is not automatic, and it only occurs in the total proof of the parents' incapacity to provide for their children. Thus, it is considered necessary more research that can explore more broadly all fields of discussion on the obligation of a grandparent.

KEYWORDS: Obligation Avoenga. Rights of children and adolescents. Dignity of human person. Family law.

SUMÁRIO: Introdução – 1 DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR: 1.1 Característica Gerais; 1.2 O Dever do Sustento; 1.3 Sujeitos da obrigação alimentar; 2 DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR DOS AVÓS: 2.1 Características Gerais; 2.2 Fundamentos Constitucionais; 2.3 Da Natureza Jurídica; 3 POSICIONAMENTO DO STJ SOBRE OS ALIMENTOS AVOENGOS. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Os alimentos são indispensáveis para a manutenção da vida de qualquer ser humano. Devido a essa importância, o direito da família é um dos ramos do direito que se dedica a proteger as garantias de todos à alimentação. O Código Civil Brasileiro define alimentos em seu art. 1.920, quando trata de legado: “O legado de alimentos abrange o sustento, a cura, o vestuário e a casa, enquanto o legatário viver, além da educação, se ele for menor”.

Em seu artigo 1.694 do mesmo Código, podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitam para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

O artigo pontua, notoriamente, que os alimentos se destinam a resguardar aos alimentandos a fruição de recursos que o permitam viver de modo compatível com sua condição social, inclusive para custear a formação educacional, o que confirma o conceito amplo da expressão alimentos, envolvendo todo e qualquer bem necessário à preservação da dignidade humana.

Assim, mediante as questões apresentadas, este artigo tem como problema central a seguinte questão: Quais são as problemáticas jurídicas que envolvem a obrigação dos avós na prestação de alimentos aos netos?

Para responder essa questão, este artigo teve como objetivo geral analisar a obrigatoriedade da provisão de alimentos aos menores de idade pelos avós na ausência dos pais. Os objetivos específicos concentraram-se em verificar os sujeitos na obrigação alimentar; levantar as hipóteses legais da obrigação avoenga; e, analisar as condições objetivas da obrigação alimentar.

Considera-se essa temática relevante tanto para a área acadêmica quanto para a sociedade, visto que conforme previsto na Carta Magna, em seu Artigo 229, incumbe aos pais prestar alimentos aos filhos menores, e, portanto, na falta dos mesmos, tem-se um problema social. Além disso, na área acadêmica faltam ainda, mais pesquisas que discutam as problemáticas que envolvem o dever dos alimentos aos menores de idade, especialmente sobre a obrigação avoenga, sendo necessário mais discussões sobre a existência do binômio necessidade e possibilidade do alimentando nos termos do artigo 1.694, §1º do Código Civil.

Este estudo foi desenvolvido através de uma pesquisa bibliográfica em artigos, doutrinas, jurisprudência e a legislação brasileira. Através da análise qualitativa desses materiais buscou-se dados que pudessem subsidiar as discussões levantadas aqui. A busca de materiais ocorreu por meio da consulta em sites acadêmicos e em sites de notícias e materiais jurídicos, utilizando os descritores: "Alimentação"; "Responsabilidade jurídica da alimentação"; "Obrigação avoenga"; "Direito das crianças e adolescentes".

Nessa perspectiva, este artigo discutirá nas seções seguintes as problemáticas que envolvem a obrigação avoenga na ausência dos responsáveis das crianças e adolescentes, no âmbito das possibilidades que o Direito da Família garante aos mesmos para a subsistência e manutenção de sua vida.

DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR

A alimentação é um dos fatores mais importantes para a manutenção da vida. Sem esta, as pessoas são incapazes de se desenvolver e de realizar atividades básicas do cotidiano. Quando as pessoas são adultas e, por qualquer motivo passe por perdas de renda impossibilitando o seu sustento, estas, por serem adultas possuem mecanismos de buscar a provisão de seus alimentos por conta própria (HERKENHOFF; NETO, 2021).

No entanto, quando nos referimos essa mesma situação às crianças e adolescentes, estas são consideradas incapazes pela legislação brasileira, pois como são menores de idade, não possuem meios de prover o seu sustento por conta própria. Nesse caso, as legislações versam sobre essa questão a fim de garantir as crianças e adolescentes o seu sustento por meio de outros indivíduos, como será discutido nas seções seguintes deste artigo.

Características gerais

Diversas vezes as pessoas não detêm recursos suficientes para a sua sobrevivência, o motivo pode ser em decorrência da idade, incapacidade civil, adversidades atinentes à saúde, má qualificação no mercado de labor, a circunstância de ser impedido ou não exercer nenhum trabalho, entre outros. O legislador designou a determinados indivíduos a responsabilidade de oferecerem tal auxílio por intermédio da obrigação alimentar (CRUZ; KURANAKA, 2018).

Conseqüentemente, o instituto dos alimentos visa dar um auxílio material a quem não possui instrumentos para arcar com a própria subsistência, e as normas que o regulam são normas de direito público, inderrogáveis por acordo entre os particulares e determinadas através de agressiva sanção, como por exemplo, a sanção de prisão por dívida alimentar (COSTA; ROCHA, 2017).

O conjunto dos alimentos compreende toda a prestação imprescindível para auxiliar o alimentando na conservação da sua circunstância de vida. Segundo Morais (2020), não se restringe ao que é imprescindível à subsistência, todavia abrange ainda o que é necessário a fim de que o indivíduo alimentando conserve o seu padrão de vida prévio à condição excepcional que sucedeu a imprescindibilidade de receber alimentos. No que concerne à razão jurídica, a obrigação alimentar pode possuir distintas origens: cometimento de ato ilícito, determinado contratualmente, determinado por testamento, ou legítimos, ou seja, advindo de responsabilidade familiar (SOUZA *et al.*, 2018).

Os alimentos advindos do relacionamento familiar são ainda intitulados como alimentos legítimos, uma vez que são devidos em decorrência de responsabilidade legal. Eles possuem como fonte de prestação os vínculos de parentalidade que unem os indivíduos que formam a família, é o que se verifica no art. 1.694 do Código Civil de 2002. Nesse contexto, os alimentos possuem uma efetiva natureza instrumental de incentivar a existência digna de quem não tem como arcar com a sua própria subsistência, convertendo-se em uma garantia fundamental (FERREIRA, 2019).

O dever do sustento

É considerável verificar que não assemelha uma vida digna em uma pessoa carente do mínimo fundamental para a sua sobrevivência, que não se chegará a uma população justa e bem estabelecida sem que se desempenhe o preceito da solidariedade entre as pessoas. Assim sendo, o legislador, em nome do Poder Público, determinou que aquele que em necessidade se localizar, poderá requerer prestações com natureza de alimentos em decorrência dos que ao seu redor se localizem, na procura da sua sobrevivência (DUFNER, 2017).

Os alimentos são prestações para realização das imprescindibilidades vitais de quem não pode provê-las por si. Esse conceito deve ser compreendido e reputado da maneira mais ampla possível, todavia compreende não apenas o imprescindível da sobrevivência de quem requer, como também oportunizar habitação, instrução educacional, medicamentos, vestimentas, cultura, lazer, entre outros. A prestação oferecida a um indivíduo, em espécie ou em dinheiro, a fim de que se possa atingir as necessidades de subsistência e, em se tratando de criança, compreende o que for necessário para sua instrução (CRUZ; KURANAKA, 2018).

Nessa perspectiva, compreende-se por alimentos como aquilo que se realiza, em tudo, substancial a uma vida com dignidade, de modo a exceder qualquer compreensão que reduza sua abrangência ou amplitude, posto ser de incontestável relevância para o desenvolvimento saudável e digno de qualquer indivíduo (HERKENHOFF; DE CARVALHO NETO, 2021).

Sujeitos da obrigação alimentar

A fim de que sejam separados os polos da relação, há que se investigar quem possui condições de efetivar a obrigação e quem possui a imprescindibilidade e impossibilidade sobre os alimentos. No estabelecimento dos sujeitos ativo e passivo da relação, cumpre apontar os indivíduos que têm possivelmente essa situação, compreendido que quem pode ser credor também pode ser devedor, segundo as hipóteses, em decorrência da reciprocidade que qualifica o instituto (PATRÍCIO, 2020).

Deste modo, os alimentos devidos podem ser obrigados de forma recíproca, entre pais e filhos. Segue-se pelos ascendentes, sendo estes avós, bisavós e assim sucessivamente. Não havendo estes, ficará sob responsabilidade descendentes, sendo estes os filhos, netos e demais. Sucessivamente, localizam-se os irmãos, germanos ou unilaterais. Por conseguinte, podendo os colaterais de no máximo quarto grau, como por exemplo os tios, primos e sobrinhos (MORAIS, 2020).

Existe também uma reciprocidade na obrigação de sustento, sendo manifestada em alimentos entre cônjuges, quando um careça de o outro para seu sustento. Todavia, este dever vincula-se ao casamento, uma vez que não são parentes. O cônjuge não se localiza nessa ordem sucessiva pois deve alimentos em situações excepcionais. Comumente seria despropósito considerar na obrigação de alimentos entre cônjuges, eis que, na constância do matrimônio, possuem o dever de se auxiliarem mutuamente, cada qual devendo concorrer para os gastos do casal (COSME, 2019).

DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR DOS AVÓS

Caracterizando a incapacidade dos pais em suprir o sustento de seus filhos de modo legal, essa responsabilidade é estendida aos avós na forma da lei. No entanto, existem características e fundamentos jurídicos peculiares desta obrigação que devem ser observadas para a efetiva execução, no qual serão abordados nos tópicos seguintes.

Características gerais

A responsabilidade alimentar deve incidir como preferência entre os pais e seus filhos, todavia, na impossibilidade ou ausência destes, é possível que a obrigação seja transportada para o parente mais próximo em grau, podendo o oferecimento de alimentos incidir em decorrência dos avós no que concerne aos seus netos, ou inclusive, dos netos

no que concerne aos avós, sendo assegurado, portanto, a reciprocidade na obrigação alimentar (NABETA, 2016). Deste modo, há reciprocidade porque quem oferece alimentos também possui direito a recebê-los se vier a deles carecer, trocando-se a ordem dos sujeitos da relação jurídica alimentar.

Na perspectiva de Cosme (2019), a obrigação alimentar:

É estabelecida entre pais e filhos, cabendo a ambos os genitores a obrigação do sustento dos mesmos. Contudo, os alimentos são extensivos a todos os ascendentes, recaindo a obrigação entres parentes de grau mais próximo, excluindo-se os mais remotos. Portanto, caberá aos genitores o sustento de sua prole, porém, quando houver impossibilidade de prestá-los, caberá aos avós de forma subsidiária ou complementar prestar os alimentos, quando aqueles não tiverem condições de oferecê-los (COSME, 2019, p. 29).

São devedores potenciais de alimentos, mutuamente, os ascendentes, os descendentes e os irmãos. Esta é a ordem de classe de parentesco, que deve ser verificada. Em cada classe, os parentes de grau mais próximo preferem aos de grau mais distante (COSTA; ROCHA, 2017). ou seja, a extensão da obrigação pode atingir outros membros da família na falta até mesmo dos avós.

Nesta oportunidade, para estabelecimento da obrigação alimentar dos avós, o Código Civil adotou uma ordem de vocação hereditária entre os parentes, sendo que os de grau mais próximo afastam os de grau mais remoto, oportunizando todos para realização das imprescindibilidades do alimentando. Isto posto, os avós são introduzidos na lista, obrigados a prover os alimentos aos netos quando os pais forem impossibilitados financeiramente, falecidos ou ausentes (SOUZA *et al.*, 2018).

Quando uma pessoa não pode prover as suas necessidades vitais, seja por pouca idade, incapacidade, dentre outras situações, o direito à alimentação deve ser aplicado de alguma forma a garantir seu sustento. Um dos casos de incapacidade de se auto sustentar, é a situação das crianças, que dependem dos responsáveis para tal. Nesse caso, recai sobre os pais o dever de assisti-lo, criá-lo e educá-lo, independentemente de sua condição financeira (FARIAS, 2013).

Assim, quando os pais por motivo de força maior não podem suprir essa necessidade, o direito em seu caráter legal, destina essa responsabilidade aos avós, caracterizando a obrigação avoenga. Segundo Costa (2011), o dever avoengo se caracteriza então pela responsabilização dos avós, na ausência dos pais, em custear a alimentação dos netos menores de idade.

Nesse sentido, a obrigação dos avós deve limitar-se aos alimentos naturais, entretanto, ela expõe que a jurisprudência ainda não faz essa distinção, o que sobrecarregaria os avós, transferindo-lhes a obrigação dos pais de forma ilegal, injusta e desumana (COSTA, 2011). Essa questão é matéria de discussão para os tópicos seguintes.

Fundamentos constitucionais

A Magna Carta, em seu art. 229, assegura que os pais possuem a responsabilidade de educar, criar e assistir os filhos menores, e os filhos maiores possuem a obrigação de auxiliar e amparar os pais, sendo que na ausência destes, o dever incide sobre os avós, ou sobre os netos, ou também, aos parentes mais próximos. Como efeito, reconhece-se que o dever alimentar apenas será passado aos avós quando os pais não realizarem as imprescindibilidades do alimentando (FERREIRA, 2019).

É conveniente ressaltar que a obrigação avoenga no oferecimento dos alimentos obedecerá aos mesmos critérios determinados no dever alimentar dos pais, sendo eles, a imprescindibilidade do alimentado, quando este não possui condições de realizar o seu próprio sustento; a hipótese do alimentante de arcar com o dever sem atingir sua própria subsistência e a proporcionalidade entre as imprescindibilidades de quem demanda e as circunstâncias financeiras do indivíduo obrigado a oferecer os alimentos, existindo, deste modo, uma harmonia entre os binômios, a fim de que nenhum dos sujeitos seja lesado (DUFNER, 2017).

Além dos critérios exigidos, o alimentado possui garantia à convivência familiar e à proteção, isto é, detém a garantia de usufruir da companhia dos avós e demais parentes, os quais são responsáveis ligados com a coletividade e o Poder Público em protegê-los contra toda espécie de opressão, violência, exploração e negligência, segundo estabelece o art. 227 da Constituição Federal (CRUZ; KURANAKA, 2018).

A responsabilidade dos avós no que concerne aos netos advém do parentesco, e, por este motivo, somente em circunstâncias especiais é possível a determinação de alimentos que serão pagos pelos avós aos netos, contanto que se apresente que a quantia a título de pensão alimentícia não lesionará a sua própria subsistência. A obrigação alimentar avoenga advém da solidariedade familiar, sendo atribuída de particularidades, tais como, a impenhorabilidade, a irrenunciabilidade, a reciprocidade, a condicionalidade, a divisibilidade, a periodicidade e transmissibilidade (HERKENHOFF; DE CARVALHO NETO, 2021).

Da natureza jurídica

A obrigação avoenga justifica-se na designação da responsabilidade de solidariedade familiar, bem como na obediência à garantia fundamental de tutela ao

menor, que constata o preceito da dignidade da pessoa humana. A compreensão de alimentos para o direito é bastante superior à definição do termo “alimentos”. No ordenamento jurídico, esta expressão serve como uma obrigação ampla de tutela, sendo cada vez mais abrangente, havendo atualmente uma definição de alimentos naturais e civis que compreendem educação, habitação, saúde, vestuário, alimentação, bem como a conservação da qualidade de vida (PATRÍCIO, 2020).

Os alimentos são devidos por esse vínculo de parentesco independentemente do estado pessoal ou da relação de convivência entre os parentes. Por essa razão, caso alguém não possua condições de viver dignamente, será determinado aos seus parentes a responsabilidade de garantir o seu sustento. Com fundamento no art. 1.696 do Código Civil, a obrigação de oferecer alimentos é recíproca entre os parentes, todavia incide no grau mais próximo (MORAIS, 2020).

Sobre a natureza jurídica da obrigação avoenga, Dias (2010) comenta que

Tanto os pais e avós devem alimentos a filhos e netos, quanto netos e filhos tem obrigação como os ascendentes. Entre os ascendentes o ônus recai sobre os mais próximos. Os primeiros obrigados a prestar pensão são os pais, que devem ser acionados antes dos avós e estes, antes das bisavós (DIAS, 2010, p. 89)

Portanto, é possível reconhecer na doutrina e jurisprudência brasileira a propensão pela procura pela responsabilidade subsidiária dos avós, considerando que prepondera a inteligência conforme a qual é responsabilidade direta dos pais o oferecimento de alimentos aos filhos (MORAIS, 2020).

De acordo com Cosme (2019) para os que compreendem a subsidiariedade, os pais são obrigados aos alimentos, ressalvado se não possuírem condições de oferecer a pensão, de forma que, somente assim, poderá se demandar do restante da cadeia parental. Refletindo deste modo, apenas é possível recorrer aos ascendentes em segunda linha depois de finalizados todos os instrumentos de garantia dos genitores.

A procura pela realização da dignidade humana mencionada no art. 1º da Magna Carta, oportuniza o alcance das relações biológicas e afetivas, uma que existe um comprometimento recíproco independentemente dos vínculos sanguíneos. Os artigos 1.697 e 1.698 do Código Civil ampliam a responsabilidade de oferecer alimentos a todos os parentes, entretanto, apenas depois de finalizados os recursos aos ascendentes é que se deve buscar os ulteriores (NABETA, 2016).

POSICIONAMENTO DO STJ SOBRE OS ALIMENTOS AVOENGOS

Assim como na doutrina, ao investigar o caráter processual do instituto de introdução de potenciais alimentantes à obrigação alimentar, o Superior Tribunal de Justiça também se apropriou de algumas particularidades atinentes a esta espécie de obrigação (COSTA; ROCHA, 2017).

O Exmo. Sr. Ministro Marco Buzzi, no Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.389.845 - PR (2013/0210976-4), esclarece esta inteligência, valendo-se dos ensinamentos de Carlos Roberto Gonçalves:

Como se vê, o Tribunal de origem, após a apreciação do acervo probatório acostado aos autos, consignou que restou demonstrada a tentativa de execução do genitor, porém sem sucesso, em razão da impossibilidade de adimplemento da dívida alimentar pelo pai, fato este que legitima os avós a figurar no polo passivo da ação. Acerca do assunto, colhe-se dos ensinamentos de Carlos Roberto Gonçalves: A ação deve ser dirigida primeiramente contra o pai, para, na impossibilidade dele, serem chamados os avós. [...] Se, no entender, o pai, comprovadamente, estiver ausente, ou, estando presente, não reunir condições para responder pela obrigação alimentar, a ação poderá, como dito, ser ajuizada somente contra os avós [...]. (Direito Civil Brasileiro. Direito de Família. Vol. 6. 7. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 526) (...) tornando-o parte legítima para o pólo passivo da demanda.

A Ministra Nancy Andrighi, no Recurso Especial nº 1.211.314 – SP (2010/0163709-4), de uma forma mais pormenorizada, empregando a doutrina de escritores como Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald e Yussef Cahali, confirma esta inteligência asseverando que:

A obrigação alimentar entre ascendentes e descendentes, pela regra disposta no art. 1.696 do CC-02, está estabelecida em ordem sucessiva, em que os mais próximos, em grau, preferem aos mais distantes, na condição de alimentantes. Sob essa ótica, apenas na impossibilidade de os genitores prestarem alimentos, ou mesmo na sua falta, serão os parentes mais remotos demandados, estendendo-se a obrigação alimentar, na hipótese, para os ascendentes mais próximos.

(...) É de se notar, inicialmente, que o parente de grau mais próximo não exclui, tão só pela sua existência, aquele mais distante, porém, os mais remotos somente serão demandados na incapacidade daqueles mais próximos de prestarem os alimentos devidos. A rigidez se justifica por ser a obrigação avoenga subsidiária e complementar, não se podendo, a talante do credor de alimentos, ignorar-se o devedor primário por mero comodismo, ou mesmo cupidez daquele que busca alimentos. Em idêntico sentido ponderam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald: Frente ao que se expõe, é fácil perceber que a obrigação alimentar avoenga é excepcional, somente se justificando

quando, efetivamente, as necessidades de quem recebe os alimentos não puderem ser atendidas, em sua inteireza, pelo devedor vestibular. Logo, a melhor condição econômica dos avós não justifica a condenação avoenga, estando submetida, efetivamente, à prova da impossibilidade do genitor de atender às necessidades do credor (Farias, Cristiano Chaves de e Rosenvald, Nelson in: Direito das famílias, 3ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pag. 804). (...) Essa impossibilidade só existirá na presença de condições concretas como o desemprego do alimentante-primário, sua ausência, ou mesmo sua falta, situações que, no mais das vezes, tendem a confirmar o desamparo do alimentado e a necessidade de socorro ao ascendente de grau imediato. (...) Como bem afirma Yussef Cahali: Não vemos óbice, porém, a que a ação seja ajuizada desde logo apenas contra o ascendente de grau sucessivo, sem que a este seja dado o direito de impor a integração na lide de todos os ascendentes de grau mais próximo. Ocorre que, neste caso, o alimentado, preterindo desde logo a e escala legal de preferência, sujeita-se, sob pena de ver desatendido o pedido, à prova plena da falta ou impossibilidade econômica dos ascendentes de grau inferior imediatos. (CAHALI, Yussef Said, in: Dos alimentos, 6ª ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, pag. 480).

(...) Para essas circunstâncias, indo além da singular cobrança, o alimentado deve finalizar todos os instrumentos processuais disponíveis para obrigar o alimentante a desempenhar sua obrigação, inclusive valendo-se da coação extrema preceituada no art. 733 do CPC. Somente com o esgotamento dos meios de cobrança sobre o devedor primário – pai –, fica caracterizada a periclitante segurança alimentar da prole, que autorizaria a busca do

ascendente de grau mais remoto, em nome da sobrevivência do alimentado. Se ocorresse essa situação, apesar de existir capacidade laboral ou, ainda, efetiva atividade remunerada do alimentante, a sua renitência em cumprir sua obrigação alimentar autorizaria o pedido de alimentos ao ascendente de grau sucessivo – in casu, à avó –, pois o valor contraposto, nessa circunstância– segurança alimentar dos netos –, permitiria a mitigação da ordem legal, mesmo sem a demonstração da incapacidade do pai de prover o sustento de sua prole.

É notória na jurisprudência do STJ a imprescindibilidade de se procurar, de modo exauriente, primeiro nos genitores, ou seja, mãe e pai, os alimentos para daí então procurar a subsidiariedade e a complementariedade aos avós (FERREIRA, 2019). Isso ocorre, pois existem um número muito significativo de pais que não cumprem a responsabilidade do sustento de seus filhos, e nesse caso, se a legislação fosse compulsória, os avós seriam responsabilizados de imediato.

Assim, existem discussões no âmbito do Estatuto do Idoso que ampliam as discussões sobre esta temática, visto que muitos idosos se encontram em situação de pobreza, e não teriam condições de arcar com a obrigação avoenga de seus netos (DUFNER, 2017). Nesse caso, outras questões judiciais são envolvidas, necessitando de uma maior discussão sobre a possibilidade ou impossibilidade da execução da obrigação avoenga.

CONCLUSÃO

O objetivo central deste artigo foi analisar a obrigatoriedade da provisão de alimentos aos menores de idade pelos avós na ausência dos pais. Considera-se que este objetivo foi alcançado mediante a pesquisa bibliográfica e documental que foi realizada, na qual foi possível coletar e analisar dados importantes sobre essa temática, a fim de contribuir com novas discussões na área do direito da família.

Em relação a obrigação avoenga, verificou-se que esta se trata da responsabilização judicial dos avós em suprir o sustento de seus netos na falta dos pais por motivos de força maior. Nesse caso, a incapacidade dos pais em suprir o sustento de seus filhos podem ser por questões financeiras ou por motivo de óbito, onde a criança ou o adolescente fica desamparado.

Além disso, esta pesquisa verificou que, no Brasil, a obrigação avoenga é formalizada pelo Código Civil e é compreendida como uma forma de estender a responsabilidade dos pais aos avós na falta dos mesmos, para que as crianças e adolescentes não fiquem

desamparadas sobre o seu sustento, sendo estas ações orientadas também pela Constituição e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

No entanto, as pesquisas e as legislações investigadas demonstraram que a obrigação avoenga não é automática, e só ocorre na comprovação total na incapacidade dos pais em prover o sustento de seus filhos. De modo geral, conclui-se que esta temática é relevante para o direito da família, pois trata de um assunto importante para a ordem da responsabilização de alimentos de crianças e adolescentes.

Porém, este estudo não esgota as discussões a respeito desta temática, visto que existe ainda a percepção do Estatuto do Idoso a respeito da obrigação avoenga, no qual amplia as discussões sobre o direito do idoso, principalmente aqueles que não tem condições financeiras de assumir a responsabilidade alimentícia dos netos. Assim, considera-se necessária mais pesquisas que possam explorar de modo mais amplo todos os campos desta discussão.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Versa sobre o Código Civil de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 17 out. 2021.

BRASIL. STJ – **REsp 1.211.314 SP 2010/0163709-4**, Relatora: Ministra Nancy

Andrighi, Data de Publicação: DJ 15/09/2011. Acesso em: 27 out 2021

BRASIL. STJ – **AgRg no REsp 1.389.845 PR 2013/0210976-4**, Relator: Ministro Marco Buzzi, Data de Publicação: DJ 17/09/2015. Acesso em: 27 out 2021.

COSME, Paulo Vinícius Meira. **A responsabilidade avoenga: direito de visitação e alimentos**. 2019. Disponível em: <https://repositorio.ivc.br/handle/123456789/83>. Acesso em: 31 out. 2021.

COSTA, Maria Aracy Menezes da. Os limites da obrigação alimentar dos avós. **Porto Alegre: Livraria do Advogado**, 2011. Disponível em: <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:rededevirtual.bibliotecas:livro:2011;000912784>. Acesso em: 30 out. 2021.

COSTA, Vanuza Pires; ROCHA, Waléria de Oliveira. Da obrigação avoenga. In: **8ª JICE-Jornada de Iniciação Científica e Extensão**. 2017. Disponível em: <https://propi.ifto.edu.br/ocs/index.php/jice/8jice/paper/view/8261>. Acesso em: 31 out. 2021.

CRUZ, Thiago Henrique Dib; KURANAKA, Jorge. **Alimentos Avoengos**. 2018. Disponível em: <https://servicos.unitoledo.br/repositorio/handle/7574/2116>. Acesso em: 01 nov. 2021.

DIAS, Maria Berenice, **Manual de direito das famílias**. 6. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. Disponível em: <https://forumturbo.org/wp-content/uploads/wpforo/attachments/65655/5077-Manual-de-Direito-das-Famlias-by-Maria-Berenice-Dias-z-lib-org.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2021.

DUFNER, Samantha KC Khoury Crepaldi. A Obrigação alimentar subsidiária avoenga e a prisão civil dos avós à luz do Estatuto do Idoso e da Dignidade Humana. **Ensaio USF**, v. 1, n. 1, p. 171-186, 2017. Disponível em: <http://ensaios.usf.edu.br/ensaios/article/view/52>. Acesso em: 01 nov. 2021.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: direito das famílias**. 6. Ed. Salvador: Edições Juspodvim, 2013. Disponível em: [http://www5.trf5.jus.br/novasAquisicoes/sumario/curso de direito civil v. 6 170-2020_sumario.pdf](http://www5.trf5.jus.br/novasAquisicoes/sumario/curso%20de%20direito%20civil%20v.%206%20170-2020_sumario.pdf). Acesso em: 30 out. 2021.

FERREIRA, Amanda Mesquita. **Os alimentos avoengos e a interpretação jurisprudencial da relativização da obrigação alimentar dos avós**. 2019. Disponível em: <https://dspace.doctum.edu.br/handle/123456789/2394>. Acesso em: 01 nov. 2021.

HERKENHOFF, Henrique Geaquinto; NETO, Inacio de Carvalho. Os alimentos avoengos e seus limites. **Revista de Direito Civil Contemporâneo-RDCC (Journal of Contemporary Private Law)**, v. 26, p. 213-233, 2021. Disponível em: <http://ojs.direitocivilcontemporaneo.com/index.php/rdcc/article/view/884>. Acesso em: 01 nov. 2021.

MORAIS, Ana Flávia Mendonça de. **A Obrigação avoenga na prestação de alimentos frente ao ordenamento jurídico brasileiro**. 2020. Disponível em: <http://189.3.77.149/handle/123456789/604>. Acesso em: 02 nov. 2021.

NABETA, Thainá Mayumi Carducci. Da revitalização da prisão civil na execução de alimentos avoengos. **ETIC – Encontro de Iniciação Científica** – ISSN. 21-76-8498, v. 12, n. 12, 2016. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/5744>. Acesso em: 02 nov. 2021.

PATRÍCIO, Dayane Fernandes. **A responsabilidade dos avós na obrigação alimentar**. 2020. Disponível em: <https://repositorio.pucgoias.edu.br/jspui/handle/123456789/241>. Acesso em: 31 out. 2021.

SOUZA, Eduardo F. et al. **Da mitigação da prisão dos avós quando do inadimplemento da obrigação alimentar avoenga.** 2018. Disponível em: <http://45.4.96.19/handle/aee/17648>. Acesso em: 01 nov. 2021.

PANDEMIA: VIOLÊNCIA E ABUSO SEXUAL: UM VÍRUS E DUAS GUERRAS. UMA ANÁLISE SÓCIO JURÍDICA ACERCA DO AUMENTO DE CASOS DE VIOLÊNCIA E ABUSO SEXUAL DURANTE O ISOLAMENTO SOCIAL EM VIRTUDE DA PANDEMIA DO COVID-19

JESSICA SIQUEIRA DOS SANTOS:
graduanda em Direito pela
FAMETRO

Resumo: Apesar dos “avanços sociais e jurídicos” propagados constantemente pelas mídias, há condutas que apesar de parecerem antiquadas e existentes somente nas antigas sociedades, encontram-se inseridas socialmente até hoje, sendo os casos de violência e abuso sexual uma delas. Sabe-se que estes crimes compõem uma das principais mazelas sociais existentes no Brasil e diariamente os índices de casos apenas sobem, números estes que conforme será demonstrado no presente estudo, dobraram diante da obrigatoriedade do isolamento social em virtude da pandemia do COVID-19. Este trabalho tem por objetivo identificar os principais fatores que contribuíram para a elevação no número de ocorrências de violência e abuso sexual durante o isolamento social. Trata-se de estudo o qual pode ser enquadrado como teórico, aplicado e bibliográfico construído por meio de pesquisa descritiva Utilizou-se como fonte de estudos: artigos científicos, legislações pertinentes ao tema e matérias jornalísticas nacionais e locais. Ao final do estudo foi possível concluir que...

Palavras-chave: Pandemia; COVID-19; Isolamento Social; Violência e Abuso Sexual.

Abstract: Despite the “social and legal advances” constantly propagated by the media, there are behaviors that, despite appearing to be outdated and existing only in ancient societies, are still socially embedded today, with cases of violence and sexual abuse being one of them. It is known that these crimes are one of the main social problems existing in Brazil and daily case rates only increase, numbers which, as will be shown in this study, have doubled in view of the mandatory social isolation due to the COVID-19 pandemic. This work aims to identify the main factors that contributed to the increase in the number of occurrences of violence and sexual abuse during social isolation. It is a study which can be framed as theoretical, applied and bibliographical built through descriptive research. The source of studies was used as a source of studies: scientific articles, legislation relevant to the topic and national and local journalistic matters. At the end of the study, it was possible to conclude that...

Keywords: Pandemic; COVID-19; Social isolation; Violence and Sexual Abuse.

1. INTRODUÇÃO

Com o advento da pandemia do COVID-19 e a alta propagação do vírus, o isolamento social tornou-se obrigatório no Brasil e no mundo, como meio de redução da propagação do vírus. Todavia, apesar dessa obrigatoriedade apresentar-se positivamente como meio protetivo no que diz respeito a proteção quanto a contaminação, iniciava-se aí um cenário onde há um vírus e duas guerras. Afinal, o lar que deveria representar um ponto de paz e segurança, tornava-se agora o local onde a vítima e seu agressor/abusador deveriam compartilhar o mesmo ambiente 24h por dia. Isso porque apesar dos “avanços sociais e jurídicos” propagados constantemente pelas mídias, há condutas que apesar de parecerem antiquadas e existentes somente nas antigas sociedades, encontram-se inseridas socialmente até hoje, sendo os casos de violência e abuso sexual uma delas, afinal sabe-se que estes crimes compõem uma das principais mazelas sociais existentes no Brasil e diariamente os índices de casos apenas sobem, números estes que conforme será demonstrado no presente estudo, dobraram diante da obrigatoriedade do isolamento social durante o cenário pandêmico.

Diferentemente do que muitos pensam, a violência e o abuso sexual estão presentes não somente nas sociedades de baixo poder econômico mais também na denominada sociedade de classe “A”. A legislação nacional que versa sobre o assunto é a Lei nº 12.015/2009, a qual integra o código penal e oferta proteção as vítimas quando da existência de crimes contra a dignidade sexual. Todavia, é importante salientar que apesar da existência de legislação que verse sobre o tema e de órgãos que atuem nos casos, maior parte das vítimas optam por silenciarem as ocorrências e conseqüentemente as denúncias dos agressores/abusadores, por motivos que merecem serem analisados.

Este trabalho tem por objetivo identificar os principais fatores que contribuíram para a elevação no número de ocorrências de violência e abuso sexual durante o isolamento social. Trata-se de estudo o qual pode ser enquadrado como teórico, aplicado e bibliográfico construído por meio de pesquisa descritiva no qual utilizou-se como fonte: artigos científicos, legislações pertinentes ao tema e matérias jornalísticas nacionais e locais.

O presente estudo encontra-se dividido em dois capítulos com as suas subdivisões, onde o primeiro tem como tema central o COVID-19 e o segundo capítulo encontra-se direcionado a abordagem sobre a Violência e o Abuso Sexual durante a pandemia do COVID-19.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1 COVID-19: Conceito, Evolução e Contexto Histórico

Em um contexto histórico sobre a COVID-19 cabe informar que no dia 31 de dezembro de 2019, a Organização Mundial de Saúde – OMS, recebeu a notificação de casos de pneumonias localizados na cidade de Wuhan, na China. Transcorrido o tempo exato de uma semana, as autoridades afirmaram que tratava-se de um novo tipo do vírus, o qual foi denominado por SARS-COV-2. A partir de então, diante do aumento de casos com uma celeridade jamais vista, a Organização Mundial de Saúde – OMS em 30 de janeiro de 2020 acendeu um alerta a nível internacional em termos de Saúde Pública e poucos dias depois, em 11 de março, o COVID-19 passava a ser considerado uma pandemia, demonstrando a gravidade do que estava por vir.

O diretor-geral da Organização Mundial da Saúde (OMS), Tedros Adhanom Ghebreyesus, anunciou nesta quarta-feira (11), em Genebra, na Suíça, que a COVID-19, doença causada pelo novo coronavírus, é agora caracterizada como uma pandemia. “Atualmente, existem mais de 118 mil casos em 114 países e 4,2 mil pessoas perderam a vida. Outras milhares estão lutando por suas vidas em hospitais. Nos próximos dias e semanas, esperamos ver o número de casos, o número de mortes e o número de países afetados aumentar ainda mais”, afirmou Tedros. No dia 30 de janeiro deste ano, a OMS já havia declarado que o surto do novo coronavírus constitui uma Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional (ESPII) – o mais alto nível de alerta da Organização, conforme previsto no Regulamento Sanitário Internacional (OMS, 2020).

Diante da apresentação do alto contágio, as autoridades públicas determinaram a obrigatoriedade do isolamento social como medida de enfrentamento a disseminação do novo coronavírus, e é nesse momento que não somente os índices de contágio do novo coronavírus passavam a ficar em alta mais também os índices de denúncias referente a problemas já conhecidos pela sociedade mas que se evidenciavam frente a obrigatoriedade do isolamento social, tais como: violência doméstica, violência e abuso sexual e etc. Afinal, milhares de famílias deviam se resguardar em suas residências afim de evitarem a proliferação do vírus.

Desde o início da pandemia muito se ouviu falar sobre as medidas de distanciamento social, por isso se faz importante mencioná-las aqui e demonstrar qual o efeito de cada uma. Vejamos o que leciona as autoras Estela e Raiza (2020)⁶⁰ sobre esses conceitos:

⁶⁰ Aquino, Estela M. L. et al. Medidas de distanciamento social no controle da pandemia de COVID-19: potenciais impactos e desafios no Brasil. *Ciência & Saúde Coletiva* [online]. v. 25, suppl 1 [Acessado 26 Agosto

O **isolamento** é a separação das pessoas doentes daquelas não infectadas com o objetivo de reduzir o risco de transmissão da doença. Para ser efetivo, o isolamento dos doentes requer que a detecção dos casos seja precoce e que a transmissibilidade viral daqueles assintomáticos seja muito baixa. No caso da COVID-19, em que existe um maior período de incubação, se comparado a outras viroses, a alta transmissibilidade da doença por assintomáticos limita a efetividade do isolamento de casos, como única ou principal medida. De fato, há evidências de que indivíduos assintomáticos com SARS-CoV-2 têm carga viral semelhante aos pacientes sintomáticos, o que é corroborado com relatos de pessoas assintomáticas e com sintomas leves envolvidas na transmissão da doença. Dessa forma, a aplicação massiva de testes diagnósticos, que permite a identificação dos indivíduos infectados, como adotado na Alemanha e na Coreia do Sul, é essencial para a efetividade do isolamento.

A **quarentena**, é a restrição do movimento de pessoas que se presume terem sido expostas a uma doença contagiosa, mas que não estão doentes, ou porque não foram infectadas, ou porque ainda estão no período de incubação ou mesmo porque, na COVID-19, permanecerão assintomáticas e não serão identificadas. Pode ser aplicada no nível individual ou de grupo, mantendo as pessoas expostas nos próprios domicílios, em instituições ou outros locais especialmente designados. A quarentena pode ser voluntária ou obrigatória. Durante a quarentena, todos os indivíduos devem ser monitorados quanto à ocorrência de quaisquer sintomas. Se tais sintomas aparecerem, as pessoas devem ser imediatamente isoladas e tratadas. A quarentena é mais bem-sucedida em situações nas quais a detecção de casos é rápida e os contatos podem ser identificados e rastreados em um curto espaço de tempo.

O **distanciamento social** envolve medidas que têm como objetivo reduzir as interações em uma comunidade, que pode incluir pessoas infectadas, ainda não identificadas e, portanto, não isoladas. Como as doenças transmitidas por gotículas respiratórias exigem certa proximidade física para ocorrer o contágio, o distanciamento social permite reduzir a transmissão. Exemplos de medidas que têm sido adotadas com essa finalidade incluem: o fechamento de escolas e

locais de trabalho, a suspensão de alguns tipos de comércio e o cancelamento de eventos para evitar aglomeração de pessoas. O distanciamento social é particularmente útil em contextos com transmissão comunitária, nos quais as medidas de restrições impostas, exclusivamente, aos casos conhecidos ou aos mais vulneráveis são consideradas insuficientes para impedir novas transmissões. O caso extremo de distanciamento social é a contenção comunitária ou bloqueio (em inglês, lockdown) que se refere a uma intervenção rigorosa aplicada a toda uma comunidade, cidade ou região através da proibição de que as pessoas saiam dos seus domicílios – exceto para a aquisição de suprimentos básicos ou a ida a serviços de urgência – com o objetivo de reduzir drasticamente o contato social.

Apesar de as medidas serem apresentadas apenas como fonte de proteção, infelizmente a obrigatoriedade das mesmas escancarou a todos as mazelas sociais existentes, em especial aquelas voltadas para falha na segurança pública. Com isso, mostrou-se a outra face das medidas de distanciamento que são as consequências que ele apresentou. Adiante conheceremos mais sobre estas.

2.1.1 Isolamento social e suas Consequências

É evidente que o mundo já não será o mesmo após a pandemia do novo coronavírus, afinal milhões de vidas foram ceifadas e com isso as famílias se desconstruíram de forma muito impactante e precocemente. No entanto, além desse fator, há ainda as consequências que o isolamento social trouxe a diversos indivíduos, as quais variam entre consequências físicas e emocionais.

Na presente subseção abordaremos sobre o isolamento social e as consequências que este trouxe, inicialmente abordaremos sob um aspecto geral e sem seguida de forma mais direcionada ao tema central do presente estudo.

Devido a necessidade de distanciamento social recomendado pela epidemiologia, muitas pessoas passaram a serem obrigadas a ficarem em suas residências juntamente com seus familiares como meio de redução quanto a proliferação do vírus. Assim, crianças deixaram de frequentar o ambiente escolar, grande parte dos pais tiveram que passar a trabalhar em regime de Home Office e os idosos que compunham o grupo familiar necessitavam permanecer em suas residências, ou seja, repentinamente a família precisou conviver 24 horas por dia, isolados da sociedade.

A idéia do Isolamento social demonstrava-se útil e aparentemente eficaz no combate a proliferação do vírus, contudo foi ao iniciar esse isolamento que evidenciou-se

que o mundo inteiro passava a viver um vírus e duas guerras, a guerra do combate a doença que este causava e a guerra do aumento de casos de violência doméstica e abuso sexual. Insta informar que além dessas mazelas, muitas outras evidenciaram-se a partir da obrigatoriedade de ficar em casa.

A elevação dos índices de violência doméstica e abuso sexual podem ser consideradas como uma das principais consequências (negativas) do isolamento social, além delas pode-se contabilizar ainda os casos de depressão, desempregos, fome e elevação na dificuldade a saneamento básico, especialmente por parte do público de baixa renda.

Considerando o tema central do presente estudo e o fato de que a violência e o abuso sexual estão dentre as principais e piores consequências do isolamento social, é importante destacar que conforme lecionado pelos especialistas, a elevação dos índices de violência e abuso sexual dentro do ambiente familiar nesse período pandêmico não era fator que inexistisse em momento anterior a pandemia do COVID-19 mais que trata-se de mazelas sociais da segurança pública que já preexistiam e apenas evidenciaram-se e ganharam uma visão maior devido a obrigatoriedade de agressores/abusadores e vítimas permanecem 24 horas por dia dentro do mesmo ambiente residencial, o que antes não era tão visível devido ao fato de que a vítima conseguia sair de casa por um período maior e com isso reduzia a possibilidade de ocorrência desses atos.

A violência pode ser classificada como o resultado de inúmeros pontos que compõe a sociedade, tais como: impactos emocionais familiares, relações interpessoais, modo de criação e etc. No que tange a violência e abuso sexual infantil, infelizmente é importante destacar que é um dos temas de saúde pública com maior incidência epidemiológica.

Em específico, a violência sexual, para a Organização Mundial de Saúde (OMS), caracteriza-se como um problema global presente em todos os níveis da sociedade, o qual diferentemente do que muitos pensam acomete pessoas de todos os sexos, idades e classe social. Apesar de variar de acordo com abordagens científicas, sociais, países e regiões, a violência sexual é definida como qualquer ato sexual ou tentativa de obtê-lo, utilizando de força ou coerção, ameaças de danos, por qualquer pessoa, independente do grau de relação com a vítima e do ambiente no qual a violência ocorre (World Health Organization, 2003).

Na conjunção da infância, violência sexual pode ser caracterizada como o ato ou jogo sexual, cometido por pessoas em estágio de desenvolvimento psicossocial mais avançado que a vítima, que tem por finalidade estimular sexualmente a criança ou adolescente, para obter satisfação sexual. É algo que abrange relações homo e heterossexuais, de forma não consentida, ou seja, que acontece de

maneira imposta, e pode se caracterizar como estupro, incesto, assédio sexual, exploração sexual, exposição à pornografia, pedofilia, manipulação de genitália, imposição de intimidades, exibicionismo, práticas eróticas e/ou “voyerismo” (Brasil, 2010).

No contexto de aumento de número de casos durante o isolamento social devido a pandemia do COVID-19 é importante trazer a baila os dados apresentados pela Organização das Nações Unidas (ONU), o qual aponta que o afastamento da criança da rotina da escola aumenta o risco de exposição à negligência, maus tratos e violência dentro de casa. Em números, tem-se que há 1,5 vezes mais chances de a criança em situação de isolamento ser vítima de violência, e quatro a 10 vezes maior probabilidade de vivenciar maus tratos (ONU, 2018).

Os dados acima apresentados explicam de certa forma o motivo pelo qual os números aumentaram, afinal, diante da obrigatoriedade de isolamento social as crianças precisaram se afastar dos ambientes extrafamiliar e com isso ficaram sem ter a quem pedir socorro, elevando sua vulnerabilidade e conseqüentemente os índices. Todavia, faz-se necessário que o tema seja abordado não somente quando a problemática evidencia-se (como aconteceu na pandemia), mais que sobretudo seja abordado e solucionado preventivamente antes que se conclua os atos.

No capítulo seguinte, abordar-se-á sobre a violência sexual no contexto da pandemia de forma mais detalhada, possibilitando uma visão mais ampla sobre a problemática.

2.2 Violência e Abuso Sexual Durante a Pandemia do Covid-19

Conforme já previamente demonstrado no corpo do presente artigo, com o advento da pandemia do COVID-19 os números que já se demonstravam alto em relação a ocorrências de violência e abuso sexual elevaram significativamente e o que se pode concluir de antemão é que o motivo desse aumento advém da obrigatoriedade de permanecer no mesmo domicílio que o agressor/abusador, nesse contexto levanta-se a questão de que na grande maioria das vezes os autores e as vítimas estão convivendo no mesmo ambiente e isso fica oculto do restante da família e da sociedade.

2.2.1 Conceito e Contexto Histórico de Violência e Abuso Sexual

Ao adentrarmos no desenvolvimento do tema em questão é importante conceituar os termos violência e abuso sexual para que deste modo se tenha uma melhor compreensão sobre o tema. Em um apanhado com a opinião de vários autores, tem-se o conceito de violência que merece aqui ser apresentado, vejamos:

O termo violência, que vem do latim violentia¹, significa abuso de força, tirania, opressão, veemência, ação violenta, coação física ou moral, tornou-se um dos temas mais discutidos na pós-modernidade, por esta razão este trabalho focará a violência, mais especificamente o abuso sexual contra a criança e adolescente ao longo da história da história da humanidade e os fatores que propiciam a sua prática e os mantenedores, desde a antigüidade à pós-modernidade (OLIVEIRA, 2006, p. 8).

A violência é um fenômeno relatado desde a Antiguidade e cuja complexidade dinâmica emerge da vida em sociedade (Filho, 2001). É considerada um fenômeno social (Vendruscolo, Ribeiro, Armond, Almeida & Ferriani, 2004) que, particularmente a partir dos últimos trinta anos, vem adquirindo maior visibilidade social, sendo objeto de preocupação por parte do poder público e fonte de estudos científicos nas áreas da Psicologia, Ciências Sociais e Saúde Pública (Minayo & Souza, 1999; Organização Mundial de Saúde – OMS –, 2002).

Apesar de o conceito acima demonstrar-se bem completo, é importante salientar que para compreender a violência é imprescindível que se analise historicamente elementos sociais, morais, econômicos e patrimoniais. Para o autor Chauí (1985), a violência não é uma violação ou transgressão de normas, regras e leis, mas sim a conversão de uma diferença e também de uma assimetria numa relação hierárquica de desigualdade, com fins de dominação, exploração e opressão, que se efetiva na passividade e no silêncio. Ela se mostra ligada ao poder, pois se um domina de um lado, do outro está o sujeito dominado, violentado, ou seja, fica estabelecida uma relação de forças em que um polo se caracteriza pela dominação e o outro pela coisificação.

Interessante é refletir que a violência é fator existente desde as primeiras sociedades e é algo que promove intensa dor no ser humano, seja essa dor física ou psicológica, no entanto um ponto a ser observado é fato de que ao mesmo tempo que o ser humano sofre ele também muitas vezes é o principal causador de dor, o que torna-se totalmente contraditório.

Conceituada a violência e após a compreensão do que se trata, se faz importante agora analisarmos o conceito de abuso sexual (já dentro do contexto adulto x criança) para que assim seja possível uma melhor compreensão sobre o que se trata e interpretação de atos que possam ser caracterizados como abuso sexual.

Em uma análise mais simplificada e de modo geral é possível conceituar o abuso sexual como toda forma de relação ou ato sexual realizado entre duas pessoas (adulto x

criança/adolescente) a qual objetive a satisfação desse adulto, podendo esse ato chegar a conclusão após um início marcado por ameaça física, verbal, sedução ou coação.

Importante destacar que em termos mais técnicos a OMS (1999), ao referir-se à violência sexual em que a vítima é uma criança ou um adolescente, adota o termo abuso sexual infantil.

O abuso sexual contra crianças e adolescentes tem sido considerado um grave problema de saúde pública, devido aos altos índices de incidência e às sérias conseqüências para o desenvolvimento cognitivo, afetivo e social da vítima e de sua família (Gonçalves & Ferreira, 2002; Habigzang & Caminha, 2004; Osofsky, 1995). Salienta-se que este meio de violência pode ser definido através de qualquer contato ou interação entre uma criança/adolescente e outro indivíduo com estágio psicosssexual mais avançado do desenvolvimento, na qual a criança ou adolescente estiver sendo usado para estimulação sexual do perpetrador.

No contexto desse trabalho se faz imprescindível destacar que o abuso sexual, dependendo do vínculo existente entre abusador e vítima, poderá ser considerado intrafamiliar ou extrafamiliar. O primeiro é também conhecido como incesto e tem como autor não somente os pais e irmãos mais também primos, avós, tio, padrastos e madrastas. Já o abuso sexual extrafamiliar pode ser definido como aquele em que o autor não compõe o vínculo familiar da vítima, podendo ser conhecido ou desconhecido da família.

Conceituado os termos abordaremos agora sobre o contexto histórico da violência e abuso sexual contra crianças e adolescentes.

Conforme dito no início do presente trabalho, a violência e o abuso sexual são fatores existentes desde as primeiras sociedades e apesar de a sociedade já ter passado por significativas transformações e avanços sociais e jurídicos, há pontos que ainda restaram pendentes de avanço e infelizmente hoje ainda continuam compondo a lista de mazelas sociais existente no país e no mundo sendo ambos (violência e abuso sexual) um deles.

Nesse contexto histórico é importante trazer a baila que no transcorrer da história da sociedade, a negligência em face da criança e do adolescente foi um dos pontos acentuados da cultura humana, tendo em vista que apesar de uma criança demonstrar fragilidade, á época não havia noção em relação e isso e a fragilidade dessa fase da vida (infância), e diante disso, conseqüentemente pouco se discutia em relação ao tema o que explica a inexistência de uma política de proteção a esses indivíduos. O Autor Azambuja (2004, p. 21), citando Lourensz e Powell, discorre que a prática de violência contra a criança era tida como normal na antigüidade, essa afirmação é fundamentada na existência de um elevado índice de registros bíblicos e mitológicos sobre infanticídio e fratricídio.

Ainda assim é possível interpretar como uma das primeiras legislações voltadas ao tema, o código de Hamurábi, tendo em vista que este tinha em sua introdução o objetivo de disciplinar os maus-intencionados e impedir que o forte oprima o fraco. Destaca-se que as leis desse código traziam proteção especial aos órfãos, viúvas e aqueles mais vulneráveis no contexto social.

Mais adiante tem-se a civilização hebraica, a qual utilizava como base a lei mosaica (aquela escrita pelo patriarca Moisés) a qual abominava relações incestuosas entre pai-mãe/filho, avós/avôs e netos, irmão com irmãs, primos, tios e etc. Dentro desse contexto seria certo afirmar que de certo modo as crianças estavam preservadas dentro do ambiente familiar, no entanto é sabido também que devido a intenção de os povos do Egito não quererem repassar suas heranças e misturar suas linhagens com o povo cananeu, estes mantiveram a prática de casamento dentro do seio familiar por longos anos.

No período da Idade Média, no Ocidente, a noção de criança, simplesmente, não existia, todavia esta concepção não significava que ela fosse negligenciada ou até mesmo abandonada, uma vez que o sentimento da infância não significava o mesmo que afeição. Não havendo esta noção, a criança, logo que estivesse sem a necessidade dos cuidados maternos básicos, era vista como um adulto e desta forma crescia. Havia, também, uma alta taxa de mortalidade nesta faixa etária e, devido a esta situação, ela simplesmente não era contada quando muito pequena, pois a morte estava iminente e o pensamento de perda era visto como algo comum e corriqueiro (OLIVEIRA, 2006, p. 13).

Diante desse breve resumo histórico é possível observar que apesar da fragilidade de uma criança e dos cuidados que esta requer, nos primórdios essa proteção era inexistente e esses indivíduos indefesos eram tratados como adultos, os deixando desta forma exposto a todo e qualquer tipo de perigo seja em ambiente familiar ou social, o que de certa forma assemelha-se aos dias atuais, sendo fator diferente apenas a existência de uma legislação específica para esse público.

2.2.2 Correlação entre Isolamento Social e o Aumento dos Índices de Ocorrência de Violência e Abuso Sexual

Ao dar início a esse tópico é importante relembrar um ponto que foi indicado no corpo do presente trabalho, o qual versa sobre: *“o abuso sexual, dependendo do vínculo existente entre abusador e vítima, poderá ser considerado intrafamiliar ou extrafamiliar. O primeiro é também conhecido como incesto e tem como autor não somente os pais e irmãos mais também primos, avós, tio, padrastos e madrastas. Já o abuso sexual extrafamiliar pode ser definido como aquele em que o autor não*

compõe o vínculo familiar da vítima, podendo ser conhecido ou desconhecido da família". O presente lembrete serve como base para interpretação dos possíveis motivos que fundamentam o aumento dos índices de ocorrência de violência sexual durante a obrigatoriedade do isolamento social dentro do contexto pandêmico devido ao novo coronavírus.

Infelizmente a violência e o abuso sexual no ambiente intrafamiliar é um fator que vem sendo cada dia mais frequente na realidade de muitas vítimas e diferente do que muitos pensam de acordo com o que leciona Ferrari e Vecina (2004), a violência intrafamiliar aparece em qualquer nível social, raça, etnia ou credo. Consoante a isso, Guerra (1998) afirma que tal violência tem outros determinantes que não são apenas estruturais, sendo um tipo de violência que permeia todas as classes sociais como uma violência de natureza interpessoal.

Insta informar que casos de violência sexual e abuso contra crianças e adolescentes é algo que acontece cotidianamente no Brasil e que se demonstra de difícil complexibilidade e resolução. Fator este que conforme descrito abaixo, elevou-se ainda mais durante o cenário pandêmico tendo em vista que não há escolas ou parques abertos para que as vítimas possam gritar por socorro.

A violência sexual intrafamiliar ocorre em um ambiente restrito e, aliada ao contexto de isolamento social, torna a identificação e notificação cada vez mais complexa, pois o contato fora das relações familiares é inibido em razão das restrições impostas pela Covid-19, o que dificulta a constatação da violação de direitos sofrida por crianças e adolescentes (UNICEF, 2020, p. 3).

Ao analisar o tema minuciosamente é notório que crimes de violência e abuso sexual acontecem na maioria das vezes dentro de um ambiente fechado no qual o autor não abre margem para testemunhas ou qualquer vestígio, o que dificulta a apuração sobre o ocorrido, motivo pelo qual as autoridades fazem uso de instrumentos de escuta especializada para apurar o ato.

Autoridade apontam como principais autores desses crimes: tios, padrastos ou avôs. Com isso o que evidencia-se é que abusadores e suas vítimas estão na maioria das vezes convivendo frente a frente, não restando oportunidade para que estes últimos peçam auxílio a terceiros (especialmente em tempos de pandemia), afinal, todos estão dentro de suas casas observando a incerteza do futuro.

2.2.3 Isolamento social, violência e abuso sexual: Um vírus e duas guerras.

Dados fornecidos em momento anterior a pandemia do COVID-19 já apontavam um número bastante expressivo quanto a essas ocorrências, nesse período demonstrava-

se que a cada hora, ao menos quatro ou cinco crianças ou adolescentes eram vítimas de violência doméstica no país. No entanto, é importante lembrar que somente um em cada 10 vítimas realizam a denúncia, o que aponta para a possibilidade de números ainda maiores e mais alarmantes.

Dados do boletim epidemiológico nº 27 do Ministério da Saúde apontam que entre 2011 e 2017 foram registrados 141.105 casos de violência sexual contra crianças e adolescentes, o que configura 76,5% de todos os casos registrados. Importante chamar a atenção para o fato de que a maior parte das notificações é da região Sudeste, o que obviamente explicita o enorme índice de subnotificação. Dentre as vítimas, 74,2% são meninas, e 71,2% dos casos ocorrem nas residências (TEMER, 2020).

Há pouco mais de um ano desde que a pandemia teve início e em conjunto com ela a obrigatoriedade do isolamento social, os números citados abaixo demonstram a consequência da vulnerabilidade a qual meninos e meninas ficaram expostos. Vejamos:

De acordo com o MMFDH (Ministério da Mulher, Família e dos Direitos Humanos), no início da pandemia da covid-19, em março de 2020, quando ainda não haviam sido decretadas medidas rígidas, houve aumento de 45% de abusos sexuais contra crianças e adolescentes no Brasil em relação a 2019, quando 11.241 denúncias foram registradas pelo governo federal. No ano passado, o total subiu para 20.771.

Em abril de 2020, com as salas de aulas fechadas e o ensino remoto, os números caíram. No total, cerca de 19.663 registros desta violência foram efetuados. Os dados não mostram diminuição da violência, e sim o aumento da subnotificação (RODRIGUES, 2021).

Ainda nesse liame é importante salientar que não obstante a casos de violência intrafamiliar, está a ocorrência de casos de violência sexual infantil por meio das redes de internet. Afinal, diante da ociosidade que o isolamento social proporciona está também o livre acesso a conteúdos online, os quais muitas vezes dispõem materiais que contêm produção e distribuição nacional e internacional com conteúdo de pornografia infantil.

Relatório da Europol, inteligência policial da União Europeia, publicado no dia 3 de abril, demonstra que as organizações criminosas estão se adaptando aos novos tempos. Houve diminuição nas atividades de tráfico e contrabando e aceleração em outras — dentre as quais, a produção e distribuição de pornografia infantil. Na

Espanha, por exemplo, entre 17 e 24 de março, houve um aumento de 25% no download de material pornográfico infantil, tendência que, segundo o relatório, se verifica em outros países europeus (TEMER, 2020).

Diante do conhecimento dessa realidade, não há o que se questionar sobre os danos físicos e psíquicos naturalmente causados pela violência e abuso sexual, porém estes ganham ainda mais peso diante de um cenário pandêmico. Afinal, o medo da contaminação do vírus já existente quando somado ao convívio com o abusador, ocasiona temor e grandes sequelas emocionais nessa vítima.

É nessa perspectiva que surge a necessidade de adoção de medidas capazes de promover ações estratégicas propostas a partir da articulação entre políticas públicas com potencial de viabilizar o alcance aos meios de denúncia, os quais possuem o acesso dificultado em virtude dos obstáculos impostos pelas normas de isolamento social (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS – CIDH, 2020, p. 16).

Conforme demonstrado, o advento da pandemia serviu como lupa para as mazelas sociais já existentes, mais que até então demonstravam-se sem a devida atenção e o cuidado necessário para que estas pudessem ser devidamente resolvidas e antecipadamente evitadas, o que fez com que diante da imposição das restrições como meio de enfrentamento a disseminação do novo coronavírus a quantidade de denúncias sobre violência e abuso sexual se elevassem significativamente. Diante dessa realidade, considera-se importante abordar sobre o tema e assim mais um vez chamar atenção das autoridades públicas competentes para que as crianças e adolescentes vítimas de violência e abuso sexual sejam incluídas no orçamento público durante e pós pandemia (considerando a redução de casos e o programa de imunização de ocorre no país), para que investimentos sejam destinados a capacitação e inserção de profissionais que não somente identifiquem, mas sobretudo contribuam para a denúncia dos abusadores e assim sejam aplicadas as sanções cabíveis.

CONCLUSÃO

Conforme pôde ser contemplado no presente estudo, a pandemia resultante do novo coronavírus impactou diretamente a vida e a segurança de toda a sociedade. No entanto, foi dentro do âmbito social e familiar o qual já apresentava problemas relacionados a violência que ela ganhou um maior impacto e diante disso uma maior visibilidade sobre problemas preexistentes que apesar do dever de já estarem solucionados, não foram.

Em resposta ao aumento de novos casos de infecções por covid-19 as autoridades públicas de saúde tornaram obrigatório que toda a sociedade passasse a cumprir quarentena, distanciamento e isolamento social como uma forma de tentar evitar o aumento de casos devido a proliferação do vírus, no entanto, conforme demonstrado, dentro desse ambiente domiciliar apesar de as pessoas tornarem-se protegidas do vírus, passavam a ficar vulneráveis a agressões e abusos sexuais, em especial o público alvo que foi abordado no presente trabalho: crianças e adolescentes.

Diante da obrigatoriedade de isolamento como forma de proteção a infecção do novo coronavírus, milhares de crianças e adolescentes viram-se obrigadas a conviver 24h por dia com seus agressores/abusadores e diante do fato de as escolas estarem fechadas e qualquer ambiente que possibilitasse o convívio com terceiros, estas vítimas passaram a integrar o índice alarmante de aumento de casos de violência e abuso sexual dentro do contexto intrafamiliar. É importante destacar no entanto que essa problemática já é um problema social pré-existente de longas datas mas que apesar de sua gravidade, não é tratada com a importância e urgência que deveria, motivo pelo qual se escolheu abordar sobre o tema no presente estudo e hoje requer-se que o mesmo se torne público para que deste modo as pessoas sejam lembradas sobre a seriedade do assunto e a urgência em se adotar medidas eficazes quanto ao tema.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Aquino, Estela M. L. et al. Medidas de distanciamento social no controle da pandemia de COVID-19: potenciais impactos e desafios no Brasil. *Ciência & Saúde Coletiva* [online]. v. 25, suppl 1 [Acessado 26 Agosto 2021] , pp. 2423-2446. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/1413-81232020256.1.10502020>>. ISSN 1678-4561. <https://doi.org/10.1590/1413-81232020256.1.10502020>.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). Pandemia e direitos humanos nas Américas. Resolução nº 1/2020, de 10 de abril de 2020. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/pdf/Resolucao-1-20-pt.pdf>. Acesso em 02 Mai. de 2021.

LIMA, Eduardo; DA SILVA FERREIRA, Ewerton; QUADRADO, Jaqueline Carvalho. O AUMENTO DA VIOLÊNCIA CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTE DURANTE O ISOLAMENTO SOCIAL.

MELO, Isabela. **Entenda a diferença entre teletrabalho e home office**, 2020. Disponível em: < <https://www.pontotel.com.br/diferenca-teletrabalho-home-office/>>. Acesso em 06 Mai. de 2021.

NETO, Célio Pereira de Oliveira. **Quais os principais desafios para o teletrabalho pós COVID-19?** 2020. Disponível em: < https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/quais-os-principais-desafios-para-o-teletrabalho-pos-covid-19-03072020#_ftnref1>. Acesso em 30 de Abr. de 2020.

OPA/OMS. OMS afirma que COVID-19 agora é caracterizada como pandemia. Disponível em: <

https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6120:oms-afirma-que-covid-19-e-agora-caracterizada-como-pandemia&Itemid=812>. Acesso em 03 Mai. de 2021.

OMS. Atualização epidemiológica semanal – 29 de dezembro de 2020. Ministério da Saúde, 2020.

RODRIGUES, Fernando. Poder 360. Pandemia provoca subnotificação de casos de abuso infantil, 2021. Disponível em: < <https://www.poder360.com.br/coronavirus/pandemia-provoca-subnotificacao-de-casos-de-abuso-infantil/>>. Acesso em 22 de mai. de 2021.

TEMER, Luciana. Coronavírus e violência sexual infantil: Já não há escolas nem outros espaços onde as crianças possam pedir socorro. Disponível em: <https://www.geledes.org.br/coronavirus-e-violencia-sexual-infantil/>, Acesso em 11 Mai. de 2021.

UNICEF: Fundo das Nações Unidas para a Infância. 10 ações do UNICEF para responder ao coronavírus no Brasil. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/10-acoes-do-unicef-para-responder-aocoronavirus-no-brasil>. Acesso em 11 Mai. de 2021.

CHLICKMANN, F.; SCHMITT SIQUEIRA MENDES, M.; BORGIO KOCH SCHLICKMAN, R. O O ISOLAMENTO SOCIAL NA PANDEMIA DO CORONAVÍRUS E O AUMENTO DE VIOLÊNCIA SEXUAL CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES. **Ponto de Vista Jurídico**, Caçador (SC), Brasil, v. 9, n. 2, p. 78 - 86, 2020. DOI: 10.33362/juridico.v9i2.2398. Disponível em: <https://periodicos.uniarp.edu.br/index.php/juridico/article/view/2398>. Acesso em: 26 mai. 2021.

HABIGZANG, Luísa F. et al. Abuso sexual infantil e dinâmica familiar: aspectos observados em processos jurídicos. **Psicologia: teoria e pesquisa**, v. 21, n. 3, p. 341-348, 2005.

ASPECTOS LEGAIS DO LICENCIAMENTO AMBIENTAL EM FACE DA REFORMA AGRÁRIA COMO GARANTIA DA PRESERVAÇÃO AMBIENTAL E DESENVOLVIMENTO SOCIOECONÔMICO.

BIANCA ANDRADE DUARTE: Graduanda em Direito pelo Centro Universitário Católica do Tocantins - UNICATOLICA.

VALDIRENE CÁSSIA DA SILVA

WELLINGTON GOMES MIRANDA

(orientadores)

RESUMO: Diante de um cenário histórico de ocupação territorial, ao qual relaciona-se diretamente com as questões ambientais, o presente artigo levanta o contexto histórico do domínio de ocupação de terras no país e a necessidade da reforma agrária, bem como as garantias normativas da referida reforma que atendem o desenvolvimento socioeconômico e preservação ambiental. Nessa perspectiva, busca-se tratar do licenciamento ambiental concernente à reforma agrária, descrevendo os principais conceitos e aspectos legais. O estudo intenta promover a reflexão acerca da eficiência do procedimento de licenciamento ambiental em face da reforma agrária, assim como analisar seus impactos econômicos e ambientais. A escolha da temática deu-se pela atuação jurídica do pesquisador como estagiária no ramo de Direito Ambiental e Agrário. Como metodologia, adotou-se o método dedutivo em uma abordagem qualitativa, utilizando-se o modelo de pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Reforma agrária; Licenciamento ambiental; Preservação ambiental; Desenvolvimento socioeconômico.

ABSTRACT: Faced with a historical scenario of territorial occupation, to which it is directly related to environmental issues, this article raises the historical context of the land occupation domain in the country and the need for agrarian reform, as well as the normative guarantees of this reform that meet socioeconomic development and environmental preservation. From this perspective, it seeks to deal with environmental licensing related to agrarian reform, describing the main concepts and legal aspects. The study aims to promote reflection on the efficiency of the environmental licensing procedure in the face of agrarian reform, as well as to analyze its economic and environmental impacts. The choice of the theme was due to the legal performance of the researcher as an intern in the field of Environmental and Agrarian Law. As methodology, the deductive method was adopted in a qualitative approach, using the bibliographic research model.

Keywords: land reform; environmental licensing; environmental preservation; socioeconomic development.

Sumário: 1. Introdução; 2. Reforma agrária; 3. Procedimento administrativo de licenciamento ambiental; 4. Interação entre o desenvolvimento socioeconômico e a proteção ambiental; 5. Considerações finais; 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O tema abordado está inteiramente relacionado com acontecimentos históricos, pois, desde o descobrimento do Brasil há uma disputa por terras em todo o território nacional.

De acordo com Neto (2018), as consequências da má política de distribuição de terras na história ocasionaram vastas distorções na estrutura fundiária nacional e, por isso, exigiu-se deliberações para resolver a questão, sendo uma dessas medidas a então reforma agrária. Assim sendo, a necessidade de mudanças na estrutura fundiária do país proporcionou o surgimento da reforma agrária.

Nesse diapasão, diante de um cenário em que há a atuação do homem sobre a ocupação do solo, torna-se imprescindível abordar as garantias ao meio ambiente em face da reforma agrária. Nessa perspectiva, trata-se neste estudo diversos aspectos legais, em especial a Resolução 237/1997 do Conselho Nacional do Meio Ambiente - CONAMA, em que sua promulgação determinou o licenciamento ambiental nos projetos de assentamentos, promovendo assim o encontro entre reforma agrária e o meio ambiente.

Importa então analisar a legislação básica do procedimento administrativo de licenciamento ambiental que, segundo Machado (2020), concede a licença para atividades ou operação de empreendimentos que fazem uso de recursos naturais. Dessa maneira, observa-se que o referido empreendimento traz um liame entre desenvolvimento econômico e preservação ambiental, portanto torna-se preciso analisar esta interação.

Com intuito informatizar, a referida pesquisa objetiva apresentar brevemente uma análise a relação entre o homem e uso da terra estabelecido pela reforma agrária, bem como os procedimentos adotados do licenciamento ambiental em face dos assentamentos para fins de reforma agrária, para então compreender a interação entre o desenvolvimento socioeconômico perante o meio ambiente.

Com este alicerce, ao vislumbrarmos a crescente demanda de regularizações fundiárias rurais, contribuindo para abertura de licenciamentos ambientais para fins socioeconômicos, importa examinar seus impactos no meio ambiente.

A metodologia se faz fundamental para conseguir informações fundamentais sobre o problema, para alcançar uma resposta, assim como uma confirmação ou negativa das hipóteses. Nesse aspecto, a pesquisa utilizará o método dedutivo em uma abordagem qualitativa, assim como o modelo de pesquisa bibliográfica.

2. REFORMA AGRÁRIA

Preliminarmente, para melhor compreender o plano de Reforma Agrária, importa fazer um breve histórico da maneira que houve a distribuição das terras brasileiras, pois esta questão fora responsável pelo nascimento da referida reforma.

É importante, de antemão, lembrar a forma como a Coroa Portuguesa recebeu o domínio da ocupação das terras brasileiras. Nesse sentido, Marques e Marques (2017) retratam a importância jurídica do Tratado de Tordesilhas na formação do sistema fundiário brasileiro, pois este documento pactuado, entre Portugal e Espanha, determinava que a titularidade das terras eventualmente descobertas no mundo seria de domínio de quem as descobrisse. Portanto, visto que a descoberta do Brasil fora por Pedro Álvares Cabral, de Portugal, o domínio sobre as terras brasileiras ficou conferido à Coroa de Portugal.

O Brasil no período colonial estava sujeito ao regime sesmarial, no qual as terras eram concedidas a indivíduos privilegiados, este regime foi responsável por gerar vícios no sistema fundiário, presentes até hoje. Assim sendo, Portugal planejou ocupar a extensão territorial brasileira por meio deste regime, surgindo então a propriedade privada no Brasil, a partir daí, o processo de ocupação da terra passou a ter proprietários (MARQUES; MARQUES, 2017).

Nesse aspecto, Souza *et al.* (2020, p. 259) pontua que “a estrutura fundiária brasileira herdou como principal característica do ‘Sistema Sesmarias’ a alta concentração de terras (latifúndios), acentuando a desigualdade social rural”.

Observa-se então que, o processo de colonização introduziu um sistema desigual de distribuição, o que caracteriza também desigualdade social, pois somente os indivíduos de escolha da coroa portuguesa recebiam terras.

Após a abolição das sesmarias e o regime de posses no Brasil, houve mudanças significativas quanto ao acesso à terra em razão da promulgação da Lei de Terras. Nesse contexto, Neto (2018) discorre que a Lei de Terras de 1850 pretendeu estabelecer uma organização fundiária, por conta do grande passivo de regularização de terras que foram concedidas através de Cartas de sesmarias no período Brasil-Colônia.

Frente a esse contexto histórico, Havrenne (2018, p. 57 e 58) constata que:

Diante de um panorama histórico, constata-se que a Lei de Terras de 1850 foi um dos mais importantes diplomas jurídicos a tratar do tema regularização fundiária, aplicando-se também aos posseiros. A confusão legislativa que se implantou desde o ‘descobrimento’ do Brasil gerou consequências nefastas, sendo a principal desarranjo patrimonial, que vigora até os dias atuais.

Portanto, desde o descobrimento, a disputa territorial é recorrente nos estados brasileiros. Isso se deve ao não ordenamento fundiário com medidas que resolvessem ou

até mesmo prevenissem o problema que hoje atinge muitas famílias brasileiras. Muitos estudos surgiram e, também, alguns decretos, leis e instruções normativas com o propósito de regulamentar e ordenar a distribuição de terras no território nacional.

Nessa linha, Rocha *et al.* (2019) acentua que no processo de ocupação no Brasil, poucos indivíduos foram privilegiados em receber terras e, ainda, houve a devolução de hectares para o Estado. Em momento posterior, a crescente pressão em exigir o acesso à terra de forma justa ocasionou o posicionamento do Estado brasileiro em adotar medidas para redistribuir e reordenar a estrutura fundiária do Brasil.

Segundo Havrenne (2018), o acesso à terra através da regularização fundiária é importante para a execução da Justiça Social, dado que este princípio objetiva distribuir de maneira adequada as riquezas para trabalhadores que visam produzir no campo. Sendo assim, a regularização fundiária luta contra a exclusão social, realizando melhor distribuição de terras em atendimento ao princípio da Justiça social.

A partir disso, houve então o surgimento da lei nº 4.504/1964, denominada Estatuto da Terra, que tratava acerca da estrutura agrária a ser seguida pelo governo brasileiro. Em seu artigo 1º e § 1º, a referida lei descreve que “considera-se Reforma Agrária o conjunto de medidas que visem a promover melhor distribuição da terra, mediante modificações no regime de sua posse e uso, a fim de atender aos princípios de justiça social e ao aumento de produtividade” (BRASIL, 1964).

Os objetivos da reforma agrária são traçados pelo artigo 16 da lei supracitada, em que dispõe:

A Reforma Agrária visa estabelecer um sistema de relações entre o homem, a propriedade rural e o uso da terra, capaz de promover a justiça social, o progresso e o bem-estar do trabalhador rural e o desenvolvimento econômico do país, com a gradual extinção do minifúndio e do latifúndio (BRASIL, 1964).

Assim sendo, nota-se que a reforma agrária apresenta medidas importantes que garantem a democratização da terra, bem como o cumprimento da Justiça Social e o desenvolvimento econômico do Brasil.

Ainda, nesse entendimento, Souza *et al.* (2020, p. 259) destaca:

A reforma agrária surge com o objetivo de fazer cumprir a destinação econômica e social da terra, para que seja devidamente utilizada, promovendo melhor distribuição mediante modificações no regime de sua posse e uso, a fim de estabelecer aos princípios de justiça social e ao aumento de produtividade.

Segundo Havrenne (2018), o acesso à terra através da regularização fundiária é importante para a execução da Justiça Social, dado que este princípio objetiva distribuir de maneira adequada as riquezas para trabalhadores que visam produzir no campo. Sendo assim, a regularização fundiária luta contra a exclusão social, realizando melhor distribuição de terras em atendimento ao princípio da Justiça social.

A reforma agrária é um dos instrumentos responsáveis pela efetivação da regularização fundiária rural. Em virtude disso, a Lei nº 13.465/2017 fez alterações significativas na Lei 8.629/1993, em que aborda a modalidade de desapropriação para fins de reforma agrária. Por meio dessa modalidade, são assentadas pela União às famílias carentes em imóveis rurais que não estejam efetivando a função social da propriedade (FREIRIA; DOSSO, 2021).

A Resolução do CONAMA nº 458/2013, em seu art. 2º, conceitua assentamento de reforma agrária como:

I - Assentamentos de reforma agrária: conjunto de atividades e empreendimentos planejados e desenvolvidos em área destinada à reforma agrária, resultado do reordenamento da estrutura fundiária, de modo a promover a justiça social e o cumprimento da função social da propriedade;

Para se fazer cumprir a função social da propriedade rural, o Artigo 188 da Constituição Federal (BRASIL, 1988) dispõe que as terras públicas e devolutas serão destinadas para o desenvolvimento da política agrícola e com o plano nacional de reforma agrária, e estabelece em seu artigo 186 os seguintes critérios para o cumprimento da Função Social da propriedade rural:

I- aproveitamento racional e adequado; II- utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Dessa forma, o cumprimento da função social rural se dá com a utilização da propriedade dentro dos limites normativos, que estabelecem o uso racional dos recursos naturais da propriedade somado ao cumprimento das responsabilidades das relações trabalhistas.

A reforma agrária possui dois principais modelos. O primeiro denomina-se Marxista-Lenista ou Coletivista de Confisco da propriedade, no qual não existe pagamento de indenização, e o Estado recebe a propriedade e dispõe dos meios de produção, tendo o homem do campo somente o direito de uso da terra. Em relação ao segundo modelo, este adotado no Brasil pela definição do Artigo 184 da Constituição Federal de 1988, nomeado Liberal ou Privatista, determina que há justa indenização em dinheiro pela desapropriação e, com isso, pertence a terra àquele que a explora, e que garante o implemento da função social da propriedade (SOUZA *et al.*, 2020).

De acordo com Marques e Marques (2017), o Estatuto da Terra não possuía em seu texto legal a preocupação com preservação ambiental, apenas preocupou-se em conceituar a função social, todavia, a Constituição Federal de 1988 adicionou a preocupação com a preservação ambiental. O autor ainda destaca que a Constituição

Federal abrigou o princípio da função social da propriedade da terra, com modificações na redação, mas sem alterações substanciais em seu conteúdo.

Ainda nesse sentido:

A função social, com a respectiva valoração dos potenciais produtivos sob as óticas social, econômica e ambiental da terra, constitui ao proprietário, possuidor ou posseiro agrário obrigação constitucional da trato continuado. Ao deixar de cumpri-la, pela simples desobediência a um dos índices de utilização e eficácia do uso da terra ou a qualquer um dos requisitos ora estampados na Constituição (de produtividade, social ou ambiental), o proprietário arcará com a possibilidade da sanção de desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária. (NETO, 2018, p. 42)

Dessa maneira, o descumprimento de qualquer dos múltiplos deveres constitucionais que empregam a função social da propriedade resultará na desapropriação para fins de reforma agrária. Em outras palavras, a desapropriação para fins de reforma agrária está condicionada ao não cumprimento da função social da propriedade, o que se relaciona com o princípio da Justiça social.

Sobre o assunto, de acordo com Souza *et al.* (2020), a materialização da Reforma Agrária é impulsionada através de muitos movimentos sociais, sendo que o principal é o Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra - MST, no qual surgiu com o intuito de se fazer cumprir a função social da propriedade, visando melhor distribuição de terras e para que seja garantido as disposições essenciais para exploração do campo.

Importa destacar ainda que, o artigo 184 da Constituição Federal (BRASIL, 1988) dispõe acerca da competência exclusiva da União desapropriar do imóvel que não estiver cumprindo sua função social. Nesse sentido, não é cabível aos municípios ou estados-membros a desapropriação de imóvel visando interesse social.

Ainda, o Decreto Lei nº 1.110, de 9 de julho de 1970 regulamentou a criação da entidade autárquica denominada Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA, cuja responsabilidade é a implementação da reforma agrária, bem como a realização do ordenamento fundiário nacional (SOUZA *et al.*, 2020).

Ademais, sobre o processo de regularização fundiária rural tomamos como base a Instrução Normativa do INCRA nº 104, de 29 de janeiro de 2021 em seu Artigo 11 (BRASIL, 2021), dispõe sobre as etapas desse procedimento:

Art. 11. O procedimento para regularização fundiária de ocupações incidentes em terras públicas rurais da União e do Incra, será instruído mediante processo administrativo de habilitação dos imóveis pretendidos, conforme as seguintes etapas: I - apresentação pelo requerente, por meio físico ou eletrônico, da documentação exigida, conforme disciplinado nesta norma; II - análise das ocupações por meio do sensoriamento remoto; III - verificação das informações declaradas com outras bases de dados do Governo Federal; e IV - realização de vistoria presencial, nas hipóteses aplicáveis.

De forma precisa, a Instrução Normativa nº 104, (BRASIL, 2021) estabelece etapas para os procedimentos administrativos e técnicos no procedimento de regularização fundiária rural, a começar da apresentação do requerimento até a concessão do título sobre a área. Após a conclusão do processo é emitido um título de posse provisório, para ter direito definitivo à posse da terra, o beneficiário deve cumprir algumas exigências por um prazo de 10 anos.

De acordo com o artigo 36 da Instrução Normativa nº 104 (BRASIL, 2021), dentre as principais exigências destacam-se “a manutenção da destinação agrária, por meio de prática de cultura efetiva; o respeito à legislação ambiental; a inalienabilidade do imóvel e a não exploração de mão de obra em condição análoga à de escravo”.

Por sua vez, importa destacar a seguinte afirmativa de Neto (2018, p. 225):

O Supremo Tribunal Federal já se manifestou nos autos do Mandado de Segurança 22.164/SP, dizendo que a própria Constituição Republicana de 1988 exige do poder público o dever de respeitar a integridade do patrimônio ambiental, impondo-se o dever de intervir na propriedade privada, a fim de promover a desapropriação de imóveis rurais para fins de reforma agrária, especialmente porque um dos requisitos da função social consiste na utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e de fazer preservar o equilíbrio do meio ambiente desapropriação-sanção a que se refere o art. 184 da lei fundamental.

Nessa perspectiva, Silva (1990, p. 93) caracteriza a luta pela reforma agrária como uma “mudança na estrutura política do campo, sob a qual se assenta o poder dos grandes proprietários da terra”. O autor ressalta ainda que a discussão que envolve a reforma agrária são as consequências do procedimento de desenvolvimento.

Dessa maneira, no que se refere às consequências na implementação da reforma agrária, inclui-se as preocupações em proteger o meio ambiente, dado que as atividades exercidas no campo para fins de produção agrária exigem os recursos naturais. Dito isto, no próximo tópico, será abordado importantes conceitos constitucionais de matérias que devem ser consideradas no procedimento de licenciamento ambiental, sendo este importante instrumento que possibilita o exercício de atividades dentro do contexto ambiental.

3. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DE LICENCIAMENTO AMBIENTAL

Por ser muito recente a implantação de regras para aquisição de licenciamento ambiental, fica perceptível que algumas mudanças já estão em vigor aqui no Brasil. Neste tópico faremos uma breve explanação sobre as normas, regras e procedimentos que os empreendedores devem submeter para conseguir a sua licença.

Inicialmente, importa compreender a questão ambiental no contexto da reforma agrária. Anteriormente tratado, entende-se que a reforma agrária emprega condições que

visam proporcionar proteção ao meio ambiente, por assim dizer, a sua exigência no atendimento da função social da propriedade enquadra como critério a conservação dos recursos naturais. Essa determinação fora iniciadora da proteção ao meio ambiente no contexto da reforma agrária, estabelecendo assim a concepção do desenvolvimento sustentável.

Ainda, merece ser lembrado que, através da Constituição Federal de 1988 houve a determinação de diretrizes ambientais que intencionavam a efetiva proteção ambiental e, dessa maneira, a preocupação em garantir a proteção ambiental alcançaram também a esfera agrária do País, culminando para o surgimento do licenciamento ambiental aos projetos de implementação de reforma agrária.

Segundo Antunes (2019), qualquer processo de empreendimento econômico que venha fazer uso de recursos naturais e possui potencialidade nociva ao meio ambiente, antes de tudo deverá ser feito o processo de licenciamento, pois se faz necessário avaliar os procedimentos tecnológicos dentro do contexto ambiental para que danos ambientais sejam evitados. Feito esse controle e análise, poderá ser concedida a licença ambiental.

Neste aspecto, Souza *et al.* (2020) explana acerca da competência de o Poder Público ordenar e controlar as atividades que são potencialmente nocivas ao meio ambiente, visto que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é direito de todos e, portanto, faz-se necessária a autorização prévia do Estado para a utilização incomum dos recursos naturais.

Conforme o artigo primeiro da Resolução do CONAMA Nº 237/97, o licenciamento ambiental é definido como um procedimento administrativo que compete a um órgão ambiental conceder a licença de instalação, ampliação e operação de determinados empreendimentos e atividades que fazem uso dos diversos recursos ambientais, após o cumprimento de normas procedimentais e que se aplicam em cada caso.

De acordo com Souza *et al.* (2020), o licenciamento ambiental é um dos principais mecanismos de efetivação do princípio da prevenção, pois a aplicação desse princípio no procedimento de licenciamento ambiental possibilita verificar possíveis danos ambientais. Dessa forma, verifica-se a possibilidade de se aplicar condições e requisitos na operação da atividade, caracterizando assim a prevenção.

Acerca do princípio da Prevenção, Antunes (2019) discorre: o princípio da prevenção aplica-se aos impactos ambientais já existentes, e mensurar um conjunto de casualidades nas quais seja possível identificar possibilidades de causar impactos futuros. Se considerarmos todo o processo que deve ser feito para adquirir o licenciamento ambiental, ele se torna o principal instrumento para prevenir e evitar danos assim como minimizar os impactos que determinada atividade pudesse causar ao meio ambiente, caso não fosse submetida a uma verificação para a aquisição de licenciamento ambiental.

Este princípio fundamenta estudos para o licenciamento ambiental, analisando os riscos ambientais conhecidos e impedindo possíveis danos ao meio ambiente. Dessa forma, a aplicação desse princípio no procedimento de licenciamento assegura o meio ambiente ecologicamente equilibrado, pois o efeito em analisar os riscos e prevenir danos resulta em proteção e preservação ambiental.

O processo de licenciamento ambiental para ser desenvolvido precisará contemplar diversas etapas perante diferentes órgãos públicos de níveis políticos administrativos diversos. Além disso, poderão ser adotados procedimentos obrigatórios para o licenciamento de atividades potencialmente poluidoras (ANTUNES, 2019).

Com relação às etapas do procedimento administrativo de licenciamento ambiental, a resolução da CONAMA 237/97 apresenta: Apresentação ao órgão competente pelo empreendedor dos documentos, projetos e estudo ambientais imprescindíveis para requerer a licença de interesse; dar a devida publicidade dos documentos apresentados e

o requerimento da licença; análise pelo órgão competente e vistorias técnicas; solicitação de esclarecimentos caso necessário, após a análise dos documentos, tais esclarecimento podem ser solicitados novamente, caso não tenham sido satisfatórios; possibilidade de audiência pública; parecer técnico e jurídico caso seja necessário; e, por fim, deferimento ou indeferimento da licença.

Cabe relatar que não são todas as atividades que precisará de licenciamento, apenas aquelas que venham fazer uso de recursos naturais e que são consideradas efetiva ou potencialmente nocivas ao meio ambiente (SOUZA *et al.*, 2020).

No que concerne ao licenciamento ambiental, é interessante salientar que a lei complementar nº 140, de 2011, trouxe nova redação ao art. 10, caput, da lei 6.938/1981, dispondo o seguinte:

A construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental dependerão de prévio licenciamento ambiental.

Souza *et al.* (2020) elucida que o licenciamento ambiental não se confunde com a licença ambiental, sendo esta última o ato final do procedimento de licenciamento. Portanto, para melhor compreensão, destaca-se a seguinte definição sobre licença ambiental expressa na Resolução 237/97 do CONAMA, em seu art. 1º:

II - Licença Ambiental: ato administrativo pelo qual o órgão ambiental competente estabelece as condições, restrições e medidas de controle ambiental que deverão ser obedecidas pelo empreendedor, pessoa física ou jurídica, para localizar, instalar, ampliar e operar empreendimentos ou atividades utilizadoras dos recursos ambientais consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou aquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental;

Dos conceitos supracitados, interpreta-se que o procedimento de licenciamento objetiva a concessão das licenças ambientais. Isto posto, a Resolução do CONAMA 237/97, em seu artigo oitavo, dispõe que as licenças ambientais classificam-se em três diferentes espécies, sendo elas: Licença Prévia – concedida na fase preliminar, que aprova a localização e concepção atestando a viabilidade dos requisitos básicos que deverão ser atendidos nas próximas fases; Licença de Instalação - autoriza a instalação do empreendimento ou atividade que se encontram de acordo com as especificações iniciais; Licença de Operação - autoriza a operação do empreendimento, tendo em vista o devido cumprimento de todas os requisitos.

Cumprir destacar que, as normas aplicáveis concernentes ao licenciamento ambiental podem variar de acordo com os diferentes estados e municípios que estejam outorgando determinada licença ambiental, não existindo assim um sistema nacional de licenciamento ambiental. Assim sendo, o licenciamento ambiental acontece perante a Administração Pública, submetendo-se aos princípios reitores da Administração Pública tipificados na Constituição Federal de 1988 (Antunes, 2019).

Nessa linha, Antunes (2019, p. 69) observa a exigência constitucional do artigo 225 da Constituição Federal de 1988, em que é determinado o dever de realizar um estudo prévio de impacto ambiental, bem como acentua que compete ao Poder Público exigir esse estudo. Além disso, o autor interpreta que:

A norma constitucional é clara e não admite outra interpretação: os estudos de impacto ambiental devem ser exigidos antes da instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação ambiental. A Constituição não exige, e nem é o seu papel fazê-lo, que o Estudo Prévio de Impacto Ambiental seja apresentado logo no início do processo de licenciamento ambiental, ou seja, antes mesmo da concessão de LP.

Nesse sentido, a legislação claramente regulamenta que os estudos de impacto ambiental devem ser requeridos previamente, isto é, fica obrigado ao Poder Público exigir

o estudo de impacto ambiental antes da instalação da atividade potencialmente nociva ao meio ambiente.

Importa ainda ressaltar o que fora pontuado por Souza *et al*, (2020), no qual destaca a imprescindibilidade de que, antes de iniciar quaisquer atividades que possam causar impactos ao meio ambiente, seja realizado o licenciamento. Todavia, o autor destaca que, a lei não delimitou aspecto temporal para exigência de licenciamento ambiental, isto é, pode-se realizar o licenciamento mesmo após o início do empreendimento.

Concernente à reforma agrária, o licenciamento ambiental deste programa de regularização fundiária passou por diversas modificações em suas disposições legais, no qual houve a simplificação do procedimento de licenciamento.

Observa-se então a Resolução CONAMA nº 458/2013, que simplifica o procedimento de licenciamento ambiental em assentamentos da reforma agrária, conforme está disposto no art. 4º, no qual destaca que “serão passíveis de regularização, mediante procedimento de licenciamento ambiental simplificado, os empreendimentos de infraestrutura já existentes e as atividades agrossilvipastoris já desenvolvidas passíveis de licenciamento”.

Com relação a definição da Licença Ambiental Simplificada - LAS, tem-se que sua concessão é antes de implantar qualquer empreendimento ou atividade, tendo sua aplicação à empreendimento ou atividades de pequeno ou micro porte e baixo potencial poluidor, estabelecendo as condições e medidas de controle ambiental que deverão ser atendidas. Será realizada em apenas uma fase, em que atesta a viabilidade ambiental, aprova a localização e autoriza a implantação e a operação de empreendimento ou atividade. (PNLA, 2018)

Nesse aspecto, cumpre tratar da Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI 5.547, proposta pela Procuradoria-Geral da República, no qual sustenta que é inconstitucional o licenciamento simplificado dos assentamentos da reforma agrária:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. RESOLUÇÃO CONAMA Nº 458/2013. CABIMENTO. OFENSA DIRETA. ATO NORMATIVO PRIMÁRIO, GERAL E ABSTRATO. PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTA. DIREITO FUNDAMENTAL. PRINCÍPIOS DA PROTEÇÃO E DA PRECAUÇÃO. FUNÇÃO SOCIOAMBIENTAL DA PROPRIEDADE. PROIBIÇÃO DO RETROCESSO. PRINCÍPIOS DA PREVENÇÃO E DA PRECAUÇÃO. INEXISTÊNCIA DE OFENSA. 1. A Resolução impugnada é ato normativo primário, dotada de generalidade e abstração suficientes a permitir o controle concentrado de constitucionalidade. 2. Disciplina que conduz justamente à conformação do amálgama que busca adequar a proteção ambiental à justiça social, que, enquanto valor e fundamento da ordem econômica (CRFB, art. 170, caput) e da ordem social (CRFB, art. 193), protege, ao lado da defesa do meio ambiente, o valor social do trabalho, fundamento do Estado de Direito efetivamente democrático (art. 1º, IV, da CRFB), e os objetivos republicanos de “construir uma sociedade livre, justa e solidária” e “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (Art. 3º, I e III). 3. Deve-se compreender o projeto de assentamento não como empreendimento em si potencialmente poluidor. Reserva-se às atividades a serem desenvolvidas pelos assentados a consideração acerca do potencial risco ambiental. Caberá aos órgãos de fiscalização e ao Ministério Público concretamente fiscalizar eventual vulneração do meio ambiente, que não estará na norma abstrata, mas na sua aplicação, cabendo o recurso a outras vias de impugnação. Precedentes. 4. É assim que a resolução questionada não denota retrocesso inconstitucional, nem vulnera os princípios da prevenção e da precaução ou o princípio da proteção deficiente. 5. Ação direta julgada improcedente.

(STF - ADI: 5547 DF 4001523-31.2016.1.00.0000, Relator: EDSON FACHIN, Data de Julgamento: 22/09/2020, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 06/10/2020).

Assim sendo, o Supremo Tribunal Federal -STF julgou improcedente a Ação direta julgada, declarando assim a constitucionalidade da Resolução do CONAMA nº 458/2013, em que é estabelecido o licenciamento simplificado em assentamentos da reforma agrária. O ministro Edson Fachin, relator do referido processo, interpretou que o licenciamento simplificado torna o processo mais eficiente sem deixar vulnerável a proteção ao meio ambiente (STF, 2020).

Portanto, entende-se que o procedimento de licenciamento ambiental visa licenciar a operação de atividades dentro do contexto ambiental que possam ocasionar danos ao meio ambiente. Resta então inteirar-se acerca do desenvolvimento socioeconômico e a proteção ao meio ambiente, para então compreender a imprescindibilidade do licenciamento ambiental.

4. INTERAÇÃO ENTRE O DESENVOLVIMENTO SOCIOECONÔMICO E A PROTEÇÃO AMBIENTAL

Um dos fins da reforma agrária é o desenvolvimento socioeconômico, tomando como ponto de partida esse pressuposto e ajustando com o que a Lei determina, não se pode existir desenvolvimento socioeconômico sem que esteja atrelado à responsabilidade social.

De acordo com Milaré apud Borba (2014, p. 26) o “desenvolvimento sustentável enseja claramente a necessidade de se procurar um equilíbrio ou harmonia entre os fatores sociais, ambientais e econômicos, ao exigir-lhes proporção adequada e racional, sempre em busca da qualidade de vida”. Nesse sentido, entende-se que o desenvolvimento sustentável é a conciliação do desenvolvimento socioeconômico com a preservação ambiental.

Frente a esse contexto, podemos então discorrer sobre o princípio do desenvolvimento sustentável conforme Souza et al. (2020, p.19):

Segundo o princípio do desenvolvimento sustentável, considerado o “prima principium” do direito ambiental, o desenvolvimento socioeconômico da nação deve ser necessariamente conciliado com a proteção ao meio ambiente, mediante a utilização racional dos recursos naturais não renováveis e visando a melhoria da qualidade de vida do homem. intenciona-se, assim, por esse princípio, melhorar a qualidade de vida dos seres, respeitando a capacidade de suporte dos ecossistemas.

Nesse sentido, entende-se que o referido princípio ressalta a importância do desenvolvimento socioeconômico em conciliação com a preservação do meio ambiente. Mesmo sendo importante o desenvolvimento socioeconômico da nação, o meio ambiente não deve ser negligenciado, isto é, o aspecto socioeconômico não pode crescer em detrimento do aspecto ambiental. Por isso, torna-se fundamental o uso responsável dos recursos naturais.

A Constituição Federal (BRASIL, 1988) em seu artigo 225, versa acerca do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e assim dispõe: Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. A presente norma estabelece que a humanidade fica obrigada a preservar e cuidar do meio ambiente e que compete tanto ao poder público quanto à sociedade a responsabilidade de protegê-lo. Para efetivar, e assegurar esse direito a todos, Estado e comunidade civil, deve-se o cumprimento dos preceitos normativos estabelecidos na Constituição Federal de 1988.

Nesse sentido, a necessidade de garantir o meio ambiente ecologicamente equilibrado resultou na separação de um ramo específico do direito voltada apenas para as questões ambientais, que ordena sobre a utilização dos recursos naturais e disciplina as atividades executadas pelo homem no contexto ambiental. Antunes (2019, p. 18) conceitua

o Direito Ambiental como “um conjunto de normas baseadas no fato ambiental e no valor ético ambiental, cujo objetivo versa em disciplinar as ações do homem no meio ambiente”.

Nesta perspectiva, infere-se que houve a necessidade de estabelecer normas específicas para ponderar e limitar a ação do homem sobre o meio ambiente, visto que a ausência de diretrizes para as atividades humanas sobre os recursos naturais pode ocasionar grandes danos ambientais. Portanto, tendo em vista as preocupações com o meio ambiente, torna-se fundamental o procedimento Administrativo de Licenciamento Ambiental, este definido na Resolução N° 237/97 do Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como descrito no transcorrer deste artigo, o cenário histórico evidencia a má política na distribuição de terras no território nacional e, por isso, a necessidade de regularização fundiária trouxe a implementação do programa de reforma agrária no país. Este programa traz importantes premissas relacionadas diretamente com as questões ambientais, uma vez que, o cumprimento da função social da propriedade rural está condicionado ao uso adequado dos recursos naturais disponíveis, bem como à preservação do meio ambiente.

Neste aspecto, considerando a intervenção humana sobre o meio ambiente para fins de desenvolvimento socioeconômico, surgiu então a necessidade de licenciar as atividades ou empreendimento. Logo, o procedimento de licenciamento ambiental é tido como um dos principais instrumentos de efetivação do princípio da prevenção, por isso importa sua aplicação. Todavia, concernente ao procedimento de licenciamento ambiental simplificado em face da reforma agrária, ainda não há estudos significativos quanto a sua efetividade.

Desta maneira, como encerramento e conclusão deste estudo é imprescindível entender o liame entre a reforma agrária e o procedimento de licenciamento que juntos buscam garantir a preservação ambiental e desenvolvimento socioeconômico, bem como os conceitos e os principais aspectos legais.

6. REFERÊNCIAS

ALMEIDA, J. *et al.* Leis e práticas de Regularização Fundiária no Estado do Tocantins. **IMAZON**, Belém, p. 16, 2021, Disponível em: <https://amazon.org.br/wpontent/uploads/2021/03/LeisRegularizacaoFundiarria_Tocantis.pdf>. Acesso em: 05 jun. 2021.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

BORBA, S. F. S. M. **Direito a moradia x Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado: Regularização Fundiária em área de preservação permanente**. 2014. 76 p. Monografia (Graduação) - Universidade Federal da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, João Pessoa, 2014. Disponível em: <<https://repositorio.ufpb.br/jspui/bitstream/123456789/845/1/SFSMB07012015.pdf>>. Acesso em: 09 jun. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 27 mai. 2021.

_____. **DECRETO Nº 99.274**. Regulamenta a Lei nº 6.902, de 27 de abril de 1981, e a Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, 6 Junho 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d99274.htm>. Acesso em: 10 mai. 2021.

_____. **INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 104, DE 29 DE JANEIRO DE 2021**. Fixa os procedimentos para regularização fundiária das ocupações incidentes em áreas rurais, e dá outras providências. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/instrucao-normativa-n-104-de-29-de-janeiro-de-2021-301790223#wrappe>>. Acesso em: 01 jun. 2021.

_____. **INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 99, DE 30 DE DEZEMBRO DE 2019**. Fixa os procedimentos administrativos para titulação de imóveis rurais em projetos de assentamento de reforma agrária. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/>>

/instrucao-normativa-n-99-de-30-de-dezembro-de-2019-236098411>. Acesso em: 02 jun. 2021.

_____. **LEI COMPLEMENTAR Nº 140, DE 8 DE DEZEMBRO DE 2011**. Fixa normas, nos termos dos incisos III, VI e VII do caput e do parágrafo único do art. 23 da Constituição Federal, para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativas à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas e à preservação das florestas, da fauna e da flora; e altera a Lei no 6.938, de 31 de agosto de 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp140.htm>. Acesso em: 13 nov. 2021.

_____. **LEI Nº 4.504 DE 30 DE NOVEMBRO DE 1964**. Dispõe sobre o estatuto da terra, e dá outras providências. Disponível em: <<https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=4504&ano=1964&ato=03cMTWE9UNVRVT5b5>>. Acesso em: 27 mai. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal – STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 4001523-31.2016.1.00.0000 DF 4001523-31.2016.1.00.0000. Resolução CONAMA nº 458/2013. Cabimento. Ofensa direta. Ato normativo primário, geral e abstrato. Proteção do meio ambiente. Direito fundamental. princípios da proteção e da precaução. Função socioambiental da propriedade. proibição do retrocesso. Princípios da prevenção e da precaução. Inexistência de ofensa. Relator: Edson Fachin, Data de Julgamento: 22/09/2020, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 06/10/2020. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/939942658/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-5547-df-4001523-3120161000000>>. Acesso em: 20 nov. 2021.

CONAMA - Conselho Nacional do Meio Ambiente. Resolução CONAMA Nº 237 DE 19 de dezembro de 1997. Dispõe sobre conceitos, sujeição, e procedimento para obtenção de Licenciamento Ambiental, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 30841-30843, 19 de dez. 1997. Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=95982>>. Acesso em: 07 jun. 2021.

CONAMA - Conselho Nacional do Meio Ambiente. Resolução CONAMA Nº 458 DE 17 de julho de 2013. Estabelece procedimentos para o licenciamento ambiental em assentamento de reforma agrária, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 73, 17 de jul. 2013. Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=358998>>. Acesso em: 20 nov. 2021.

FERREIRA, M.B.; SILVA, M.C.R. **Direito Agrário Brasileiro**. 12. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2016. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597009118>>. Acesso em: 10 jun 2021.

FREIRIA, R. C.; DOSSO, T. C. **Direito Agrário**. Salvador: JusPodivm, 2021.

HAVRENNE, Michel François Drizul. **Regularização Fundiária Rural**. Curitiba: Juruá, 2018.

LEVY, J.R.N.E.W. **Regularização Fundiária**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5194-8/>>. Acesso em: 09 jun 2021.

Etapas do Licenciamento. PNLA – Portal Nacional de Licenciamento Ambiental, 2018. Disponível em: <http://pnla.mma.gov.br/etapas-do-licenciamento>>. Acesso em: 20 nov. 2021.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2020.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de Metodologia Científica**, 8. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

MARQUES, Benedito Ferreira; Marques, Carla Regina Silva. **Direito Agrário Brasileiro**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente: A gestão ambiental em foco**. 5. ed. Editora Revista dos Tribunais, 2007.

NETO, Antonio José de Mattos. **Curso de Direito Agroambiental Brasileiro**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

OLIVEIRA, Fabiano Melo Gonçalves de. **Direito Ambiental**, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

PRODANOV, Cleber Cristiano; FREITAS, Ernani Cesar de. **Metodologia do Trabalho Científico: Métodos e Técnicas da Pesquisa e do Trabalho Acadêmico**. 2. ed. Novo Hamburgo: Feevale, 2013.

ROCHA, Ibraim. *et al.* **Manual de Direito Agrário Constitucional: Lições de Direito Agroambiental**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

SILVA, José Graziano. **O Que é Questão Agrária?** 16. ed. São Paulo: Brasiliense, 1990.

SOUZA, Caio. *et al.* **Direito Patrimonial e Meio Ambiente**. Salvador: JusPodvm, 2020.

PENSÃO ALIMENTÍCIA NA PANDEMIA: MEDIDAS ATÍPICAS

RAMON SERRÃO CUNHA:

Graduando do Curso de
Direito do Centro
Universitário FAMETRO

RESUMO: A análise das modificações realizadas na execução de alimentos meio a pandemia de Covid-19 é o objetivo principal deste artigo. Com as dificuldades ora vividas em meio a pandemia por Covid-19, quais seriam as medidas tomadas face ao devedor na relação de execução de alimentos? Dentro da atual conjuntura nacional, a necessidade pelos alimentos teve seu aumento. A condição discutida pelo Superior Tribunal de Justiça não foi a de liberalidade para com o devedor, mas sim a substituição dessa obrigação por outras medidas para o seu adimplemento. O Poder Judiciário teve que adotar mudanças, trazidas pela Covid-19 fomentando o isolamento social e prevenindo a propagação do vírus através da suspensão de audiências, substituição da prisão privativa de liberdade para a prisão domiciliar, entre outras medidas preventivas. Utilizou-se como metodologia a documentação indireta, com observação sistemática, abrangendo a pesquisa bibliográfica de fontes primárias e secundárias (doutrinas em geral, artigos científicos, dissertações de mestrado, teses de doutorado, etc.), além de documentação oficial. Como início, destaca-se a pensão alimentícia, evidenciando, desse modo, a conceituação de alimentos no meio jurídico. Em subtópicos, destacam-se as obrigações alimentares regidas pelo Código Civil e as inovações trazidas pelo Novo Código de Processo Civil face à obrigação alimentar, ratificando os diversos meios típicos para com o dever de pagar o alimento. Destaca-se ainda a obrigação em comento face à Pandemia do Covid-19, a qual teve de ser amoldada com diversas medidas atípicas.

PALAVRAS-CHAVE: Alimentos. Obrigação. CPC 2015. Pandemia Covid-19.

ABSTRACT: The analysis of the changes made in the execution of food during the Covid-19 pandemic is the main objective of this article. With the difficulties now experienced amidst the pandemic by Covid-19, what would be the measures taken in relation to the debtor in the maintenance enforcement relationship? Within the current national situation, the need for food has increased. The condition discussed by the Superior Court of Justice was not liberality towards the debtor, but the replacement of this obligation by other measures for its compliance. The Judiciary Branch had to adopt changes, brought about by Covid-19, promoting social isolation and preventing the spread of the virus through suspension of hearings, replacement of the deprivation of liberty prison for house arrest, among other preventive measures. The methodology used was indirect documentation, with systematic observation, including bibliographic research of primary and secondary sources (doctrines in general, scientific articles, master's dissertations, doctoral theses, etc.), as well as official documentation. - alimony, thus evidencing the concept of alimony in the legal environment. In subtopics, the maintenance obligations governed by the Civil Code and

the innovations brought by the New Code of Civil Procedure in relation to the maintenance obligation stand out, ratifying the various typical means for the duty to pay the maintenance. Also noteworthy is the obligation under consideration in view of the Covid-19 Pandemic, which had to be shaped with several atypical measures

KEYWORDS: Foods. Obligation. CPC 2015. Covid-19 pandemic.

INTRODUÇÃO

A análise das modificações ocorridas na obrigação alimentar em meio a Pandemia Covid-19 configura o objetivo principal deste trabalho.

É compreensível que, independentemente do cenário socioeconômico em que o prestador de alimentos esteja inserido, o credor sempre carecerá da correta prestação alimentar. Tem-se como tamanha a importância do cumprimento da obrigação alimentar para subsistência daquele a qual se destina, que sua previsão se encontra respaldada pelos princípios fundamentais da solidariedade e dignidade da pessoa humana.

A obrigação alimentar caracteriza-se por ser de natureza sui generis distinguindo, portanto das outras obrigações diante das suas peculiaridades. O Código Civil de 2002 ao tratar da temática dos alimentos reserva os arts. 1.696 a 1.710 apresentando assim alguns pressupostos do dever de prestar alimentos.

Ainda que a rotina do alimentando tenha se alterado em virtude das dos métodos de prevenção do covid-19, necessidade como alimentação adequada, educação e, sobretudo, acesso a atendimentos de saúde, permanecem sendo cuidados básicos e que precisam ser atendidos.

No deslinde do presente trabalho, apresenta-se uma breve conceituação de pensão alimentícia. Esmiuçando a obrigação em comento, como subtópicos tem-se os alimentos provisórios e os alimentos definitivos, bem como os pretéritos e futuros. Em capítulos seguintes, aborda-se a obrigação alimentar ora presente no Código de Processo Civil, ora no Código Civil. Ressalte-se que varias inovações foram trazidas no Novo Código de Processo Civil.

Como medidas atípicas estabelecidas, vivenciou-se no Direito de Família no período da Pandemia Covid-19, dentre ela a viabilidade da prisão domiciliar como medida aceita pela doutrina, a qual fundamenta seu posicionamento na eventual possibilidade de a prisão civil ser executada de forma diferenciada, ante o seu caráter coercitivo e não punitivo.

A metodologia utilizada nesta pesquisa foi a documentação indireta, com observação sistemática, abrangendo a pesquisa bibliográfica de fontes primárias e secundárias (doutrinas em geral, artigos científicos, dissertações de mestrado, teses de doutorado, etc.), além de documentação oficial.

Para tanto, será abordado no capítulo 1 pensão alimentícia, tendo como subtópicos 1.1 classificações e 1.2 a obrigação dos alimentos face ao Novo Código de Processo Civil e Código Civil. O capítulo 2 abordará a pandemia do Covid-19, esmiuçando no subtópico 2.1 o impacto da obrigação alimentar e no subtópico 2.2 a ação revisional de alimentos.

2 PENSÃO ALIMENTÍCIA

Na sociedade dos tempos modernos, inúmeras pessoas não conseguem prover seus próprios sustentos. Os motivos são os mais diversos possíveis, desde a má qualificação profissional, idade, velhice, desemprego, e etc. Cabendo assim muitas vezes responsabilidade ao governo em prestar auxílio através de suas atividades assistencial. Tratando-se de menores incapazes o dever do sustento fica incumbido aos pais ou responsáveis legais, tendo direitos e obrigações para com seus filhos ou tutelados como previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente que dispões do artigo 20 (Lei nº 8.069). “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” (BRASIL, 1990).

O conceito alimentos, além de ser toda substância necessária utilizada pelos seres vivos como fonte de matéria e energia incluindo exercer funções do dia a dia, incluindo crescimento, movimento e futuramente sua reprodução (MELO, 2021).

Segundo Yussef Said Cahali (2002), a palavra alimentos, adotada no direito para designar:

[...] o conteúdo de uma pretensão ou de uma obrigação, vem a significar tudo o que é necessário para satisfazer aos reclamos da vida; são as prestações com as quais podem ser satisfeitas as necessidades vitais de quem não pode provê-las por si; mais amplamente, é a contribuição periódica assegurada a alguém, por um título de direito, para exigí-la de outrem, como necessário à sua manutenção.

No que se refere aos alimentos, à determinação legal impõe a conjugação binômio necessidade da criança e a possibilidade de ambos os genitores que têm responsabilidade no custeio e sustento dos filhos. Assim, se ambos têm renda, ambos devem contribuir com as despesas do menor (MADALENO, 2017).

Como bem elucida Maria Berenice Dias (2017), "é tal a relevância do direito a alimentos que se funda no princípio da solidariedade (art. 3º, I, CF) e é reconhecido como direito social (art. 6º, CF)". Assim, uma vez que os alimentos visam garantir os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana, pautando-se sempre em princípios e deveres constitucionais que devem ser resguardados e protegidos pelo Estado, ao ser determinado expressamente na lei que o dever de assistência compete à família em decorrência da solidariedade familiar (que, por sua vez, decorre da solidariedade social), o Estado acaba por se desincumbir dessa obrigação (GONÇALVES, 2016).

Considerando que o Estado delega o dever de assistência constitucionalmente previsto a ele para a família, verifica-se que a prestação de alimentos, nas palavras de Rolf Madaleno (2017), é, então, "o meio adequado para alcançar os recursos necessários à subsistência de quem não consegue por si só prover sua manutenção pessoal".

2.1 Classificações

2.1.1 Alimentos Provisórios e Definitivos

Os alimentos provisórios têm caráter satisfativos e são assim chamados quando, pela praxe, a verba alimentar é fixada liminarmente pelo magistrado logo no despacho inicial, bastando ao alimentando provar a relação de parentesco que origina a obrigação alimentar (GOMES, 2019).

Por sua vez, os alimentos são chamados de definitivos quando, após todo o desenrolar da ação (seja ela uma ação de alimentos ou outra que tenha o pedido de prestação alimentar cumulado), eles são determinados e fixados por sentença judicial; ou quando as partes pactuam os termos da prestação com a anuência dos advogados, constituindo título extrajudicial (GOMES, 2019).

Embora os alimentos definitivos sejam “os de caráter permanente, estabelecido pelo juiz na sentença ou em acordo das partes devidamente homologado” e passem a vigorar a partir do momento em que a sentença é publicada, a decisão está sujeita a recurso e o valor fixado pode ser objeto de outra ação judicial, eis que a situação financeira do alimentante ou do alimentando pode sofrer alguma mudança, permitindo que o quantum alimentar seja revisto a qualquer tempo (GONÇALVES, 2016).

2.1.2 Alimentos Pretéritos e Futuros

A categorização dos alimentos em pretéritos e futuros diz respeito ao momento em que são reclamados e devidos. Pretéritos são aqueles alimentos anteriores ao ajuizamento da ação e que, desta forma, não são devidos; já os futuros são os alimentos prestados a partir da decisão judicial (GOMES, 2019).

2.2 A Obrigação dos alimentos face ao Novo Código de Processo Civil e Código Civil

2.2.1 O CPC/2015 e a proximidade das ações de família

Leonardo Carneiro da Cunha (2015) assinala que o CPC/2015 insistiu um novo modelo de processo baseado na cooperação, valorizando a vontade das partes e equilibrando as funções dos sujeitos processuais, e observa que “o novo CPC é estruturado

de maneira a estimular a solução do conflito pela via que parecer mais adequada a cada caso”.

No que se refere aos novos contornos do contraditório, por exemplo, o novo Código assentou não só que é assegurada às partes a paridade de tratamento (art. 7º) e o direito à bilateralidade de audiência (art. 9º), já conhecidos, como também que é inadmissível a decisão surpresa (art. 10), acrescentando o direito de influência ao contraditório e deixando claro que ele envolve todos aqueles que participam do processo – não só autor e réu – que devem atuar de forma cooperativa e norteadas pela boa-fé (arts. 5º e 6º), inserindo, aí, o juiz e o membro do Ministério Público quando atua como fiscal da lei (CARNEIRO, 2018).

Art. 5º Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.

Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.

Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica:

I - à tutela provisória de urgência;

II - às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III;

III - à decisão prevista no art. 701.

Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de

matéria sobre a qual deva decidir de ofício (CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, 2015).

Inaugura-se, assim, um processo marcado pelo diálogo e pela argumentação (MELO, 2016), na esteira do que já vinha sendo defendido pela doutrina sintonizada com o caráter instrumental do processo e com o formalismo-valorativo (CABRAL, 2011 e DINAMARCO, 2001), em que as partes participam de forma real da solução do processo, suprimindo o déficit democrático oriundo dos contornos do contraditório na forma do CPC/1973 (CAMBI, 2016).

Mais uma vez destaca-se a proximidade das ações de família com sentimentos e direitos muito caros aos envolvidos, de forma que o processo, nestes casos, deve ser apto para “delimitar, tanto quanto possível, condições de eliminação real e concreta da erupção de novos conflitos, sem dissolução dos vínculos pessoais, ou, pelo menos, sem agravar as repercussões dos rompimentos virtualmente já ocorridos” (TARTUCE, 2018).

Esta nova conformação do contraditório que envolve todos os sujeitos do processo de forma cooperativa, formando uma comunidade de trabalho (OLIVEIRA, 2009), é de suma importância nas ações que têm como pano de fundo o direito de família, especialmente naquelas em que são muitos os envolvidos, como as sujeitas à incidência do art. 1.698 do CC/2002.

2.2.2 O art. 1.698 do Código Civil

O artigo 1.698 do Código Civil inovou, introduzindo no ordenamento jurídico brasileiro instituto jurídico-processual sem precedente, visando dar mais efetividade e garantia a prestação de alimentos (CARVALHO, 2016).

Preceitua o artigo aludido:

Art. 1.698. Se o parente, que deve alimentos em primeiro lugar, não estiver em condições de suportar totalmente o encargo, serão chamados a concorrer os de grau imediato; sendo várias as pessoas obrigadas a prestar alimentos, todas devem concorrer na proporção dos respectivos recursos, e, intentada

ação contra uma delas, poderão as demais ser chamadas a integrar a lide.

Segundo Lotufo (2001) a obrigação alimentar não é solidária, nem divisível, a obrigação quanto ao credor de alimentos é única e exclusiva, sendo fracionável quanto aos devedores de alimentos, em ordem sucessiva dos mais próximos aos mais distantes, na medida de suas possibilidades devendo o autor escolher contra quem ajuizar a ação, facultando ao “escolhido” o direito de regresso, trata, pois, a hipótese prevista no aludido artigo como caso de denúncia da lide.

Com a devida vênia aos autores acima citados, deve-se questionar alguns pontos. Primeiro, não se trata de chamamento ao processo, devido à ausência da solidariedade, sendo este um pressuposto daquela modalidade de intervenção. Outro aspecto é que no chamamento ao processo, somente o réu pode pleitear este instituto em juízo, diferentemente da hipótese do artigo 1698, que pode ser arguido pelo credor de alimentos em favor próprio (CARVALHO, 2016).

O dispositivo não escapou a críticas em razão de sua deficiência redacional (FORNACIARI, 2007), da mescla de assuntos diversos, bem como da incursão na matéria processual (COLTRO, 2010 e CAHALI, 2004).

Críticas existem, ainda, no que se refere à suposta inadequação do alargamento do polo passivo previsto pelo dispositivo legal para tutelar de forma adequada o direito material, na medida em que a pluralidade de partes nas ações de alimentos atrasaria sua solução final, atentando contra a economia processual (CAHALI, 2004 e FARIAS e ROSENVALD, 2018).

2.3 As medidas comuns aplicadas

As ações previstas na legislação para tal situação estão previstas no capítulo IV do título II do livro I da parte especial do Código de Processo Civil, intitulado “Do Cumprimento de Sentença que Reconheça a Exigibilidade de Obrigação de Alimentos” em se tratando de títulos executivos judiciais e no Capítulo VI do título II do livro II da parte especial na Execução de Alimentos (CASTRO, 2018).

2.3.1 Protesto e Registro do Nome nos Órgãos de Proteção ao Crédito

A lei nº 13.105/2015, prevê que será possível na execução alimentícia, o protesto do título executivo, para, assim, tentar garantir maior efetividade a prestação alimentícia que é devida (VIDAL, 2016).

Em análise ao artigo 528, §1º, CPC, podemos observar que o legislador prevê a possibilidade (o verbo indica um dever) de o magistrado protestar o pronunciamento judicial, que também é previsto em situações diversas no ordenamento (CASTRO, 2018).

Art. 528. § 1º Caso o executado, no prazo referido no caput, não efetue o pagamento, não prove que o efetuou ou não apresente justificativa da impossibilidade de efetuar-lo, o juiz mandará protestar o pronunciamento judicial, aplicando-se, no que couber, o disposto no art. 517 (CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, 2015).

Nas palavras da professora Fernanda Tartuce (2017) “a negatização do nome do executado configura um elemento adicional de coerção para que o devedor, temendo sofrer constrangimentos no mercado de consumo, anime-se a pagar o montante devido”.

A competência para o julgamento deste tipo de demanda, é sempre da Vara de Família da Comarca ou Circunscrição Judiciária onde reside o alimentando, conforme a determinação prevista no artigo 53, inciso II da Lei nº 13.105/15: “de domicílio ou residência do alimentando, para a ação em que se pedem alimentos” (VIDAL, 2016).

Na Lei nº 13.105/15, o artigo 517, disciplina que: “A decisão judicial transitada em julgado poderá ser levada a protesto, nos termos da lei, depois de transcorrido o prazo para pagamento voluntário previsto no art. 523”. Com relação a prestação alimentícia, é certo que este tipo de decisão/sentença, nunca chega a efetivamente transitar em julgado, por ser passível de ser revista a qualquer momento, desde que sejam cumpridos os requisitos previstos na lei específica. (VIDAL, 2016).

A execução de alimentos propriamente dita, que terá por objeto um título executivo extrajudicial, está prevista nos artigos 911 e seguintes da Lei nº 13.105/15 (VIDAL, 2016).

Art. 911. Na execução fundada em título executivo extrajudicial que contenha obrigação alimentar, o juiz mandará citar o executado para, em 3 (três) dias, efetuar o pagamento das parcelas anteriores ao início da execução e das que se vencerem no seu curso, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de fazê-lo.

Parágrafo único. Aplicam-se, no que couber, os §§ 2º a 7º do art. 528 (CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, 2015).

Observa-se, até o exposto, que na execução de título extrajudicial que fixa pensão alimentícia, não será possível o protesto. O instituto do protesto, previsto no artigo 517 da referida lei, faz menção ao protesto de decisão/sentença transitada em julgada (VIDAL, 2016).

Art. 517. A decisão judicial transitada em julgado poderá ser levada a protesto, nos termos da lei, depois de transcorrido o prazo para pagamento voluntário previsto no art. 523.

§ 1º Para efetivar o protesto, incumbe ao exequente apresentar certidão de teor da decisão (CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, 2015).

Na ação de fixação de alimentos, é possível que esta seja iniciada por qualquer das partes, mas quando se trata da execução dos alimentos já anteriormente fixados, ou melhor, o cumprimento de sentença destes alimentos já fixados, geralmente quem ingressa com o pedido é o alimentando (NOGUEIRA, 2021).

O cumprimento de sentença de alimentos, visa o adimplemento de parcelas que não estavam sendo pagas. Por isso, não existe lógica que o devedor dos alimentos, que é o alimentante, seja o responsável pelo peticionamento com o pedido do cumprimento de sentença (VIDAL, 2016).

A Lei nº 13.105/15 determina em seu artigo 778, que: "Pode promover a execução forçada o credor a quem a lei confere título executivo". Importante que podem ocorrer

casos em que não é possível que os reais credor e devedor estejam presentes na demanda judicial, motivo pelo qual o legislador, no artigo 778, § 1º, da Lei em cotejo, elencou sucessores (VIDAL, 2016).

Art. 778. Pode promover a execução forçada o credor a quem a lei confere título executivo.

§ 1º Podem promover a execução forçada ou nela prosseguir, em sucessão ao exequente originário:

I - o Ministério Público, nos casos previstos em lei;

II - o espólio, os herdeiros ou os sucessores do credor, sempre que, por morte deste, lhes for transmitido o direito resultante do título executivo;

III - o cessionário, quando o direito resultante do título executivo lhe for transferido por ato entre vivos;

IV - o sub-rogado, nos casos de sub-rogação legal ou convencional (CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, 2015).

Com a decisão/sentença que fixa os alimentos, sejam eles provisórios, ou definitivos, é possível que este título executivo judicial seja protestado. A redação do artigo 528, § 1º da Lei nº 13.105/15, é clara quando demonstra que em se tratando de cumprimento de sentença de obrigação de prestar alimentos, não é necessário o requerimento da parte para a realização do protesto, vez que este é um ato que ocorrerá de ofício pelo magistrado (VIDAL, 2016).

Ocorrendo a realização do protesto do título executivo, o Cartório de Protestos repassa os dados das partes de um título protestado para os cadastros de inadimplentes, como SPC e Serasa, onde ocorre a privação do crédito na praça (NOGUEIRA, 2021).

2.3.2 Penhora de Bens e Penhora Online

O Código de Processo civil de 2015 prevê em seu artigo 528, §8º, a possibilidade de promover o cumprimento da obrigação alimentar nos mesmos moldes do cumprimento definitivo para prestação de pagar quantia certa previsto nos artigos 523 e seguintes, no artigo 913 prevê que, na omissão do exequente quanto ao rito alimentar, o processo

também seguirá o rito da execução por quantia certa, previsto nos artigos 824 e seguintes (CASTRO, 2018).

Importante princípio que rege o instituto é o da menor onerosidade, sendo que dentre as tentativas de se atingir o devedor (seu patrimônio) a fim de satisfazer a obrigação, deve-se preferir a menos onerosa possível (MADALENO, 2017).

A penhora online é tratada no Novo Código de Processo Civil, no dispositivo do art. 854, possibilitando à penhora de dinheiro em depósito ou em aplicação financeira, quando o credor requerer ao juiz, a penhora online, sem comunicar previamente ao devedor, determinará por meio eletrônico às instituições financeiras, através do BACENJUD a indisponibilidade do valor atribuído a execução (FERREIRA, 2017).

Art. 854. Para possibilitar a penhora de dinheiro em depósito ou em aplicação financeira, o juiz, a requerimento do exequente, sem dar ciência prévia do ato ao executado, determinará às instituições financeiras, por meio de sistema eletrônico gerido pela autoridade supervisora do sistema financeiro nacional, que torne indisponíveis ativos financeiros existentes em nome do executado, limitando-se a indisponibilidade ao valor indicado na execução (CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, 2015).

Este tipo de penhora é muito eficaz para o cumprimento da obrigação alimentar, tendo em vista que o executado é surpreendido com o bloqueio de valores na sua conta bancária (FERREIRA, 2017).

O bem de família é um direito resguardado para a proteção da entidade familiar protegida pela garantia constitucional do direito à moradia, com a preservação do patrimônio e a dignidade familiar. A impenhorabilidade do bem de família é tratada na Lei nº 8.009/90, que dispõe em seu art. 1º, *in verbis* que: (FERREIRA, 2017).

Art. 1º O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei (LEI Nº 8.009, DE 29 DE MARÇO DE 1990).

Apesar da regra ser a impenhorabilidade do bem de família, há algumas exceções à regra, em se tratando de dívida de pensão alimentícia, poderá ser penhorado, avaliado e alienado judicialmente para satisfazer a dívida, conforme dispõe o art. 3º, III da lei supra mencionada (FERREIRA, 2017).

2.3.3 Prisão Civil

A prisão civil do devedor de alimentos, é autorizada pela Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, inciso LXVII, que diz que só haverá prisão civil por dívida do responsável por inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia (FERREIRA, 2018).

A natureza jurídica da prisão civil do devedor de pensão alimentícia tem caráter coercitivo e não apenatório, onde por meio do encarceramento se obriga o devedor a cumprir com as suas obrigações. É um meio de coerção utilizado no ordenamento jurídico como forma de conseguir o adimplemento da prestação por parte do devedor (FERREIRA, 2018).

O artigo 19 da Lei 5478/68 (Lei de alimentos), diz que o prazo máximo que o devedor pode ficar preso, é de 60 (sessenta dias) e o Código de Processo Civil em seu artigo 528 § 3º diz que se o executado não pagar ou se a justificativa apresentada não for aceita, o juiz, além de mandar protestar o pronunciamento judicial na forma do § 1º, decretar-lhe-á a prisão pelo prazo de 1 (um) a 3 (três) meses (FERREIRA, 2018).

Art. 528. No cumprimento de sentença que condene ao pagamento de prestação alimentícia ou de decisão interlocutória que fixe alimentos, o juiz, a requerimento do exequente, mandará intimar o executado pessoalmente para, em 3 (três) dias, pagar o débito, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuar-lo.

§ 3º Se o executado não pagar ou se a justificativa apresentada não for aceita, o juiz, além de mandar protestar o pronunciamento judicial na forma do § 1º, decretar-lhe-á a prisão pelo prazo de 1 (um) a 3 (três) meses (CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, 2015).

Fredie Didie Junior (2010) explica que a prisão civil do devedor de alimentos não é uma pena, sanção ou punição, ostentando a função de medida coercitiva, destinada a forçar o cumprimento da obrigação por parte do devedor.

3 PANDEMIA DA COVID-19

Foi em janeiro de 2020 que pesquisadores chineses descobriram um novo tipo de coronavírus chamado de (SARS-CoV-2). Esse vírus causava uma síndrome respiratória aguda grave, e foi nomeada de Covid-19 (CAVALCANTE, 2020).

Em 3 de fevereiro de 2020, houve a inauguração do hospital Huoshensha na cidade de Wuhan. O vírus Covid-19 tinha se alastrado com uma velocidade assustadora durante os meses de dezembro e janeiro nesta cidade. As pessoas ficaram sem entender o motivo de um hospital ter sido construído apenas 10 dias, um recorde até então, e foi notificado para o mundo todo, por todos os meios de comunicação, sendo mostrado o comprometimento e eficácia da construção (MARQUES, 2021).

Após a Organização Mundial da Saúde ter declarado o surto como pandemia, à medida que o vírus se espalhava rapidamente, por pessoas que estavam infectadas na China e foram viajar para outros países, com isso a Europa entra em isolamento, a partir daí, todas as fronteiras foram bloqueadas, escolas, e empresas públicas decidem fechar para evitar a propagação do vírus. Os números aumentam cada vez mais (EURONEWS, 2020).

Diante disso, com o Brasil não foi diferente, tendo adotado a mesma postura dos outros países, seguindo em regra com o cancelamento dos grandes eventos, seguidos pela suspensão das atividades escolares, proibição de eventos menores, fechamento de teatros, cinemas e shoppings, recomendações para a redução da circulação de pessoas (WERNECK, 2020).

Assim, “[...] é notório que o direito à saúde é o mais afetado, porém não se pode olvidar que outros direitos como os de liberdade, contratuais, familiares, sucessórios e potencialmente os reais podem ser igualmente prejudicados” (DANELUZZI, 2020).

Nesse momento, manter o isolamento social e seguir todas as regras é o mais importante para manter as famílias seguras. Veloso e Kairalla (2020), retratam, que a pandemia é um fato natural por decorrer da natureza e, portando, não possui caráter, ela não escolhe quem quer atingir, não transmite mensagens, ela é o que ela é, uma pandemia. O Direito de Família não estava preparado para lidar com o cenário apresentado pela pandemia da Covid-19.

3.1 O impacto na obrigação alimentar

Desde o início pandemia do coronavírus, em 2020, a vida como um todo mudou drasticamente, a sociedade ficou sujeita a novos costumes, novos hábitos e várias restrições, e então, do Direito foi exigida uma postura e regulamentações para lidar com essa nova realidade completamente diferente do habitual (SILVA, 2021).

No que tange as mudanças do Direito de Família, mais especificamente na execução e cumprimento de sentença de alimentos, a primeira adaptação foi a recomendação de imposição do regime domiciliar em casos de prisão civil por inadimplemento alimentar, sob a lógica de evitar riscos epidemiológicos e em observância ao contexto local de disseminação do vírus, no art. 6º, da recomendação nº 62, o qual determinava que (SILVA, 2021):

Art. 6º Recomendar aos magistrados com competência cível que considerem a colocação em prisão domiciliar das pessoas presas por dívida alimentícia, com vistas à redução dos riscos epidemiológicos e em observância ao contexto local de disseminação do vírus (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2020).

Após as recomendações, com o fim de prevenir o avanço da doença no sistema prisional, a Defensoria Pública da União considerou que o aumento de desempregos decorrentes do isolamento social poderia resultar em um considerável aumento no número de devedores de alimentos, razão pela qual foi pedido o Habeas Corpus coletivo ao STJ (PONTES, 2020).

No mesmo sentido, o art. 15, da Lei 4.010/20 (BRASIL, 2020), que dispõe sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado no período da pandemia do coronavírus, estabeleceu que até o dia 30 de outubro de 2020 a prisão civil por dívida de alimentos deveria ser cumprida exclusivamente sob a modalidade domiciliar, sem prejuízo da exigibilidade das respectivas obrigações.

Houve inúmeras controvérsias entre a possibilidade de suspensão ou imposição de regime domiciliar, para alguns era descabida a suspensão da prisão civil em regime fechado para cumprimento posterior em razão da necessidade aplicação imediata, para outros a prisão domiciliar não cumpria com o objetivo fundamental da prisão que é coagir o devedor ao pagamento (SILVA, 2021).

Segundo Silva e Brito (2020), a obrigação alimentar mesmo em tempos de exceção permanece válidos durante a pandemia, seja ela atribuídos aos filhos, ou até mesmo ao ex-cônjuge ou ex-companheiro. Cabe lembrar que “[...] a pensão serve para suprir as necessidades básicas daqueles que dela necessitam em termos de alimentação, saúde, moradia, educação, vestimenta e outros atributos ligados à dignidade da pessoa humana”.

Nessa perspectiva sobre os alimentos, Barreto, Brasileiro, Xavier e Marzagão (2020) ensinam que:

[...] as chamadas ações de alimentos entre nós revelam um aspecto muito doloroso da experiência jurídica brasileira, na medida em que trazem para a apreciação judicial a realidade do descomprometimento das pessoas com a responsabilidade que lhes cabe, gerada por vínculos parentais, conjugais e civis, mantidos com crianças, idosos e carentes, que necessitam de recursos para sobreviver.

Para Gonzaga (2020), uma ação de execução de alimentos serve como medida de proteção ao credor, e os pais e responsáveis tem a obrigação do pagamento dos alimentos aos filhos menores de idade, ainda que seja durante o período de isolamento e em dificuldades financeiras.

Segundo Daneluzzi (2020), as famílias têm enfrentado uma complexa dificuldade durante a pandemia, em razão do confinamento determinado entre os membros da família. Como se sabe a prisão civil por dívida alimentícia é a única autorizada por lei, em frente à garantia substancial do alimentando (art. 5º, LXVII, CF).

Sendo assim, todas as decisões serão necessariamente provisórias durante o período que perdurar a pandemia. Portanto, a medida atípica deve ser aplicada no caso concreto e ser efetiva para esse tipo de demanda. Resta esclarecer que o uso do bom senso serve para evitar conflitos familiares e a judicialização neste período conturbado pela pandemia do coronavírus (COMUNELLO, 2021).

3.2 A Ação Revisional de Alimentos

Segundo Azevedo (2019): “se, após a fixação do valor dos alimentos, ocorrer mudança na situação financeira do alimentante ou do alimentando, poderá conforme o caso, ser pedido ao juiz redução, majoração ou exoneração desse valor”. Ou seja, os alimentos quando fixados, podem vir sofrer alteração se houver mudança na situação financeira de quem os fornece ou de quem os recebe.

A pandemia causada pela Covid-19 estremeceu o Direito de Família, em especial, frente a obrigação dos alimentos, pois pessoas perderam o emprego e outras tiveram o seu salário reduzido. Sendo assim, os efeitos quanto às verbas alimentares e suas revisões estão sendo discutidas. E os tribunais do Brasil todo têm sido amplamente demandados por ações e pedidos revisionais de alimentos (COMUNELLO, 2021).

Ainda assim, a pandemia e a crise gerada por ela não são um fato que serve para que o devedor de alimentos use como justificativa abrangente de uma possível redução ou exoneração dos alimentos devidos, pois o credor sempre necessitará da prestação alimentar (COMUNELLO, 2021).

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo abriu a possibilidade para ação revisional dos alimentos, nessa situação:

REVISIONAL DE ALIMENTOS – SENTENÇA QUE REDUZIU OS ALIMENTOS – PRETENSÃO DO ALIMENTANTE DE REDUZIR, AINDA MAIS, OS ALIMENTOS – PRETENSÃO DA ALIMENTÁRIA DE RESTABELECE O VALOR ANTERIORMENTE FIXADO – HÁ PROVAS DE QUE HOVE MODIFICAÇÃO DA POSSIBILIDADE FINANCEIRA DO ALIMENTANTE EM DECORRÊNCIA DA PANDEMIA CAUSADA PELO COVID-19 - ALIMENTOS REDUZIDOS PARA 70% DO SALÁRIO MÍNIMO - COMPATIBILIDADE DA PENSÃO FIXADA COM O TRINÔNIMO NECESSIDADE, POSSIBILIDADE E PROPORCIONALIDADE – SENTENÇA MANTIDA – APELOS DESPROVIDOS. (TJ-SP - AC: 10091563520198260032 SP 1009156-35.2019.8.26.0032, Relator: Theodureto Camargo, Data de Julgamento: 22/02/2021, 8ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 22/02/2021)

Em consonância com o exposto, por meio da ação revisional de alimentos, o devedor visou a redução dos alimentos, sob alegação que teve sua capacidade financeira afetada pela pandemia decorrente da Covid-19 (COMUNELLO, 2021).

Apesar da pensão alimentícia ser mais comum entre genitores e filhos, esse direito previsto no Código Civil (artigos 1.694 a 1.710), pode ser requisitado entre excônjuges e ex-companheiros, e até mesmo entre parentes. Sendo assim, a parte que adentrar com o pedido de ação revisional, deve provar sua real impossibilidade de garantir sua subsistência e o pagamento do valor fixado originalmente (SANTANA, 2020).

4 CONCLUSÃO

A obrigação alimentar advém primeiramente da Constituição Federal, garantindo que é dever da família assegurar aos filhos menores de idade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, e etc. Ademais, esta obrigação é de competência, primeiramente, dos pais, depois solidariamente pelos os avôs, ou por outro parente mais próximo.

O Novo Código de Processo Civil deu uma repaginada no processo de execução dos alimentos quando determinou que o processo fosse sincrético, não necessitando mais a propositura de uma nova ação para cobrar o cumprimento de uma sentença de alimentos, passando a simples requerimento do exequente o início do cumprimento da

sentença, onde o executado é intimado para pagar o débito em três (03) dias, sob pena de prisão, se a dívida for correspondente aos últimos três meses contados da propositura da ação.

Ainda com relação à inovação trazida pelo Novo Código de Processo Civil, observou-se o instituto do protesto, uma forma não judicial de garantir que o devedor de alimentos tenha restrições, que no caso será de crédito. A ideia não seria de impedir a vida financeira do devedor, mas compeli-lo a dar prioridade ao pagamento da pensão alimentícia, em face de demais obrigações, tendo em vista que a subsistência de uma pessoa é o mais importante.

Mudanças nessa obrigação alimentar é vivida, ainda, em decorrência da Pandemia do Covid-19. Em meio ao caos, instaurado, foi decretado em vários países, como no Brasil também, medidas de restrição de circulação de pessoas nas ruas, nos shoppings, nos parques, e até mesmo ida para o local de trabalho, tendo sido instalado para alguns a versão de trabalho home office.

Com todas as dificuldades impostas pela Pandemia Covid-19, muitos pais ficaram desempregados, com a conseqüente impossibilidade de honrar com o compromisso de obrigação alimentar. Ressalte-se que até os dias atuais muitos pais ainda se encontram desempregados desde o ano de 2020, tendo que recorrer ao Poder Judiciário com a Ação Revisional de Alimentos, não no intuito de não querer pagar, mas sim de comunicar ao Juízo a sua incapacidade, nesse momento, de pagar os alimentos que lhe foram impostos.

Da esteira posta em desfile no presente trabalho de conclusão de curso, pode-se concluir que as medidas típicas impostas na obrigação de alimentar não são medidas drásticas. As mencionadas medidas servem, também, para ensinar ao pai, ou mãe, ou a quem foi imposta essa obrigação, que o alimentando necessita da satisfação desses alimentos para a sua sobrevivência.

5 REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Curso de direito civil: direito de família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 462.

BARRETO, Fernanda Leão; BRASILEIRO, Luciana; XAVIER, Marília Pedroso; MAZAGÃO, Silvia Felipe. **Alimentos: análise multifacetada e proposta de agenda para o futuro pós pandêmico**. In: MATOS, Ana Carla H. et al. *Coronavírus: impactos no direito de família e sucessões*. Indaiatuba, SP: Foco, 2020.

BRASIL, **Estatuto da Criança e do Adolescente**, Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990.

BRASIL. Projeto de Lei nº 1.627 de 2020. **Dispõe sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito de Família e das Sucessões no período da pandemia causada pelo coronavírus SARS-CoV2 (CoVid19)**. Brasília, DF: Senado Federal, [2020]. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/141455>>. Acesso em: 17 de novembro de 2021.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Chamamento ao processo e o devedor de alimentos: uma proposta de interpretação para o art. 1.698 do Novo Código Civil**. In DIDIER JR. Fredie, WAMBIER. Tereza Arruda Alvim (coord.). *Intervenção de terceiros: questões polêmicas e atuais no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CABRAL, Antônio do Passo. **Contraditório [princípio do]**. In: **Dicionário de Princípios Jurídicos**. ORG.: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi e GALDINO, Flávio. São Paulo: Campus Jurídico, 2011.

CAHALY, Yussef Said. **Dos Alimentos**. 3ª ed. São Paulo: RT, 2002.

CAHALI, Francisco José. **Família e Sucessões no Código Civil de 2002: acórdãos, sentenças, pareceres e normas administrativas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004 (Coletânea Obras Pioneiras; v. 1).

CAMBI, Eduardo e HELLMAN, Renê Francisco. **Os precedentes e o dever de motivação no novo Código de Processo Civil**. In.: *Procedimento Comum*, 2ª Edição. MACÊDO, Lucas Buriel; PEIXOTO, Ravi e FREIRE, Alexandre (Org.). Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 949- 974. [Coleção NOVO CPC – Doutrina Seleccionada, v. 2. DIDIER Jr., Fredie (Coord. Geral)].

COMUNELLO, Johnathan Willian Ricardo. **A PANDEMIA DA COVID-19: O DEVER DE SUSTENTO E A REVISIONAL DE ALIMENTOS**. 2021. Disponível em: <<https://repositorio.animaeducacao.com.br/bitstream/ANIMA/14222/1/TCC%20JOHNATHAN%20FINAL%20CORRIGIDO.pdf>>. Acesso em: 17 de novembro de 2021.

CARNEIRO, Myrna Fernandes. **PLURALIDADE DE PARTES NAS AÇÕES DE ALIMENTOS: ASPECTOS MATERIAIS E PROCESSUAIS DO ART. 1.698 DO CÓDIGO CIVIL**. 2018. Disponível em: <[http://repositorio.ufes.br/handle/10/10414#:~:text=Resumo%3A,definir%20sua%20natureza%20e%20disciplina.&text=Enfrenta%2C%](http://repositorio.ufes.br/handle/10/10414#:~:text=Resumo%3A,definir%20sua%20natureza%20e%20disciplina.&text=Enfrenta%2C%20)

[20precipuamente%2C%20o%20problema%20da,da%20parte%20final%20do%20art.>](#).
Acesso em: 27 de outubro de 2021.

CARVALHO, Luiz Ramon Teixeira. **ANÁLISE DO ARTIGO 1.698 DO CÓDIGO CIVIL À LUZ DA INTERVENÇÃO DE TERCEIROS PREVISTA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**. 2016. Disponível em: <<https://silo.tips/download/analise-do-artigo-do-codigo-civil-a-luz-da-intervenao-de-terceiros-prevista-no-c>>. Acesso em: 27 de outubro de 2021.

CASTRO, Vinícius Rios de. **CUMPRIMENTO DE SENTENÇA E EXECUÇÃO DE ALIMENTOS EM FACE DO MENOR DEVEDOR**. 2018. Disponível em: <https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/60816982/CUMPRIMENTO_DE_SENTENCA_E_EXE_CUCAO_DE_ALIMENTOS_EM_FACE_DO_MENOR_DEVEDOR20191006-334_31-1lto6o7-with-cover-page-v2.pdf?Expires=1637015413&Signature=dX9Bp7NIUC7nnJ1zqxD6o7WalfSI-J7g6yD98YgdHkwnC9MopMRSdYF41FF532J9~FoSRKdeG-sQs_A_9Qo7IaWjMQfDH2PuAeKbUb7UikSM8Mx9s8TjW-PE3ly8Y~WtAqZ6Uy53ihZYBMcS1LnJmIhXY7ofuayeq8bwI1yBpSQcG2A~d8ri0iTomgc6CArESna73nswRBKfPPrYKomM~M9RVu8og~ZxjIJbynN1j5vnbC93hbIgLyrVdHiObLo3m0VzcO0BGmWMtme7t6jplwXH2KRNZ3AEu97Qs8pNYN72yEu~9q6d6ferB7ON977HxEyW~fiksZLDV4I1sG-DtRiA_&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA>. Acesso em: 15 de novembro de 2021.

CAVALCANTE, João Roberto et al. **COVID-19 no Brasil: evolução da epidemia até a semana epidemiológica 20 de 2020**. Epidemiol. Serv. Saude, Brasília, v. 29, n. 4, e2020376, 2020. Disponível em: <http://scielo.iec.gov.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1679-49742020000400016>. Acesso em: 17 de novembro de 2021.

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. 2015. **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: 15 de novembro de 2021.

COLTRO, Antônio Carlos Mathias. **Alimentos no Código Civil de 2002: o direito material e o processual, com enfoque nos terceiros legitimados para a ação e a condição em que a integram, segundo o art. 1.698, última parte, do CC e rápida alusão ao Estatuto do Idoso**. In.: O terceiro no processo civil brasileiro e assuntos correlatos: estudos em homenagem ao professor Athos Gusmão Carneiro. COORD.: DIDIER Jr., Fredie; CERQUEIRA, Luiz Otávio Sequeira de; WAMBIER, Theresa Arruda Alvim et al. São Paulo: Editora RT, 2010, p. 99-112.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. 2020. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/>>. Acesso em: 17 de novembro de 2021.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Comentários ao art. 190. In.: Comentários ao novo Código de Processo Civil**. CABRAL, Antônio do Passo e CRAMER, Ronaldo (Coord.). Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015, p. 322-329

DANELUZZI, Maria Helena Marques Braceiro. **As implicações da COVID-19 no direito civil**. 2020. p. 126. Disponível em: <<https://livros-e-revistas.vlex.com.br/vid/as-implicacoes-da-covid845384765>>. Acesso em: 17 de novembro de 2021.

DIAS, Maria Berenice. **Alimentos: direito, ação, eficácia e execução**. - 2 ed. rev., atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. 4ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2001.

EURONEWS. **Como o coronavírus se espalhou pelo mundo**. Euronews, 23 dez. 2020. Disponível em: <<https://pt.euronews.com/2020/12/23/como-o-coronavirus-se-espalhou-pelo-mundo#>>. Acesso em: 17 de novembro de 2021.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil - Famílias**. 10.ed.rev. e atual. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2018.

FERREIRA, Valkiria Malta Gaia. **DOS ALIMENTOS À LUZ DA LEI Nº 13.105/2015**. 2017. Disponível em: <<https://revistas.cesmac.edu.br/index.php/dec/article/view/660>> . Acesso em: 15 de novembro de 2021.

FERREIRA, Bárbara Cristina. **A (IN) EFICÁCIA DA PRISÃO CIVIL NO PROCESSO DE EXECUÇÃO DE ALIMENTOS**. 2018. Disponível em: <<https://dspac.e.do.ctum.ed.u.br/bitstream/123456789/2785/1/A%20%28IN%29%20EFIC%C3%81CIA%20DA%20PRIS%C3%83O%20CIVIL%20NO%20PROCESSO%20DE%20EXECU%C3%87%C3%83O%20DE%20ALIMENTOS.pdf>>. Acesso em: 17 de novembro de 2021.

FORNACIARI Jr., Clito. **Aspectos subjetivos da obrigação alimentar**. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, vol. 19/2007, p. 30-36, jan-jun/2007 (versão digital).

GOMES, Mateus Jagmin. **A SUSPENSÃO DA CARTEIRA NACIONAL DE HABILITAÇÃO (CNH) COMO MEDIDA ALTERNATIVA DE COERÇÃO DO DEVEDOR DE ALIMENTOS**. 2019. Disponível em: <[https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/203274#:~:text=TCC%20Direito-,A%20suspens%C3%A3o%20da%20carteira%20nacional%20de%20habilita%C3%A7%C3%A3o%20\(CNH\)%20como%20medida,coer%C3%A7%C3%A3o%20do%20devedor%20de%20alimentos.&text=O%20presente%20trabalho%20tem%20como,CNH\)%20do%20devedor%20de%20alimentos.>](https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/203274#:~:text=TCC%20Direito-,A%20suspens%C3%A3o%20da%20carteira%20nacional%20de%20habilita%C3%A7%C3%A3o%20(CNH)%20como%20medida,coer%C3%A7%C3%A3o%20do%20devedor%20de%20alimentos.&text=O%20presente%20trabalho%20tem%20como,CNH)%20do%20devedor%20de%20alimentos.>)>. Acesso em: 27 de outubro de 2021.

GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 14. Ed. Atualização de Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, vol. 6: Direito de Família. 8º ed. 2016. São Paulo: Saraiva.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito processual civil esquematizado**; coordenador Pedro Lenza. – 6. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.

GONZAGA, Daniele de Faria Ribeiro. **STJ decide pela prisão domiciliar para devedores de pensão alimentícia, em razão da pandemia de covid-19**. Migalhas, 6 abr. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/323757/stj-decide-pela-prisao-domiciliar-para-devedores-depensao-alimenticia--em-razao-da-pandemia-de-covid-19>. Acesso em: 17 de novembro de 2021.

LEI Nº 8.009, DE 29 DE MARÇO DE 1990. **Dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8009.htm>. Acesso em: 15 de novembro de 2021.

LOTUFO, Renan. **Alimentos – Obrigação avoenga – art. 397 do CCB -possibilidade de dirigir desde logo a pretensão alimentar contra ascendentes mais remoto – ônus da prova**. Revista Brasileira de Direito de Família. São Paulo: Síntese n. 8, p. 79-79, jan./fev./mar. 2001.

MADALENO, Rolf. **Manual de Direito de Família**. Forense, 05/2017.

MARQUES, Rita de Cassia; SILVEIRA, Anny Jackeline Torres; PIMENTA, Denise Nacif. **A pandemia de COVID-19: interseções e desafios para a história da saúde e do tempo presente**. Rio de Janeiro: Fiocruz, [2021]. Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/sites/portal.fiocruz.br/files/documentos/a-pandemia-de-covid19_intersecoes-e-desafios-para-a-historia-da-saude-e-do-tempo-presente.pdf>. Acesso em: 17 de novembro de 2021.

MELO, Cláudio Ari. **Interpretação jurídica e dever de fundamentação das decisões judiciais no Novo Código de Processo Civil**. RePro, 255, p. 63-90, 2016.

MELO, Luana de Souza. **PENSÃO ALIMENTICIA: características, inadimplência e efeitos legais**. 2021. Disponível em: < <http://repositorio.aee.edu.br/bitstream/aee/18252/1/Luana%20de%20Souza%20Melo.pdf>> . Acesso em: 27 de outubro de 2021.

NOGUEIRA, Luiz Fernando Valladão. **A execução de alimentos no novo Código de Processo Civil**. Disponível em: <<http://valladao.com.br/?publicacoes=a-execucao-de-alimentos-no-novo-codigo-deprocesso-civil>>. Acesso em: 15 de novembro de 2021.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

PLANALTO. **LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015. Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 27 de outubro de 2021.

PONTES, F. **STJ concede regime domiciliar a todos os presos por pensão alimentícia.** Agência Brasil, Brasília, 27 mar. 2020. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2020-03/stj-concede-regimedomiciliar-todos-os-presos-por-pensao-alimenticia>>. Acesso em: 17 de novembro de 2021.

SANTANA SILVA GARCIA E MELO SOCIEDADE DE ADVOGADOS. **Ação revisional de alimentos x pandemia.** 14 set. 2020. Disponível em: <<https://ssgmadvogados.com.br/acaorevisional-de-alimentos-x-pandemia/>>. Acesso em: 17 de novembro de 2021

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação cível: AC 1009156-35.2019.8.26.0032 SP. 8º Câmara de Direito Privado.** Relator: Theodureto Camargo. São Paulo, 22 fev. 2021. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1172261120/apelacao-civel-ac-10091563520198260032-sp-1009156-3520198260032>>. Acesso em: 17 de novembro de 2021.

SILVA, Daniel Alt da; BRITO, Thiago Carlos de S. **Reflexões jurídicas sobre alimentos e a pandemia da Covid-19.** Revista Consultor Jurídico, 17 abr. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-17/opinio-reflexoes-alimentos-pandemia>. Acesso em: 17 de novembro de 2021.

SILVA, Brenda Franco. **MEDIDAS COERCITIVAS NA EXECUÇÃO DE ALIMENTOS E CUMPRIMENTO DE SENTENÇA DURANTE A PANDEMIA DO CORONAVÍRUS.** 2021. Disponível em: <<https://repositorio.unisc.br/jspui/bitstream/11624/3189/1/Brenda%20Franco%20Silva.pdf>> . Acesso em: 17 de novembro de 2021.

SILVA, Pedro Paulo Rodriguez Guisande. **COVID-19 - Breves esclarecimentos acerca da ação revisional de alimentos durante a pandemia.** IBDFAM, 8 jun. 2020. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/artigos/1474/COVID-19+-+Breves+esclarecimentos+acerca+da+a%C3%A7%C3%A3o+revisional+de+alimentos+durante+a+pandemia>>. Acesso em: 17 de novembro de 2021.

TARTUCE, Fernanda. **Processo civil no direito de família: Teoria e prática.** 2.ed. Rio de Janeiro: FORENSE; São Paulo: MÉTODO, 2017.

TARTUCE, Fernanda. **Processo civil no direito de família: teoria e prática.** 3ª edição. São Paulo: Método, 2018.

VELOSO, Zeno; KAIRALLA, Marcelo Uriel. **Direito das famílias e das sucessões: reflexões em tempos de pandemia.** In: MATOS, Ana Carla H. et al. Coronavírus: impactos no direito de família e sucessões. Indaiatuba, SP: Foco, 2020. p. 43-44.

VIDAL, Carolina Corrêa. **A EXECUÇÃO DE ALIMENTOS COM A POSSIBILIDADE DE PROTESTO ANÁLISE ACERCA DAS PREVISÕES CONTIDAS NA LEI Nº 13.105/15.** 2016. Disponível em: < <http://191.232.186.80/bitstream/123456789/2204/2/Monografia%20Carolina%20Correa%20Vidal.pdf>> . Acesso em: 15 de novembro de 2021.

WERNECK, Guilherme Loureiro; CARVALHO, Marília Sá. **A pandemia de COVID-19 no Brasil: crônica de uma crise sanitária anunciada.** Cad. Saúde Pública, v. 36, n. 5, 8 maio 2020. DOI: <https://doi.org/10.1590/0102-311X00068820>. Disponível em: <[http_s://www.scielosp.org/article/csp/2020.v36n5/e00068820/](http://www.scielosp.org/article/csp/2020.v36n5/e00068820/)>. Acesso em: 17 de novembro de 2021.

GUARDA COMPARTILHADA COMO INSTRUMENTO DE IGUALDADE DE DIREITOS E DEVERES ENTRE OS PAIS

JOSÉ AGENOR GOMES DA SILVA NETO:
Graduando do curso de Direito da Faculdade de
Ciências Jurídicas de Paraíso do Tocantins (FCJP)

VALDIVINO PASSOS SANTOS⁶¹

(orientador)

RESUMO: O presente artigo busca reconhecer que a guarda compartilhada dá aos genitores os mesmos direitos, mas principalmente os mesmos deveres de criação, que deverão ser partilhados entre os mesmos, favorecendo a concretização da igualdade entre os pais. Visa ainda demonstrar a importância da aproximação entre filhos e seus pais, como método de evitar a perda de contato entre os genitores e os infantes após a dissolução do relacionamento, estabelecendo a absoluta igualdade de direitos e deveres entre os mesmos referentes à sociedade conjugal, pois a guarda compartilhada contribui, para o melhor atendimento as necessidades da criança, de forma que ela conviva com ambos os genitores, mesmo que separados, compartilhando deveres e obrigações que contribuirão para o seu desenvolvimento. No Direito de Família foi constitucionalizada a igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres, alcançando os vínculos de filiação, proibindo qualquer tipo de discriminação relativamente aos filhos havidos ou não da relação de casamento ou por adoção, através do princípio da igualdade é garantido o tratamento igualitário no exercício do poder familiar.

Palavras-chave: Deveres; Direitos; Guarda compartilhada; Igualdade.

ABSTRACT: This article seeks to recognize that shared custody gives parents the same rights, but mainly the same duties of upbringing, which must be shared among them, favoring the achievement of equality between parents. It also aims to demonstrate the importance of approximation between children and their parents, as a method to avoid the loss of contact between parents and infants after the dissolution of the relationship, establishing absolute equality of rights and duties between them regarding the marital society, because shared custody contributes to better care as a child's need, so that he lives with both parents, even if separated, sharing duties and obligations that will contribute to their development. No Family Law, equal rights and obligations between men and women were constitutionalized, reaching the bonds of affiliation, prohibiting any type of discrimination in relation to children born or not in the marriage relationship or by

⁶¹ Titulação. Professor da Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraíso do Tocantins (FCJP). E-mail:

adhesion, through the principle of equal rights and treatment equality in the exercise of family power.

Keywords: Rights; Duties; Shared custody; Equality.

1 INTRODUÇÃO

A Lei 13.058/14 que instituiu a guarda compartilhada obrigatória entrou em vigor na data de sua publicação, qual seja 22 de dezembro de 2014, trazendo grandes e relevantes mudanças em relação à guarda e proteção dos filhos, modificando assim, os artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 do Código Civil de 2002, no intuito de proporcionar ao menor a oportunidade de continuar a conviver com os pais mesmo após o divórcio. A guarda compartilhada tem o intuito de garantir o princípio do melhor interesse da criança, impondo igualdade entre pai e a mãe, quanto à responsabilidade sobre os filhos, conservando os vínculos afetivos, bem como a convivência saudável entre pais e filhos, e entre os pais.

É notório observar que a alienação parental traz vulnerabilidade para a criança ou adolescente, pois há um temor deles em debater com alienador, devido ao medo de romper laços afetivos, gerando conflitos não só familiares, mas também internos, causando sequelas emocionais e comportamentais, em alguns casos há, a desproteção da criança, relativa à ação entre pai/mãe “jogar” a criança contra o outro cônjuge, pois, a maioria dos processos de separação não ocorre de maneira amigável, devido a mágoas e rancores entre os até então cônjuges.

Assim, o presente artigo visa abordar o assunto guarda compartilhada, que garante aos pais o direito de participar das decisões que se referem aos filhos menores, mantendo o exercício comum do direito familiar, protegendo os interesses dos filhos, pois os casos de guarda são avaliados de forma individualizada, evitando a quebra do vínculo de afetividade entre pais e filhos, colocando em equilíbrio os papéis dos genitores na perspectiva do melhor interesse da criança, pois os pais terão oportunidade de melhorar o relacionamento e a participação na vida do filho, diminuindo assim, os efeitos da separação, e mantendo os laços afetivos, usufruindo do amor, afeição, carinho e educação de ambos, bem como estabelecer a absoluta igualdade de direitos e deveres entre homens e mulheres referentes à sociedade conjugal, conforme artigo 226, § 5º da Constituição Federal.

Diante desse contexto e com vistas a refletir e contribuir sobre essas questões, foi realizado uma análise acerca do princípio da igualdade e instituto da guarda compartilhada no ordenamento jurídico, pois a realidade social hoje, não se restringe mais à família patriarcal heteroafetiva, e nesse contexto, temos a realidade latente e já legitimada da família homoafetiva, graças à tendência contemporânea dos direitos fundamentais de reconhecimento das especificidades e peculiaridades dos sujeitos de direito.

Será realizado, o método dedutivo, por meio de pesquisa exploratória, em análises qualitativas, baseadas em pesquisas bibliográficas (doutrinas) e documentais (legislações e jurisprudências) para verificar se há de fato igualdades de direitos e deveres no que tange a guarda compartilhada.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 DIREITO DA FAMÍLIA

2.1.1 A Família Sob a Édige das Constituições no Brasil

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é uma lei básica do ordenamento jurídico brasileiro, servindo como critério de validade para os demais tipos de legislação. Posto que a sua promulgação tenha causado uma grande revolução no ordenamento jurídico brasileiro, visto que o legislador constituinte deu maior enfoque ao indivíduo e à coletividade, sabe-se que parte das mudanças realizadas, de fato, já estavam presentes em nossa sociedade, sendo então codificadas pela Lei Superior. No que se refere ao direito da família, a Constituição Federal de 1988 deu especial relevo aos princípios constitucionais relativos à matéria, reconhecendo o pluralismo familiar existente no plano fático e procedendo à proteção igualitária de seus membros.

É uma revolução provocada pela constitucionalização do direito de família, que embora não tenha sido regulamentada de forma efetiva, essa situação foi reconhecida pelos Tribunais. A base para as decisões é encontrada nos princípios constitucionais. Foram analisados alguns dos novos princípios do Direito da Família, tais como: o Princípio da Igualdade entre os filhos, que permite reconhecer os filhos a qualquer momento e proíbe qualquer referência à filiação ilegítima ou denominações discriminatórias na certidão de nascimento (art. 227, §6º da CF e art. 1596 do CCB). Princípio da igualdade entre cônjuges e companheiros, consagrado no art. 5, I, no art. 226, §5º da Constituição Federal de 1988 e no art. 1.511 do Código Civil Brasileiro, dispõe sobre a igualdade de direitos e deveres aos familiares, garantindo a ambos os cônjuges, inclusive, o direito à administração familiar.

2.1.2 Espécies de família

A família é um dos sistemas mais antigos e em constante evolução, e que agora tem um significado aberto diferente do modelo original. Esta evolução social e legislativa é atribuída a novas relações familiares organizadas através de novas estruturas familiares, que se pautam pelo afeto, unidade, lealdade, confiança, respeito e amor entre os membros (GAMA, 2003).

Durante décadas, o casamento foi o único sinal de uma família, mas que agora tornou-se, uma forma de formação, dominando sentimentos e laços afetivos, e não mais se restringindo ao rígido paradigma da solenidade, do sexo e da fertilidade (SOUZA, 2009).

Hoje, existem várias maneiras de começar uma família. A formação de uma família não requer mais apenas a imagem de pai e mãe.

Dias (2007) aborda que:

Quem pode dizer o que é uma família normal hoje? Depois que a constituição introduziu o conceito de entidade familiar, ela não só reconhece uma família constituída pelo casamento, mas também uma família estável e famílias monoparentais - compostas por um dos pais e filhos - não é mais possível falar sobre família, mas sobre família (DIAS, 2007).

Por esta perspectiva, embora havendo diferenças na constituição familiar, todos possuem os mesmos direitos e deveres perante sua prole, desde que a criação e o amparo prestado sejam evidenciados. Nesse sentido, ao perceber os diferentes tipos de união (hetero ou homoafetiva), inquire-se que a filiação se deslocou da família e os direitos das crianças e adolescentes devem, sempre que possível, ser analisados de forma autônoma da entidade familiar e o seu poder parental (DIAS, 2008).

Algumas questões se levantam diante dos mencionados dispositivos supra. Para Amazonas e Braga (2006), as famílias homoafetivas estão dentro do âmbito de aplicação da guarda compartilhada? Os verbetes "pai" e "mãe" teriam o condão de afastar a aplicação da normativa? Podem os casais homossexuais acordarem a respeito da guarda compartilhada de um filho comum? (AMAZONAS; BRAGA, 2006).

Para os autores, é de se afirmar que, sim, podem os casais acordarem a respeito da guarda compartilhada, estando o relacionamento dentro do seu âmbito de aplicação e, podem, ainda, a guarda compartilhada ser deferida pelo juiz, no caso de um casal homossexual em que a filiação esteja – em virtude do falho sistema de filiação brasileiro – estabelecida apenas em relação a um dos partícipes da relação, tendo-se em conta a socioafetividade daquele que não é progenitor jurídico. Há de se ter em conta que ambos os partícipes devem ser considerados "pais" ou "mães" (GRISARD FILHO, 2013).

Dropa (2002), estabelece que advindo uma ruptura nestes relacionamentos, questiona-se: diante dos fatos expostos, pode-se ainda fazer uma leitura simplista e literal da lei, alegando-se falta de previsão legal para o deferimento da guarda compartilhada aos casais homossexuais? Parece-nos que não (DROPA, 2002).

Contudo, resta indicado na jurisprudência hodierna que, enquanto não houver uma abertura explícita do instituto do casamento aos homossexuais, as uniões homoafetivas devem ser vislumbradas como uniões estáveis, caindo assim, no âmbito de aplicação do art. 1.584, podendo a guarda compartilhada ser deferida com ou sem acordo das partes,

havendo apenas necessidade de uma ação de reconhecimento e dissolução de união estável homoafetiva. (PASSOS, 2005).

2.1.3 Do poder familiar

O poder familiar teve origem no direito romano, onde era exercido com autoridade exclusiva e absoluta pelo chefe da família e sua concepção não se sustentou no tempo. Com a concepção moderna, o poder parental pode ser considerado os direitos e deveres recíprocos entre os genitores e sua prole. (ROSA, 2015).

O poder familiar une os pais aos filhos menores, não emancipados concebidos de forma natural, biológica ou adotiva, reconhecidos voluntariamente, num conjunto de direitos e deveres na esfera pessoal e patrimonial.

Salienta Lobo (2009, p.273) que o poder familiar é mais um dever do que um poder legalmente atribuído aos pais, pois os mesmos assumem a função de educar e assistir seus descendentes. Os pais são os responsáveis pela formação dos filhos, influenciando-os nas escolhas profissionais, afetivas, além de adaptar-se com os problemas costumeiros do dia-a-dia, sendo o sustentáculo para que se torne um cidadão com condições psíquicas de conviver com os desapontamentos enfrentados por todos na sociedade bem como as vitórias que fazem parte da vida. Para Lôbo (2010, p. 418), o poder familiar é irrenunciável, intransferível, inalienável, imprescritível e decorre tanto da paternidade natural como da filiação legal e da socioafetiva. Fica claro, que o poder familiar não finda com a separação, divórcio ou fim da união estável, tendo os pais o dever de não renunciar aos filhos, as obrigações que procedem da paternidade também não podem ser transferidos ou alienados. Nula é a renúncia ao poder familiar, sendo exequível apenas incumbir a terceiros o seu exercício, preferencialmente a um membro da família.

A guarda compartilhada é um instrumento de garantia de igualdade de direitos e deveres entre os pais, analisando os aspectos que regulam o poder familiar que, é um direito pertencente aos genitores e, também, um dever, pois ambos precisarão criar, educar e proteger seus filhos, principalmente os menores de idade.

2.2 INSTITUTO DA GUARDA

O instituto da guarda visa assegurar a proteção da pessoa dos filhos. Com a publicação da Lei 11.698, de 13 de junho de 2008, a guarda compartilhada tornou-se efetiva, modificando os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil Brasileiro, com a alteração da guarda compartilhada em guarda legal. Com a finalidade de se definir o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, foi publicada a Lei 13.058, de 22 de dezembro de 2014 que modificou os artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 do Código Civil de 2002. A lei vigente provocou muita polêmica e discordâncias devido à premissa para que

a guarda compartilhada seja executada, mesmo em situações, onde não há acordo entre os pais da criança, deixando de ser exceção para se tornar regra. O instituto da guarda compartilhada outorga que prepondere o princípio do melhor interesse da criança, a fim de afastar conflito de interesse entre os pais.

O instituto da guarda compartilhada, é o exercício de direitos e deveres no tocante ao poder familiar, assegurando a convivência com os filhos mesmo após a dissolução conjugal, visando que continue o dever de proteção, zelo e amor dos pais.

2.2.1 Breve histórico do Instituto da Guarda

A guarda compartilhada de acordo com o art. 1.583, §1º, do Código Civil é "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." (BRASIL, 2002).

No ano de 2014, a então Presidenta da República, Sra. Dilma Rousseff, sancionou a Lei nº 13.058/14, que alterou os artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 do nosso atual Código Civil Brasileiro (Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002), os quais já tratavam da guarda compartilhada aos genitores e sua aplicabilidade na prática. Com a aprovação da Lei nº 13.058 de dezembro de 2014, a guarda compartilhada passou a ser regra, inclusive quando há conflito entre os genitores (BRASIL, 2014).

Dessa forma, o artigo 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente define a guarda como a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais (BRASIL, 1990).

Já, a respeito do tema, Paulo Lôbo (2020, p. 138) em seus estudos explica que:

A guarda compartilhada é obrigatória, independentemente da concordância dos pais separados. Assim é porque inspirada e orientada pelo superior interesse da criança ou adolescente. Os interesses dos pais, diferentemente do que ocorria com a predominância anterior da guarda unilateral, não são mais decisivos.

Não obstante, cabe ressaltar que tal entendimento não pode prosperar, levando em conta que conforme leciona Nader (2016, p. 422) a imposição da guarda compartilhada é relativa, dado que, o melhor interesse do menor deve ser levado em consideração.

Nesse sentido, a Constituição Federal, deixa claro, que a família é a base da sociedade, cabendo ao Estado, a família e a sociedade, protegerem o menor, garantindo-lhe o exercício de seus direitos fundamentais, para que possam se desenvolver

corretamente. A convivência familiar é um dos direitos e deveres derivados do poder familiar.

2.3 GUARDA COMPARTILHADA E APLICAÇÃO DA RESPONSABILIDADE PARENTAL

2.3.1 Evolução da Guarda Compartilhada

O Código Civil de 1916 elencava em seus artigos 325 a 328, o direito à guarda dos filhos menores apenas ao cônjuge não culpado pela dissolução conjugal, caso a dissolução conjugal fosse por desquite amigável, prevalecia o que fosse acordado entre os cônjuges, quanto à guarda dos filhos menores. No entanto, se a dissolução fosse por desquite judicial, o cônjuge inocente teria a guarda dos filhos menores. Conseqüentemente, se ambos os cônjuges fossem culpados pela dissolução conjugal, a guarda dos filhos menores ficariam com a mãe, sob a condição de que o magistrado entendesse que esta solução não traria prejuízo de cunho moral aos menores, em consequência havia a liberdade deste para decidir, desde que fossem verificados motivos graves. Além disso, se os filhos menores não ficassem na guarda de um dos genitores, estes teriam direito de visita.

Em 1977, foi publicada no Brasil com a Lei nº 6.515/77 no Brasil, a mesma instituiu o divórcio, na qual em seu art. 27, diz que os pais continuam com os mesmos "direitos e deveres em relação aos filhos", foram revogados os artigos 325 a 328 do Código Civil de 1916 e a proteção da pessoa dos filhos ficou disciplinada nos artigos 9º ao 16º da referida Lei. Em seu artigo 9º a Lei do Divórcio, ponderou o que estava disciplinado no artigo 325 do Código Civil de 1916, ordenando: "No caso de dissolução da sociedade conjugal pela separação judicial consensual (art. 4º), observar-se-á o que os cônjuges decidirem juntos sobre a guarda dos filhos". O artigo 15 da Lei do Divórcio dispõe sobre a guarda materna: "O filho natural enquanto menor ficará sob o poder do genitor que o reconheceu e, se ambos o reconhecerem, sob o poder da mãe, salvo se de tal solução advier prejuízo ao menor". Diante disto, torna-se evidente que o legislador almejava estabelecer a guarda exclusiva a um cônjuge, preferencialmente a mãe, com o propósito de se evitar disputas judiciais, genitor que não detinha a guarda, possuía o direito de visita e fiscalização, fundado no princípio do melhor interesse do menor, indo de encontro com o princípio da igualdade, disciplinado nos §5º do artigo 226 e §6º do artigo 227, ambos da Constituição de 1988.

Já era delineado, pelo ordenamento jurídico brasileiro, uma propensão de mudar o instituto do Direito de Família, mas, devido à falta de regulamentação expressa na legislação pátria e a inexistência de informação, mais clara sobre a guarda compartilhada, desencadeou-se o novo modelo de guarda pela lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008.

A mencionada lei alterou os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil brasileiro, instituindo duas formas de guarda: a unilateral e a compartilhada. Já era possível

conjecturar, embora não existisse previsão legal antes da Lei 11.698/2008, a guarda compartilhada, como se observa na Constituição Federal de 1988, no seu artigo 5º, que dispõe que todos são iguais perante a lei, e no §5º do artigo 226, os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher (BRASIL, 1998).

2.3.2 Principais alterações promovidas pela Lei 13.058/2014

Com a aprovação da Lei nº 13.058 de dezembro de 2014, a guarda compartilhada passou a ser regra, inclusive quando há conflito entre os genitores (BRASIL, 2014), dado que antes do advento da Lei nº 13.058/2014, por mais que já existisse a guarda compartilhada, a guarda unilateral prevalecia no judiciário, devido haver falta de estabilidade emocional entre os pais, que não consentiam quanto à concessão da guarda.

Conforme a Lei 13.058/2014, que alterou os artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 do Código Civil Brasileiro (Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002), quando não há consenso entre os pais ou relacionamento harmonioso, o magistrado deve priorizar o instituto da guarda compartilhada. Mesmo quando não exista consenso entre os pais ou um relacionamento harmonioso, de acordo com a Lei nº 13.058/2014, que alterou os artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 do nosso atual Código Civil Brasileiro (Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002), prevê que o magistrado deverá priorizar o instituto da guarda compartilhada, salvo quando algum dos genitores, alegarem que não deseja compartilhar a guarda da criança ou quando o juiz, de forma justificada, opinar pela unilateralidade da guarda.

2.3.3 Critérios para fixação e modificação da guarda: melhor interesse do menor

A família é um apoio para que sejam efetivados os direitos da criança e do adolescente que não pode por si só, consubstanciar tais direitos, sendo o Estado responsável por disponibilizar recursos fundamentais para uma convivência digna do menor no seio da família. Destaca-se a obrigatoriedade de observar o melhor interesse do menor, para isso o princípio do melhor interesse da criança, coloca-o na condição de sujeito de direitos favorecidos, submetidos à proteção integral e à primazia absoluta. Segundo Gama (2008, p. 180):

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente representa importante mudança de eixo nas relações paterno-materno-filiais, em que o filho deixa de ser considerado objeto para ser alçado à sujeito de direito, ou seja, a pessoa humana merecedora de tutela do ordenamento jurídico, mas com absoluta prioridade comparativamente aos demais integrantes da família de que ele participa. Cuida-se, assim, de reparar um grave equívoco na história da

civilização humana em que o menor era relegado a plano inferior, ao não titularizar ou exercer qualquer função na família e na sociedade, ao menos para o direito (GAMA, 2008, p. 180).

É imprescindível que a lei de guarda compartilhada seja interpretada em conformidade com a Constituição Federal, a qual preza pelo superior interesse da criança e do adolescente, em que cada caso deve ser analisado de acordo com suas particularidades e, não sendo o compartilhamento razoável para o filho, deverá se repensar sobre a sua aplicação.

2.3.4 A Guarda compartilhada derivada do poder parental igualitário

A guarda ultrapassa a ideia de posse ou de ser simplesmente um direito dos pais, como está expressa no Código Civil Brasileiro, mas é um total comprometimento dos genitores, da própria sociedade e do Estado para garantir a efetiva aplicação dos direitos em relação ao menor (AKEL, 2009). Em súmula, conforme conceitua Quintas (2009), a guarda é:

um instituto jurídico no qual atribui à uma pessoa titularidade de guardião para exercer direitos e deveres com o objetivo de proteger e amparar nas necessidades que a criança ou o adolescente necessita, na maioria das vezes a guarda é atribuída em virtude de uma decisão judicial (QUINTAS, 2009).

Contemporaneamente, a guarda compartilhada é a forma ideal para a dissolução conjugal. Os pais conseguem ter uma atuação igualitária na vida de seus filhos, que necessitam de uma maior participação e proteção de seus direitos e deveres por parte dos seus genitores, mesmo quando estes não querem mais ter uma convivência em comum juntos, os descendentes devem ser os menos afetados. Com um direito igualitário já pré-estabelecido pela Constituição de 1988, homens e mulheres, não terão quaisquer formas de distinção e a igualdade tende a ser plena, como preceitua o art. 5º de tal carta magna.

Porém, ao afirmar isso, o legislador, também preceitua no que concerne ao direito da criança, ou melhor, dos filhos, no estatuto da criança e do adolescente, no art. 21, "o pátrio poder será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil".

Assim, a psicóloga e psicanalista Maria Antônia Pisano Motta, define sobre a Guarda Compartilhada em sua obra:

A guarda compartilhada deve ser vista como uma solução que incentiva ambos os genitores a participarem igualmente da convivência da educação e da responsabilidade pela prole. De ser

compreendida como aquela forma de custódia em que as crianças têm uma residência principal e que define ambos os genitores do ponto de vista legal como detentores do mesmo dever de guardar seus filhos(MOTTA, 1996. p. 19).

Por haver, uma grande preocupação com o desenvolvimento infantil, é que Grisard Filho (2002, p.4),em sua obra, mostra que o foco na dissolução conjugal, mais do que o conflito de interesses do casal, seja os filhos, a prole, os menores e outros sinônimos, ao afirmar:

Este modelo, priorizando o melhor interesse dos filhos e a igualdade dos gêneros no exercício da parentalidade, é uma resposta mais eficaz à continuidade das relações da criança com seus dois pais na família dissociada, semelhantemente a uma família intacta. É um chamamento dos pais que vivem separados para exercerem conjuntamente a autoridade parental, como faziam na constância da união conjugal, ou de fato. (GRISARD FILHO. 2002, p.4).

Assim sendo, a guarda compartilhada, quando há eficácia na vida infantil, consegue um resultado superior e de maior extensão de forma positiva na vida dos filhos, fazendo assim que o desenvolvimento seja notório, e a participação dos pais, seja de igual peso e de forma contínua (ROSA, 2015).

A guarda quando cedida somente para mãe, pode não atender todas as necessidades do menor, que por sua vez ama e precisa do pai do mesmo jeito que precisa da mãe. Vivemos numa sociedade em constante mudança, e se tem necessidade de utilizar a guarda compartilhada, para que os filhos que passem pela experiência de dissolução conjugal, suportem a dor da separação dos seu genitores, a fim de não gerar traumas que prejudiquem sua formação psicológica, moral e social e moral.

Mediante o exposto, fica claro que a guarda compartilhada detém o importante efeito de dificultar a ocorrência do fenômeno da alienação parental e, conseqüentemente, a síndrome da alienação parental, uma vez que, sendo o poder familiar exercido concomitantemente, não há que se falar em utilização do menor por um dos genitores como instrumento de chantagem e vingança contra o genitor que não convive com ele, situação peculiar da guarda unilateral ou exclusiva. Ou seja, as grandes vantagens da guarda compartilhada é o estímulo da convivência do menor com ambos os genitores, independentemente do fim do relacionamento amoroso entre aqueles, e a diminuição dos riscos de ocorrência da alienação parental (DIAS, 2007).

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A guarda compartilhada é entendida como um instrumento legal de igualdade entre pais e filhos, beneficiando a convivência familiar.

Os direitos das crianças são assegurados mesmo com a dissolução do vínculo entre os pais, pois a guarda compartilhada prevê que os genitores tenham referências a transmitir ao filho, logo, mesmo com discórdias ou pouco diálogo entre os pais, é necessário adaptações para viver em equilíbrio em nome do melhor interesse da criança. Conforme o princípio de melhor interesse do menor é necessário, proteger ao máximo a criança e o adolescente que estão em situação de vulnerabilidade preservando seu processo de amadurecimento e formação de personalidade. Sendo assim, é direito fundamental do menor ter as melhores garantias morais e materiais, assim como preceituado pelo artigo 227 da Constituição Federal.

Existem várias formas de famílias constituídas, seja pelos laços sanguíneos, por afinidade ou afetividade, sendo necessário que haja uma comunicação eficaz e respeitosa entre os pais, afim de que o os filhos tenham uma melhor qualidade de educação, convívio e desenvolvimento, se sentindo seguros e protegidos. Acerca do princípio da igualdade e instituto da guarda compartilhada no ordenamento jurídico, a realidade social hoje, não se restringe mais à família patriarcal heteroafetiva, e nesse contexto, temos a realidade latente e já legitimada da família homoafetiva, graças à tendência contemporânea dos direitos fundamentais de reconhecimento das especificidades e peculiaridades dos sujeitos de direito. É de suma importância admitir que o núcleo familiar tem passado por algumas mudanças, precisando que haja equilíbrio tanto por parte dos ex-cônjuges, quanto pelas instituições do Estado e pelos operadores do direito.

Não obstante, após as pesquisas jurisprudenciais e bibliográficas realizadas, pode-se inferir que a guarda compartilhada é o dispositivo que garante à convivência igualitária e equânime dos pais separados com os filhos. A lei 13.058/2014 foi decretada com a intenção de destacar o princípio da igualdade entre homem e mulher em seus cuidados e obrigações para com os filhos, pois ao compartilharem a guarda, pai e mãe têm contato diário com a criança e participam igualmente do cotidiano dos filhos.

Desse modo, fica evidente a importância da guarda compartilhada, uma vez que a intenção principal será a de priorizar o bem-estar da criança, de forma que esta possa conviver igualmente com os pais, trazendo igualdade parental, de forma que os infantes tenham convívio equilibrado em ambos os lares e com ambos os pais, para que os mesmo não tenham suas ideias e emoções afetadas negativamente.

REFERÊNCIAS

AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda compartilhada: um avanço para a família**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

AMAZONAS, M. C. L. A.; BRAGA, M. G. R. Reflexões acerca das novas formas de parentalidade e suas possíveis vicissitudes culturais e subjetivas. **Àgora: Estudos em Teoria Psicanalítica**. Rio de Janeiro, v. 9, n.2, 177-191. 2006.

BENTO, Angelo Suliano. **A evolução da guarda compartilhada no direito brasileiro**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/50790/a-evolucao-da-guarda-compartilhada-no-direito-brasileiro>. Acesso em: 24 out. 2021

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 09 de setembro de 2021.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.089/1990)**. VadeMecum Saraiva. Ed. Saraiva, 2012.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil Brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm Acesso em: 09 de outubro de 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2014/lei/l13058.htm. Acesso em: 01 de outubro de 2021

CARVALHO, Flávia Wanzeler. Guarda compartilhada a luz do ordenamento jurídico brasileiro. **Revista Âmbito Jurídico**, Edição 150, 2016. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-150/guarda-compartilhada-a-luz-do-ordenamento-juridico-brasileiro>. Acesso em: 24 out. 2021

DIAS, Maria Berenice. Família Normal? **Revista Brasileira de Direito de Família**, n. 46, fev./mar. 2008, IOB.

DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 4. ed. revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2007.

DROPA, R. F. **Direitos fundamentais, homossexualidade e uniões homoafetivas**. 2002. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/5229/direitos-fundamentais-homossexualidade-e-unioes-homoafetivas>. Acesso em 11 setembro 2021.

FROES, Thalita Araujo Madureira. **Guarda compartilhada como forma de prevenção da alienação parental.** Disponível em:

<https://www.migalhas.com.br/depeso/341281/guarda-compartilhada-como-forma-de-prevencao-da-alienacao-parental>. Acesso em: 24 out. 2021

GAMA, Guilherme Calmon da. **A nova filiação: o biodireito e as relações parentais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios Constitucionais de Direito de Família: guarda compartilhada à luz da Lei 11.698/08, família, criança, adolescente e idoso.** 1ª ed. São Paulo: Atlas: 2008.

GIL, Antonio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social.** 6. ed. Editora Atlas SA, 2008.

GRISARD FILHO, Waldir. **Guarda Compartilhada - um novo modelo de responsabilidade parental.** 6ª Ed. rev. Atual e amp. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. **Direito Civil: Famílias.** 10ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2020.

LÔBO, Paulo. **Direito civil – Famílias.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LÔBO, Paulo. **Direito civil – Famílias.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MANSUR, Gisele Müller. Evolução histórica da Guarda compartilhada. **Revista Âmbito Jurídico**, Edição 146, 2016. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/evolucao-historica-da-guarda-compartilhada/>. Acesso em: 24 out. 2021

MATOS, Rayane Alves. Responsabilidade paternal após o divórcio: guarda compartilhada. **Revista Âmbito Jurídico**, Edição 205, 2021. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-de-familia/responsabilidade-paternal-apos-o-divorcio-guarda-compartilhada/>. Acesso em: 24 out. 2021

MOTTA, Maria Antonieta Pisano. Guarda compartilhada. Uma solução possível. **Revista Literária do Direito**, v. 2, p. 19, 1996.

MOURA, Eloine Borges. **Guarda Compartilhada.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/53881/guarda-compartilhada>. Acesso em: 24 out. 2021

NADER, Paulo. **Direito Civil: Direito de família.** 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NUNES, Renata Stoco. **Guarda compartilhada no ordenamento jurídico.** Disponível em: <https://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/guarda-compartilhada-no-ordenamento-juridico.htm>. Acesso em: 24 out. 2021

PASSOS, M. C. Homoparentalidade: uma entre outras formas de ser família. **Psic. Clin.**, Rio de Janeiro, v.17, n.2, p.31-40, 2005

QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. **Guarda Compartilhada**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

ROSA, da Paulino Conrado. **Nova lei da guarda compartilhada**. São Paulo: Saraiva, 2015.

SOUZA, D.B. L. F. C. Famílias plurais ou espécies de famílias. **Revista Jus Vigilantibus**, 2009. Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/39460/2>. Acesso em: 11 jun. 2021.

SPERONI, Emanuelle LoiseKolling. **A guarda compartilhada como possível solução para a alinação parental**. Santa Cruz do Sul, 2015. Disponível em: <https://repositorio.unisc.br/jspui/bitstream/11624/855/1/Emanuelle%20Loise%20Kolling%20Speroni.pdf>. Acesso em 11 out. 2021.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: direito de família**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

TOSCANO, Anna Carolina; SILVEIRA, Letícia Monteiro Amorim e. **A guarda compartilhada como meio preventivo à alienação parental**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/87064/a-guarda-compartilhada-como-meio-preventivo-a-alienacao-parental>. Acesso em: 24 out. 2021

TROIANI, Leonice. Guarda compartilhada: a concretização dos direitos fundamentais com base na convivência familiar e no melhor interesse da criança e do adolescente. **Revista Âmbito Jurídico**, Edição 144, 2016. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-144/guarda-compartilhada-a-concretizacao-dos-direitos-fundamentais-com-base-na-convivencia-familiar-e-no-melhor-interesse-da-crianca-e-do-adolescente/>. Acesso em: 24 out. 2021

PAGAMENTO AO HOSPITAL PRIVADO POR ATENDIMENTO DE PACIENTES DO SUS – ANÁLISE DO RE 666094-DF

HENRIQUE FREIRE DE OLIVEIRA SOUZA: Advogado, nesta data associado/integrante da (i) IABA (Interamerican Bar Association); da WAML (World Association for Medical Law); (ii) do BRASILCON (Instituto Brasileiro de Política e Dir. do Consumidor); (iii) da PEOPIIL (Pan-European Organisation of Personal Injury Lawyers); (iv) do IBDCivil (Instituto Brasileiro de Direito Civil); (v) da Comissão de Direito Médico da OAB-RJ; e da Comissão de Direito Médico e da Saúde da 57ª Subseção – Barra da Tijuca.

RESUMO: O Supremo Tribunal Federal (STF), no RE 666094-DF, fixou tese indicando o critério para ressarcimento de hospitais privados quando do atendimento, por ordem judicial, de pacientes não atendidos pelo sistema público de saúde (SUS). Esse critério acabou por invadir a competência legislativa do Congresso, criando regras que tratam como iguais situações absolutamente distintas e ofendendo o princípio da reparação integral.

ABSTRACT: The Brazilian Supreme Court (STF), in RE 666094-DF, fixed a thesis indicating the criterion for reimbursement of private hospitals when it treats, by court order, patients not cared by the public health system (SUS). This criterion invaded the legislative competence of Congress, by creating rules that treat absolutely different situations as equals and also offending the principle of full reparation.

Palavras-chave: RE666094-DF. SUS. Internação por Liminar. Hospital Privado. Preço. Indenização.

Sumário: 1. Introdução. 2. A Origem do Caso. 3. A Decisão do STF no RE 666094-DF. 4. Comentários. 5. Conclusão. 6. Referência.

[1]. INTRODUÇÃO

[1.1]. Em 30/09/2021, o Pleno do Supremo Tribunal Federal (“STF”), em decisão unânime, fixou no RE 666094-DF a seguinte tese: ***“O ressarcimento de serviços de saúde prestados por unidade privada em favor de paciente do Sistema Único de Saúde, em cumprimento de ordem judicial, deve utilizar como critério o mesmo que é adotado***

para o ressarcimento do Sistema Único de Saúde por serviços prestados a beneficiários de planos de saúde.⁶²

[1.2]. Essa decisão terá repercussão em inúmeras ações em curso, através das quais entidades de saúde privadas, sejam elas controladas por Operadoras de Planos de Saúde ("OPS") ou não, buscam reaver o justo ressarcimento pela prestação de serviços médico hospitalares prestados aos cidadãos, não atendidos devidamente pelo Sistema Único de Saúde ("SUS") e que, por determinação do Estado-Juiz foram internados nas referidas entidades de saúde privadas.

[1.3]. Neste caso, partiu-se de uma situação específica (um hospital pertencente a rede própria de uma OPS) e, através de uma analogia, concluiu-se que se uma OPS ressarce o SUS com base em um múltiplo da Tabela do SUS, da mesma forma, TODOS os hospitais PRIVADOS que derem atendimento a pacientes do SUS deveriam receber do Estado com base em múltiplos da tabela do SUS, quer tivessem, ou não, relacionamento comercial com o SUS.

[1.4]. Embora a decisão tenha o nobre propósito de pacificar a discussão acerca de qual seria o valor a ser pago a um hospital privado por atendimento de pacientes do SUS, criando um critério mais objetivo de pagamento pelo uso forçado da rede privada, ela acabou por invadir a competência legislativa do Congresso, criando regras que tratam como iguais situações absolutamente distintas e ofendendo o princípio da reparação INTEGRAL, tudo isso sob o argumento de proteção ao Estado (social), Estado este que faltou com sua obrigação constitucional e legal ao não garantir atendimento ao cidadão necessitado, nos termos dos arts. 196 e seguintes da Constituição da República Federativa do Brasil ("CF") e da Lei Federal 8080/90.

62 RE 666094/DF: "*Julgado mérito de tema com repercussão geral. TRIBUNAL PLENO. Decisão: O Tribunal, por unanimidade, apreciando o tema 1.033 da repercussão geral, deu parcial provimento ao recurso extraordinário do Distrito Federal, de modo a reformar em parte o acórdão recorrido, para que o ressarcimento da prestadora privada (recorrida) tenha como limite máximo os valores de referência fixados pela Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, com fundamento no art. 32, § 8º, da Lei nº 9.656/1998 (até dezembro de 2007, a Tabela Única Nacional de Equivalência de Procedimentos - TUNEP; após, a Tabela do SUS ajustada e conjugada com o Índice de Valoração do Ressarcimento - IVR), ressalvada a possibilidade de avaliação da existência efetiva e razoabilidade dos tratamentos adotados. Foi fixada a seguinte tese: "O ressarcimento de serviços de saúde prestados por unidade privada em favor de paciente do Sistema Único de Saúde, em cumprimento de ordem judicial, deve utilizar como critério o mesmo que é adotado para o ressarcimento do Sistema Único de Saúde por serviços prestados a beneficiários de planos de saúde". Tudo nos termos do voto do Relator. Ausente, justificadamente, o Ministro Alexandre de Moraes. Presidência do Ministro Luiz Fux. Plenário, 30.9.2021 (Sessão realizada por videoconferência - Resolução 672/2020/STF)." Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4178086>>, visitado em 19/11/2021." DJ Nr. 212 do dia 26/10/2021.*

[2]. A ORIGEM DO CASO

[2.1]. Em 2007, um cidadão, diante da impossibilidade de conseguir internação no SUS, distribuiu ação em face do Distrito Federal buscando o atendimento em uma UTI em rede particular, atendimento este que deveria ser custeado pelo Distrito Federal.

[2.2]. O cidadão foi internado, por liminar, no dia 13/11/2007 e lá permaneceu internado até 04/01/2008, gerando uma conta no montante de cerca de R\$ 206.000,00.

[2.3]. A OPS, controladora do hospital, acionou o Distrito Federal cobrando o valor integral da internação, com base em sua tabela de serviço.

[2.4]. A sentença, em 11/05/2010, foi parcialmente favorável à OPS, entendendo o Juiz de 1º. Grau que a OPS deveria receber não o valor pretendido por ela e, sim, "***o mesmo [valor] que é pago às instituições conveniadas com a rede credenciada do Distrito Federal, sob pena de ofensa aos princípios da isonomia e da função social da propriedade, já que o Estado é um ente abstrato, composto por toda a sociedade, devendo cada cidadão/entidade contribuir para a sua manutenção e bom funcionamento.***" Afirmou o julgador, dentre outros pontos, que esse valor seria suficiente para cobrir os custos do serviço prestado e remunerar a OPS; disse ele: esse valor "***não lhe ensejará prejuízos, mas tão somente reduzirá a sua margem de lucro.***" 63

[2.5]. A OPS apelou ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios que, de forma UNÂNIME, em 16 de março de 2011, reformou a decisão, dispondo que os valores de remuneração deveriam ser os valores de **MERCADO**, ressaltando que se o Estado não teve condições de prestar o serviço é o "***ente público que deverá arcar com o ônus da internação do paciente em hospital particular***" não devendo ser utilizada a Tabela do SUS "***mormente quando a instituição privada que prestou o serviço não firmou qualquer contrato ou convenio com o ente federativo.***"64

[2.6]. O Distrito Federal interpôs Recurso Extraordinário sustentando os mesmos argumentos iniciais, merecendo destaque aqui a afirmação de que ele estaria obrigado a ressarcir não pelo valor de mercado, mas "***de acordo com a Tabela SUS, tal como ocorre com as demais instituições privadas conveniadas ou contratadas pelo Estado;***" afinal,

63 Sentença no processo 2008.01.1.121462-7, 4ª Vara da Fazenda Pública do Distrito Federal, em 11/05/2010. Disponível em <<https://cache-internet.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg1?MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=tjhtml122&ORIGEM=INTER&CIRCUN=1&SEQAND=57&CDNUPROC=20080111214627>>, visitado em 19/11/2021.

64 Acórdão em Apelação Cível. Decisão: "*Conhecer dos recursos, rejeitar a(s) preliminar(es) e, no mérito, negar provimento ao reexame necessário e ao apelo do Distrito Federal e dar provimento ao apelo da Unimed, unânime*". Sessão de Julgamento: 02/2011 Extraordinária. Sessão de Publicação de Acórdão: 022/2011. Publicado no DJ às fls. 96-129.

pagar de forma diferente feriria o princípio da isonomia, uma vez que seriam pagos valores diferentes para os mesmos serviços.

[2.7]. A PGR opinou pelo desprovimento do Recurso, ressaltando que a CF "***não autoriza que se possa equiparar a determinação judicial dirigida a um hospital particular – a fim de que se atenda a determinado paciente – à participação, complementar e facultativa, de instituição privada no sistema único de saúde, caso este que pressupõe contrato de direito público ou convenio, em que a autonomia da vontade do particular exerce importância decisiva para a celebração do pacto.***"

[2.8]. Em seguida, foi reconhecida a repercussão geral e definido que a controvérsia suscitada seria: "***saber se o art. 199 da Constituição impõe ao Estado um regime de contratação de prestadores privados de saúde, que deve ser observado inclusive quando a prestação do serviço privado decorrer de decisão judicial fundada no direito social à saúde.***"

[2.9]. Após o ingresso de vários *amici curiae*, foi proferida a unânime decisão já mencionada no início, com base no voto do Ilustre Min. Relator.

[3]. A DECISÃO DO STF NO RE 666094-DF

[3.1]. Com fundamento no voto vencedor, disponibilizado pelo Boletim de Notícias Consultor Jurídico,⁶⁵ é possível se depreender os seguintes pontos:

[a]. A decisão no RE 666094-DF entendeu que a discussão poria "***de um lado, o regime constitucional de contratação de rede complementar de saúde pública e, de outro, princípios de ordem econômica como a livre iniciativa e a propriedade privada.***" Sendo certo, ainda, que, de um lado: [a]. A "***assistência à saúde foi garantida à livre iniciativa, admitindo-se, ainda, a participação complementar de instituições privadas no Sistema Único de Saúde, por meio de contrato de direito público ou convenio;***" [b]. De outro, que a ineficiência do Sistema Público acabou por transformar em regra a "***intervenção em unidades privadas para a prestação de serviços ao Estado (...)*** produzindo insegurança tanto para a unidade privada como para o Sistema Público;" e [c]. Por fim, que os serviços de saúde têm relevância pública, "***independentemente da forma de execução,***" a justificar a "***incidência de intenso controle e fiscalização do Estado sobre a atividade.***"

[b]. Ademais, nos termos da CF, entendeu que seriam admitidas "***duas modalidades de execução de serviços de saúde por agentes privados: a complementar e a suplementar,***" e que a "***prestação de serviço por agente privado em***

⁶⁵ Voto disponibilizado no Boletim de Notícias Consultor Jurídico (CONJUR): disponível em <<https://www.conjur.com.br/dl/barroso-sus.pdf>>, visitado em 19/11/2021.

cumprimento de ordem judicial não consiste em ato negocial,” seria um ato interventivo do Estado, ***”admitido de forma excepcional, nos casos em que se demonstra a necessidade de atendimento de interesse público concreto.”***

[c]. Daí concluir o voto que essa intervenção Estatal, ***” resulta no dever de indenizar o proprietário (...) art. 5º, XXV, da Constituição.”*** Porém, afirmou-se no voto que embora exista a obrigação de indenizar, ela não poderia ser pelo valor pretendido pela OPS: é ***”inconstitucional admitir que o SUS indenize serviços de saúde por preço livremente fixado pela iniciativa privada,”*** havendo inclusive o STF já entendido que se é ***” constitucional a fixação de “Preço Máximo de Venda ao Governo” para a compra de medicamento, é legítima a estipulação de limite para o ressarcimento de serviços privados de saúde a serem custeados pelo Estado,”*** dando a entender ser possível a fixação pelo Estado do valor de ressarcimento para hospitais privados que derem atendimento a pacientes do SUS.⁶⁶

[d]. Além disso, prosseguiu o voto, e com relação à indenização, esclareceu que ela deve conciliar: ***” (i) o dever social imposto às prestadoras privadas para promoção do direito à saúde; (ii) a relevância pública da atividade; mas também (iii) a existência de livre iniciativa para assistência à saúde; e (iv) a própria preservação da empresa.”***

[e]. Dito isso, a decisão se voltou aos valores utilizados para fins de ressarcimento ao SUS por uma OPS (art. 32 da Lei Federal 9656/98),⁶⁷ identificando que as OPS ressarcem o SUS não com base na Tabela do SUS, mas, sim, com base em uma Tabela própria, hoje equivalente a 1,5 a Tabela do SUS.⁶⁸

66 A possibilidade de fixação de preços dos medicamentos decorre da Lei Federal 10742/2003, inexistindo essa fixação legal para preços dos serviços hospitalares. Assim dispõe o art. 4 da Lei Federal 10742/2003: ***“As empresas produtoras de medicamentos deverão observar, para o ajuste e determinação de seus preços, as regras definidas nesta Lei, a partir de sua publicação, ficando vedado qualquer ajuste em desacordo com esta Lei. § 1º O ajuste de preços de medicamentos será baseado em modelo de teto de preços calculado com base em um índice, em um fator de produtividade e em um fator de ajuste de preços relativos intra-setor e entre setores. § 2º O índice utilizado, para fins do ajuste previsto no § 1º, é o Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo - IPCA, calculado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE.”*** Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.742.htm >, visitado em 19/11/2021.

67 Lei Federal 9656/98: ***“Art. 32. Serão ressarcidos pelas operadoras dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, de acordo com normas a serem definidas pela ANS, os serviços de atendimento à saúde previstos nos respectivos contratos, prestados a seus consumidores e respectivos dependentes, em instituições públicas ou privadas, conveniadas ou contratadas, integrantes do Sistema Único de Saúde – SUS.”*** Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9656.htm >, visitado em 19/11/2021.

68 Guia do Ressarcimento ao SUS – Impugnação e Recursos. ANS, Rio de Janeiro 2019. Disponível em <https://www.gov.br/ans/pt-br/arquivos/assuntos/espaco-da-operadora-de-plano-de-saude/compromissos-e-interacoes-com-a-ans/envio-de-informacoes/copy_of_guiã_ressarcimento_ao_SUS_2019_versao_2a.pdf>, visitado em 23/11/2021.

[f]. A partir de então, e com fundamento nos pressupostos de que [i] é inconstitucional que o Estado indenize os hospitais privados com base em valores fixados pelos próprios hospitais, [ii] que o Estado poderia fixar preço, [iii] que o Estado já fixou um critério de ressarcimento pela OPS ao SUS (múltiplo da Tabela do SUS), e que, com relação ao ressarcimento de hospitais privados por atendimento a beneficiários do SUS, [iv] existe "**uma lacuna normativa no tratamento da matéria**", entendeu o STF que o índice usado pela OPS para ressarcimento ao SUS deveria igualmente ser aplicado para o Estado indenizar os hospitais privados no caso de atendimento aos pacientes do SUS. Razão pela qual fixou a seguinte TESE: "**o ressarcimento de serviços de saúde prestados por unidade privada em favor de paciente do Sistema Único de Saúde, em cumprimento de ordem judicial, deve utilizar como critério o mesmo que é adotado para ressarcimento do Sistema Único de Saúde por serviços prestados a beneficiários de planos de saúde.**"⁶⁹

[3.2]. Ocorre que é possível se entender que essa decisão afastou o princípio geral da justa indenização por intervenção do Estado, usou analogia para situações distintas e invadiu competência do Poder Legislativo; e mais, trouxe insegurança jurídica, protegendo ao Estado omissis e trazendo um ônus maior para um agente privado específico (o prestador de serviço privado por força de ordem judicial).

[4]. COMENTÁRIOS

[4.1]. De fato, a CF é clara ao dispor que a saúde, embora obrigação do Estado, é livre à iniciativa privada, que poderá atuar de maneira complementar (quando estiver vinculada ao SUS por ato negocial voluntário),⁷⁰ de maneira suplementar (e aqui se fala especificamente da OPS)⁷¹ ou, ainda, de maneira "não complementar nem suplementar". Imagine-se aqui, neste último caso, por exemplo, um hospital pertencente a uma rede privada, não controlada por uma OPS e sem qualquer contrato ou convenio com o SUS.

[4.2]. Da mesma forma que a CF é clara ao dispor, no seu art. 5º, II, que "**ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei,**" ela deixa

⁶⁹ Vide Nota de Rodapé 2, acima.

⁷⁰ **VASCONCELOS**, Cipriano Maia de e **PASCHE**, Dário Frederico. O Sistema Único de Saúde, págs 531 a 562 (in, TRATADO DE SAUDE COLETIVA, Gastão Wagner de Sousa Campos et al. São Paulo: Hucitec, Rio de Janeiro, Ed. Fiocruz, 2006), pág. 547: "*as organizações privadas de saúde participam da oferta de serviços ao SUS, em caráter complementar, quando demandadas em função da insuficiência na disponibilidade de serviços públicos.*"

⁷¹ **SCHULMAN**, Gabriel. Planos de Saúde. Saúde e Contrato na Contemporaneidade. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, pág. 201: "*a saúde suplementar configura a prestação privada de assistência médico-hospitalar na esfera do subsistema da saúde privada por operadoras de planos de saúde.*"

claro, inclusive como afirmou o voto condutor, que **haveria a necessidade de indenização** (art. 5º, XXV da CF).⁷²

[4.3]. Como bem ressaltado pela decisão, a ineficiência do SUS acabou por transformar em regra a intervenção do Estado (via o Poder Judiciário) em hospitais privados não integrantes da rede complementar. Entretanto, essa deficiência estatal para ser combatida, obrigando o Estado a dar fiel cumprimento ao art. 196 da CF, em benefício de toda a população, e sem trazer ônus excessivo para um único agente econômico, deve ser penalizada e não acobertada, daí a necessidade de uma indenização que seja de JUSTA.

[4.4]. Ora, se cabe a indenização, a primeira questão seria saber qual o valor da indenização. Seria o valor do preço de mercado com um redutor, tal como, por força de lei, ocorre com relação aos medicamentos? Seria o valor pago por uma OPS ao SUS, tal como ocorre quando um beneficiário de uma OPS é atendimento no SUS, por força do art. 32 da Lei Federal 9656/98? Ou seria algum outro valor?

[4.5]. Ocorre que não existe fixação *a priori* de preço para os serviços dos hospitais privados não integrante da rede complementar, valendo aqui as regras da livre iniciativa e livre fixação de preço, fixados com base no mercado e refletindo a qualidade, a experiência e capacitação do corpo clínico e de enfermagem, as condições de trabalho, e a infraestrutura (materiais, equipamentos e medicamentos) disponíveis, dentre outros. Ademais, não há proibição na CF nem quanto à fixação do preço nem quanto ao lucro, não podendo eles, é óbvio, serem abusivos.

[4.6]. Assim, não se cabe falar em aplicação de qualquer Tabela, muito menos na Tabela do SUS ou em múltiplos dessa Tabela, simplesmente porque os critérios de formação de preço entre os hospitais públicos e privados são diferentes, como são diferentes os preços entre os hospitais privados integrantes, ou não, de uma rede complementar ou suplementar. Ademais, não se cabe falar em fixação de preços tal como ocorre com relação aos medicamentos, pelo simples fato de que não há lei regulamentando a matéria, lei essa que é competência do Legislativo.

[4.7]. Diante disso, o valor da indenização devida seria o preço do serviço efetivamente praticado pelo hospital privado que deu atendimento ao paciente, no momento em que o serviço foi efetivamente prestado,⁷³ acrescido de juros e correção monetária até o seu efetivo pagamento, mormente quando essas ações de cobrança se

⁷² Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>, visitado em 19/11/2021.

⁷³ Dentre as definições de PREÇO JUSTO, se encontra a de preço normal ou corrente no mercado. (in, **NUNES**, Pedro dos Reis. Dicionário de Tecnologia Jurídica. 2ª ed., versão ampliada e atualizada. 2ª tiragem. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1993).

perpetuam no tempo,⁷⁴ acrescido de qualquer outro eventual dano demonstrado decorrente dessa ocupação mandatória do leito privado. Aproxima-se esse entendimento do previsto no art. 944 do Código Civil. A indenização, nos termos do Código Civil vigente, mede-se pela extensão do dano (art. 944), consagrando este artigo o princípio da reparação integral.⁷⁵ E qual teria sido o dano sofrido pela entidade privada ao atender o paciente? Ela deixou de receber o valor do serviço, e deixou de recebê-lo no prazo e condições usuais. Eventualmente poderia, mesmo, ter deixado de atender aos seus clientes e trazido risco ou danos aos seus já atuais pacientes internados. ⁷⁶ O valor do serviço prestado, como já comentado, inclui não somente os custos dos materiais, equipamentos e serviços utilizados, com base na qualidade dos serviços prestados, mas também o lucro da atividade e os demais encargos decorrentes do não pagamento (tais como: correção monetária, juros e despesas processuais e honorários de advogado).

[4.8]. Ou seja: diante da inexistência de uma lei específica, deve-se aplicar a lei geral referente à indenização.

[4.9]. Mas será que essa regra geral poderia ser afastada pelo uso da analogia? Será que, por analogia, poderia ser aplicado o mesmo critério previsto no art. 32 da Lei Federal 9656/98? Fazendo com que todos os hospitais que vierem a dar atendimento por força de decisão judicial sejam ressarcidos pelo Estado da mesma forma que o Estado é ressarcido pelas OPS?

[4.10]. A analogia, como é curial, decorre da existência de lacuna, o que não parece ocorrer no caso; ademais ela, para ocorrer, deve levar em consideração não somente a inexistência de legislação específica, mas também situações que guardem semelhança relevante entre si, para evitar entendimentos jurídicos distintos para situações semelhantes.⁷⁷ Ou seja, não se pode tratar de maneira analógica situações diferentes e não pode fazer analogia pela metade.

⁷⁴ Essa discussão no RE 666094-DF começou há 14 anos atrás. Há 14 anos que o Hospital não recebe o justo valor pelo seu serviço efetivamente prestado.

⁷⁵ **TEPEDINO**, Gustavo, **BARBOZA**, Heloisa Helena, **MORAES**, Maria Celina Bodin de. Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República – vol II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Na pág.859 os autores fazem o seguinte comentário quando da análise do art.944 do CC: "*A nova codificação vem, assim, consagrar a ideia que a doutrina e a jurisprudência brasileiras já imputavam à responsabilidade civil por meio do chamado princípio da reparação integral do dano.*"

⁷⁶ Um exemplo aqui: o hospital tem novos custos decorrentes de um processo movido por um paciente do hospital que, por falta de um leito de UTI, ocupado por ordem judicial, teve o seu tratamento prejudicado em função da perda de uma chance.

⁷⁷ **TEPEDINO**, Gustavo e **OLIVA**, Milena Donato. Fundamentos do Direito Civil. Volume 1, Teoria Geral do Direito Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2020, págs. 67 e 68: "*Não basta, dessa forma, uma semelhança qualquer para autorizar o processo analógico, exigindo-se semelhança relevante (...)* A definição de semelhança

[4.11]. Ora, a Tabela do SUS, utilizada para a rede complementar, é um valor de preço aceito voluntariamente pelos serviços privados que aderem a essa rede, a despeito de todas as discussões referentes à defasagem dessa tabela, sendo ela aplicada enquanto as partes decidirem permanecer no contrato; o ressarcimento ao SUS, é determinação expressa de Lei (art. 32 da Lei Federal 9656/98), sendo o valor do ressarcimento, inclusive, superior ao valor que o SUS se obriga a pagar a sua rede complementar, valores de preço estes que o SUS considera como sendo devidos por determinados serviços, dentro da sua realidade, qualidade e estrutura de preços.

[4.12]. Daí se poder concluir que o SUS, ao receber um múltiplo da Tabela do SUS, por determinação legal (art. 32 da Lei Federal 9656/98), estaria tendo direito a uma justa e INTEGRAL indenização, correspondente ao valor do atendimento médico que, ele mesmo, considera justo (tanto assim que o usa para pagar a sua rede conveniada), acrescido de um valor destinado a cobrir outros custos.

[4.13]. Ocorre que o preço dos hospitais privados, sejam eles integrantes ou não de rede suplementar, é DIFERENTE do preço do SUS, na medida em que ele abarca diversas variantes e custos de mercado não considerados na formação de preço da Tabela SUS, como já comentado; e, em sendo diferente, esse preço do hospital privado é que deveria ser considerado para fins de INDENIZAÇÃO ou pagamento dos serviços, acrescidos de todos os demais encargos que viessem a decorrer dessa intervenção do Estado, frise-se, intervenção essa que decorre da própria ineficiência Estatal. Importante ressaltar aqui que, em sendo diferentes os custos de atendimento entre os diversos hospitais, esse fator custo deveria também ser levado em consideração nas decisões judiciais através da quais se determina a internação de pacientes em hospitais privados, sendo obrigação do Estado-Juiz buscar não somente o mais rápido atendimento diante da ineficiência do Estado, mas também o de menor custo para o Estado; assim, por exemplo: [i] primeiro, deveria se buscar atendimento em hospitais públicos, militares ou universitários; [ii] em seguida, deveria se buscar hospitais da rede complementar; [iii] após, deveria se buscar atendimento em hospitais filantrópicos; e, por fim, [iv] deveriam ser buscados hospitais privados de **menor custo** para o Estado.

[4.14]. Essa decisão do STF no RE 666094-DF, além de criar regras, violando os princípios gerais da livre iniciativa e da separação de poderes, traz um risco e uma insegurança maior ao mercado: de uma hora para outra, se ela for aplicada sem qualquer freio ou limite, todos os hospitais privados passariam a ser considerados como rede

*relevante equivale à identidade de **ratio** ou razão de existência dos comandos em cotejo, que autorizará o raciocínio analógico para que a disciplina expressa uma hipótese fática possa se aplicar à outra. Afirma-se que **ubi eadem ratio, ibi eadem iuris dispositio**."*

complementar do SUS, por força de decisão judicial e por um preço muito aquém do que seria devido em face da qualidade do serviço prestado.

[4.15]. Por fim, aqui, e quanto à separação de poderes, onde o Legislador desejou, o fez e, quando o fez, o fez deixando claro que os hospitais privados receberiam uma justa indenização. Nesse sentido é o art. 15, XVII da Lei Federal 8080/9078 e o art. 3º, VII da Lei Federal 13979/20,79 que impõem a necessidade JUSTA INDENIZAÇÃO no caso de requisição de bens e serviços privados.

[5]. CONCLUSÃO

[5.1]. Não se pretendeu questionar aqui os efeitos da decisão do STF e, sim os seus fundamentos.

[5.2]. Quanto aos efeitos, embora a decisão no RE 666994-DF possa ter efeitos positivos, principalmente para o Estado, entre eles o da previsibilidade e pagamento abaixo do valor de mercado, para os hospitais privados em geral, haverá necessidade de uma análise “caso a caso”: enquanto para alguns ela poderá ser vista como benéfica (ou menos ruim), considerando a situação atual de longas discussões, custas judiciais e incerteza no recebimento; para outros, dependendo das suas estruturas de preços e serviços, ela será vista como muito negativa.

[5.3]. Quanto aos fundamentos da decisão no RE 666094-DF, resta claro que diante de uma intervenção Estatal, a indenização deveria ser INTEGRAL, abrangendo não somente o preço do serviço efetivamente praticado pelo hospital privado no momento em que o serviço foi prestado, mas também todos os demais encargos e danos decorrentes da privação do uso do leito na sua atividade, acrescidos de juros e correção monetária. No momento em que se “tabela” a indenização, mediante o uso da TUNEP acrescida de um fator de ressarcimento, desconsiderando a realidade de custo e a necessidade de lucro das entidades privadas, se estaria negando o princípio da reparação integral, violando a própria CF e se fazendo uma injusta intervenção Estatal; além do que, se estaria trazendo maior risco aos serviços privados que estariam sendo ainda mais onerados pela má gestão estatal.

78 Lei Federal 8080/90: “art. 15, XIII - para atendimento de necessidades coletivas, urgentes e transitórias, decorrentes de situações de perigo iminente, de calamidade pública ou de irrupção de epidemias, a autoridade competente da esfera administrativa correspondente poderá requisitar bens e serviços, tanto de pessoas naturais como de jurídicas, sendo-lhes assegurada justa indenização. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8080.htm >, visitado em 19/11/2021.

79 Lei Federal 13979/20: “art. 3º. VII - requisição de bens e serviços de pessoas naturais e jurídicas, hipótese em que será garantido o pagamento posterior de indenização justa”. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm>, visitado em 19/11/2021.

[5.4]. Aliás, o tempo de duração desses processos e do pagamento dos serviços pelo Estado, já é, em si, uma penalização para a atividade privada.

[5.5]. Ademais, é papel do Estado-Juiz, buscar sempre o atendimento eficiente ao menor custo para o Estado, razão pela qual, no processo decisório de “escolha” do hospital a sofrer a intervenção, deveria ser observado o critério seguinte: [i] primeiro, deveria se buscar atendimento em hospitais públicos, militares ou universitários; [ii] em seguida, deveria se buscar hospitais da rede complementar; [iii] após, deveria se buscar atendimento em hospitais filantrópicos; e, por fim, [iv] deveria se buscar hospitais privados de menor custo para o Estado.

[5.6]. Por fim, e em que pesem as críticas e comentários quanto ao seu fundamento, em havendo o trânsito em julgado da referida decisão do STF, inegável o efeito que ela terá sobre os processos em curso, até que venha ser modificada.

[6]. REFERÊNCIA

Boletim de Notícias Consultor Jurídico (CONJUR): disponível em <<https://www.conjur.com.br/dl/barroso-sus.pdf> >, visitado em 19/11/2021.

BRASIL. ANS. Guia do Ressarcimento ao SUS – Impugnação e Recursos. ANS, Rio de Janeiro 2019. Disponível em <https://www.gov.br/ans/pt-br/arquivos/assuntos/espaco-da-operadora-de-plano-de-saude/compromissos-e-interacoes-com-a-ans/envio-de-informacoes/copy_of_gui_ressarcimento_ao_SUS_2019_versao_2a.pdf>, visitado em 23/11/2021

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>, visitado em 19/11/2021.

BRASIL. Lei Federal 8080, de 1990. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8080.htm >, visitado em: 23/11/2021.

BRASIL. Lei Federal 9656, de 1998. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9656.htm >, visitado em 19/11/2021.

BRASIL. Lei Federal 10406, de 2002. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm >, visitado em: 23/11/2021.

BRASIL. Lei Federal 10742 de 2003. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.742.htm >, visitado em 19/11/2021.

BRASIL. Lei Federal 13979, de 2020. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm>, visitado em 19/11/2021.

BRASIL. STF. RE 666094-DF. Relator: Min. Roberto Barroso. Data de Julgamento: 30/09/2021. Dje: 26/10/2021, publicação da ATA Nº 30, de 30/09/2021. DJE nº 212, divulgado em 25/10/2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. 1ª Turma Cível. Apelação APC 2008 01 1 121462-7. Relator: Des. Flavio Rostirola. Sessão de Julgamento: 02/2011 Extraordinária. Sessão de Publicação de Acórdão: 022/2011. Publicado no DJ às fls. 96-129.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. 4ª Vara da Fazenda Pública Processo: 0020743-81.2008.807.0001. Sentença. Juiz: Arnaldo Correa Silva. 11/05/2010. <<https://cache-internet.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcgi1?MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=tjhtml122&ORIGEM=INTER&CIRCUN=1&SEQAND=57&CDNUPROC=20080111214627> >, visitado em 19/11/2021.

NUNES, Pedro dos Reis. Dicionário de Tecnologia Jurídica. 2ª ed ver ampliada e atualizada. 2ª tiragem. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1993

TEPEDINO, Gustavo, BARBOZA, Heloisa Helena, MORAES, Maria Celina Bodin de. Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República – vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TEPEDINO, Gustavo e OLIVA, Milena Donato. Fundamentos do Direito Civil. Volume 1, Teoria Geral do Direito Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

SCHULMAN, Gabriel. Planos de Saúde. Saúde e Contrato na Contemporaneidade. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

VASCONCELOS, Cipriano Maia de, PASCHE, Dário Frederico. O Sistema Único de Saúde, págs. 531 a 562 (in, TRATADO DE SAUDE COLETIVA, Gastão Wagner de Sousa Campos et al. São Paulo: Hucitec, Rio de Janeiro, Ed. Fiocruz, 2006).

GUARDA COMPARTILHADA: UMA ALTERNATIVA EXIGIDA PELA NOVA REALIDADE SOCIAL

LUCAS NOGUEIRA SOARES:

Graduando no Curso de Direito pelo centro Universitário Faculdade Metropolitana de Manaus - FAMETRO.

RESUMO: Em 2002, o Código Civil brasileiro foi reformado, introduzindo a figura da guarda compartilhada, embora tenha sido uma reforma incompleta e excessivamente cautelosa. Incompleto porque algumas questões de direito de família foram incorporadas depois foram incorporadas depois, e excessivamente cauteloso porque, ao contrário do que aconteceu anteriormente, após a reforma o juiz fica vetado de poder decidir sobre a guarda conjunta de ofício, essa tem de ser por acordo. Por outro lado, esse tipo de custódia tem se mantido como uma figura subsidiária dificultada por exigências que não acomodam nem os novos tempos nem a Constituição. Este trabalho oferece um estudo detalhado dessa modalidade de custódia, bem como uma proposta para amenizar algumas lacunas da regulamentação vigente, desde que não seja reformada.

Palavras-chave: Melhor Interesse da Criança. Guarda Conjunta. Direito de Família.

ABSTRACT: In 2002, the Brazilian Civil Code was reformed, introducing the figure of shared custody, although it was an incomplete and excessively cautious reform. Incomplete because some family law issues were incorporated later and were incorporated later, and excessively cautious because, unlike what happened before, after the reform the judge is vetoed from being able to decide on ex-officio joint custody, this has to be by agreement. On the other hand, this type of custody has remained a subsidiary figure hampered by demands that accommodate neither the new times nor the Constitution. This work offers a detailed study of this modality of custody, as well as a proposal to alleviate some gaps in the current regulation, as long as it is not reformed.

Keywords: Best Interests of The Child. Joint Guard. Family Right

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. O QUE É E COMO FUNCIONA O MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA?. 2. GUARDAM COMPARTILHADAS DO MENOR APÓS A CRISE DO CASAMENTO. 2.1. A INSTITUIÇÃO DE UM NOVO MODELO DE GUARDA PELA LEI Nº 11.698 DE 2008. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

Em termos de guarda compartilhada, estar-se enfrentando atualmente uma situação verdadeiramente paradoxal. Enquanto a sociedade avança em uma determinada linha, a legislação apresenta outra direção e os tribunais tendem a optar por uma terceira alternativa, diferente das anteriores.

Desse modo, embora seja verdade que após a incorporação da mulher ao mercado de trabalho, a distribuição de funções entre marido e mulher está se modificando, passando as tarefas domésticas a serem repartidas equitativamente, especialmente entre os casais mais jovens; entretanto, o Código Civil (doravante, CC) não acabou assimilando essa nova realidade social de forma plena.

Por um lado, enquanto o ordenamento jurídico estabelece o dever dos cônjuges de repartir tarefas domésticas durante o casamento; por outro lado, estabelece que após a crise conjugal, a possibilidade de ambos os progenitores continuarem a partilhar os cuidados e guardados filhos fica condicionada à mediação de acordo entre eles a este respeito, ou, na sua falta, a pedido de pelo menos um dos pais que o Ministério Público informe favoravelmente e que o juiz entenda que tal medida é favorável ao interesse superior do menor. Ou seja, embora o CC antes do divórcio ou separação considere o dever de ambos os pais cuidar dos filhos juntos, após a referida separação ou divórcio ele relega a guarda compartilhada para segundo plano (quando os requisitos especiais são atendidos), dando preferência à guarda em favor de apenas um dos pais.

Por fim, os tribunais optam principalmente por uma terceira via: as estatísticas mostram que as Varas de Família em sua maioria são muito relutantes em aplicar os ditames do CC porque se entende que a guarda conjunta exige especial sinergia e empatia entre os ex-cônjuges, razão pela qual a excluem quando não é solicitada com o consentimento de ambos.

Na prática, portanto, verifica-se que basta um dos cônjuges recusar o pedido de guarda conjunta para que esta não seja de fato concedida. Sem dúvida, a ideia de que as mães são as cuidadoras naturais de seus filhos continua a latejar no pensamento das Varas de Família.

Exposto em breves linhas o estado da questão, entende-se pesa sobre a doutrina um autêntico imperativo kantiano, é o dever de abrir portas e fornecer critérios para ajuizar e reorientar as mencionadas disfunções entre a realidade social, o direito e os tribunais. Em última análise, não se trata de decidir sobre um jogo de números, de pensar em um ou

outro argumento para preferir a aplicação de um ou outro artigo ou de uma ou outra interpretação; trata-se de elucidar o futuro das pessoas, suas relações humanas e principalmente o bem-estar de seus filhos.

Esta é a primeira conclusão que se pode tirar do estudo da jurisprudência menor. Da mesma forma, a doutrina inclui esta realidade. Desta forma, este artigo teve o objetivo geral analisar como o uso da guarda compartilhada pode influenciar na preservação do superior interesse da criança e do adolescente, além de especificamente descrever a dimensão conceitual da guarda compartilhada com a finalidade de demonstrar que a escolha dos pais por essa modalidade, pode proporcionar o superior interesse da criança e do adolescente; traçar a dimensão familiar para a efetivação da guarda compartilhada e a concretização do superior interesse da criança e do adolescente; e, narrar à dimensão consequencial da guarda compartilhada na busca do superior interesse da criança e do adolescente. Para tal intento foi realizada uma pesquisa bibliográfica em livros e artigos que tratam do tema, buscando subsídios que embasem as conclusões do autor e fundamente o estudo como um todo.

Estas reflexões conduzem ao ponto de partida que deve nortear este estudo, este é do interesse do menor, visto que tanto a legislação, a doutrina e a jurisprudência coincidem em compreender o Interesse da Criança como o principal critério que deve ser observado na decisão sobre esta matéria.

1 O QUE É E COMO FUNCIONA O MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA?

Vive-se neste momento um momento de mudança do direito da família, momento que é precisamente determinado pela introdução no Direito do princípio do interesse superior do menor. O Melhor Interesse do Menor é um princípio geral de Direito que foi incorporado ao Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA com base no art. 227 da Constituição Federal (CF) de 1988 na forma de uma cláusula geral para o qual atingiu a força de Lei (e, portanto, de aplicação direta pelo Juiz, não subsidiário). Seu caráter de cláusula geral permite a releitura de todo o direito de família, cujo eixo central passará a ser o menor (BRASIL, 1988).

Trata-se de um processo semelhante ao vivido em 1965, quando foi alterado o Código Civil de 1916. Naquela época, uma série de cláusulas gerais foram introduzidas no Direito, tais como boa-fé, abuso de direito, equidade, fraude da lei ou da realidade social, que levaram ao desenvolvimento judicial do Direito, que poderia se tornar um autêntico código paralelo (AKEL, 2010, p. 33).

Por este motivo, a posterior introdução da cláusula geral do interesse superior do menor permitiu uma reformulação judicial de todo o direito da família. Em certas circunstâncias, a aplicação de uma cláusula geral pode neutralizar o efeito de uma norma peremptória; No entanto, deve-se atentar para a formulação da cláusula geral para avaliar se ela pode produzir ou não o referido efeito neutralizante. No entanto, após a introdução da cláusula geral de boa-fé isso mudou. Portanto, tentar confinar o conceito de "melhor interesse do menor" em uma definição rígida e estrita seria o mesmo que negar seu caráter de cláusula geral. Só há espaço para uma formulação geral e abstrata que será especificada ao descer à suposição em que deve ser aplicada. Nessa perspectiva, o interesse do menor será protegido quando existem as condições necessárias (DE PLÁCIDO E SILVA. 1994, p. 634).

Por outro lado, contrasta o sistema nacional de estruturação do interesse do menor (na forma de uma "cláusula geral") com o sistema anglo-saxão que opta por configurá-lo por meio de critérios normativos pré-estabelecidos, e embora o A fórmula cláusula geral possa gerar certa insegurança jurídica, o que é indiscutível é que o sistema anglo-saxão permite que certas situações de evolução social sejam excluídas do direito (SALLES, 2011, p. 163).

É por isso que as cláusulas gerais incluem fórmulas abertas, lembrando uma antiga frase que considerava imoral e contrária aos bons costumes e à boa fé as relações entre uma senhora de vinte anos sem estudos e um senhor universitário (médico) com mais de quarenta anos, pode-se entender que se naquele momento tivesse sido introduzido no CC um artigo específico em que as referidas circunstâncias tivessem sido incluídas em sua suposição factual: "As relações entre ... será consideradas contrárias à boa fé" a referida regra teria tido um curto período de validade (DINIZ, 2002, p. 235).

No entanto, se naquela época uma fórmula aberta tivesse sido coletada indica que o interesse do menor constitui no ordenamento jurídico e em outros um conceito jurídico indeterminado, por meio do qual o direito remete a uma realidade "cujos limites não especificam com precisão, mas com o que tenta definir ou delimitar um pressuposto específico que permita que seja especificado posteriormente no momento da sua aplicação (KNUTH e al., 2020, p. 65).

Acrescenta, ainda, que inclui uma norma jurídica que se expressa normativamente por meio de um conceito jurídico indeterminado e juridicamente por meio de cláusulas gerais. Assim os conceitos "interesse do menor", "interesse superior do menor" ou "bem da criança" tem forma intercambiável (FIUZA, 2004, p. 235).

Trata-se de garantir um ambiente adequado para que possa desenvolver as capacidades e qualidades necessárias ao seu progressivo crescimento pessoal, para salvaguardar a proteção da sua dignidade, garantir uma existência livre de injustiças ou discriminações, dar prioridade aos seus interesses sobre os da sua família membros e amigos, porque a lei deve proteger quem, a priori, é uma parte fraca e necessitada da sociedade (FIUZA, 2004, p. 236).

Normalmente este princípio será aplicado fazendo com que o interesse do menor prevaleça sobre qualquer outro interesse concorrente, por mais digno de proteção que este seja. Noutras ocasiões em que não haja conflito de interesses, procurar-se-á determinar qual das diferentes alternativas possíveis é a mais adequada ao interesse do menor (LEITE, 2003, p. 31).

Portanto, pode-se afirmar que se encerrou um processo evolutivo no qual ocorreu uma virada copernicana no modo de compreender o direito de família. Era baseado em uma estrutura patriarcal, em que os filhos deviam reverenciar o pai, em que era o pai quem decidia o que era ou não bom para seus filhos ou para sua esposa, em que o direito da família encontrava sua justificativa no "dever das coisas" e no direito natural (MOTTA, 1996, p. 230).

Posteriormente, o CC foi modificado para exigir que a autoridade parental seja sempre exercida em benefício dos filhos e de acordo com sua personalidade e, finalmente, foi introduzido o princípio do interesse do menor. Portanto, hoje, para justificar a família, não cabe o recurso ao "dever ser das coisas", mas só se justificará quando for um canal adequado para o pleno desenvolvimento de seus membros (e principalmente do seu próprio pessoal. direitos) (BRUNO, 2002, p. 27).

Por isso, considera-se que quando há conflito entre a família e o interesse individual, este prevalece, especialmente quando inclui um direito fundamental. No entanto, o esquema tradicional baseado no dever das coisas coloca o interesse da família antes do indivíduo; por exemplo, a indissolubilidade do casamento determinada pela "ordem natural" implicava que a mulher, mesmo sofrendo os maus-tratos habituais do marido, devia permanecer unida a ele (GRISARDFILHO, 2012, p. 332).

A Lei procurou não intervir na esfera interna da família e exigiu a demissão da mulher sujeita ao indiscutível direito de correção do marido em prol do bem supremo do "núcleo familiar para o bem dos filhos". Ou seja, todas as bobagens que não só destruíram a dignidade das mulheres, mas também condenaram menores a viver em uma família desestruturada e infeliz. Portanto, do ponto de vista constitucional, é hoje indiscutível que

o interesse do indivíduo e seus direitos fundamentais estão acima do interesse familiar (HALLA, 2013, p. 301).

Da mesma forma, quando houver conflito de interesses individuais, prevalecerá o interesse do menor em razão de sua supremacia legalmente sancionada. já que a Lei intervém na família para reequilibrar (HUMPHREYS, 2020, p. 166).

O Art. 3 da Convenção das Nações Unidas de 20 de novembro de 1989 sobre os Direitos da Criança ratificado pela Brasil no mesmo ano: “em todas as medidas relativas a crianças tomadas por instituições públicas ou privadas de assistência social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, uma consideração primária a ser tratada será o interesse superior da criança”. A primazia desse princípio também foi coletada no CC de 2002 sobre a Proteção Jurídica de Menores as relações entre seus membros e conferem proteção especial ao menor por ser ele quem a priori apresenta uma posição mais fraca (SALLES, 2011, p. 164).

Conclui-se em primeiro lugar, que o interesse do menor é um conceito geral e abstrato que só pode ser especificado quando aplicado a um caso específico. Ou seja, trata-se de garantir em cada caso concreto o bem-estar da criança com tudo o que isso inclui: o seu desenvolvimento pessoal, um ambiente social e familiar adequado, o respeito pelos seus direitos fundamentais do menor “com “tirania do menor” ou submissão da família aos caprichos do menor (KNUTH e al., 2020, p. 73).

Pois bem, é precisamente o contrário, para lhes proporcionar uma educação adequada ao seu desenvolvimento pessoal, que implique ao mesmo tempo contributo de afeto e orientações de autoridade, não de mimar o menor (HUMPHREYS, 2020, p. 168).

Em segundo lugar, que ao incluir esse princípio em uma cláusula geral de certa forma, o direito da família está sendo reformulado por meio de uma técnica que permite seu desenvolvimento. Embora nem sempre essa possibilidade seja observada pelos juízes, em um futuro próximo ela determinará uma nova concepção das relações familiares e da aplicação da lei (AKEL, 2010, p. 34).

Embora seja verdade que o melhor interesse só pode ser especificado em cada caso específico, isso não impede o estabelecimento de diretrizes gerais que incluam as circunstâncias que favoreçam o bem-estar do menor. E é claro que uma dessas diretrizes seria garantir que o menor após a guarda continuasse a ter o máximo contato com seus dois pais (DE PLÁCIDO E SILVA. 1994, p. 637).

Nessa perspectiva o ideal seria partir de um sistema em que a guarda compartilhada fosse regram-geral e custódia A exceção é unilateral quando as circunstâncias do caso assim o exigirem, porém os tribunais, hoje, tendem a esquecer dessa realidade (DINIZ, 2002, p. 239).

Assim a regulamentação relativa ao interesse do menor tem características de ordem pública, devendo ser obrigatoriamente observada pelos juízes e tribunais nas decisões proferidas em relação a menores, conforme consta do ECA e do CC que o qualifica como "situação jurídica de menor indisponível no território nacional" (HALLA, 2013, p. 305).

Ao estabelecer que o interesse superior dos menores prevaleça sobre qualquer outro interesse legítimo que eventualmente possa concorrer. Além disso, deve-se orientar pelos Princípios do Direito da Família relativos às Responsabilidades dos Pais, que é o eixo centra das responsabilidades parentais(FIUZA, 2004, p. 237).

Porém, a delimitação da realidade que determina em cada caso concreto qual é o interesse do menor, não os terá. Pois bem, este segundo aspecto supõe um poder discricionário do juiz, a respeito do qual não cabe recurso, a menos que no processo haja circunstâncias graves que aconselhem o contrário (GRISARDFILHO, 2012, p. 340).

Ao salientar que a regulamentação relativa ao interesse do menor é de ordem pública, o ECA que inclui a cláusula geral o que implica que esta cláusula geral pode não só neutralizar a aplicação daquela regra imperativa que a contradiz, mas também que o juiz é obrigado a observar a referida cláusula geral ao tomar decisões sobre menores; ou seja, se essa cláusula geral colide frontalmente com outra regra obrigatória, por ser a primeira da ordem pública, ela deve prevalecer sobre a outra (LEITE, 2003, p. 32).

2 GUARDAM COMPARTILHADAS DO MENOR APÓS A CRISE DO CASAMENTO

Parte-se de uma evolução legislativa em que se distinguem três fases: até à reforma do CC de 2002 que alterou a regulamentação do casamento e determina o procedimento a ser seguido nas causas de nulidade, separação e divórcio, o modelo de família era o patriarcal e a mãe a cuidadora natural dos filhos. O interesse prioritário era o paterno, principalmente o pai, que era o primeiro legitimado a decidir o que convinha ou não aos filhos, segundo seus critérios (MOTTA, 1996, p. 231).

Considerou-se que a atribuição dos filhos a um ou outro dos pais nos casos de nulidade ou separação ocorria em decorrência de seu comportamento no casamento. Sendo a separação causal, e essa causa tendo um "responsável", a consequência lógica foi

reprovar aquela falta que foi considerada “causa” da separação com a pena de perder a guarda e guarda dos filhos (BRUNO,2002, p. 36).

Após a reforma de 2002, o tema ganhou novo enfoque como arte. No entanto, continuou-se em um sistema de separação causal e divórcio que puniu o possível causador da separação. Por esta razão, não se considera correta a comparação introduzida pela reforma do CC de 2002 com o conceito de “melhor interesse do menor” introduzido pela edição do ECA em 1990(AKEL, 2010, p. 37).

Enquanto até 2002 era baseado em um esquema no qual o pai podia decidir sem atender ao benefício da criança (eles simplesmente tinham que reverenciar seus pais) e o que foi alcançado naquela época foi introduzir no Código o dever de levar em consideração o benefício dos filhos ao decidir sobre eles (já que antes isso era irrelevante) (SALLES, 2011, p. 166).

No entanto, ainda em 1990 foi dado mais um passo ao estabelecer que não só o benefício dos filhos deveria ser levado em consideração, mas também que em caso de conflito com os interesses dos pais, o dos filhos deveria prevalecer (KNUTH e al., 2020, p. 74).

O cônjuge culpado com a perda da guarda filhos e a mãe ainda considerada a cuidadora natural dos filhos. É verdade que em 1990 o ECA estabeleceu a aplicação do princípio de não discriminação com base no sexo que não vai mais dizer que crianças menores de sete anos devem ficar com a mãe, mas essa reforma na prática não alterou o uso dos tribunais (DE PLÁCIDO E SILVA. 1994, p. 657).

Atualmente, registou-se uma mudança jurídica drástica de forma a que o interesse superior do menor seja imposto após O ECA e o CC de 2002sobre a Proteção Jurídica de Menores e o sistema de separação ou divórcio tenha deixado de ser causal. Essas mudanças legislativas devem, mais cedo ou mais tarde, refletir-se na prática judiciária, uma vez que não é mais lícito punir ou recompensar um dos progenitores com base em seu comportamento matrimonial e imposta a guarda compartilhada como os melhores meios para garantir o bem da criança (HUMPHREYS, 2020, p. 169).

Paralelamente a esta evolução legislativa houve uma evolução na nossa jurisprudência inferior. Assim a doutrina distingue três fases: A primeira antes de 1916 marcada pelo forte paternalismo e não permissão de dissolução do casamento, a segunda fase que vai de 1916 até 1990, quando as coisas começaram a mudar, mas ainda marcado

pelo paternalismo. Por fim pós 1990 marcada pelo reconhecimento progressivo da aptidão paterna que acabou evoluindo para a guarda conjunta (DINIZ, 2002, p. 251).

No entanto, embora seja verdade que desde a entrada em vigor do ECA sobre a Proteção Jurídica de Menores, em que está consagrado o princípio do melhor interesse certas audiências passaram a emitir sentenças dando preferência à guarda conjunta (HALLA, 2013, p. 307).

É verdade que até hoje a maioria dos tribunais continua a preferir atribuir a guarda a apenas um dos pais (a mãe), relegando o outro à propriedade de uma autoridade parental praticamente vazia de conteúdo. Em última análise, essa *práxis* machista nada mais significa que perpetuar a discriminação estrutural das mulheres que se inserem no mercado de trabalho e veem como a sociedade tolera e incentiva o marido a não compartilhar seus deveres parentais, relegando-o e alienando-o a um pano de fundo circunstancial (GRISARDFILHO, 2012, p. 341).

É tema de a Jurisprudência considerar que somente a mãe pode proporcionar o carinho e os cuidados necessários ao filho, a considerar que a maternidade é boa e não tanto a paternidade, porque embora após a reforma de 2002 os filhos menores de sete anos devam ficar com a mãe (FIUZA, 2004, p. 238).

No entanto, embora sejam minoritários, são cada vez mais comuns às decisões judiciais que consideram que o sexo dos pais por si só não deve ser um fator determinante na atribuição da guarda. A questão será saber por que os tribunais ainda estão alheios às últimas reformas jurídicas, e isso é que o pai costuma ser ignorado por razões de "ordem natural" enraizadas na formação de quem deve julgar. Quais são os critérios para atribuir a guarda a um dos pais? Parte-se do fato já mencionado que o interesse do menor é determinado por algumas diretrizes que informa qual deve ser a situação ideal para a promoção do bem da criança (LEITE, 2003, p. 35).

Embora o melhor interesse ISM não seja especificado até que descubra se ao caso específico. isso não impede partir dessas orientações gerais, e uma delas seria (como já foi indicado) que após a crise do casamento, contato máximo do menor com cada um deve ser procurado por seus pais (BRUNO, 2002, p. 38).

Isso significa que o bem da criança exigiria que a guarda conjunta fosse à medida normalizada, a regra geral, e a atribuição da guarda a apenas um dos cônjuges, as exceções (quando as circunstâncias específicas do caso processado assim o exigirem) (MOTTA, 1996, p. 234).

É exatamente o oposto na realidade atual. Em qualquer caso, a atribuição da guarda a apenas um dos cônjuges foi justificada pela jurisprudência menor, entre outros, nos seguintes casos: se um dos pais sofrer de deficiência mental que o impeça de cumprir os deveres decorrentes da parentalidade autoridade (de estados depressivos a doenças mentais graves). Presunção de doença física que também o impede de cumprir esses deveres. Dependência de drogas ou alcoolismo que coloca o menor em risco Presunção de doença física que também o impede de cumprir esses deveres. Casos de mães prostitutas etc. (AKEL, 2010. p. 45).

No entanto, encontramos julgamentos que se desviam dos princípios constitucionais e da realidade social, sendo objeto de uma rejeição generalizada, como é o caso do TJSP (expedido pelo Juiz Fernando Calazans de Almeida) em que foi negada a guarda e custódia à mãe em razão de sua condição sexual por ser lésbica e viver com outra mulher (DE PLÁCIDO E SILVA. 1994, p. 662).

Qualquer ato do progenitor no exercício da guarda do menor que tenda a impedir ou dificultar a relação do menor com o outro progenitor é considerado contrário ao interesse do menor (SALLES, 2011, p. 169).

Este princípio pressupõe que o progenitor que detém a custódia deve informar a autoridade judiciária antes da mudança de endereço, especialmente quando essa mudança de domicílio impede na prática o menor de se relacionar com o outro progenitor. Com efeito, os tribunais optam por retirar a guarda do progenitor que transfere inesperadamente a sua residência, especialmente se for ao estrangeiro, quando tal impede a criança de manter contato com o outro progenitor (KNUTH e al., 2020, p. 90).

2.1 A Instituição de um Novo Modelo de Guarda pela Lei nº 11.698 de 2008

A custódia que é apresentada como uma novidade consagrada na introdução da nº 11.698 de 2008 já vinha sendo aplicada pelos tribunais desde o final de década de 1990. Assim alguns juízes decretavam a guarda compartilhada ex ofício, já que para eles nenhum preceito impede o desvio da tese tradicional tendente a conceder a guarda dos filhos a apenas um dos pais após o casamento e, e optar pela guarda conjunta de exigi-la em benefício dos filhos (HUMPHREYS, 2020, p. 175).

Esta possibilidade não foi levantada no expediente, mas o Tribunal podia e considerar ex ofício, o que não é limitado pelos princípios de oração e coerência, que não regulem assuntos que afetem o interesse público para resolver, em benefício dos filhos, questões relativas ao relacionamento com seus pais (HALLA, 2013, p. 310).

O raciocínio encontrado em algumas sentenças para conceder a guarda conjunta são claros: “Como diz a Convenção sobre os Direitos da Criança em seu preâmbulo. Os Tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos atenderão, como consideração primária, ao melhor interesse da criança”. Critério este que se consolida e desenvolve pelo ECA de 1990 sobre a Proteção Jurídica de Menores” (DINIZ, 2002, p. 257).

Ou seja, essas sentenças são proferidas após a entrada em vigor da nº 11.698 de 2008 e são determinadas pela cláusula geral do melhor interesse contida no ECA. Portanto, já encontra-se em alguns Tribunais que adotam posturas de vanguarda ao perceber que a nova realidade social e o princípio do interesse do menor exigem a generalização da guarda partilhada por ser o meio mais justo e seguro para a criança, por permitir que eles sejam educados por ambos os pais em uma base regular e diária (FIUZA, 2004, p. 239).

O raciocínio para chegar a esta conclusão é simples: o divórcio não altera as relações entre pais e filhos. Portanto, os menores não devem ver seu relacionamento com seus pais alterado pelo fato de esses se divorciarem. Pode-se afirmar que a Lei nº 11.698 de 2008 tem sido uma lei importante, nesse momento uma vez que a evolução do modelo tradicional para o novo deve ser feita gradativamente. De fato, o Projeto de Lei original sofreu sucessivas mutilações em seus sucessivos procedimentos parlamentares que constituíram sua redação final, muito menos avançada do que o esperado. Por outro lado, é uma reforma incompleta por modificar arts. 1.583 e 1.584 da lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada (GRISARDFILHO, 2012, p. 342).

Na verdade, a Lei foi criticada desde o início por ser redundante no início, afirmando que a separação, o divórcio ou a anulação não isentam os pais de suas obrigações para com os filhos. No entanto, a melhor doutrina acrescenta que não parece errado o legislador recordá-lo mais uma vez para evitar mal-entendidos e esquecimentos imperdoáveis e que embora nada especifique a referida norma sobre as relações subsistentes dos pais, deve-se entender que são todos aqueles que lhes dizem respeito e derivam como genérico de autoridade parental (GRISARD FILHO, 2012, p. 343).

Talvez seja surpreendente que a redação final incluísse a exigência de prévio parecer favorável do Ministério Público para que o Juiz pleiteie a guarda compartilhada nos casos de falta de consenso entre os pais. Relatório favorável que, portanto, seria vinculativo para o juiz porque sem ele não poderia concordar com ele (AKEL, 2010, p. 61).

No entanto, foi apenas um erro na votação do Parlamento que deu origem a tal redação final, que, por outro lado, já foi objeto de uma questão de inconstitucionalidade suscitada por entidades ligadas aos direitos das crianças (SALLES, 2011, p. 55).

Porém, na prática judiciária, costuma-se considerar que o relatório favorável é obtido quando não há oposição do Ministério Público. Com efeito, no Anexo IV das Conclusões da IV Reunião de Magistrados e Juízes de Família e da Associação dos Advogados de Família e da IV Conferência Nacional de Magistrados, Juízes de Família, Procuradores e Escriturários, realizada em Campinas no ano de 2009 concluiu-se que a norma deve ser interpretada sistematicamente no sentido de que, mesmo que o Ministério Público emita laudo desfavorável, tal circunstância não impedirá o Juiz de aprovar a guarda conjunta e a guarda quando justificadamente considerar que é a mais adequada para menos; visto que não pode prevalecer o parecer do Ministério Público, pois seria inconstitucional limitar a condição de decisão do Juiz (GRISARD FILHO, 2013, p. 343).

O CC estabelece que a guarda conjunta ocorra quando ambos os pais o solicitarem, embora, seja sempre necessário o controle judicial sobre a autonomia dos cônjuges, visto que podem fazer uso não ortodoxo de sua liberdade de decisão. Por outro lado, o CC acrescenta que na falta de acordo entre os cônjuges, o Juiz poderá decidir pela guarda conjunta quando o interesse do menor assim o exigir, a fim de determinar este ponto o Juiz poderá obter parecer de especialistas quanto à idoneidade da guarda conjunta (GRISARD FILHO, 2013, p. 344).

Assim a lei foi muito criticada porque foi afirmado que sem um mínimo de empatia e vontade de colaborar com ambos os pais, a guarda compartilhada seria impraticável. No entanto, tal posição, além de favorecer o pai beligerante e prejudicar o conciliador, é contrária ao interesse do menor, que é poder relacionar-se plena e livremente com seus dois pais (HUMPHREYS, 2018. P.177).

A guarda conjunta é a única forma de o menor se integrar no ambiente do pai e da mãe, visto que pela psicologia somos informados que é muito importante que o menor desenvolva vínculos afetivos estáveis com os pais (KNUTH ET al., 2020, p. 96).

Em qualquer caso, os pais devem sacrificar seus interesses pelo bem de seu filho comum. Os pais são responsáveis perante seus filhos e devem garantir que as diferenças e disputas entre eles não os afetem (FARIAS, 2008, p. 520).

Em última análise, é obrigação dos pais não transcenderem suas divergências e deixar seus filhos à margem. Portanto, na maioria das vezes, o fato de seus relacionamentos

não serem fluidos nem harmoniosos não servirá como desculpa para os pais recusarem a guarda compartilhada, se for o caso (MAGALHÃES FILHO, 2008. p. 53).

Por sua vez, apresenta uma postura mais moderada: afirma que a causa da oposição à guarda de um dos pais deverá ser apurada, se for simplesmente por pressão externa, chantagem econômica na negociação etc. Considera que o princípio da corresponsabilidade parental e o direito de coparentalidade podem ajudar a determinar o interesse do menor no sentido de atribuir à guarda conjunta ao ex-cônjuge que inicialmente não a desejava. No entanto, considera que, havendo oposição expressa manifestamente contrária a essa guarda, a hostilidade dos pais impediria a coparticipação na educação do filho (PEREIRA, 2008. p.101).

Além disso, a possível atitude conflituosa entre os pais não desaparecerá pelo fato de se estabelecer o sistema tradicional de guarda unilateral com regime de visitação para o cônjuge sem custódia; pelo contrário, a experiência mostra que em muitos destes casos o regime de guarda exclusiva só contribui para agravar a relação entre pais e entre pais e filhos devido ao grau de desigualdade factual e, sobretudo econômica que se verifica com a nova situação que será. Estabelecidas entre as duas (habitação, alimentação e, se for caso disso, compensatório), pressupondo-se uma verdadeira fonte de conflitos (TEIXEIRA, 2015, p. 412).

A Sentença do Tribunal de Curitiba que atribuiu à guarda conjunta criança a ambos os pais, afirmando que “a reclamação da mãe contra o pai não constitui impedimento para tal, por crimes de maus-tratos e ameaças, já que a sua absolvição foi comprovada em processo penal”. Obviamente, a situação entre os pais era amarga e mesmo assim entendia-se que o melhor para o menor era o regime de guarda compartilhada (MAGALHÃES FILHO, 2008, p. 55).

Assim a referida Lei ressalta que são os pais que, acima de quaisquer outros interesses, devem zelar pelo bem-estar emocional e físico de seus filhos, caso contrário, a guarda compartilhada praticamente nunca poderia ser acordada após um divórcio ou separação (PEREIRA, 2008, p. 102).

É verdade que ainda hoje em muitos casais não há uma distribuição equitativa das tarefas domésticas, mas isso não significa que esta discriminação estrutural das mulheres deva ser perpetuada, justamente o legislador deve ser o primeiro obrigado a estabelecer o quadro jurídico adequado para isso (TEIXEIRA, 2015, p. 418).

Estas anomalias foram reorientadas e, claro, o fato de ainda se manterem mentalidades machistas em muitas famílias espanholas quanto à distribuição de funções não justifica a rejeição absoluta de muitos operadores legais a esta figura, negando-a para todos os casos em que não existe. Na realidade, a guarda conjunta é uma consequência da aplicação às relações pais-filhos após a ruptura dos pais com diversos princípios: o princípio do interesse superior do menor, que já foi referido, ao qual se deve acrescentar o princípio da igualdade entre homem e mulher, princípio da coparentalidade e princípio da corresponsabilidade parental (FARIAS, 2008, p. 525).

É precisamente este último princípio consagrado no art. 18 da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, que exige que o legislador incentive os pais a compartilhar responsabilidades e autorregular conflitos durante e após a crise de relacionamento (PEREIRA, 2008. p.111).

Em última análise, a manutenção da coparentalidade tenta não despojar a criança de suas raízes emocionais e genealógicas. Assim, os estudos evolutivos atuais têm destacado que o pai pode ser tão competente quanto à mãe na criação do filho, por isso está se repensando na forma de definir o interesse do menor. Além disso, o conceito de estabilidade contextual foi superestimado (ou seja, que o menor tem uma única cama, uma única residência) em crianças menores de três anos de idade, em detrimento da maior significância tem para essa criança os efeitos emocionais, sociais e cognitivos de suas relações com ambos os pais (TEIXEIRA, 2015, p. 425).

Concluindo quem residir em um único domicílio só garante estabilidade geográfica, embora existam outras formas de criar estabilidade. Em qualquer caso, se as circunstâncias o exigirem e mesmo existindo um sistema de preferência pela guarda conjunta, a exceção da guarda individual seria sempre viável (FARIAS, 2008, p. 529).

Com efeito, um dos principais critérios para decidir qual a forma de guarda ideal para o caso processado será o de atentar para o que foram as práticas anteriores no cuidado e na guarda de menores por parte dos pais. Nesse sentido, a Lei que regulamentou os critérios legais para atribuição da tutela pode indicar a preferência política por um sistema de organização familiar mais ou menos igualitário, mas não modificará os papéis de gênero (MAGALHÃES FILHO, 2008, p. 57).

Entende-se assim que o legislador deve ser envolvido na referida modificação de papéis (exigida pelo princípio constitucional da igualdade entre homens e mulheres), visto que é evidente que certos usos sociais e culturais em determinados grupos sociais por si só não mudam. Também em 2008 a Lei foi adequada para a criança, isto é através de idas

e vindas previsíveis de ambos os pais, com horários regulares de sono e alimentação, com cuidados consistentes e adequados, com carinho e aceitação dos lares de ambos os pais, então, se acaba, uma relação de qualidade pressupõe regularidade, tempo suficiente e envolvimento na vida diária(FARIAS, 2008, p. 530).

Em outras palavras, a partir da psicologia evolutiva, somos informados de que o critério do "cuidador principal" deve desempenhar um papel secundário na determinação da custódia em prol dos benefícios de um contato extenso com ambos os pais que promove relacionamentos significativos com ambos. Também somos informados de que a preferência pela mãe geralmente desaparece aos dezoito meses (MAGALHÃES FILHO, 2008, p. 58).

A pesquisa não apoia a hipótese de que as crianças com guarda compartilhada correm maior risco de problemas de adaptação por terem que se ajustar a duas casas ou se sentirem presas entre os pais; pelo contrário, considera que os filhos em tal situação adaptam-se melhor do que os que estão em guarda única e que, em todo o caso, a guarda conjunta ao longo do tempo reduz os níveis de conflito (PEREIRA, 2008, p.113).

Conclui-se apontando que o melhor interesse do menor consistirá em evitar a separação psicológica de qualquer um de seus pais e encorajá-lo a manter relacionamentos positivos com ambos. Portanto, a guarda exclusiva só deve ser uma alternativa em casos de abuso ou negligência ou transtorno mental grave de um dos pais em um contexto de conflitos extremos (FARIAS, 2008, p. 338).

Não se deve esquecer que é responsabilidade de ambos os pais zelar pelo bem de seus filhos, portanto ambos devem estar cientes de que seu dever é conseguir a guarda responsável em que o interesse de seu filho tenha prioridade sobre seus próprios interesses, é não sobre uma custódia para agradar a um ou outro pai, mas para alcançar o bem do menor; e por outro, que a guarda compartilhada é melhor para a adaptação, independentemente dos níveis anteriores de conflito entre os pais(FARIAS, 2008, p. 540).

CONCLUSÃO

Os debates sobre a melhor lei de guarda infantil continuam inabaláveis. Argumentos frequentemente têm implicações de gênero, e dependem de ciências sociais completas. Os esforços para fazer a lei avançar de forma produtiva foram frustrados.

Em uma tentativa de promover o consenso sobre a mudança legal desejável, este artigo reformula a questão em discussão. O artigo identifica o resultado ideal para os filhos

no final do relacionamento amoroso de seus pais e, em seguida, considera se a lei de guarda pode alcançar esse resultado. Ele pressupõe que a maioria das pessoas diria que o melhor resultado para os filhos existe quando seus pais concordam em dividir a guarda e depois copiá-los de forma solidária.

Em vez disso, as propostas de guarda compartilhada são realmente tentativas de resolver um problema (que alguns pais recebem tempo insuficiente com seus filhos após o término do relacionamento romântico dos pais), enquanto evitam outro problema: que os pais que são obrigados a compartilhar a guarda não podem cooperar e apoiar-se mutuamente o suficiente para concordar com esse acordo. Este artigo discute que a lei deve ser estruturada para encorajar a coparentalidade de apoio desde o nascimento da criança e para fortalecer o relacionamento geral dos pais.

Se a lei fosse estruturada dessa forma, a guarda compartilhada deveria se tornar uma realidade para mais casais, mesmo sem um mandato legal para isso; simplesmente, a maioria dos pais deve concordar com isso.

Essa abordagem alcançaria os resultados desejados por aqueles que defendem presunções ou preferências de guarda compartilhada, mas seria uma abordagem melhor.

Na verdade, sem antes reformar a lei para produzir esses resultados, a guarda compartilhada sempre será ineficaz para alguns pais, apenas metade da boa para outros e prejudicial para outros ainda.

REFERÊNCIAS

AKEL, A. C. S. Guarda Compartilhada: Um avanço para a família. 2ª ed. São Paulo: Atlas S.A, 2010.

BRASIL, Código Civil (Lei nº 10.406/2002). Vade Mecum Saraiva. Ed. Saraiva, 2012.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. Vade Mecum Saraiva. Ed. Saraiva, 2012.

BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.089/1990). Vade Mecum Saraiva. Ed. Saraiva, 2012.

BRASIL. Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008. Dispõe sobre a Guarda Compartilhada.2008.

BRASIL. Lei nº 12.318/ 2010, de 26 de agosto de 2010. Dispõe sobre a Alienação Parental. 2010.

BRUNO, D. D. Guarda Compartilhada. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 3, n. 12, jan./mar., p. 27-39. 2002.

DE PLÁCIDO E SILVA. Vocabulário jurídico. Rio de Janeiro: Forense. 4ª. ed. 1994.

DINIZ, M. H. Curso de Direito Civil Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2002.

FARIAS, C. C.de; ROSENVALD, N. Direito das Famílias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FIUZA, C. Direito Civil Curso Completo. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

GRISARD FILHO, W, Guarda Compartilhada.3.ed.ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

HALLA, M. O efeito da custódia conjunta nos resultados da família. Journal of the European Economic Association. 11 (2): 278–315, 2013.

HUMPHREYS, K. L. Direções futuras no estudo e tratamento da separação entre pais e filhos. J Clin Child Adolesc Psychol. 2020; 48: 166-178. doi: 10.1080/ 15374416.2018.1534209. [PubMed] [CrossRef] [Google Scholar],

KNUTH, A. G. CARVALHO, F. F. B. de.; FREITAS, D. D. Discursos de instituições de saúde brasileiras sobre atividade física no início da pandemia de Covid-19. Revista Brasileira de Atividade Física & Saúde. 2020, p. 25-122.

LEITE, E. O. Famílias Monoparentais: A Situação Jurídica de Pais e Mães Separados e dos Filhos na Ruptura da Vida Conjugal. São Paulo: Editora Revista dos tribunais,2003.

MAGALHÃES FILHO, S. de. Guarda Compartilhada Entre Mãe e Tio do Menor. revista Brasileira de Direito das Famílias, Porto Alegre, v. 4, p. 50-62, jun./jul. 2008.

MOTTA, M. A P. Guarda compartilhada. Uma solução possível. Revista Literária do Direito, 1996.

PEREIRA, R. dá C. Princípios Fundamentais norteadores do Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

SALLES, K. R. P. N. de. Guarda Compartilhada. 3 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011.

TEIXEIRA, A. C. B. Família, Guarda e Autoridade Parental. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA: UMA ANÁLISE A VIOLAÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA MULHER PARTURIENTE

RENATA FONSECA GOMES:

Graduando (a) do Curso de Direito do Centro Universitário – FAMETRO

RESUMO: A pesquisa abordará acerca da violência obstétrica, realizando uma análise sobre a violação dos direitos fundamentais da mulher parturiente. Tendo como objetivos: Analisar a violação aos direitos fundamentais da mulher em casos de parturiente e identificar a violação aos direitos fundamentais da mulher parturiente. Nos momentos em que antecedem o parto, é necessário destacar alguns direitos fundamentais, como a dignidade da pessoa humana e o direito à saúde. A violência obstétrica é uma terminologia usada para descrever e se referir a todas as formas de violência originadas durante a assistência ao ciclo gravídico puerperal ou abortamento, podendo ser perpetrada de modo verbal, físico, psicológico ou até mesmo sexual, expressando-se ainda, de modo explícito ou velado. No Brasil não há lei específica que fale sobre a violência obstétrica, no entanto, não significa dizer que não há violação de direitos. O combate à violência obstétrica, portanto, ocorrerá com a imputação da responsabilidade civil, pois o médico deve agir com ética e responsabilidade, devendo aplicar todos os meios necessários para tratar seu paciente, cumprindo os deveres estabelecidos em seu código de ética, pois se incorrer em erro, ocasionando dano ao paciente, será responsabilizado, tendo que indenizar a vítima.

PALAVRAS- CHAVE: Parturiente. Violência Obstétrica. Direitos.

ABSTRACT: The research will address obstetric violence, conducting an analysis of the violation of the fundamental rights of women in childbirth. Its objectives are: To analyze the violation of the fundamental rights of women in cases of parturients and to identify violations of the fundamental rights of women in childbirth. In the moments before the birth, it is necessary to highlight some fundamental rights, such as the dignity of the human person and the right to health. Obstetric violence is a terminology used to describe and refer to all forms of violence originated during the care of the puerperal pregnancy cycle or abortion, and can be perpetrated in a verbal, physical, psychological or even sexual way, explicit or veiled. In Brazil there is no specific law that talks about obstetric violence, however, does not mean that there is no violation of rights. The fight against obstetric violence, therefore, will occur with the imputation of civil liability, since the physician must act with ethics and responsibility, and must apply all the necessary means to treat his patient, acting ethically, fulfilling the duties established in his code of ethics, because if you incur an error, causing damage to the patient, you will be liable, having to compensate the victim.

KEYWORDS: Parturient. Obstetric Violence. Rights.

INTRODUÇÃO

A pesquisa abordará acerca da violência obstétrica, realizando uma observação sobre a violação dos direitos fundamentais da mulher parturiente. Tendo como objetivos: Analisar a violação aos direitos fundamentais da mulher em casos de parturiente e identificar a violação aos direitos fundamentais da mulher parturiente.

O parto é um processo fisiológico que requer o cuidado de profissionais da saúde, mas que deve ser de protagonismo da mulher, nesse período a mulher deve ser ouvida, cuidada, e deve ser proporcionado a ela instrumentos que conceda um parto tranquilo, sem ferir com violência o seu corpo, a criança e, seu estado psicológico.

Destaca-se que a violência obstétrica é expressa principalmente pela negligência na assistência, discriminação social, violência verbal, física e psicológica. Dessa maneira, a pesquisa apresentará os direitos fundamentais aplicados a parturiente, em destaque ao direito a saúde e a dignidade da pessoa humana.

Posteriormente, será abordado sobre a violência obstétrica, seu reconhecimento e características, o qual apresenta-se como um grave fenômeno social que está em expansão, em todas as suas formas, sendo que são praticadas contra as mulheres ganha caráter endêmico em contextos de desigualdade social, racial, de gênero.

A respeito do tratamento legal da violência obstétrica no Brasil, apresenta-se que é definida, pelo Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher como “qualquer ato ou conduta baseada no gênero, causando morte, dano ou sofrimento de ordem física, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada”.

Por fim, a resposta jurídica cabível a qualquer dano sofrido por alguém, quer seja físico ou moral, e que estejam em desacordo com os direitos do indivíduo, é a responsabilidade civil. Além do que, deve ser garantido a efetivação dos direitos contidos na Constituição Federal, a sensibilização e formação dos profissionais de saúde e do direito, a garantia ao direito ao acompanhante à gestante, a garantia ao direito à informação, entre outros que serão abordados.

A superação da violência obstétrica é um desafio que pode ser concretizado através do seu reconhecimento como uma violação de direitos humanos.

1 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

1.1 Os direitos fundamentais da mulher parturiente

O período que a mulher espera um filho é um dos momentos mais importantes na sua vida, no qual os sentimentos estão bem aflorados. Nos momentos em que antecedem o parto, é necessário destacar alguns direitos fundamentais, como a dignidade da pessoa humana e o direito à saúde.

Segundo o Conselho Nacional de Ética para as ciências da vida (2009, p. 20), a dignidade humana só é uma característica de cada ser humano na medida em que é a característica fundamental de toda a humanidade. A dignidade está na totalidade do humano e cada ser emerge com a sua própria dignidade dessa totalidade do humano. Por isso a importância fundamental do processo de individualização de cada ser. Em que a capacidade de exprimir uma representação simbólica de tudo o que vê, conhece ou faz, foi-se estruturando ao longo das várias etapas que trouxeram a humanidade até à etapa biogenética atual. Poderá também ser na diferença de dignidade e de respeito existente entre o ser humano e o animal que radica o conceito de Dignidade Humana.

Analisando-se a Violência Obstétrica sob a perspectiva da dignidade humana apresentados por Barroso (2012, p. 12), pode-se ressaltar que todos são, em algum ponto, violados, pois o valor intrínseco da dignidade da pessoa humana, que está relacionado a direitos fundamentais como os direitos à vida, à igualdade, às integridades físicas, moral e psíquica, é violado quando do abuso obstétrico. Como exemplo dessa violação direta, pode ser destacado os procedimentos de caráter invasivo realizados sem indicação devida, que são caracterizadores da violência física, e que podem resultar em graves problemas de saúde ou mesmo óbito, o que atinge diretamente os direitos à vida e à integridade física. Além do mais, nos casos em que ocorrem as violências: psicológica, sexual e institucional, os direitos fundamentais às integridades moral e psíquica e o direito à igualdade são atingidos, vide o tratamento desigual, muitas vezes valorado por questões econômicas, sexuais, de cor de pele ou educacional das gestantes.

Portanto, durante a gestação e parto, o Estado deve proporcionar a mulher, o seu direito de exercer sua autonomia, respeitando e priorizando que o direito da dignidade não seja ferido, protegendo suas escolhas resultantes de sua autodeterminação como indivíduo.

A respeito do direito a saúde da parturiente, a Política Nacional de Atenção Obstétrica e Neonatal desenvolve ações de prevenção e assistência à saúde de gestantes, parturientes e recém-nascidas, garantindo o acesso e a qualidade dessa assistência (BRASIL, 2011).

A promoção da saúde é uma das garantias do SUS, Sistema Único de Saúde. Isso significa que toda brasileira gestante tem direito a uma assistência de qualidade e humanizada, ou seja, que respeite seus direitos e necessidades (UNICEF, 2011).

1.1.1 Dignidade da Pessoa Humana

A dignidade é uma qualidade ou atributo fundamentada na própria origem do homem como pessoa humana, que o torna credor de igual consideração e respeito por parte de seus semelhantes. Trata-se, portanto, de um princípio do ordenamento jurídico brasileiro com previsão constitucional, além disso, é, também, um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito pátrio (BRASIL, 1988).

Ingo Wolfgang Sarlet (2001, p.60) define a dignidade da pessoa humana como:

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 ser humano como pessoa está em constante processo de relacionamento não apenas consigo, mas também com o ambiente em que vive. Para que exista uma melhor convivência social e encontre-se um eixo próximo da perfeição nessa relação entre a individualidade e sociabilidade esta interação deve estar pautada na dignidade, respeitando-se os diversos aspectos.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, proclamada pela Organização das Nações Unidas de 1948, traz em seu artigo 1º o seguinte: “Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Dotados de razão e de consciência devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade”. Sendo assim, a dignidade da pessoa humana é um valor ético, inseparável da condição humana.

Chaves Camargo (2001, p.35) afirma que:

pessoa humana, pela condição natural de ser, com sua inteligência e possibilidade de exercício de sua liberdade, se destaca na natureza e diferencia do ser irracional. Estas características expressam um valor e fazem do homem não mais um mero existir, pois este domínio sobre a própria vida, sua superação, é a raiz da dignidade humana. Assim, toda pessoa humana, pelo simples fato de existir, independentemente de sua situação social, traz na sua superioridade racional a dignidade de todo ser.

Segundo Rizzato (2009, p. 36) a dignidade da pessoa humana é um supra princípio constitucional, entendendo que se encontra acima dos demais princípios constitucionais.

A Constituição Federal de 1988, foi a primeira constituição que reconheceu expressamente o princípio da dignidade da pessoa humana, como determina em seu artigo 1º, inciso III, com o intuito de que não houvesse diferença entre o ser humano, que todos fossem tratados iguais independentes de qualquer grupo ou classe social.

Desse modo, Dallari (2002, p. 8) descreve:

Constitui a dignidade um valor universal, não obstante as diversidades socioculturais dos povos. A despeito de todas as suas diferenças físicas, intelectuais, psicológicas, as pessoas são detentoras de igual dignidade. Embora diferentes em sua individualidade, apresentam, pela sua humana condição, as mesmas necessidades e faculdades vitais.

Todos os direitos sociais, ou seja, aqueles que visam a garantir aos ser humano, o exercício dos direitos fundamentais em condições de igualdade, como os descritos no artigo 6º da Constituição Federal de 1988, estão intimamente ligados a dignidade da pessoa humana.

Farias (1996, p. 54), esclareceu que:

O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana cumpre um relevante papel na arquitetura constitucional: o de fonte jurídico-positiva dos direitos fundamentais. É o valor que dá unidade e coerência ao conjunto dos direitos fundamentais.

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos (MORAES, 2005, p. 78).

Salienta-se dessa forma que a dignidade da pessoa humana é o que fundamenta a própria criação dos direitos humanos fundamentais, por isso, qualquer toda norma criada deve respeitar o supra princípio.

Fleiner (2013, p. 12) afirma que "pertence à dignidade do homem o respeito à sua singularidade e à sua individualidade", percebe-se, por conseguinte, que o ser humano

deve ter sua liberdade de escolha respeitada. Mais do que isso, o princípio da dignidade humana garante ao homem sua integridade física e o direito à não discriminação, em razão de raça, cor, sexo ou religião. Ele impõe o reconhecimento e o respeito às raízes da existência de cada indivíduo, ou seja, à sua identidade histórica que compõe a sua dignidade interior.

O princípio da dignidade da pessoa humana garante essencialmente o reconhecimento do homem como ser superior, criador e medida de todas as coisas. A sua liberdade como valor prioritário é instância fundadora do direito, e a preservação dos direitos humanos, naturais e inatos é condição imprescindível da instituição da sociedade e do Estado democrático. Há, pois, um fato, entre outros tantos, que não se pode olvidar no tocante a essa matéria.

Assim, respeitar a dignidade da pessoa humana, traz quatro importantes consequências, como descreve Nobre, Edilson (2002, p. 143):

Igualdade de direitos entre todos os homens, uma vez integrarem a sociedade como pessoas e não como cidadãos; Garantia da independência e autonomia do ser humano, de forma a obstar toda coação externa ao desenvolvimento de sua personalidade, bem como toda atuação que implique na sua degradação e desrespeito à sua condição de pessoa, tal como se verifica nas hipóteses de risco de vida; Não admissibilidade da negativa dos meios fundamentais para o desenvolvimento de alguém como pessoa ou imposição de condições sub humanas de vida. Adverte, com carradas de acerto, que a tutela constitucional se volta em detrimento de violações não somente levadas a cabo pelo Estado, mas também pelos particulares.

A dignidade é irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado, de tal sorte que não se pode cogitar na possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe seja concedida a dignidade.

Assim Sarlet, Ingo (2002, p. 143) acrescenta:

qualidade integrante e irrenunciável da própria condição humana, pode (e deve) ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, não podendo, contudo, (no sentido ora empregado) ser criada, concedida ou retirada, já que existe em cada ser humano como algo que lhe é inerente.

É necessário, assim, ter em conta que a questão da proteção e defesa da dignidade da pessoa humana e dos direitos da personalidade.

O princípio da dignidade da pessoa humana, ao qual se reporta a ideia democrática, como um dos fundamentos do Estado de Direito Democrático, torna-se o elemento referencial para a interpretação e aplicação das normas jurídicas.

1.1.2 Direitos à saúde

A saúde é elemento indispensável na vida de todo ser humano, é direito de todos e dever do Estado de proporcionar o mínimo necessário, firmado nas Declarações de Direitos e na Constituição Federal, sem a qual o ser humano vive indignamente.

Moreno e Vendrame (2011, p. 34) assim dispõe:

[...] apontam que o direito à saúde é consagrado como direito dever, em que o Estado tem o dever de prestar dignamente e eficazmente por meio de políticas públicas o acesso à saúde com qualidade, o qual assegure a dignidade humana, compreendendo a sociedade de modo universal, posto que seja uma obrigação do Estado e direito da população.

A nossa Constituição oferece ainda, os fundamentos jurídicos que devem ser observadas pelo Estado e pela sociedade no desenvolvimento de ações que visem à promoção, à proteção e à recuperação da saúde no país.

Ramos (2010, p. 336) alega que:

“A saúde é fundamental à vida das criaturas, seja como pressuposto de existência, seja na manutenção de uma real qualidade de vida. Assim, à saúde se entrelaça com o direito à vida, sendo elemento dele”. Complementando o raciocínio esposado, assevera que “É difícil se entender o direito à vida, dissociado do direito à saúde, ressaltando-se que à vida é direito individual fundamental, garantindo mesmo contra a vontade estatal.”

A Organização Mundial de Saúde (OMS) conceitua a saúde como “[...] um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade”.

Dentre as normas jurídicas que protegem o Direito à Saúde destacam-se, preliminarmente, aquelas que disciplinam o Sistema Único de Saúde – SUS nacionalmente:

a Lei Federal 8.080, de 19 de setembro de 1990, e a Lei Federal 8.142, de 28 de dezembro de 1990.

Toda mulher tem direito a realizar exames de acompanhamento pré-natal, dar à luz com segurança, à licença-maternidade e a amamentar o seu filho. O conhecimento das mães em relação a esses direitos é uma arma fundamental para que eles sejam respeitados na prática (CNJ, 2016).

A gestante tem direito a acompanhamento especializado durante a gravidez assegurado pela Lei n. 9.263, de 1996, que determina que as instâncias do Sistema Único de Saúde (SUS) têm obrigação de garantir, em toda a sua rede de serviços, programa de atenção integral à saúde, em todos os seus ciclos vitais, que inclua, como atividades básicas, a assistência à concepção e contracepção, o atendimento pré-natal e a assistência ao parto, ao puerpério e ao neonato. Conforme orientação do Ministério da Saúde e da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), o parto normal é o mais aconselhado e seguro, devendo ser disponibilizados todos os recursos para que ele aconteça (BRASIL, 1996).

2.2 Violência obstétrica

A prática obstétrica era realizada por parteiras, com a evolução da medicina, os médicos começaram a realizar os partos.

Assim, a possibilidade do exercício da atividade obstetrícia por médicos alterou a própria natureza do parto, que deixou de ser considerado como fenômeno natural e passou a ser visto como fenômeno controlado pela vontade humana (OSAVA, 2007).

Expressões como violência no parto, abuso obstétrico, desrespeito e abuso, violência de gênero no parto e aborto, violência institucional no parto, entre outras, foram utilizadas inicialmente para descrever e agrupar diversas formas de violências e danos durante o cuidado obstétrico profissional (TESSER, *et al.*, 2015, p. 6).

Portanto, a violência obstétrica é uma terminologia usada para descrever e se referir a todas as formas de violência originadas durante a assistência ao ciclo gravídico puerperal ou abortamento (DINIZ, *et al.*, 2015).

Também conhecida como violência institucional na atenção obstétrica, a violência obstétrica abrange momentos distintos, quais sejam, pré-natal, parto, pós-parto e situações de abortamento, podendo ser perpetrada de modo verbal, físico, psicológico ou até mesmo sexual, expressando-se ainda, de modo explícito ou velado. (CIELLO, *et al.*, 2012, p. 42).

Segundo Sousa (2014, p. 42):

A violência institucional decorre das relações sociais marcadas pelo descaso com os aspectos humanísticos do cuidado, da rigidez hierárquica nas relações dos profissionais de saúde com os pacientes/clientes, das falhas no processo de comunicação, da mecanização do cuidado, do uso inadequado da tecnologia, do não compromisso dos profissionais com o processo de cuidar.

A violência é um problema social que está em constante processo de expansão em todas as suas formas, onde a violência contra a mulher, em especial, é um problema do Estado, uma vez que é uma das violações mais frequentes dos direitos humanos e constitui-se como um problema de saúde pública que gera custos econômicos e sociais elevados (FONEITE, *et al.*, 2012).

A Organização Mundial da Saúde (OMS) criou parâmetros para alerta à parturiente sobre as condutas que devem ser seguidas ou não. Dentre as condutas indicadas pela OMS como aquelas que deveriam ser encorajadas estão: avaliar os fatores de risco da gravidez, respeitar a escolha da mãe sobre o local do parto, evitar intervenções cirúrgicas sempre que possível, respeitar o direito da mulher à privacidade no local do parto, respeitar a escolha da mulher quanto ao acompanhante durante o trabalho de parto, fornecer todas as informações e explicações que elas desejarem, liberdade de posição e movimento durante o trabalho de parto e o de realizar o mais rápido possível o contato entre o recém-nascido e parturiente, conforme diretrizes da OMS sobre aleitamento (BRASIL, 2014).

Define-se, assim, a violência na atenção obstétrica como violência exercida por qualquer ato dos profissionais da saúde nos processos reprodutivos da mulher que possam interferir no domínio do seu corpo, demonstrado através de uma atenção desumanizada, com abuso de utilização de ações intervencionistas, com alta medicalização e transformação patológica dos processos naturais fisiológicos do parto (JUÁREZ, *et al.*, 2012, p. 62).

Assim sendo, a essa violência cometida contra as mulheres durante o pré-natal, parto e puerpério, deu-se o nome de violência obstétrica.

2.2.1 Reconhecendo e caracterizando a violência obstétrica

São vários os atos que caracterizam a violência obstétrica, e vão desde ofensas até manobras médicas que podem gerar grandes consequências para mãe e filho que vão desde procedimentos de caráter físico, psicológico e de caráter sexual.

No que se refere ao procedimento de caráter físico, são aqueles que incidem diretamente sobre o corpo da mulher e não possuem recomendação baseada em

evidências científicas, ou seja, sem que haja elementos suficientes a respaldar sua necessidade, causando-lhe dor e danos físicos (de grau leve a intenso). Dentre esses, os procedimentos mais comuns são: privação de alimentos, uso de fórceps, interdição à movimentação da mulher, tricotomia (raspagem de pêlos), uso rotineiro de ocitocina - hormônio com intensa atuação durante o parto, não utilização de analgesia quando tecnicamente indicada, Manobra de Kristeller e cesariana eletiva sem indicação clínica (PARTO DO PRINCÍPIO, 2012, p. 60).

Dentre os procedimentos citados, a Manobra de Kristeller é um dos mais violentos, pois trata-se de uma manobra em que o médico ou enfermeiro apoia-se sobre a mulher e com seus braços e cotovelos pressiona sua barriga para acelerar a saída do bebê.

Médicos afirmam que os riscos potenciais do uso dessa manobra “incluem a ruptura uterina, lesão do esfíncter anal, fraturas em recém-nascidos ou dano cerebral, dentre outros” (LEAL, *et al*, 2014, p. 43).

Em relação aos procedimentos de caráter psicológico provêm da falta de esclarecimento, abandono da parturiente pela equipe profissional durante o trabalho de parto, restrição da assistência ao parto, desprezo e humilhação. Podem também decorrer da realização de procedimentos de caráter físico ou sexual, deixando sequelas por vezes mais profundas e intensas. São entendidos como sendo toda ação verbal ou comportamental que cause na mulher sentimentos de inferioridade, vulnerabilidade, abandono, instabilidade emocional, medo, acuação, insegurança, dissuasão, ludibriamento, alienação, perda de integridade, dignidade e prestígio (PARTO DO PRINCÍPIO, 2012, p. 60).

As ações impostas à mulher que violam sua intimidade ou pudor, interferindo em seu senso de integridade sexual e reprodutiva, com acesso ou não aos órgãos sexuais e partes íntimas do seu corpo, são consideradas procedimentos de caráter sexual. (PARTO DO PRINCÍPIO, 2012, p. 60).

Alguns exemplos de violência obstétrica contra a mulher podem ser destacados, como: a episiotomia, que trata-se de um corte realizado no períneo (região entre a vagina e o ânus), e cuja indicação ocorre em casos de sofrimento fetal em que seja necessário agilizar seu nascimento; excesso de esforço pela gestante e parto com auxílio de fórceps ou vácuo extrator, ou ainda, outras situações em que não seja possível a saída do fato de maneira natural ou que, em ocorrendo, possa causar lesões graves. Outro procedimento é o chamado “manobra de Kristeller”, pressões no fundo uterino no trabalho de parto ou durante o parto. A OMS desaconselha o uso do procedimento que segundo as “Recomendações ao parto Normal” encontra-se na categoria de procedimentos com insuficientes evidências e que devem ser utilizados com precaução. Além de violência exercida com gritos; os procedimentos dolorosos sem consentimento ou informação, e a

falta de analgesia e negligência; recusa à admissão ao hospital (Lei 11.634/2007); impedimento de entrada de acompanhante (Lei 11.108/2005); violência psicológica (tratamento agressivo, discriminatório, grosseiro, zombeteiro, inclusive em razão de sua cor, etnia, raça, religião, estado civil, orientação sexual e número de filhos); impedimento de contato com o bebê; o impedimento ao aleitamento materno; a cesariana desnecessária e sem consentimento; o uso de ocitocina sem consentimento da mulher; a proibição de a mulher se alimentar ou de se hidratar e obrigar a mulher a permanecer deitada. (OLIVEIRA, 2012, p. 6).

2.3 O tratamento legal da violência obstétrica no Brasil

A violência contra a mulher é definida, pelo Comitê Latino Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher como “qualquer ato ou conduta baseada no gênero, causando morte, dano ou sofrimento de ordem física, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada”. Logo, a violência contra a mulher apresenta-se em distintas expressões e uma delas tem sido muito presente e não identificada: a violência obstétrica (ANDRADE; AGGIO, 2014, p. 1).

Acrescenta-se ainda, segundo entendimento de Andrade, *et. al.* (2016, p. 30), considera-se também como violência obstétrica, o uso inadequado de tecnologias e a adoção de procedimentos durante o ciclo gravídico-puerperal sem o consentimento explícito e informado da gestante/parturiente, ferindo os princípios dos direitos individuais da mulher.

No que diz respeito ao consentimento do paciente em ser submetido a tratamento médico, a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, declara, em seu art. 6º, que “qualquer intervenção médica de carácter preventivo, diagnóstico ou terapêutico só deve ser realizada com o consentimento prévio, livre e esclarecido da pessoa em causa, com base em informação adequada[...]” (ONU, 2013).

No Brasil não há lei específica que fale sobre a violência obstétrica, no entanto, não significa dizer que não há violação de direitos, pois, direito deve ser interpretado levando-se em conta os princípios jurídicos e as garantias do nosso ordenamento.

Segundo informações do Departamento de Informática do Sistema Único de Saúde, DATASUS, de 2015, os partos hospitalares representam 98,08% dos partos realizados na rede de saúde e, entre os anos de 2007 e 2011, houve um aumento de 46,56% para 53,88% de partos cesárea. Acrescenta-se ainda que, dados divulgados pelo Ministério da Saúde (2015) mostram ainda, que a taxa de operação cesariana chega a 56% na população geral, sendo que esses números variam entre o atendimento nos sistemas público e privado de saúde, que apresentam uma ocorrência de aproximadamente 40% e 85%, respectivamente (BRASIL, 2015).

Destaca-se no ordenamento jurídico brasileiro a lei n. 11.108/2005, a “lei do acompanhante”, uma das poucas leis específicas que visam o bem estar da mulher gestante e acredita que através de um acompanhante, as violências no parto reduziriam consideravelmente, assim, afirma que os serviços de saúde do Sistema Único de Saúde, ficam obrigados a permitir a presença, junto à parturiente, de um acompanhante durante todo o período de trabalho de parto, parto e pós-parto imediato. Além do mais, a lei afirma que esse acompanhante será escolhido pela gestante. Porém, o que vemos é que essa lei não é respeitada, ficando a mulher na maioria das vezes sozinhas e muito mais vulneráveis a qualquer imperícia (BRASIL, 2005).

O Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 8º, § 2º, especifica ainda mais, ao determinar que, o atendimento ao parto de gestante adolescente se dará preferencialmente pelo mesmo médico que a acompanhou na fase pré natal (BRASIL, 1990).

Apesar desta lei está em vigor desde 2005, de acordo com os resultados da pesquisa: “Nascer no Brasil”, realizada entre 2011 e 2012, que teve como um de seus objetivos analisar as intervenções obstétricas em mulheres de risco habitual, destacou-se que em relação às intervenções realizadas durante o trabalho de parto, a pesquisa revelou que em mais de 70% das mulheres foi realizada punção venosa, cerca de 40% receberam ocitocina e realizaram amniotomia (ruptura da membrana que envolve o feto) para aceleração do parto e 30% receberam analgesia raqui/ peridural. Já em relação às intervenções realizadas durante o parto, a posição de litotomia (deitada com a face para cima e joelhos flexionados) foi utilizada em 92% dos casos, a manobra de Kristeller (aplicação de pressão na parte superior do útero) teve uma ocorrência de 37% e a episiotomia (corte na região do períneo) ocorreu em 56% dos partos. Esse número de intervenções foi considerado excessivo e não encontra respaldo científico em estudos internacionais (Leal, *et al.*, 2014).

Diante dos dados apresentados, conclui-se que a violência obstétrica no Brasil ainda está presente e necessita de formas de combate para o enfrentamento dessa violência.

2.4 O combate da violência obstétrica no âmbito jurídico

A resposta jurídica cabível a qualquer dano sofrido por alguém, quer seja físico ou moral, e que estejam em desacordo com os direitos do indivíduo, é a responsabilidade civil. Embora destaca-se, que em relação a violência obstétrica não tem condão de devolver a integridade física, psicológica e moral da gestante, significando, portanto, mero ressarcimento (OLIVEIRA, 2012, p. 6).

O combate a violência obstétrica, portanto, ocorrerá com a imputação da responsabilidade civil. Se a violência ocorreu na esfera privada, essa reponsabilidade será

contratual, pois decorre da contratação dos serviços mediante pagamento. Caso contrário, decorrerá da lei estabelecida.

De acordo com Sílvio Rodrigues (2002, p. 09) afirma que a responsabilidade contratual cria obrigação de indenizar para aquele que não cumpriu sua parte no contrato, ocasionando prejuízo a outra parte, pois “na hipótese de responsabilidade contratual, antes de a obrigação de indenizar emergir, existe, entre o inadimplente e seu contratante, um vínculo jurídico derivado da convenção”.

No desempenho de suas funções, o médico tem o dever de empregar as melhores técnicas possíveis no tratamento de seus pacientes, considerando como o dever de tutela, o melhor interesse do paciente. Tanto na fase pré-contratual quanto pós-contratual o médico deve ter boa fé objetiva, como pilar da ética de qualquer profissão lícita. Mesmo após a recuperação do enfermo, o Médico tem a obrigação de conservar o prontuário e o dever ético de manter sigilo quanto ao diagnóstico e tratamento (JÚNIOR, 2009, p. 1).

Deve-se analisar nessa situação, se os médicos agiram com negligência, imprudência ou imperícia. O Código de Defesa do Consumidor, art. 14, traz em seu conteúdo que a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa. Sendo que a responsabilização dos estabelecimentos hospitalares, por serem fornecedores de serviços, será objetiva, sem prejuízo de um eventual direito de regresso contra o médico (BRASIL, 1990).

Ressalta-se ainda, que, o médico tem o dever de assistir o paciente, o assessorando da melhor forma possível, sempre buscando atender seus chamados, respondendo as solicitações, prestando esclarecimentos, deve sempre está pronto à assisti-lo, pois a ocorrência de danos por falta de assistência poderá caracterizar a culpa do médico. O médico que não cumpre seu dever de dar assistência ao paciente está incorrendo em negligência, sendo, portanto, responsabilizado no caso de dano ou prejuízo ao paciente. Sobre o dever de abstenção de abuso, consiste na obrigação do médico de pautar-se nos princípios da ética em sua atuação, não devendo visar apenas o lucro ou obtenção de vantagens (OLIVEIRA, 2018, p. 1).

Na esfera pública de prestação do serviço de saúde, o art. 37 da CF/88, aduz que: “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa” (BRASIL, 1998).

Diniz (2013, p. 32) entende, assim, que são três os pressupostos da responsabilidade civil, quer são: ação ou omissão, dano e a relação de causalidade. Por outro lado, Venosa (2012, p. 13) enumera quatro pressupostos para que passe a existir o

dever de indenizar, afirmando que "(...) os requisitos para a configuração do dever de indenizar: ação ou omissão voluntária, relação de causalidade ou nexos causal, dano e finalmente, culpa."

Sendo assim, dever de indenizar o paciente por parte do poder público independe de culpa ou dolo de seus agentes de saúde, mantendo-se o dever de indenizar ainda que o atendimento seja feito pelo SUS em hospitais particulares.

No ajuizamento das ações com pedido de reparação dos danos decorrentes das condutas praticadas no parto, as mulheres demonstraram não apenas a demanda pela reparação dos danos sofridos, mas também a expectativa do reconhecimento de que os danos sofridos decorreram da conduta dos profissionais e não do parto em si, desejando, portanto, a força simbólica da decisão judicial na nomeação e no reconhecimento da violência institucional sofrida (NOGUEIRA; SEVERI, 2016, p. 465).

Assim sendo, de acordo com Paes (2015, p. 1), para combater a violência obstétrica, além de impor as consequências da responsabilidade civil, como supramencionado, devem incluir: o amplo debate com participação da sociedade, dos profissionais de saúde, da academia, do sistema de justiça; a afirmação dos direitos sexuais e reprodutivos com um olhar interseccional (não apenas de gênero, mas também étnico racial e de classe); a efetivação dos direitos contidos na Constituição Federal; a sensibilização e formação dos profissionais de saúde e do direito; a garantia ao direito ao acompanhante à gestante; a garantia ao direito à informação; a garantia ao acesso pleno à saúde e o incentivo às boas práticas obstétricas, fundamentadas em evidências científicas.

CONCLUSÃO

A violência obstétrica é uma evidente violência contra a mulher, que envolve a deflagração de garantias e direitos fundamentais estabelecidas a parturiente, lesa os direitos à integridade física e de decidir sobre o próprio corpo, os direitos reprodutivos e sexuais da mulher, bem como com o seu direito de livre escolha.

Apesar da Constituição Federal firmar em diversos institutos a autonomia e a independência feminina, a mulher tem sido vista ainda como um ser inferior, principalmente no que concerne à violência sexual e doméstica, revelam a acentuada dominação masculina em detrimento da hipervulnerabilidade feminina como vítima social.

A violência doméstica, portanto, é aquela violência praticada contra a mulher em ambientes hospitalares no momento do parto, como por exemplo: violência exercida com gritos; os procedimentos dolorosos sem consentimento ou informação, e a falta de analgesia e negligência; recusa à admissão ao hospital (Lei 11.634/2007); impedimento de entrada de acompanhante (Lei 11.108/2005); violência psicológica (tratamento agressivo,

discriminatório, grosseiro, zombeteiro, inclusive em razão de sua cor, etnia, raça, religião, estado civil, orientação sexual e número de filhos); impedimento de contato com o bebê; o impedimento ao aleitamento materno; a cesariana desnecessária e sem consentimento, entre outros.

Portanto, com o intuito de evitar os abusos quanto à medicalização no processo de parto, a lei estipula que a mulher tem direito a um parto que respeite seus tempos biológicos e psicológicos, evitando-se ao máximo qualquer tipo de prática invasiva e de fornecimento de medicação desnecessária.

O médico deve agir com ética e responsabilidade, devendo aplicar todos os meios necessários para tratar seu paciente, agindo com ética, cumprindo os deveres estabelecidos em seu código de ética, pois se incorrer em erro, ocasionando dano ao paciente, será responsabilizado, tendo que indenizar a vítima.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Briena Padilha; AGGIO, Cristiane de Melo. Violência obstétrica: a dor que cala. Anais do III Simpósio Gênero e Políticas Públicas. 2014.

ANDRADE, Priscyla de Oliveira Nascimento; DA SILVA, Jéssica Queiroz Pereira; DINIZ, Cinthia Martins Menino; CAMINHA, Maria de Fátima Costa. Fatores associados à violência obstétrica na assistência ao parto vaginal em uma maternidade de alta complexidade em Recife, Pernambuco. Revista Brasileira de Saúde Materna e Infantil. Edição 1. Recife. n. 16, 2016.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. NBR 6023: informação e documentação – referências –elaboração. Rio de Janeiro, 2002.

BARROSO, L. R. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo - Natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação.** Revista Interesse Público, v. 76, 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Vade Mecum Saraiva. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BRASIL. **Recomendações da OMS.** Disponível em: <<http://www.amigasdoparto.com.br/oms.html>>. Acesso em: 28 out. 2018.

BRASIL. Lei n. 9.263, de 1996. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9263.htm>. Acesso em 27 out. 2018.

BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. 1990.

CIELLO, Cariny et al. Parto do princípio. Mulheres em Rede pela Maternidade Ativa. Dossiê da Violência Obstétrica "Parirás com dor". Disponível em: <<https://www.senado.gov.br/comissoes/documentos/SSCEPI/DOC%20VCM%20367.pdf>>. Acesso em 28 out. 2018.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Direitos Humanos e Cidadania, 2002.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v.17.

FARIAS, Edilsom Pereira de. Colisão de direitos: A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre/RS: Sérgio Antonio Fabris, 1996.

FLEINER, Thomas. **O que são direitos humanos?** São Paulo: Max Limonad, 2013.

JUÁREZ, D. et al. Violencia sobre las mujeres: herramientas para el trabajo de los equipos comunitarios. Buenos Aires: Ministerio de Salud de la Nación, 2012.

Leal, M. C., Pereira, A. P., Domingues, R. M., Theme, M. M., Dias, M. A., Nakamura-Pereira, M et al. Intervenções obstétricas durante o trabalho de parto e parto em mulheres brasileiras de risco habitual. Cadernos de Saúde Pública, 30(Supl. 1), S17-S32. 2014. Disponível em <<http://dx.doi.org/10.1590/0102-311X00151513>>. Acesso em 05 nov. 2018.

Ministério da Saúde. Diretrizes de Atenção à Gestante: a operação cesariana. Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS (CONITEC) – Brasília, DF. 2015. Disponível em < http://conitec.gov.br/images/Consultas/Relatorios/2015/Relatorio_PCDCesariana_CP.pdf>. Acesso em 05 nov. 2018.

MORENO, Jamile Coelho; VENDRAME, Alan. Saúde como direito fundamental: Uma perspectiva da evolução constitucional e histórica das políticas públicas. In Siqueira, Dirceu Pereira; LEÃO JÚNIOR, Teófilo Marcelo de Arêa. Direitos Sociais: uma abordagem quanto à (in) efetividade desses direitos – a Constituição de 1988 e suas previsões sociais. Birigui: Boreal Editora, 2011.

MORAES, Alexandre de. Direito constitucional, 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. O direito brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana. São Paulo: Juris Síntese, 2000.

NOGUEIRA, Beatriz Carvalho; SEVERI, Fabiana Cristina. Violência obstétrica e acesso das mulheres à justiça: análise das decisões proferidas pelos Tribunais de Justiça da região sudeste. Panóptica, vol. 11, n. 2, jul./dez. 2016.

NUNES, Rizzatto. O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: doutrina e jurisprudência. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

OSAVA, Ruth Hitomi. Assistência ao parto no Brasil: o lugar do não-médico. Departamento de saúde Materno-Infantil da Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

RAMOS, Mário Henrique de Oliveira. Direitos Sociais Prestacionais, Direito à Saúde, Reserva do Possível, Políticas Públicas. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ANSELMO, José Roberto. (orgs). Estudos sobre os Direitos Fundamentais e Inclusão Social: da falta de efetividade à necessária judicialização, um enfoque voltado à sociedade contemporânea. Birigui: Boreal Editora, 2010.

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil: responsabilidade civil. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v.4.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SOUZA, Karina Junqueira de. Violência institucional na atenção obstétrica: proposta de modelo preditivo para depressão pós-parto. 2014. 106 f. Dissertação (Mestrado em Saúde Coletiva) – Pós-Graduação em Saúde Coletiva, Universidade de Brasília, Brasília, 2014.

SOUSA, Valéria. Violência Obstétrica: considerações sobre a violação de direitos humanos das mulheres no parto, puerpério e abortamento. São Paulo: Artemis, 2015.

TESSER, Charles Dalcanale et al. "Violência obstétrica e prevenção quaternária: o que é e o que fazer". Revista Brasileira de Medicina de Família e Comunidade, v. 10, n. 35, p. 1- 12, 2015.

UNICEF, Fundo das Nações Unidas para a Infância. Guia dos Direitos da Gestante e do Bebê. São Paulo: Globo, 2011.

A PRÁTICA DA ALIENAÇÃO PARENTAL COMO CONDUTA QUE VIOLA DIREITO FUNDAMENTAL DA CRIANÇA OU ADOLESCENTE DE DESFRUTAR UMA VIDA FAMILIAR SAUDÁVEL

MAYARA DE SOUZA MACIEL:
Graduanda em Direito pelo Centro
Universitário FAMETRO.

RESUMO: O presente trabalho centra-se na alienação parental visando suas consequências, soluções e atitudes tomadas dentro deste cenário. Em processos judiciais de divórcio envolvendo a custódia de menores, os pais que detém a guarda em alguns casos impedem que os pais ausentes do lar visitem seus filhos devido a várias acusações, exacerbando assim a síndrome de alienação parental. Regulamentada de acordo com a lei 12.318/2010 acontece em sua maioria quando os pais se separaram, onde abre-se uma disputa acirrada pela guarda da criança ou adolescente, o que poderá resultar em problemas na relação dos filhos com os pais. A alienação parental começou a atrair atenção por ser uma denúncia frequente. O método de abordagem utilizado para o presente artigo é o dedutivo, construindo uma abordagem inicial sobre o tema Alienação Parental, partindo do assunto família e indo até a guarda compartilhada. A técnica utilizadas para coleta de dados e informações acerca do tema são pesquisas bibliográficas, através de livros, doutrinas, legislações vigentes, dados estatísticos, e artigos científicos.

PALAVRAS-CHAVE: Filhos. Pais. Alienação. Guarda.

ABSTRACT: The present work focuses on parental alienation aiming at their attitudes, consequences, and solutions taken within this scenario. In separation/divorce proceedings involving custody of children, guardian parents in some cases obstruct or prevent non-guardian parents from visiting their children due to various charges, thereby exacerbating parental alienation syndrome. Regulated according to law 12.318/10 happens mostly when parents have separated, where opens a fierce dispute for the custody of children, which creates problems mostly in the relationship of children with parents. Such parental alienation began to attract attention because it was a frequent denunciation.

KEYWORDS: Children, Parents, Alienation, Guard.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO – 2 DA FAMÍLIA – 2.1 CONCEITO DE FAMÍLIA – 3 DA ALIENAÇÃO PARENTAL – 3.1 ORIGEM E CONCEITO – 3.2 ASPECTOS DO GENITOR ALIENADOR – 3.3 ALIENAÇÃO PARENTAL E SUAS CONSEQUÊNCIAS – 4 PROJETO DE LEI Nº 4053/2008 – 5 LEI 12.318/2010 – 6 GUARDA COMPARTILHADA – 7 CONCLUSÃO – 8 REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

É notória a necessidade de uma tratativa jurídica sobre tal tema. Sendo que ainda existem pontos que merecem melhores esclarecimentos. Ou seja, quais os indícios de alienação parental? A alienação parental gera transtornos futuros aos envolvidos? Quais as atitudes que caracterizam esta alienação? O distanciamento entre os pais existe desde que o marido e a mulher se separam, mas esse fim de relações tem crescido significativamente a cada ano. De acordo com o IBGE entre 2009 e 2019 os divórcios aumentaram. Os cônjuges com filhos menores na família em 2009 representavam 40,2% do número total de divórcios e em 2019 representavam 45,9% deste número.

Pretende-se demonstrar neste trabalho os meios que caracterizam a alienação parental, verificar as atitudes utilizadas pelos alienantes para configurar tal alienação e avaliar através da Lei 12.318/2010 quais os meios tomados para amparo do menor alienado.

O ECA garante os direitos da criança e do adolescente e, em seu artigo 4º, inciso II, alínea B, a alienação parental é considerada uma forma de violência psicológica. Em sua maioria, esse comportamento é motivado, de modo que a criança passe a ter certo sentimento de nojo para com o outro genitor, o que levará ao distanciamento das relações.

É importante observar que a pesquisa sobre este tema é extremamente importante para a sociedade. Ainda é difícil para todos entenderem a maneira como ocorre esta alienação, um comentário negativo ou claro xingamento do alienante sobre o outro genitor, causa transtornos. De acordo com a última investigação do Conselho Nacional de Justiça (2017), no estado de Minas Gerais houve um aumento de ações propostas em 85% para os casos de alienação parental.

Por fim, é válido ressaltar que o presente projeto contribuirá para o maior conhecimento da temática abordada. O método de abordagem utilizado no presente artigo é o dedutivo, construindo uma abordagem inicial sobre o tema Alienação Parental, partindo do assunto família e indo até a guarda compartilhada, uma opção para que genitores exerçam dentro de suas possibilidades o poder familiar sem causar traumas que podem impactar na vida do menor e futuro adulto. A técnica utilizadas para coleta de dados e informações acerca do tema são pesquisas bibliográficas, através de livros, doutrinas, legislações vigentes, dados estatísticos, e artigos científicos.

2 DA FAMÍLIA

A família mudou no decorrer da história, mas ainda se mantém um sistema de vínculo afetivo, onde ocorre todo o processo de humanização do indivíduo. Um ambiente familiar estável e amigável tem uma contribuição positiva para a felicidade e crescimento. Um lar que não apresenta proteção afetiva pode ocasionar perturbação no

desenvolvimento da criança, privando estes da proteção que lhe é constitucionalmente assegurada.

2.1 Conceito de Família

A família é a primeira estrutura social que existe. Além de ser a unidade básica da sociedade, o ser humano é composto por um grupo de pessoas que estão unidas por casamento e parentes próximos, sendo conectados por meio de laços emocionais. Com o desenvolvimento da sociedade, o conceito família passou a ser formado.

O artigo 233 do Código Civil de 1916 definia o marido como o ser responsável pela relação conjugal, em vista disso, a figura masculina era quem detinha a capacidade da escolha, em grande parte era do homem o poder da “autorização” sobre os movimentos de sua companheira fora da relação marido e mulher. O que na atualidade soa como absurdo já foi vivido por muitos.

Mônica Guazzelli (2013, p. 192) diz:

Não custa repetir o quanto a organização das famílias tem se alterado nos últimos tempos, transformando, quase que continuamente, suas plurais e multifacetadas configurações estruturais. A família deixou de ser meramente um núcleo econômico e de reprodução, para ser espaço de companheirismo e livre de expressão de afeto. A família tornou-se mais democrática com as relações intrafamiliares estabelecidas e patamar mais igualitário.

Com a promulgação da nova Constituição Federal em 1988, no artigo 226, parágrafo 5º, surgiu o conceito de poder familiar, substituindo o chamado Pátrio Poder, garantindo que homens e mulheres tenham deveres e direitos respeitados em uma sociedade conjugal.

Como bem pontuou a professora Maria Helena Diniz (2007), o poder da família é:

Um conjunto de direitos e obrigações, quanto à pessoa e bens do filho menor não emancipado, exercido, em igualdade de condições, por ambos os pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e a proteção do filho.

Portanto, durante o casamento ou em uma união estável, os pais exercem juntos o poder familiar. Porém, caso venha a ser dissolvida esta união, ambos continuam a exercê-la conjuntamente. Conforme versa no Código Civil Brasileiro de 2002.

Desta forma no poder familiar é responsabilidade dos genitores, independentemente da união, tudo o que se refere à formação dos filhos menores, a quem se transferem valores básicos no decorrer que se desenvolvem. Com fim de que estes obtenham o devido discernimento para enfrentar o mundo externo.

3 DA ALIENAÇÃO PARENTAL

Embora na maioria dos casos a origem da alienação parental nem mesmo esteja diretamente relacionada ao filho, em sua grande parte o motivo que leva os pais a implementarem a alienação é o relacionamento não resolvido com o outro genitor. A pessoa afastada se arma com sentimento de vingança pelo fim do relacionamento conjugal, principalmente quando o outro genitor inicia um novo relacionamento.

3.1 ORIGEM E CONCEITO

Richard Gardner (1931-2003) em 1985 foi o pioneiro nos estudos sobre a síndrome de alienação parental. Sendo um processo constituído pelas partes envolvidas (pai e mãe).

A criança passa a cultivar sentimentos adversos por um de seus genitores. Conforme estabelecido na Lei nº 12.318/2010, a alienação parental é uma forma de induzir ou promover a falsa propaganda do outro genitor a criança, causando danos ao manter contato no contexto das relações familiares.

Gardner definiu o impacto psicológico dessa manipulação como "síndrome da alienação parental": Deixar os filhos odiarem seus pais sem causa justa. Para Sandra Vilela (2015), existe uma distinção entre alienação parental x síndrome de alienação parental. A síndrome tem por definição o que fora exposto por Gardner, a alienação parental vem a ser é "Toda ação que visa impedir que os filhos vivam com os pais de qualquer forma". Não sendo taxativo que a criança tome repulsa ao genitor alienado, o afastamento do filho já basta para configurar a alienação.

Nas palavras de Marcos Duarte (2011, p. 126):

A principal característica desse comportamento ilícito e doentio é a lavagem cerebral no menor para que atinja uma hostilidade em relação ao pai ou mãe visitante. O menor se transforma em defensor abnegado do guardião, repetindo as mesmas palavras aprendidas do próprio discurso do alienador contra o "inimigo".

Por conseguinte, a SAP é baseada em análise das consequências psicológicas, e comportamentais dos menores incluídos na faixa de alienação parental. A família, vista por muitos como um estabelecimento amoroso, pode se tornar caminho de desgaste psicológico e palco de violência.

Embora se manifeste no meio materno pela crença costumeira de que as mulheres são mais aptas para exercer a guarda dos filhos, a alienação parental atinge qualquer genitor, pai ou mãe. Além disso, também pode ser estendido a outros parentes, como avós, tios, irmãos, etc.

Nesse sentido Marília Mesquita (2010) discorre que:

A alienação Parental não acontece só com os genitores, avós também a praticam, situação cada vez mais comum nos dias de hoje. Muitos são os avós que criam seus netos, seja pela falta de condição financeira dos genitores em mantê-los, seja porque eles se tornaram genitores na adolescência ou muito jovens. Encontram-se esses avós na fase da síndrome do vazio, ou seja, os filhos saíram de casa e esse neto vem a preencher essa lacuna, levando os avós que detêm a guarda pacífica a praticarem a alienação, para assim não perderem a “companhia” do neto.

Tendo em vista que a alienação envolve questões jurídicas, não é fácil identificá-las. Portanto, isso deve ser feito com a ajuda de profissionais da psicologia bem treinados.

3.2 ASPECTOS DO GENITOR ALIENADOR

O comportamento pode ser dos mais diversos, poderão utilizar de muita criatividade, o que dificulta a formação de uma lista conclusiva de possíveis atitudes. Além disso, nesse comportamento que leva à alienação parental soma-se, geralmente ódio, ciúme, e principalmente o sentimento de vingança que o alienador carrega consigo.

Todo esses jogos de manipulação acabarão prejudicando a criança, que no futuro poderá ter dificuldade em aceitar a verdade, por já está acostumada a manipulações e encobrimentos, sendo que aprendeu a suportar mentiras e expressar emoções fictícias.

Segundo Jorge Trindade (2013, p. 24), alguns comportamentos são bem conhecidos sendo:

1. Apresentar o novo cônjuge como novo pai ou nova mãe;
2. Interceptar cartas, e-mails, telefonemas, recados, pacotes destinados aos filhos;
3. Desvalorizar o outro cônjuge perante terceiros;
4. Desqualificar o outro cônjuge para os filhos;

5. Recusar informações em relação aos filhos (escola, passeios, aniversários, etc.);
6. Impedir visitação;
7. Envolver pessoas na lavagem emocional dos filhos;
8. Trocar nomes (atos falhos) ou sobrenomes;
9. Ameaçar e punir os filhos caso eles tentem se aproximar do outro cônjuge;
10. Ocupar os filhos no horário destinado a ficarem com o outro;
11. Impedir o outro cônjuge de receber informações sobre os filhos;

3.3 ALIENAÇÃO PARENTAL E SUAS CONSEQUÊNCIAS

Conforme explicado, com a concretização da alienação parental, na criança surgem graves sequelas, podendo até prejudicar o seu crescimento.

Se atingirá nessa concretização não somente o cônjuge alienado como também o próprio alienante.

Os efeitos nocivos causados pela alienação poderão depender de fatores, como idade da criança, personalidade, o tipo de contato previamente estabelecido, etc.

Para Jorge Trindade (2013, p. 24), a criança vai sofrer uma série de conflitos, entre eles “ansiedade, medo, insegurança, isolamento, tristeza e depressão, comportamento hostil, dificuldades escolares, transtorno de identidade, sentimento de desespero, culpa, dupla personalidade, vulnerabilidade ao álcool e às drogas.”

Além do obstáculo em lidar com as relações interpessoais, o que lhes traz grandes dificuldades. Sem um tratamento rápido e eficaz, essas crianças e adolescentes levarão uma vida adulta de forma desequilibrada, absorvendo e internalizando as dificuldades.

4 PROJETO DE LEI Nº 4053/2008

No dia 07 de outubro de 2008 é proposta pelo Deputado Federal Régis de Oliveira um anteprojeto (PL 4053/2008) onde versava de uma lei para os casos de Alienação Parental. Na justificativa para o projeto consta que:

[...] Deve-se coibir todo ato atentatório à perfeita formação e higidez psicológica e emocional de filhos de pais separados ou

divorciados. [...] [...] A alienação parental merece reprimenda estatal porquanto é forma de abuso no exercício do poder familiar, e de desrespeito aos direitos de personalidade da criança em formação. Envolve claramente questão de interesse público, ante a necessidade de exigir uma paternidade e maternidade responsáveis, compromissadas com as imposições constitucionais, bem como com o dever de salvaguardar a higidez mental de nossas crianças. [...]

O projeto tramitou na Comissão de Seguridade Social e Família. E em 26 de agosto de 2010, chegou de forma oportuna em nosso ordenamento jurídico a Lei 12.318/2010, que dispõe sobre Alienação Parental.

5 LEI 12.318/2010

A referida lei é composta por onze artigos, sendo dois deles vetados, também estabelece a definição de alienação parental. O artigo 1º da Lei 12.318/2010 afirma que dispõe sobre a alienação parental. Em seguida, sua definição vem apresentada em seu artigo 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.

O paragrafo único do mesmo artigo apresenta um rol exemplificativo de algumas atitudes que são cometidas pelo alienador:

I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade; II - dificultar o exercício da autoridade parental; III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor; IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar; V - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço; VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente; VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar

a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós.

Poderão haver outras maneiras de praticar a alienação parental, mesmo não estando previstas na lei. Ainda, de acordo com o artigo, os sujeitos ativos podem ser os genitores, os avós, qualquer outra autoridade parental ou afetiva. Em alguns casos, o abuso parental é tão óbvio que não há necessidade de conhecimento especializado havendo a permissão imediata de Intervenção judicial.

Gonçalves (2017, p. 339) ao expor sobre a síndrome de alienação parental diz que a lei ampliou o direito fundamental a convivência em família, trazendo força ao Estatuto da Criança e do Adolescente no tocante a convivência familiar. Para que esse direito tenha garantia o artigo 4º determina o rito em caso de suspeita da prática de alienação:

Art. 4º Declarado indício de ato de alienação parental, **a requerimento ou de ofício**, em qualquer momento processual, em ação autônoma ou incidentalmente, o processo **terá tramitação prioritária**, e o juiz determinará, com urgência, ouvido o Ministério Público, **as medidas provisórias necessárias para preservação da integridade psicológica da criança ou do adolescente, inclusive para assegurar sua convivência com genitor ou viabilizar a efetiva reaproximação entre ambos**, se for o caso.

Parágrafo único. Assegurar-se-á à criança ou adolescente e ao genitor garantia mínima de visitação assistida, ressalvados os casos em que há iminente risco de prejuízo à integridade física ou psicológica da criança ou do adolescente, atestado por profissional eventualmente designado pelo juiz para acompanhamento das visitas.

No entanto, se relatórios de especialistas forem necessários, a lei estabelecerá alguns requisitos mínimos para garantir a consistência como bem versa em seu artigo 5º:

5º Havendo indício da prática de ato de alienação parental, em ação autônoma ou incidental, o juiz, se necessário, determinará perícia psicológica ou biopsicossocial.

§ 1º O laudo pericial terá base em ampla avaliação psicológica ou biopsicossocial, conforme o caso, compreendendo, inclusive, entrevista pessoal com as partes, exame de documentos dos autos, histórico do relacionamento do casal e da separação, cronologia

de incidentes, avaliação da personalidade dos envolvidos e exame da forma como a criança ou adolescente se manifesta acerca de eventual acusação contra genitor.

§ 2º A perícia será realizada por profissional ou equipe multidisciplinar habilitados, exigido, em qualquer caso, aptidão comprovada por histórico profissional ou acadêmico para diagnosticar atos de alienação parental.

§ 3º O perito ou equipe multidisciplinar designada para verificar a ocorrência de alienação parental terá prazo de 90 (noventa) dias para apresentação do laudo, prorrogável exclusivamente por autorização judicial baseada em justificativa circunstanciada.

Assim como estipula que o laudo pericial deve ser realizado em 90 dias, sendo prorrogável exclusivamente por autorização judicial baseada em justificativa circunstanciada. Assim sendo, o apoio de profissionais habilitados na assistência aos magistrados permite que as partes envolvidas compreendam o verdadeiro significado das relações parentais.

Marcos Duarte (2011, p.126) diz:

Determina a lei de forma precisa, que a perícia será realizada por profissional ou equipe multidisciplinar habilitados, exigido, em qualquer caso, aptidão comprovada por histórico profissional ou acadêmico para diagnosticar atos de alienação parental. Além de idôneo, o perito deve ter conhecimento do tema dentro da área universitária e regularmente inscrito no órgão de classe.

O artigo 6º contém um extenso campo de possibilidades aos magistrados, que é digno de reflexão:

Art. 6º Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso:

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

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

III - estipular multa ao alienador;

IV - determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial;

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

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

VII - declarar a suspensão da autoridade parental.

Parágrafo único. Caracterizado mudança abusiva de endereço, inviabilização ou obstrução à convivência familiar, o juiz também poderá inverter a obrigação de levar para ou retirar a criança ou adolescente da residência do genitor, por ocasião das alternâncias dos períodos de convivência familiar.

Além disso, não há obstáculos para que se possa utilizar de outros itens deste artigo, bem como outras medidas que se fizerem necessárias.

O artigo 7º da referida lei diz que:

“A atribuição ou alteração da guarda dar-se-á por preferência ao genitor que viabiliza a efetiva convivência da criança ou adolescente com o outro genitor nas hipóteses em que seja inviável a guarda compartilhada.”

Perez (2013, p.65) doutrina sobre:

[...] tem por objetivo inibir a deliberada busca, em juízo, pela guarda unilateral, como instrumento para afastar ou dificultar o convívio da criança ou adolescente com o outro genitor. Razoável indicador de que um dos genitores pretende promover a efetiva convivência da criança com o outro genitor parece ser, em muitos casos, a própria proposta de compartilhamento da guarda ou fórmula equivalente. Sob este ponto de vista, parece correto afirmar que a nova lei dá maior efetividade ao instituto da guarda compartilhada,

afastando óbices insinceros ou mera falta de empenho dos genitores para que sua implementação seja bem sucedida.

Observa-se com a lei 12.318/2010, que a legislação enumera várias formas de alienação parental. Além de prever a possibilidade da realização de procedimentos autônomos e priorizar sua tramitação. Com a aplicabilidade efetiva da lei, espera-se que o número de casos possa ser cada vez menos frequente.

Diante disso, é importante que a criança compreenda que não é responsável pelos conflitos entre os pais e nem mesmo tem de decidir sobre questões relacionadas com os seus cuidados ou visitas, por exemplo.

6 GUARDA COMPARTILHADA

A guarda compartilhada é uma alternativa que pode enfrentar e combater o mal da alienação parental. O comportamento de partilha de responsabilidades para com os filhos assemelha-se aos comportamentos praticados em conjunto na vida de um casal, partilha-se o tempo que passam com os filhos, fazendo com que os pais exerçam os seus direitos e responsabilidades familiares de forma igual e cada um segundo as suas possibilidades.

A lei também prevê a possibilidade de passagem da tutela unilateral para a tutela conjunta, com prioridade para esta última. No entanto, também apontou claramente que, independentemente do tipo de tutela, o período de convivência em favor dos pais alienados deve ser estendido.

Como é possível perceber através do ponto de vista do Tribunal de Justiça do Distrito Federal:

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. RELAÇÃO DE CONFLITUOSIDADE ENTRE OS GENITORES. ALIENAÇÃO PARENTAL PRATICADO PELA GENITORA. MANUTENÇÃO DO LAR DE REFERÊNCIA MATERNO. JUÍZO DE PROPORCIONALIDADE. PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. AMPLIAÇÃO GRADATIVA DO REGIME DE VISITAS. GUARDA COMPARTILHADA. 1. A prática da alienação parental perpetrada pela mãe pode acarretar para o menor prejuízos em seu desenvolvimento psicológico. Ademais, a prática dessa reprogramação da criança fere o seu direito fundamental à convivência familiar saudável, prejudica a realização de afeto nas relações com o genitor e constitui abuso moral contra a criança. Tal prática é fortemente repelida por nosso ordenamento jurídico, devendo o alienante estar atento quanto ao bem estar físico e psicológico da criança,

sob pena de arcar com as consequências de atos por ele praticados e que possam prejudicar o menor, seja de forma direta ou indireta. 2. Na espécie, a despeito da comprovada alienação parental praticada pela mãe e das sanções que o ato enseja, é importante realizar um juízo de proporcionalidade entre as disposições legais e o princípio do melhor interesse da criança. Determinar a mudança para o lar paterno, apesar de ser cabível legalmente, pode ser traumático para a criança, pois durante o curso do processo restou demonstrado que o filho sempre residiu com a mãe e já passou meses sem ter contato com o pai. **Neste momento, ampliar o regime de visitas do pai e construir paulatinamente uma relação mais amorosa com o filho pode amenizar os efeitos deletérios da alienação no estado psicológico da criança e, aos poucos, resgatar relação entre eles.** 3. No processo de ponderação entre as sanções legais e o princípio constitucional do melhor interesse da criança, da proteção integral e preservação da sua dignidade, vislumbra-se que a manutenção do lar de referência materno atende melhor às necessidades do infante, ressaltando que se a mãe permanecer recalcitrante em seu intento de destruir a figura paterna, bem como inviabilizar a reaproximação dos laços afetivos entre eles, a situação poderá ser alterada, inclusive com a cominação da sanção de suspensão do poder familiar. 4. Ao realizar o juízo de ponderação entre as sanções previstas na lei e o princípio do melhor interesse do menor, este deve preponderar. A análise deve ser feita por meio de método comparativo entre os custos e benefícios da medida examinada, realizada não apenas por uma perspectiva estritamente legalista, mas tendo como pauta o sistema constitucional de valores. 5. **"Em atenção ao melhor interesse do menor, mesmo na ausência de consenso dos pais, a guarda compartilhada deve ser aplicada, cabendo ao Judiciário a imposição das atribuições de cada um.** Contudo, essa regra cede quando os desentendimentos dos pais ultrapassarem o mero dissenso, podendo resvalar, em razão da imaturidade de ambos e da atenção aos próprios interesses antes dos do menor, em prejuízo de sua formação e saudável desenvolvimento (art. 1.586 do CC/2002)".(REsp 1417868/MG, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/05/2016, DJe 10/06/2016). 6. Apelo conhecido e parcialmente provido. Apelo adesivo conhecido e desprovido. (TJ-DF 20130111698702 - Segredo de Justiça 0044829-

95.2013.8.07.0016, Relator: CARLOS RODRIGUES, Data de Julgamento: 14/12/2016, 6ª TURMA CÍVEL, Data de Publicação: Publicado no DJE : 24/01/2017 . Pág.: 736/791)

Na visão de Lobô (2008, p. 23-35), a guarda compartilhada possui vantagens evidentes:

Prioriza o melhor interesse dos filhos e da família, prioriza o poder familiar em sua extensão e a igualdade dos gêneros no exercício da parentalidade, bem como a diferenciação de suas funções, não ficando um dos pais como mero coadjuvante, e privilegia a continuidade das relações da criança com seus pais. Respeita a família enquanto sistema, maior do que a soma das partes, que não se dissolve, mas se transforma, devendo continuar sua finalidade de cuidado, proteção e amparo dos menores. Diminui, previamente, as disputas passionais pelos filhos, remetendo, no caso de litígio, o conflito conjugal para seu âmbito original, que é o das relações entre adultos. As relações de solidariedade e do exercício complementar das funções, por meio da cooperação, são fortalecidas a despeito da crise conjugal que o casal atravessar no processo de separação.

Por fim, embora existissem alguns instrumentos no ordenamento jurídico para coibir a prática da síndrome da alienação parental, no estatuto da criança e do adolescente, no Código Civil e na Constituição Federal onde discorrem que os pais devem garantir o bem-estar dos filhos, a lei traz maior efeito.

Trata-se de um instrumento adicional para os pais, advogados e, principalmente auxilia juízes, podendo utilizar esta base jurídica para comprovar a ocorrência deste fenômeno e divulgar as respectivas decisões.

Tendo o juiz o papel da escolha do melhor caminho para a criança, deve-se ter cuidado ao analisar os casos de vítimas da síndrome da alienação parental para evitar alguma injustiça.

Groeninga (2018, p.34) Esclarece a importância da família, do amor, e dos modelos de comportamento para a construção do caráter. Os pais devem proteger seus filhos de ameaças e dar-lhes vida e crescimento saudável.

Desse modo, é fácil perceber a importância de toda a rede emocional que envolve um menor para sua capacidade mental, moral e emocional de crescer como um adulto

completo. Portanto, é muito prejudicial excluir de sua convivência uma pessoa de figura importante durante este período de formação.

7 CONCLUSÃO

Diante do exposto, buscou-se abordar um tema que carece de atenção, considerando que a prática da Alienação Parental anda cada vez mais frequente no ciclo familiar, partindo da premissa do rompimento das relações conjugais.

Em primeiro lugar é indispensável entender que a definição “família” em seus aspectos, conceitos, formas, passou por mudanças radicais em curto tempo. As famílias passam a ser cada vez mais modernas e o casamento já não segue o modelo tradicional, com a presença de vínculo eterno, como antigamente. Casar e separar é algo corriqueiro atualmente.

Porém, quando deste matrimônio advém filhos, tal assunto já não pode ter o mesmo tratamento. O foco deixa de ser o casal passando para o menor, e quando este é usado como arma de vingança ou forma de “salvação” para o findo casamento se faz necessária uma intervenção.

No momento que o pai ou a mãe chega ao psicológico do menor usando uma imagem distorcida da realidade, com o objetivo de fazer com que este menor tome repulsa e aversão ao genitor ausente do lar configura-se a Alienação Parental.

Procurou-se verificar com o presente trabalho o que é a Alienação Parental, quais as consequências futuras desta alienação, quais as atitudes caracterizam a Alienação Parental. O que se pode concluir é que apesar de ser uma prática recorrente, muitas pessoas nunca ouviram falar do assunto.

Diante deste cenário, no ano de 2010 entra em vigor a Lei 12.318/2010, nomeada Lei de Alienação Parental, surgindo com a expectativa de, com ajuda dos operadores do Direito e profissionais capacitados de diversas áreas, amenizar as consequências da prática de atos de alienação.

Tal legislação atua, a modo exemplificativo as mais variadas formas de Alienação Parental.

A lei também indica a conversão da guarda unilateral para compartilhada, sendo preferencial esta última. Todavia, deixa claro que quaisquer que seja a modalidade de guarda deverá ser ampliado o período o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado.

Além disto, institui meios para coibir a prática de atos de Alienação Parental por parte do alienador, cabendo aplicação de multas, suspensão do poder familiar.

A alienação Parental nasce como um desafio para que haja mudanças significativas no conceito de ser pai e mãe, responsáveis por uma vida indefesa.

Um bom genitor se faz presente não somente em momentos felizes, deve-se entender o sentido família, e priorizar a relação de fato que os filhos devem construir com os pais, estando juntos ou não.

8 REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm . Acesso em 29 abr 2021.

BRASIL. Lei nº. 12.318 de 26 de agosto de 2010. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm. Acesso em: 28 mai. 2021.

BRASIL. Constituição. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Tribunal de Justiça (6. Região). Apelação. Relator: Carlos Rodrigues. Distrito Federal, 14 de dezembro de 2016. Disponível em: <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/425612763/20130111698702-segredo-de-justica-0044829-9520138070016>. Acesso em: 21 de nov. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Estatísticas: Alienação Parental. Brasília: CNJ, março, 2014. Disponível em: [Estatísticas: Alienação Parental - Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente \(mppr.mp.br\)](http://www.mppr.mp.br/estatisticas/aliacao-parental). Acesso em: 15 mar. 2021.

DINIZ. Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: direito de família. 22. ed. rev. e atual. de acordo com a reforma do CPC. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 5.

DUARTE, Marcos. Alienação parental: restituição internacional de crianças e abusos do direito de guarda. – 1.ed.–Fortaleza: Leis&Letras, 2011. p.126.

GÓIS, Marília Mesquita de. Alienação Parental. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5841/Alienacao-parental>. Acesso em: 16 jun. 2021.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: Direito de Família. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

GOUDARD, Bénédicte. A Síndrome da Alienação Parental. Outubro de 2008. Disponível em: <http://www.sos-papai.org/documentos/0.%20Doutorado%20em%20Medicina%20-%20A%20SNDROME%20DE%20ALIENAO%20PARENTAL.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2021.

GUAZZELLI, Mônica. A falsa denúncia de abuso sexual. *In*: DIAS, Maria Berenice (Org.) Incesto e Alienação Parental de Acordo com a Lei 12.318/2010. p. 192. Revista dos Tribunais. 3ª ed. 2013.

GROENINGA, Giselle Câmara. Os direitos da personalidade e o direito a ter uma personalidade. *In*: Aspectos psicológicos na prática jurídica. 4º Ed, Campinas, São Paulo: Millenium, 2018.

IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Estatísticas do Registro Civil 2019. Rio de Janeiro: IBGE, 2019. Disponível em: <https://sidra.ibge.gov.br/pesquisa/registro-civil/referencias/brasil/divorcios>. Acesso em: 29 mar. 2021.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. Guarda e convivência dos filhos após a Lei n. 11.698/2008. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, v. 10, p. 23-35, out./nov. 2008.

OLIVEIRA, Regis (de). Projeto de lei nº de 2008. Dispõe sobre Alienação Parental. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=601514. Acesso em 28 mai. 2021.

PEREZ, Elizio Luiz. Breves comentários acerca da Lei da Alienação Parental (Lei 12.318/2010). *In*: DIAS, Maria Berenice (Coord.). Incesto e alienação parental: de acordo com a Lei 12.318/2010 (Lei da Alienação Parental). 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p 24.

TRINDADE, Jorge. Síndrome de Alienação Parental (SAP). *In*: DIAS, Maria Berenice (Coord.). Incesto e alienação parental: de acordo com a Lei 12.318/2010 (Lei da Alienação Parental). 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p 24.

VILELA, Sandra Alienação Parental. Disponível em: <http://www.sandravilela.adv.br/alineacaoparental/> Acesso em: 21 mai. 2021.

ALIENAÇÃO PARENTAL: CARACTERIZAÇÃO, ASPECTOS JURÍDICOS E SEUS EFEITOS NA FAMÍLIA E NA CRIANÇA

ANA PAULA DE MATTOS DOS SANTOS:

Bacharelanda em Direito pelo Centro Universitário
São Lucas

ANDREZA CASTRO DE DEUS PASSOS

(Coautora)

CHEILA CRISTINA DA SILVA

(orientadora)

RESUMO: Ao tratar da alienação parental, pode-se observar que a legislação brasileira vem evoluindo a cada dia para tentar preencher as lacunas que estão expostas. Supostamente, os genitores acham que, ao realizar tal ato contra um ex-cônjuge, “saem por cima”, disseminando sua dor, ódio e inconformismo em cima dos filhos. Entretanto, a realidade é que tais atos atingem os filhos, gerando futuros adultos doentes, com distúrbios mentais por conta do divórcio dos pais. Ao contrário do que se pode imaginar, a Síndrome da Alienação Parental e a Alienação Parental não se confundem. Enquanto a primeira gera distúrbios mentais e, como o próprio nome já diz, é caracterizada como uma síndrome, a segunda são atos praticados pelos pais. O objetivo do presente estudo é analisar, legalmente, a alienação parental e seus efeitos no âmbito do direito de família. Trata-se de uma revisão bibliográfica a partir de publicações no Google Acadêmico e na plataforma Scielo, bem como estudo da doutrina e da legislação vigente. Ante o exposto, conclui-se que a alienação parental é, sim, um mal a ser combatido mundialmente, e necessário fazer com que a lei seja cumprida no tocante ao resguardo mental das crianças e dos adolescentes.

Palavras-chave: Alienação Parental, Síndrome da Alienação Parental, Direito de Família, Criança e Adolescente.

ABSTRACT: When dealing with parental alienation, it can be observed that Brazilian legislation has been evolving every day to try to fill the gaps that are exposed. Supposedly, the parents think that, when performing such an act against a former spouse, they “come out on top”, spreading their pain, hatred and nonconformity over the children. However, the reality is that such acts affect children, generating future sick adults, with mental disorders due to the parents' divorce. Contrary to what one might imagine, Parental Alienation Syndrome and Parental Alienation are not confused. While the first generates mental disorders and, as the name suggests, is characterized as a syndrome, the second are acts performed by parents. The aim of this study is to analyze, legally, parental alienation and its effects in the context of family law. This is a literature review based on publications on Google Academic and on the Scielo platform, as well as a study of current doctrine and legislation. In view of the above, it is concluded that parental alienation is,

indeed, an evil to be fought worldwide, and it is necessary to enforce the law regarding the mental protection of children and adolescents.

Keywords: Parental Alienation, Parental Alienation Syndrome, Family Law, Child and Adolescent.

1. INTRODUÇÃO

Um antigo problema, mas, muitas das vezes, não questionado, apenas sentido: é assim que a sociedade enxerga a alienação parental. A Síndrome Alienação Parental, conhecida popularmente também por Alienação Parental, é uma expressão que surgiu em meados dos anos 80 após um estudo realizado por um médico psiquiatra. Este distúrbio atinge milhares de brasileiros e lares em divórcio conflituoso. Porém, como muitos não imaginam, atinge os filhos dos ex-cônjuges, e não o alienante ou alienado (pai ou mãe). Nesse sentido, o legislador entendeu por sensato criar uma lei que trate diretamente deste assunto, a Lei 12.318, de agosto de 2010, que dispõe sobre a alienação parental e faz alterações consideráveis no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Tem-se por objetivo principal, nesta pesquisa, compreender melhor este fenômeno, suas consequências jurídicas, psicológicas e sanções, bem como a legislação brasileira se comporta ao garantir os direitos das crianças e adolescentes vítimas desta síndrome no âmbito familiar.

2. ALIENAÇÃO PARENTAL: HISTÓRICO E PRINCÍPIOS

A educação dos filhos, a guarda, o amor, o zelo, entre outras características importantes de uma relação de amor, cabe-os aos pais ter para com seus filhos, em relações, que, em alguns casos, pode se dar através de uma guarda compartilhada, guarda alternada, guarda nidal ou guarda unilateral. No entanto, no meio do caminho da dissolução de uma união, feita muitas vezes de forma não amigável, ocorre a chamada alienação parental, termo utilizado para definir chantagens emocionais e difamações realizadas por um dos cônjuges para atingir o ex parceiro através do(s) filho(s) do ex-casal.

Alienação parental, ou Síndrome da Alienação Parental (SAP), é uma expressão que surgiu em meados dos anos 80 e foi estudada e descoberta pelo psiquiatra Richard Alan Gardner, que, em sua visão, trata-se da síndrome desenvolvida por conta de uma lavagem cerebral realizada por um dos genitores para que o filho rejeite o outro responsável. Segundo Escudero, Aguilar e Cruz (2008 *apud* Sousa e Brito, 2011, p.2), "A proposta de Gardner difundiu-se rapidamente no Brasil e em outros países, levando alguns a pensarem que a suposta síndrome havia se tornado uma epidemia em todo o mundo. "

O primeiro caso de alienação parental no Brasil chegou ao conhecimento do judiciário em 2008, e tratava-se de um conflito de competência. Almeida (2021) nos relata

que, na referida demanda judicial, a genitora, com base em alegações de violência e abuso sexual por parte do pai, buscava a suspensão do convívio paterno-filial; o genitor, por sua vez, acusava a mãe da prática de atos de alienação parental.

Segundo Gardner (1985 *apud* CANAZZO, 2019), alienação parental é um transtorno no comportamento infantil, fruto da ação abusiva de um de seus genitores. A criança vítima dessa forma de abuso tem sua ligação psicológica com um dos genitores enfraquecida, e, em alguns casos, destruída, e, quando atinge níveis severos, a criança tende a recusar qualquer tipo de contato com esse genitor, apresentando reações extremas de hostilidade a ele e às pessoas que com ele mantém relação.

O tempo foi passando e a legislação brasileira dispôs sobre a alienação parental na Lei 12.318/2010. A legislação prevê, em seu art. 2º, que "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 o genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este." A mesma lei dispõe também sobre como a alienação parental pode ser constatada e a sanção para tal ato, pois, por mais "simples" que possa parecer aos olhos do alienador, tais atitudes (e, a princípio, sem muitos efeitos graves), o ato de alienar uma criança ou adolescente fere direitos fundamentais destes de ter o direito a convivência familiar saudável.

Sobre a alienação parental, discorre Sílvio Venosa:

Nesse diapasão, o guardião projeta no menor seus rancores, dúvidas e ressentimentos, dificultando, impedindo o contato e denegrindo a figura do outro ascendente ou mesmo de parentes próximos, como avós, tios e irmãos. Nem sempre é fácil de ser aferida à primeira vista, e necessitará, então, de acurado exame da prova, principalmente técnica. Não apenas os pais, mas qualquer parente ou terceiro que incorra na situação pode ser acometido da síndrome e deve ser punido ou, ao menos, jurídica e psicologicamente orientado. O ofensor deverá sofrer, conforme o caso, as reprimendas civis e criminais do ordenamento, até mesmo a suspensão ou perda do poder familiar. (VENOSA. 2017, p. 332).

Logo, os filhos são vítimas de todo esse trajado familiar, dores provocadas que, muitas vezes, geram adultos doentes e, diga-se de passagem, um trauma causado por quem deveria proteger, amar e cuidar, isto é, por alguém que deveria ter zelo. Por conseguinte, geram-se adultos doentes e com a vida emocional e familiar abalada.

3. CONCEITO DE FAMÍLIA

Família é a primeira “sociedade” na qual se vive, o primeiro núcleo, onde acontecem as primeiras interações humanas e, diga-se de passagem, aprendem-se os princípios morais, religiosos e sociais.

Sílvio Venosa discorre sobre a família moderna:

A célula básica da família, formada por pais e filhos, não se alterou muito com a sociedade urbana. A família atual, contudo, difere das formas antigas no que concerne a suas finalidades, composição e papel de pais e mães [...] a unidade familiar, sob o prisma social e jurídico, não mais tem como baluarte exclusivo o matrimônio. A nova família estrutura-se independentemente das núpcias. Coube à ciência jurídica acompanhar legislativamente essas transformações sociais, que se fizeram sentir mais acentuadamente em nosso país na segunda metade do século XX, após a Segunda Guerra. Na década de 70, em toda a civilização ocidental, fez-se sentir a família conduzida por um único membro, o pai ou a mãe. Atualmente, o jurista defronta-se com um novo direito de família, que contém surpresas e desafios trazidos pela ciência. Nesse quadro, superficialmente traçado, há inexoravelmente novos conceitos desafiadores a incitar o legislador e o jurista, com premissas absolutamente diversas daquelas encontradas no início do século passado em nosso país, quando da promulgação do Código Civil de 1916. (VENOSA. 2017, p. 21 e 22)

Conforme os anos foram passando, a família foi evoluindo, modificando-se e aquele que era considerado pelo Código Civil de 1916 como o único modelo de família (modelo heterossexual e filhos) extinguiu-se, portanto. Segundo Diniz (2007 *apud* Abreu, 2014), o conceito amplo de família é “Todos os indivíduos que estiverem ligados pelo vínculo da consanguinidade ou da afinidade, chegando a incluir estranhos; já no sentido restrito, é o conjunto de pessoas unidas pelos laços do matrimônio e da filiação, ou seja, unicamente os cônjuges e a prole.”

Existem, atualmente, vários “tipos” de família, conforme nos ensina Oliveira (2017):

1. FAMÍLIA MATRIMONIAL: Formada pelo casamento;
2. FAMÍLIA INFORMAL: Formada pela união estável;
3. FAMÍLIA MONOPARENTAL: Qualquer um dos pais com seu filho;

4. FAMÍLIA ANAPARENTAL: Composta apenas por irmãos, sem os pais;
5. FAMÍLIA RECONSTITUÍDA: Pais separados com filhos, que começam a viver com outro também com filhos;
6. FAMÍLIA UNIPESSOAL: Apenas uma pessoa, como uma viúva, por exemplo;
7. FAMÍLIA PARALELA: Indivíduo que tem duas relações ao mesmo tempo. Exemplo: um homem casado, mas que também possui uma união estável;
8. FAMÍLIA EUDEMONISTA: Formada Unicamente pelo afeto e solidariedade de um indivíduo para com o outro, buscando principalmente a felicidade.

A família é considerada, no Direito, não apenas para efeitos de "pais e filhos, guardas, etc.", mas também para efeito de sucessões, patrimônio, autoridade, questões previdenciárias, para que os indivíduos, mães e pais, exercessem uma autoridade sobre seus filhos, na criação e educação destes. Entretanto, com o decorrer dos anos, esta situação foi mudando e novos núcleos familiares (como fora exposto) foram surgindo.

Pereira (2017) nos informa que a família também compreende aos parentes em linha reta, estende-se aos colaterais, convocando os mais afastados até quarto grau.

Os termos antiquados do que significava família de acordo com o Código Civil de 1916, como, por exemplo, a família ilegítima - aquela que se originava extramatrimonial ou família adotiva -, foram abandonados após a vigência do Código de 2002, sendo, hoje, considerados termos discriminatórios perante a Constituição Federal de 1988.

Ao tratar de família, a legislação brasileira é bem ampla. Este mesmo tema também é abordado na Lei 8.069/1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), em seu art. 25, que dispõe:

Art. 25. Entende-se por família natural a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes. 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, 1990).

A família é um dos bens mais protegidos pelas legislações brasileiras, inclusive, e principalmente, pela Constituição Federal de 1988. Da família deriva toda uma comunidade, todo ser, toda sociedade e é dela que se origina os princípios básicos e aprende-se a viver em sociedade com moral.

4. PODER FAMILIAR

No século passado, a família foi constituída no alicerce do patriarcado, da autoridade masculina e na severidade do marido para todos os membros daquela família “tradicional”, costumes estes advindos da cultura religiosa, identificando o homem como o chefe da casa, chefe daquela família.

O Direito Romano evidencia, através de sua história, do que se trata essa severidade, conforme nos explica Caio Pereira:

No Direito Romano, os textos são o testemunho da severidade dos costumes, atribuindo ao pater famílias a autoridade suprema no grupo, concedendo-lhe um direito de vida e morte sobre o filho (*ius vitae ac necis*). Nem a evolução dos costumes, nem o direito da Cidade pôde abrandar o rigor deste poder soberano.

[...] Essa submissão era destinada a durar sempre, salvo a cessação por morte ou *capitis deminutio do pater*, elevação do filho a certas dignidades maiores, ou emancipação voluntária, o que autoriza dizer que a patria *potestas* era vitalícia. (PEREIRA, 2017, p. 511).

Os tempos foram mudando, algumas modificações no poder familiar foram feitas. Desde o imperador Constantino, o poder familiar deixou sua marca, destacando-se a venda dos filhos, exceto em caso de extrema pobreza, passando por Justino, que fez com que o poder familiar fosse ainda mais rígido, porém sem a violência da era republicana. O poder familiar passou ainda pelo direito germânico, direito das ordenações, chegando ao Código Civil de 1916. Pereira (2017) nos ensina que o Código de 1916 ficou mais na linha das nossas tradições, em que foi atribuído ao marido o pátrio poder, e, na ausência deste, a mulher assumiria o comando daquela família.

Mas, logicamente, os tempos mudaram e, com ele, modificou-se também o Código Civil, vindo a entrar em vigor o de 2002, trazendo a ideia de que os interesses dos menores devem ser resguardado em caso de um divórcio; que o bem estar do menor é de suma importância, uma forma de proteção aos filhos e não aos seus genitores. A ideia da atribuição do pátrio poder ao homem também foi abandonada, logo, este é confiado a ambos os pais. Pereira (2017, p. 513) nos informa que a expressão “pátrio poder” poderia

ser facilmente substituída pelas expressões “poder parental” ou “autoridade parental”, para, assim, abranger também a autoridade feminina.

Atualmente, o Poder Familiar, de acordo com Rodrigues (2002 *apud* RODRIGUES 2015), tem a seguinte definição: “O pátrio poder nada mais é que o conjunto de deveres que são atribuídos aos pais, visando à proteção dos bens dos filhos e à pessoa destes”.

Outros doutrinadores, como Maria Berenice Dias (2013 *apud* RODRIGUES 2015) afirmam que o poder familiar é intransferível, inalienável, imprescritível, e a paternidade natural, como da filiação legal e da socioafetiva, e as obrigações que destes fluem são personalíssimas.

Trata-se de mudanças que passaram por séculos, mas que definem este instituto jurídico de extrema importância no âmbito do direito familiar, em que há vinculação de seres através da genética ou decisões judiciais e que destes, independentemente da forma de vínculo, criam-se obrigações e relações jurídicas.

5. EFEITOS DA SINDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL (SAP) NOS FILHOS

Casamento, união estável e relacionamento amoroso geralmente é algo para ser a vida toda. Todavia, por conta dos rompimentos de laços conjugais, nem sempre isso é possível. Uniões que nem sempre acabam de forma afável acabam por gerar traumas, estresses e constrangimentos não só nos cônjuges, mas também na “peça” principal de um laço eterno de um casal (quer queiram, quer não): os filhos.

A descendência de um casal, mesmo após a dissolução do matrimônio, é eternizada na figura dos filhos. Porém, após um divórcio litigioso, cheio de máculas, muitas dessas pessoas não sabem administrar seus sentimentos de desilusão em relação ao outro cônjuge e acabam por cometer alienação parental.

Bessa (2010, p.5) expõe que

Os casos mais frequentes de Alienação Parental são aqueles em que um dos genitores não consegue enfrentar de uma forma saudável o fim do relacionamento com outro genitor e, então, começa uma batalha sem fim com o objetivo de destruir o outro.

Após a separação, um dos cônjuges passa mais parte do tempo com os filhos, e, por falta da gerência de sentimentos, acaba por cometer a alienação parental, fazendo deste seu confidente, compartilhando mágoas e frustrações. Geralmente estes atos ocorrem em momento de grande vulnerabilidade e incerteza na vida emocional dos filhos.

Assim se expressa Bessa (2010):

É importante observar que tipo de relação se estabelece entre a criança e o genitor que detém a guarda. [...] o filho não deseja participar do sofrimento do casal, mas, ao mesmo tempo, se vê obrigado a tomar partido de um dos genitores, geralmente do que detém a guarda por conta da proximidade. Esse conflito é gerador de ansiedade e pode desencadear uma série de sintomas típicos da Alienação Parental. [...] pior autoconceito (quando o menor se vê como uma pessoa ruim, má, tem uma sensação de insuficiência constante), medo do abandono, dificuldades em relacionamentos interpessoais, queda de rendimento escolar e cognitivo, culpa, entre outros sintomas. [...] passa a apresentar 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 SAP abrangem, ainda, raiva, medo, perda da autoconfiança e da autoestima, desenvolvendo fobias, distúrbios no sono, transtornos alimentares, depressão crônica, transtornos de identidade [...], a tendência ao alcoolismo e ao uso de drogas também é apontada como consequência da Alienação Parental. (BESSA, 2010, p. 21-22).

Os sintomas da síndrome da alienação parental são os mais diversos, além dos citados por Bessa, sintomas estes que, muitas das vezes, fazem adultos doentes e sem amor próprio por conta de um dos seus genitores, trazem à sociedade pessoas doentes e sem entender o motivo de tanta dor e angústia, por uma experiência negativa vivida no seio familiar anos atrás. A Síndrome da Alienação Parental é um distúrbio e precisa de tratamento, não só por parte dos filhos, mas também para os pais.

É definido no art.19 do Estatuto da Criança e do Adolescente e na Constituição Federal, em seu art. 227, que a criança e o adolescente têm o direito à convivência familiar saudável e à proteção. No entanto, esta regra é quebrada a partir do momento em que ocorre a alienação parental, visto que é no seio familiar que a proteção deve ser garantida.

O interesse dos filhos (seja criança, seja adolescente) deve ser sempre primordial. Em casos analisados minuciosamente, far-se-á a intervenção psicológica tanto para os genitores quanto para os filhos, afim de assegurar a integridade e a segurança destes últimos.

6. EFEITOS DA SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL (SAP) NOS PAIS

Independentemente de quem seja, a alienação parental causa efeitos que infelizmente duram por muitos anos, se não tratados, e diferente do que muitos imaginam ambos os pais (ex cônjuges) também sofrem com a SAP.

Gardner (2002), explica que ambos os pais sofrem de alguns sintomas severos, vejamos,

Transtorno psicótico compartilhado 1. Um delírio acontece em um indivíduo no contexto de uma relação próxima com outra pessoa(s) que esteja com um delírio já estabelecido. 2. O delírio é similar em conteúdo ao daquela da pessoa que já está com o delírio estabelecido. Este diagnóstico do DSM-IV é aplicado em alguns dos casos severos de SAP em que o programador é paranóide, e a campanha denegritória da criança incorpora a mesma ideação paranóide. De certo modo, a maioria dos casos moderados, e mesmo alguns dos exemplos leves de SAP são exemplos do fenômeno de folie à deux. Entretanto, não se não pode justificavelmente considerar os exemplos leves e moderados de SAP para autorizar o rótulo de psicose - que implica em ruptura completa com a realidade. Em casos severos vemos delírios persecutórios genuínos, que podem justificavelmente ser considerados paranóides. Com maior frequência, o sistema delirante fica circunscrito ao genitor alienador. É importante anotar que esse diagnóstico único pode ser aplicado a ambos - ao alienador e à criança alienada.

Gardner (2002), nos explica que a alienação parental também causa consequência severas aos pais alienadores, e tais tem diagnósticos aplicáveis conforme a DSM- IV (Diagnostics Statistical Manual) ,

Transtorno delirante 1. Delírios não-bizarros (isso é, envolvendo situações que ocorrem na vida real, tais como ser seguido, envenenado, contaminado, ser amado à distância, ser traído pela esposa ou amante, ou ter uma doença) com a duração de pelo menos 1 mês. Dos vários subtipos do transtorno delirante, a mais aplicável à SAP é a seguinte: Tipo Persecutório: delírio de que a pessoa (ou alguém de quem a pessoa é próxima) está de alguma forma sendo tratada malevolamente. Esse diagnóstico é geralmente aplicável ao doutrinador da SAP, que pode inicialmente reconhecer que as queixas sobre o comportamento do genitor alienado são fabricações conscientes e deliberadas. Entretanto, com o tempo, as fabricações podem transformar-se em delírio e serem tomadas como reais pelo genitor doutrinador. [...] Geralmente, este diagnóstico é aplicável aos programadores implacáveis que estão obcecados em seu ódio ao genitor-vítima [...]

O mesmo estudo de Gardner (2002), ainda trazem outros efeitos aos pais alienadores, como o transtorno de personalidade paranoide, onde os programadores da SAP, satisfazem alguns critérios definidos por Richard Gardner, antes mesmo da separação conjugal, mas o mesmo informa que para descobrir tais parâmetros devem os profissionais avaliadores observar o curso da avaliação, pois os mesmos são tão profundos que acabam por se enquadrar na personalidade do indivíduo, vejamos os sintomas:

Uma desconfiança e uma suspeita difusas dos outros tais que seus motivos são sempre interpretados como malévolos, começando na idade adulta e presentes em uma variedade de contextos, sendo indicado por quatro (ou mais) dos seguintes sintomas:

1. ter suspeitas, sem base suficiente, de que os outros são exploradores, prejudiciais, ou que o estão enganando.
2. ficar preocupado, com dúvidas injustificadas, sobre a lealdade ou a confiabilidade dos amigos ou colegas.
3. ficar relutante em confiar nos outros por causa do medo despropositado de que a informação seja usada de forma maliciosa contra si.
4. ler significados aviltadores ou ameaçadores escondidos em observações ou em eventos benignos
5. carregar persistentemente rancores, isto é, ser implacável com insultos, ofensas ou deslizes.
6. perceber ataques ao seu caráter ou reputação que não são aparentes aos outros e ser rápido em reagir irritadamente ou contra-atacar.
7. ter suspeitas periódicas, sem justificção, a respeito da fidelidade do esposo ou do parceiro sexual. (GARDNER, 2002).

O transtorno de personalidade borderline, (diga-se de passagem um transtorno grave mental) infelizmente também faz parte dos sintomas da alienação parental aos pais alienadores, Gardner (2002), afirma que tal transtorno causa uma instabilidade nos relacionamentos inter-pessoais, auto-imagem e afetos, que infelizmente são marcados por um padrão de acentuada impulsividade e inicia-se no começo da vida adulta e pode ser aplicada em diversos contextos, que segundo Gardner (2002) tem indicado pelos seguintes sintomas:

1. esforços frenéticos para evitar um abandono real ou imaginado. Nota: Não se inclui aqui tendências suicidas ou comportamentos de auto-mutilação , cobertos no critério 5.
2. padrão de relacionamentos inter-pessoais instáveis e intensos, caracterizados pela alternância entre extremos de idealização e desvalorização.
3. distúrbio de identidade: auto-imagem ou self acentuada e persistentemente instável impulsividade em pelo menos em duas áreas potencialmente prejudiciais a si próprio (por exemplo, gasto, sexo inseguro, abuso de substância, direção imprudente, comer em excesso). Nota: não se inclui aqui tendências suicidas ou comportamento de auto-mutilação , cobertos no critério 5.
4. comportamento suicida, gestos ou ameaças suicidas, ou comportamento auto-mutilante recorrentes.
5. instabilidade afetiva devido a uma acentuada reatividade do humor (por exemplo: disforia episódica intensa, irritabilidade ou ansiedade, durando geralmente algumas horas e apenas raramente mais do que alguns dias).
6. sentimentos crônicos de vazio, raiva intensa e inadequada, ou dificuldade de controlar sua raiva (por exemplo: freqüentes explosões temperamentais, raiva constante, brigas corporais freqüentes).
7. ideação paranóide ou sintomas dissociativos graves e transitórios, associados a situações de extremo stress, mas sem gravidade suficiente para indicarem um diagnóstico adicional.

Transtorno de personalidade narcisista também está listado como um dos efeitos da alienação parental causada nos pais, Gardner (2002) abrangeu com destaque alguns padrões repetitivos deste transtorno,

Um padrão invasivo de grandiosidade (na fantasia ou no comportamento), necessidade de admiração, falta da empatia, começando no início da idade adulta e presente em uma variedade de contextos, indicado por cinco (ou mais) dos seguintes sintomas:

1. há um sentimento desproporcionado da própria importância (por exemplo, exagera suas realizações e superestima seus talentos,

esperando ser reconhecido como superior sem as realizações proporcionais).

2. existe uma preocupação constante com a fantasia de sucesso ilimitado, poder, inteligência, beleza ou amor ideal.

3. acredita que é superior, especial e único, podendo somente ser compreendido de perto, ou que deve associar-se com outras pessoas (ou instituições) especiais ou de situação elevada.

4. exige admiração excessiva

5. tem um sentimento de merecimento, isto é, tem expectativas irracionais de receber tratamento especial e obediência automática às suas expectativas.

6. é explorador nos relacionamentos inter-pessoais, isto é, aproveita-se dos outros para atingir suas próprias finalidades.

7. falta de empatia: reluta em reconhecer ou se identificar com os sentimentos e as necessidades alheias

8. é frequentemente invejoso ou acredita que os outros tem inveja dele

9. mostra comportamentos ou atitudes arrogantes, esnobes, insolentes ou desdenhosas.

No tocante aos pais alienados, estes também sofrem diversos sintomas da síndrome da alienação parental, destacando-se na pesquisa de Gardner (2002), a passividade, pois muitos destes ficam receosos de executar em seus filhos medidas disciplinares punitivas tradicionais, afim de que não as alienem mais ainda, além disto, sofrem também em criticar o alienador por medo de que suas críticas possam chegar ao tribunal e sua posição de vítima mude ou a guarda do filho vá para o alienante.

Em todos os casos, as listas definidas por Gardner em todos os sintomas, trazem como esses pais reagem perante cada situação descrita nas listas, variando desde desdenho com o judiciário até tentativas suicidas, pois bem se sabe que a alienação parental causa danos, não só nos filhos, e nem só nos pais que recebem tais investidas, mas também nos pais que fazem tais investidas, prejudicando de tal forma todo um coletivo e toda a rede familiar.

7. JURISDIÇÃO BRASILEIRA: ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS QUANTO À ALIENAÇÃO PARENTAL

O direito vem sempre inovando em todos os aspectos e, no tocante ao assunto em tela, não poderia ser diferente. Perez (2013 *apud* SOUZA, WENDLING, GOBBO 2020) destaca que a lei pretendeu definir juridicamente a alienação parental, não apenas afastar a interpretação de que tal, em abstrato, não existe sob o aspecto jurídico, mas também para induzir exame aprofundado em hipóteses dessa natureza e permitir maior grau de segurança aos operadores do Direito na eventual caracterização de tal fenômeno, que não é tão raro quanto se imagina.

A lei existe exatamente para definir o que é alienação parental no âmbito jurídico, para proteger a criança e o adolescente e o genitor alienado, pois o genitor alienante acaba por violar a legislação vigente (que a cada dia vem evoluindo mais e mais neste aspecto).

O art. 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente expressa que

A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade. (BRASIL, 1990)

Logo, seria uma falha imensa por parte do judiciário brasileiro não garantir às crianças vítimas de alienação parental o seu devido desenvolvimento mental. Para garantir a veracidade dos fatos e a devida punição ao alienante, a lei da alienação parental (Lei 12.318/10) indica, em seu art. 5º e parágrafos, que se realizarão perícias psicológica ou biopsicossocial para caracterizar tais atos.

Art. 5º Havendo indício da prática de ato de alienação parental, em ação autônoma ou incidental, o juiz, se necessário, determinará perícia psicológica ou biopsicossocial.

§ 1º O laudo pericial terá base em ampla avaliação psicológica ou biopsicossocial, conforme o caso, compreendendo, inclusive, entrevista pessoal com as partes, exame de documentos dos autos, histórico do relacionamento do casal e da separação, cronologia de incidentes, avaliação da personalidade dos envolvidos e exame da forma como a criança ou adolescente se manifesta acerca de eventual acusação contra genitor.

§ 2º A perícia será realizada por profissional ou equipe multidisciplinar habilitados, exigido, em qualquer caso, aptidão comprovada por histórico profissional ou acadêmico para diagnosticar atos de alienação parental.

§ 3º O perito ou equipe multidisciplinar designada para verificar a ocorrência de alienação parental terá prazo de 90 (noventa) dias para apresentação do laudo, prorrogável exclusivamente por autorização

Segundo Souza, Wendling e Gobbo (2020, p.8), um dos maiores desafios encontrados para os juízes é determinar se um filho está ou não sendo alienado. Informamos, ainda, que, de oito em cada dez processos da vara de família, a expressão alienação parental está presente. Porém, na maioria dos casos, quando chega a perícia, não há comprovação de alienação da criança, logo, esses processos que discorrem sobre alienação parental acabam fazendo com que a justiça se torne cada vez mais morosa e dificulte a sanção aos pais que verdadeiramente estão praticando tais atos. Dessa forma, a legislação e o judiciário brasileiro vêm tentando, de todas as maneiras, garantir que a sanção e a eficácia completa dos processos sejam aplicadas.

As sanções aos pais alienantes, após a identificação e comprovação da síndrome, são as mais diversas e estão elencadas no art. 6º da Lei 12.318/10. Neste artigo da Lei, caracterizam-se atos no qual o magistrado deve tomar, caso a alienação parental seja comprovada, não havendo prejuízos de responsabilidades cíveis ou criminais. Vejamos:

Art. 6º Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso:

- I - Declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador;
- II - Ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado;
- III - Estipular multa ao alienador;
- IV - Determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial;
- V - Determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão;

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

VII - Declarar a suspensão da autoridade parental.

Parágrafo único. Caracterizado mudança abusiva de endereço, inviabilização ou obstrução à convivência familiar, o juiz também poderá inverter a obrigação de levar para ou retirar a criança ou adolescente da residência do genitor, por ocasião das alternâncias dos períodos de convivência familiar.

Não adianta o alienante achar que passará ileso a tais atos, pois a lei possui sua vigência e eficácia para proteger as crianças e adolescentes. A proteção destes variam desde o Código Civil, que expressa claramente em seu art. 186: "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito." (BRASIL, 2002.). Cabe ao genitor atingido solicitar judicialmente a reparação deste dano.

No âmbito criminal, também existem sanções severas. O art. 339 do Código Penal trata sobre denúncia caluniosa, o que não é raro de acontecer no âmbito da alienação parental. Vejamos o que a lei diz sobre e suas sanções:

Art. 339. Dar causa à instauração de inquérito policial, de procedimento investigatório criminal, de processo judicial, de processo administrativo disciplinar, de inquérito civil ou de ação de improbidade administrativa contra alguém, imputando-lhe crime, infração ético-disciplinar ou ato ímprobo de que o sabe inocente.

Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa. (BRASIL, 1940).

Compreende-se que a alienação parental em si ainda não foi incluída na lei brasileira. Entretanto, a legislação vigente faz de tudo para que as lacunas e brechas possam ser preenchidas corretamente, não deixando ileso o genitor alienante e garantindo direitos do genitor alienado e dos filhos da união que fora dissolvida.

6. CONCLUSÃO

A lei da alienação parental abrange muitos aspectos importantes no que tange a sanções aos alienadores e cuidados com a criança e o adolescente.

Nesse sentido, têm-se filhos, em grande parte, com a vida emocional e mental destruídas, sem saber onde pedir socorro ou refugiar-se. Percebe-se, então, que o judiciário tem a força para, a cada dia, cuidar mais do futuro do país. Não obstante,

percebem-se, ainda, as faltas e as lacunas que são deixadas pela lei, as quais precisam ser preenchidas.

Trata-se de um tema bastante complexo, que acaba envolvendo todo um “arsenal” de ideias para que a verdade por trás dos divórcios seja vista, entendida e compreendida. Mas, principalmente, para que as nossas crianças sejam cada dia mais protegidas e tenham uma vida psíquica e emocional saudável mesmo diante do divórcio de seus pais.

Ante o exposto, é evidente que o trabalho é árduo, mas ainda não se findou. A cada dia a legislação evolui e, com ela, as garantias e as punições dos envolvidos.

8. REFERÊNCIAS

ABREU, Karina Azevedo Simões. **JusBrasil**. Conceito de Família: Da legislação à prática-uma análise da “essência” do instituto. Disponível em <<https://karinasabreu.jusbrasil.com.br/artigos/151335962/conceito-de-familia>> Acesso em 02 out. 2021.

ALMEIDA, Amanda Silveira de. **Migalhas**. A revogação da lei da alienação parental e o retrocesso para o Direito de Família. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/351562/a-revogacao-da-lei-da-alienacao-parental>>. Acesso em: 02 out. 2021.

BESSA, Carla Pizzo Dias. **Alienação Parental: as dolorosas consequências do fim de um relacionamento para os filhos**. Disponível em: <http://www.avm.edu.br/docpdf/monografias_publicadas/k214712.pdf>. Acesso em 15 out.2021.

BRASIL, Presidência da República. Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Código Civil**. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Brasília, DF: 2002.

BRASIL, Presidência da República. Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Código Penal**. Decreto Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940. Brasília, DF: 1940

BRASIL, Presidência da República. Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. Brasília, DF: 1990.

BRASIL, Presidência da República. Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei da Alienação Parental**. Lei nº 12.318 de 26 de agosto de 2010. Brasília, DF: 2010.

CANAZZO, Alessandra Cavalcante. **Direito Net**. Alienação parental: aspectos jurídicos e psicológicos. Disponível em:

<<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/11007/Alienacao-parental-aspectos-juridicos-e-psicologicos>>. Acesso em: 14 set. 2021.

DIAS, Maria Berenica. Síndrome da Alienação parental, o que é isso: Disponível em <https://www.mpma.mp.br/arquivos/CAOPIJ/docs/Art_19._Sindrome_da_alienacao_parental_o_que_e_isto.pdf>. Acesso em 15 out. 2021.

GARDNER, Richard. O DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de Síndrome da Alienação Parental (SAP)?. Tradução de Rita Rafaeli. Disponível: <<https://sites.google.com/site/alienacaoparental/textos-sobre-sap-1/o-dsm-iv-tem-equivalente>>. Acesso em: 13 nov. 2021

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil - vol. V- Direito de Família. 25 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

RODRIGUES, Oswaldo Peregrina. **Instituto Brasileiro de Direito de Família**. Poder Familiar na atualidade brasileira. Disponível em: <[https://ibdfam.org.br/artigos/1024/Poder+familiar+na+atualidade+brasileira#:~:text=1.197\)%20dita%20que%20%22O%20poder,e%20a%20prote%C3%A7%C3%A3o%20dos%20filhos.%22](https://ibdfam.org.br/artigos/1024/Poder+familiar+na+atualidade+brasileira#:~:text=1.197)%20dita%20que%20%22O%20poder,e%20a%20prote%C3%A7%C3%A3o%20dos%20filhos.%22)>. Acesso em 15 out. 2021.

SOUSA, A. M. S.; BRITO, L. M. T. Síndrome de Alienação Parental: da teoria Norte-Americana à Nova Lei Brasileira. **Psicologia: Ciência e Profissão**. Rio de Janeiro, RJ, v.31, n.2, p. 268-283. 2011. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/pcp/a/H7w9kPHrY86XM9DXZLKvJtF/?format=pdf&lang=pt>>. Acesso em 30 set. 2021.

SOUZA, Izabelle Vidor; WENDLING, Taian Muriel; GOBBO, Edenilza. A alienação Parental aos Olhos da Justiça Brasileira. **UNOESC São Miguel do Oeste**. 2021

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: **família**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

(DES)INFORMAÇÃO DOS GENITORES QUANTO AO EFETIVO EXERCÍCIO DA GUARDA COMPARTILHADA: UMA REFLEXÃO A LUZ DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

WESLEY RESPLANDES DA SILVA:
Graduando em Direito pela Faculdade
Serra do Carmo – FASEC

GUILHERME AUGUSTO MARTINS SANTOS

(coautor)

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo estudar a relação dos pais com os filhos após a separação conjugal, verificando como a (des)informação e a (im)compreensão dos genitores do que realmente seja a guarda compartilhada e como se dá seu exercício na prática, podem ocasionar uma diminuição da participação parental e um distanciamento emocional entre pais e filhos. Propõe ainda, verificar de que forma a guarda compartilhada pode contribuir para a valorização do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. A realização deste trabalho foi mediante a utilização de pesquisa bibliográfica em doutrinas, legislação nacional, artigos científicos e princípios, para que se possa chegar a um resultado concreto acerca do tema discutido. Assim, chegando ao objetivo pretendido, ao qual mediante o tema discorrido foi possível através de pesquisas constatar que a guarda compartilhada é um importante mecanismo para o exercício da autoridade parental e o efetivo exercício do melhor interesse da criança, alinhada à necessidade de informação dos genitores quanto às exigências deste instituto.

Verificar ainda de que forma a guarda compartilhada pode contribuir para a valorização do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

Palavras-chave: Autoridade Parental; Guarda compartilhada; Melhor interesse da criança e do adolescente.

INTRODUÇÃO

De acordo com o ordenamento jurídico brasileiro, mas precisamente na Constituição Federal, a família é direito de todos e dever do estado protegê-la. Assim o pilar de qualquer sociedade é a família. De acordo com o passar dos tempos esse pilar vem ganhando um novo significado, interferindo diretamente e indiretamente nas relações familiares, de modo que, mesmo após o rompimento da sociedade conjugal, o poder familiar mantém-se íntegro aos genitores com seus filhos.

A família que antes era considerada tradicional na qual tinha apenas o homem a responsabilidade de manter a família passou a ser dividida de maneira igualitária entre

ambos, surgindo novas configurações que provam que o amor vai muito além da família tradicional.

O tema de pesquisa a ser indagado aborda a Guarda Compartilhada sobre a ótica da valorização do princípio do melhor interesse do menor. Delimita-se em estudar a relação dos filhos com os genitores após a dissolução conjugal, ou seja, as melhorias que a referida guarda trouxe para que fosse atendido o melhor para o menor e os desafios encontrados pelos genitores para a manutenção da parentalidade mesmo após a separação.

Diante dos tópicos apontados, possui como objetivo o presente trabalho, analisar a guarda compartilhada como forma de atendimento do princípio do melhor interesse do menor na situação em que os pais não convivam sob o mesmo teto, demonstrar a importância do vínculo familiar para o exercício da autoridade parental, bem como os desafios encontrados pelos pais após uma dissolução conjugal.

Buscando os impactos que foram obtidos com a guarda compartilhada nessas três esferas que serão objetos do presente trabalho, objetivando esclarecer a importância desse instituto para o menor e as dificuldades dos genitores para um melhor e adequado exercício do poder familiar, mesmo após uma dissolução conjugal.

A grande desinformação dos pais acerca da guarda compartilhada, de como e na prática, de como se dá seu exercício após a dissolução conjugal em relação ao convívio com os filhos em face do afastamento emocional de pais e filhos, bem como do exercício da autoridade parental diante do novo arranjo familiar.

Relevante torna-se o tema proposto uma vez que busca demonstrar que as relações familiares passaram por uma grande evolução, a família passou a ser entendida como princípio basilar, de como uma guarda pode ser o meio, de atendendo ao melhor interesse do menor, bem como causas dificuldades dos genitores de lhe darem como uma nova composição familiar. Como o desenvolvimento de uma criança se dá de maneira adequada face a um instrumento que tende a unir os genitores em busca dos interesses da criança.

Por fim, e não menos importante, a metodologia a ser utilizada no desenvolvimento deste artigo, serão pautados e analisados, por meio de pesquisa bibliográfica em monografias, doutrinas, código civil, artigos científicos, princípios e leis, para que possa chegar a um resultado concreto acerca do tema discorrido.

De modo que o método monográfico tem como princípio o estudo de um caso em profundidade podendo ser considerado expressivo de muitos outros ou mesmo de todos os casos similares (GIL, 2008).

Se dar o desenvolvimento do presente artigo da seguinte maneira. De início aborda-se acerca da relação dos filhos após uma dissolução conjugal com ênfase na família conjugal e parental. Posteriormente discorre da guarda como um atributo do exercício da autoridade parental e a relação com o melhor interesse do menor. Por último, trata-se da guarda compartilhada e suas diversas formas de compreensão, sobretudo sobre a desinformação dos pais sobre o que é a efetivamente guarda compartilhada.

1. NOVOS ARRANJOS FAMILIARES APÓS A DISSOLUÇÃO DA FAMÍLIA CONJUGAL E A RELAÇÃO DESTAS COM OS FILHOS

A família é tida como a representatividade de um grupo de pessoas que possuem vínculos sanguíneos, convivência e ainda laços de afeto. Desse modo, o surgimento ou mesmo a origem da família está ligado à civilização humana, surgindo da necessidade de estabelecer vínculos afetivos do ser humano. Veremos no decorrer desse artigo uma breve definição de família.

O direito romano foi quem estruturou a família por meio de seus princípios. Isso ocorreu porque a família era estabelecida por costumes, não havendo um ordenamento jurídico para regular determinado grupo. Partindo dessa premissa, a família passou a ser regulada com o casamento, uma vez que apenas se poderia falar em família se houvesse casamento.

Podemos dizer que a família brasileira, como hoje é conceituada, sofreu influência da família romana, da família canônica e da família germânica. É notório que o nosso direito de família foi fortemente influenciado pelo direito canônico, como consequência principalmente da colonização lusa. As Ordenações Filipinas foram a principal fonte e traziam a forte influência do aludido direito, que atingiu o direito pátrio. No que tange aos impedimentos matrimoniais, por exemplo, o Código Civil de 1916 seguiu a linha do direito canônico, preferindo mencionar as condições de invalidez (GONÇALVES, 2017, p. 34).

A criança, na plenitude do seu processo de desenvolvimento do conhecimento cognitivo e emocional, certifica que a convivência interpessoal com os genitores possui extrema relevância, mediante o atendimento das necessidades da criança pelos seus genitores em conjunto.

Sobre essa perspectiva, a família é tida como a primeira participação social da criança. Esse grupo é aquele que estabelece os laços afetivos e o grupo social em que a criança adquire os comportamentos a serem utilizados no decorrer da vida. Segundo Silva (2012), a família é a principal forma de transmitir cultura de uma determinada sociedade, desse modo a família é de extrema importância psíquica de desenvolvimento da criança.

Ainda assim, a família é a primeira relação e experiência interpessoal da criança, servindo como um norte nas futuras relações com os indivíduos da sociedade (MUSSEN, 1983). Essas relações familiares devem ser observadas para a manutenção de arranjos familiares saudáveis e que valorizem o desenvolvimento de crianças e adolescentes.

Verifica-se que quando ocorre o litígio entre os genitores os pais tendem a negligenciar as necessidades das crianças, principalmente pelo aspecto afetivo. Sendo notório, que os genitores não conseguem distinguir as divergências da vida conjugal da sua função parental com a criança, deixando a mesma entre seus conflitos pessoais e desavenças entre o casal, ao qual poderá acarretar o desenvolvimento de prejuízos comportamentais e psíquicos.

Diante dessas alterações comportamentais e psíquicas da criança, a mesma poderá ser abalada por sentimento de vingança e raiva dos genitores, esses comportamentos desenvolvidos pela criança levam ao desenvolvimento da síndrome da alienação parental, que é constante no decorrer do tempo mediante as dissoluções.

A dissolução conjugal é tida como uma vivência transformadora da vida seja do casal, como dos filhos. Nessa perspectiva, após uma dissolução conjugal a infância e a adolescência de uma criança não serão as mesmas, visto que os traumas vivenciados perdoaram até a vida adulta refletindo diretamente na maneira de tomada de decisões do indivíduo que passou por estes acontecimentos, sendo a vida profundamente modificada com o divórcio dos pais.

O divórcio é uma experiência que transforma a vida. Depois do divórcio a infância é diferente. A adolescência é diferente. A vida adulta – com decisão de casar-se ou não e de ter filhos ou não – é diferente. Seja qual for o resultado, bom ou ruim, toda a trajetória da vida de um indivíduo é profundamente alterada pela experiência do divórcio (WALLERSTEIN; LEWIS; BLAKESLEE, 2002, p. 30).

Modernamente, a uma grande crescente disputa pela guarda dos filhos quando há uma dissolução conjugal, mediante essa crescente e o avanço da sociedade, a justiça vem tratando a guarda com equidade entre homens e mulheres. Segundo Warpechowski e

Mosmann (2012), o grande número de divórcio traz um olhar mais abrangente sobre a paternidade.

É de extrema necessidade que a criança tenha convívio com ambos genitores, para que através da sua convivência e visão produza a imagem e conceito dos seus pais. Desse modo, podemos dizer que a guarda compartilhada veio com o intuito de motivar uma relação saudável entre a criança e os genitores que não estão presentes sobre o mesmo teto (LAGO; BANDEIRA, 2009).

Percebe-se que os conflitos conjugais não são em sua totalidade capazes de causar danos psicológicos e comportamentais no menor, no entanto contribuem para que a criança desenvolva determinados comportamentos. A maneira como os genitores levam as desavenças conjugais refletem nos aspectos emocionais da criança, sendo necessário dimensionar a gravidade dos conflitos, para analisar se os danos causados são advindos de relações conjugais danosas. (BENETTI, 2006).

Em face dos desentendimentos conjugais é possível verificar que a maneira como a criança é exposta aos conflitos seja eles de maneira pacífica ou com agressões físicas e/ou verbais e ainda a maneira como estes são resolvidos pelos pais tendem a atingir o psicológico da criança causando possíveis mudanças comportamentais. Assim os conflitos entre os genitores na presença da criança, são em sua maioria determinantes na maneira como essas crianças iriam resolver seus problemas futuramente (BENETTI, 2006)

Da mesma forma que há conflitos que geram malefícios à criança, há os que servem para o bom desenvolvimento. Quando a esses litígios, os que são resolvidos de forma pacífica e acertada pelos genitores, proporciona à criança um amadurecimento cognitivo e emocional ao contrário de resoluções conflituosas.

Marcelli (1998), Marcelli e Cohen (2010), Seijo e Farina (2000), trazem determinados efeitos que são desencadeados nas crianças que presenciam situações como já descritas em parágrafos anteriores, como por exemplo, o sentimento de abandono pelo genitor que comumente não detém a guarda. Por não conseguir ajuda dos pais, desenvolve um sentimento de impotência, agressividade, irritabilidade, insônia, desânimo escolar, dentre outros efeitos.

É perceptível determinados comportamentos da criança e porque geralmente a dissolução conjugal não está sendo bem gerida ou elaborada pelos genitores e bem absorvida pela criança. Geralmente quando a criança é informada pelos genitores sobre o divórcio entre eles, ela tende a não se sentir culpada pelo que está acontecendo e não tenta constantemente a reconciliação dos pais, entretanto a falta de informações do que está acontecendo poderá desencadear todos os comportamentos já listados logo acima.

Ressalta-se que é necessário a criança manter seu vínculo com os genitores mesmo após o divórcio, assim podendo ser compreendida como circunstância crucial para que a criança compreenda a dissolução sem desenvolver danos psicológicos.

Nessa situação sabe-se que a dissolução conjugal gera complexas experiências em todo o sistema familiar. Em vista disso a busca por relações saudáveis após o divórcio e um grande desafio perante a sociedade, visto que, em uma família o casal exerce duas funções importantes como a parentalidade e a conjugalidade, esta é a relação de união de duas pessoas mediante laços afetivos e sexuais buscando atender suas carências, buscando construir apoio mútuo e atendimento das expectativas entre ambos.

Já a parentalidade se mostra de grande importância sobretudo no que pese as dissoluções conjugais, pois é o cuidado, companheirismo, cumplicidade entre pais e filhos durante a relação conjugal ou mesmo após a ruptura dessa relação que contribui para o desenvolvimento psíquico e comportamento da criança perante a sociedade (GORIN et al., 2015).

Em consonância com o que discorremos logo acima fica claro que criar e cuidar dos filhos e incumbência de ambos os pais e não deve de maneira alguma ser destituído mediante uma dissolução conjugal, devendo ser preservado pela relação saudável pelos componentes da suposta família reconstituída, mas sabe-se que mediante o que já foi exposto a maneira como é tratado o divórcio pode ser desenvolvido tanto consequências positivas quanto negativas.

2.AUTORIDADE PARENTAL E MELHOR INTERESSE DO MENOR

Dentro da constituição de uma família temos o poder familiar, modernamente denominado com autoridade parental, ao qual é uma série de deveres e direitos conferidos aos pais em detrimento dos filhos e de eventuais bens que estes venham possuir. Partindo dessa premissa do poder familiar, fica claro que este instituto não visa apenas a necessidade de alimentar e deixá-los crescer, mas também há que se prestar uma boa educação, bem como orientá-los nos caminhos ao qual devam seguir, visto que, durante a infância estes necessitam dessas orientações e aos pais elas são atribuídas.

Com o passar dos anos a autoridade parental perde a condição absoluta que vinha de influências do direito romano, sob interferência do cristianismo estabelecendo uma série de deveres, sendo um instituto de condições altamente protetivas, que sai de uma esfera do direito privado e ingressa no direito público, uma vez que, o acolhimento das novas gerações é de interesse do estado, pois representam o futuro da sociedade.

Poder familiar é o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, no tocante à pessoa e aos bens dos filhos menores.

Segundo SILVIO RODRIGUES, "é o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, em relação à pessoa e aos bens dos filhos não emancipados, tendo em vista a proteção destes". O instituto em apreço resulta de uma necessidade natural. Constituída a família e nascidos os filhos, não basta alimentá-los e deixá-los crescer à lei da natureza, como os animais inferiores. Há que educá-los e dirigi-los. (GONÇALVES, 2017, p. 361)

O código civil de 1916 trazia o poder familiar como "pátrio poder", nomenclatura que entrou em desuso por reportar ao "poder" dos pais com os filhos ligados ao direito romano. Por efeito comparativo, legislações como a francesa e a norte-americana, denominam este poder como "autoridade parental" tendo que autoridade não representa qualquer meio de coação dos genitores.

Caracteriza-se como um múnus público, já que o estado regula as normas para sua execução. O poder familiar é irrenunciável, indelegável, não sendo facultado aos pais renunciar ou transferi-los a outrem, salvo a exceção trazida pelo art. 166 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), na hipótese de pedidos de adoção, em que se transmite ao adotante após análise e deferimento do juízo. Ainda assim, temos como características a Imprescritibilidade e a incompatibilidade com a tutela, visto que, se os genitores não exercem o poder familiar este não será passível de perda e não poderão nomear tutores sem que haja qualquer tipo de suspensão dos pais para tal feito.

De acordo com o art. 1630 do código civil, os filhos estarão sob o poder familiar enquanto não atingirem a maioridade ou se antes haver emancipação, sejam filhos havidos no casamento ou fora dele. O código civil de 1916, atribuía apenas a figura do marido ao poder familiar, que era tido como chefe de família, somente na falta deste a mulher poderia exercê-lo. Houve uma pequena alteração com o advento da Lei nº 4.121/62, ao qual trazia que este seria exercido com a colaboração da mulher. Entretanto, somente com a Constituição Federal houve igualdade do poder familiar aos cônjuges mediante o que dispunha o art. 226, § 5º, de modo que, os deveres decorrentes da vida conjugal seriam exercidos de maneira igualitária por ambos. Posteriormente, com o código civil de 2002, mais precisamente no seu art. 1631 também foi atribuída a ambos os cônjuges o seu exercício.

Tal situação foi alterada pela Lei n. 4.121/62, conhecida como "Estatuto da Mulher Casada", que deu nova redação ao art. 380 do aludido diploma, para determinar que, durante o casamento, compete o pátrio poder aos pais, "exercendo-o o marido com a colaboração da mulher", acrescentando, no parágrafo único, que, divergindo os progenitores quanto ao exercício do pátrio

poder, “prevalecerá a decisão do pai, ressalvado à mãe o direito de recorrer ao juiz para solução da divergência”. (GONÇALVES, 2017, p. 362)

Este compete além dos pais, a aqueles que se identificam com o pai ou mãe do menor, nas chamadas famílias monoparentais. Segundo preleciona o art. 1634 do Código civil são deveres atribuídos aos pais em detrimento do poder familiar: prestar criação e educação, ter suas guardas e companhias, permitirem ou negar o casamento, nomear tutor por testamento se um dos pais não sobreviver ou que não possa exercer tal poder, representá-lo até os dezesseis anos e assisti-los até os dezoito, reclamar de quem os tenham ilegalmente e exigir respeito e obediência. Sendo o mais importante deles prestar criação e educação, vez que não há apenas a incumbência de sustentar, mas como a sua formação, inclusive perante a sociedade.

No que concerne ao divórcio ou à dissolução da união estável não modificam o poder familiar, ressalvada a hipótese da guarda. Ou seja, mesmo havendo a ruptura do casamento a autoridade parental dos genitores com os filhos permanecerá a mesma, salvo se após isso ocorrer algum tipo de situação que possa ser passível dessa perda de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro.

Nessa perspectiva demonstra-se que as separações ainda têm papel importante nas relações parentais, muitas das vezes dificultando a ligação afetiva exponencialmente na relação do pai com o filho. Verifica-se que quando ocorre uma dissolução conjugal a guarda é hegemonicamente concedida a mãe, situação que abre pretexto de que a paternidade seria uma função complementar e acessória, tendo um viés prioritário somente quando está diante de questões financeiras.

Considerando que com a dissolução os genitores enfrentaram situações diferentes de parentalidade é necessário que se pratique a coparentalidade para que mesmo não convivendo sob o mesmo teto venham a manter uma boa relação contribuindo para o desenvolvimento da criança e manter uma boa relação entre genitores e filhos.

A parentalidade é um exercício construído gradativamente que envolve a comunhão do casal, a maneira como os pais exercitam seus deveres em detrimento dos filhos, possui grande importância no desenrolar das ações parentais. Então, há necessidade de ultrapassar teses de que a mãe é melhor cuidadora e o pai detém papel acessório, secundário e menos afetivo.

Logo, diante de uma dissolução os genitores devem refletir sobre a parentalidade e não dar importância somente em relação a ruptura do matrimônio, pensando na parentalidade podem garantir a comodidade dos filhos com ambos mesmo após uma separação, desse modo é necessário que os genitores administram seus contratempos

conjugais, a administração da situação conjugal e importante para o exercício da parentalidade de maneira bem sucedida e cooperativa, deixando de tê-los como rivais em constantes disputas, pois, quem sofrerá os prejuízos serão sempre e somente os filhos, e os interesses desses serão sempre superiores.

3. O EFETIVO EXERCÍCIO DA GUARDA COMPARTILHADA FRENTE A (DES)INFORMAÇÃO DOS GENITORES QUANTO AO COMPARTILHAMENTO DA AUTORIDADE PARENTAL

As guardas, sobretudo a guarda compartilhada não se restringe apenas em proteger o interesse da criança, ela ultrapassa esse paradigma atingindo o direito, dever e poder familiar dos genitores na medida em que estes podem ser exercidos na sua completa plenitude (BRITO; GONSALVES, 2013). Em tese o casal decide de forma consensual sobre educação e alimentação dentre outras atribuições pela prática do poder familiar e poder parental. Logo, a justiça, ou seja, os tribunais vêm aplicando a guarda compartilhada sobre a ótica de que, é a que mais atende os anseios da criança, inclusive havendo julgados nesse sentido. Mas sabe-se que, quando a dissolução conjugal não foi bem administrada pelos genitores é imperioso presumir que não há modalidades de guarda que atenda os anseios da criança face aos conflitos existentes entre os então separados.

Assim a guarda compartilhada simboliza um meio simplificador do convívio familiar, propiciando o equilíbrio da criança com ambos os genitores, corroborando com a equidade de direitos e deveres exercidos pelos genitores. Não podendo as diferenças dos pais interferir na execução dos papéis parentais e como já vimos o estado e o detentor, regulando essas relações por meio de leis e políticas públicas que vem de encontro com as necessidades de cada momento (BRITO; GONSALVES, 2013).

Diante de todas estas exposições no decorrer de artigo não se pode afirmar que a guarda e um remédio ou a solução dos problemas parentais, mas é tida como um ingrediente, uma forma de reequilibrar o desenvolver o relacionamento efetivo entre os filhos e genitores, possibilitando o atendimento dos interesses dos filhos e consequentemente o desempenho pleno e correto do poder familiar.

3.1 Os desencontros parental no exercício da guarda dos filhos

A dissolução conjugal tem se tornando cada vez mais constante na sociedade brasileira, nessa ótica com o advento da lei nº 13.058 ao código civil (2014), a aplicação de guarda compartilhada será aplicada quando os genitores poderem exercer a autoridade parental de maneira conjunta.

Dentro dessa mesma perspectiva, percebe-se que após a dissolução e a fixação da guarda compartilhada uma grande maioria dos pais expõe que há uma considerável

diminuição da participação parental na vida dos filhos, sendo que após a separação conseqüentemente tende a acontecer um distanciamento entre filhos e genitores (BRITO, 2014).

Diante disso, após a separação a relação dos pais com os filhos tende a encontrar muitas dificuldades, pois passam por uma transformação familiar, passando os pais por um distanciamento emocional dos filhos e em consequência disso a uma certa perda da sua autoridade sobre seus filhos após a dissolução conjugal (GRZYBOWSKI e WAGNER, 2010).

Sobre esta discussão de distanciamento de pais e filhos, são de certa maneira fatos reais segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE, 2017), visto que após uma dissolução conjugal e uma fixação de guarda 69,4% dos filhos ficam mais sobre a autoridade da figura materna, havendo assim um reflexo na participação paterna na vida dos filhos após uma dissolução mesmo que de maneira consensual, como se fosse fatores naturais.

Percebe-se que os genitores encontraram muitas dificuldades quando o tema é a utilização e prática da guarda compartilhada, pairando muitas dúvidas acerca da residência após a fixação de guarda, onde muitos entendem e fazem como se tivesse uma residência mais fixa e o outro tenha liberdade de visitas e sempre está participando de decisões, além de ter a liberdade de buscar a criança para ter seus momentos com este com livre consentimento de ambos.

Assim, mesmo com essas dificuldades de entendimento da guarda compartilhada, os genitores fixam uma residência com um e o que não faz jus a residência tenha poder de decisão e mantenha o exercício do poder familiar sobre o menor, pois para estes a guarda compartilhada é uma maneira de atribuir responsabilidades e exercícios da autoridade parental de maneira conjunta. Desse modo tem-se que uma das grandes desinformações dos pais acerca do instituto da guarda compartilhada no diz a respeito da residência, em muitos casos há uma fixação de residência pelos genitores, o que pode corroborar para o distanciamento de genitores e filhos (ANDRADE, 2015).

Outro fator de grande relevância a desinformação dos pais sobre a guarda compartilhada e a falta de informação por parte dos profissionais que estão lhe dando com essa temática todos dias, a falta de orientação ao pais de como deve ser desempenhada, qual o objetivo dessa instituição de guarda, devendo ter um acompanhamento destes pós-dissolução, assim observa que a desinformação dos pais há uma tendência em haver tomadas de decisões desapropriadas gerando dificuldades em os genitores conseguirem assimilar qual o propósito da guarda (RESMINI, 2015).

A falta de políticas de acompanhamento e orientações ou mesmo trabalhos multiprofissionais ao país após as fixações de guardas contribuem para o afastamento de

genitores e dificuldades de se sobressaíram das adversidades que surgem, havendo essas orientações tenderia há um melhor atendimento dos interesses do menor em um ambiente familiar mais leve e harmônico entre os ex-cônjuges.

A importância de oferecer aos pais um acompanhamento após o estabelecimento dos acordos, sendo esse um espaço voltado ao diálogo e enfrentamento das dificuldades que poderão surgir, buscando, assim, o melhor interesse da criança e a promoção de saúde no contexto da família (ALVES; ARPINI; & CÚNICO, 2015, p. 931).

Dessa forma quanto maior for a clareza de como gerir a vida dos filhos e o desenrolar da Coparentalidade dos pais, melhor será compreendida a guarda compartilhada pelos genitores, a vista disso, haverá uma maior segurança e desenvolvimento de uma convivência familiar orientada em um novo ambiente pós-separação (ROSA, 2018).

No que se refere a guarda, a tempos passados a guarda unilateral era a mais utilizada, entretanto com o passar dos tempos e a mudança na sociedade a guarda compartilhada está sendo aplicada na maioria dos casos, passando a ser o principal modelo de guarda na legislação brasileira, devido a sua essência em atender os interesses do menor em conjunto.

A guarda unilateral está contemplada no art. 1.583 do C/C sendo aquela atribuída a apenas um dos genitores ou qualquer outra pessoa que possa lhe substituir. Assim contempla apenas um dos genitores, apenas um irá exercer a guarda, logo determinada condição que não isenta aquele que não detém a guarda de exercer o poder familiar. Este instituto em que um dos genitores possui a guarda e ao outro e conferido o direito a visitas, verifica que há um certo grau de privação do menor em relação à convivência com o outro. Sobre este viés, com o advento da lei nº 11.698/2008 passou a ser incentivada a guarda compartilhada como sendo uma forma de melhor atender os melhores interesses do menor, pelo menos em tese.

Ainda assim, está implantada quando não há qualquer acordo entre os genitores, tornando-se inviável a decretação de uma guarda compartilhada. A decretação de uma modalidade de guarda sempre tem como base o atendimento do melhor interesse do menor seja ela implementada por consenso entre os genitores ou menos por decisão judicial. O legislador de maneira inteligente traz que seja preservada a convivência do menor com o grupo familiar de identificação seja ele composto por familiares ou não.

A guarda alternada é aquela em que ambos os genitores detém a guarda por período predeterminado, exercendo-a de maneira alternada e com exclusividade entre

ambos, dada as suas semelhanças tem se como muito parecida com a guarda compartilhada. (DIAS, 2011). Essa modalidade de guarda não é no todo recomendada, visto que o interesse da criança pode não ser atendido dado a deslocação da criança com os pais, sendo capaz de causar dúvidas e incertezas na criança abalando seus sentimentos.

A guarda compartilhada está conceituada no art. 1.583, § 1º, do Código Civil, com a redação dada pela Lei n. 11.698/2008 e alterada posteriormente pela Lei 13.058/14, assim conceitua como a “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” dessa forma são divisões igualitárias de direitos e deveres entre ambos os genitores em detrimento do atendimento do melhor interesse do menor.

Surge a guarda compartilhada antes mesmo de ser positivada em lei, vez que já vinha sendo citada em doutrinas e jurisprudência, entretanto com o advento da Lei n. 11.698/2008 está foi instituída no ordenamento jurídico brasileiro, tida como uma grande inovação por atribuir a responsabilidade conjunta de ambos os pais visando sempre atender o melhor interesse do menor. Nessa mesma concepção a Lei 13.058/14 trouxe mudanças acerca da guarda compartilhada, ou seja, veio trazendo novas perspectivas, novas temáticas e novas formas e modos de aplicação, dando mais importância à guarda compartilhada (GONÇALVES, 2012).

Ainda de acordo com a lei 11.698/2008 que alterou o art. 1.584, § 4º do Código civil, entabula que o descumprimento ou a modificação não autorizada da guarda implicará a diminuição de direitos conferidos ao detentor, sobretudo ao tempo de convivência deste com a criança. A guarda compartilhada quando bem aplicada e entendida por quem vai exercer tende a favorecer o desenvolvimento dos filhos e manter uma relação saudável entre pais e filhos. (DIAS, 2011).

3.2 Guarda compartilhada e o respeito ao princípio do melhor interesse do menor

Com a instituição da guarda compartilhada o princípio do melhor interesse do menor passou a ter mais importância e relevância nas instituições familiares, sobretudo quando há uma dissolução conjugal e se faz necessário a fixação de guarda, onde os interesses dos pais deixaram de ter tanta importância quando são postos em questão com interesses dos filhos. (Grisard, 2014).

O atendimento do referido princípio já foi passível de julgamento no Supremo Tribunal Federal (STF), ao qual decidiram que sempre deverá nesses casos sobrepor o interesse do menor em detrimento aos interesses do país. O magistrado como aplicador da lei no momento de fixar uma guarda irá realizar o papel de intérprete acerca dos interesses do menor, resguardando que os direitos do menor se sobreponham a quaisquer outros direitos e interesses. (Grisard, 2014).

O atendimento do princípio do melhor interesse do menor em face da instituição da guarda compartilhada passou a ter muita relevância, pois objetiva-se que haja uma melhor convivência entre os genitores, ou seja, um ambiente equilibrado sem expor a criança a más memórias. Entretanto, é importante salientar que nenhuma espécie de guarda é perfeita e que vai atender todas as necessidades da criança e de seus genitores.

A jurisprudência dos tribunais traz que não há como fixar uma guarda compartilhada a depender da idade da criança, posto que a criança passaria a ser um objeto do país, conseqüentemente não atendendo os anseios da criança, causando instabilidades no menor.

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIVÓRCIO CUMULADO COM GUARDA E ALIMENTOS. PEDIDO DE GUARDA COMPARTILHADA. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. DESCABIMENTO. 1. A antecipação de

tutela consiste na concessão imediata da tutela reclamada na petição inicial, mas sua concessão pressupõe existência de prova inequívoca capaz de convencer da verossimilhança da alegação e, ainda, que haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação. Inteligência do art. 273 do CPC. 2. Descabe antecipação de tutela quando existem questões fáticas que ainda reclamam a cabal comprovação, necessitando que aporem aos autos elementos suficientes que justifiquem o pleito liminar. 3. Em se tratando de discussão sobre guarda de criança, é necessária a ampla produção de provas, de forma a permitir uma solução segura acerca do melhor interesse do infante. 4. Mostra-se correta a decisão que indeferiu o pedido de guarda compartilhada, diante da tenra idade da criança. 5. A chamada guarda compartilhada não consiste em transformar o filho em objeto, que fica a disposição de cada genitor por um determinado período, mas uma forma harmônica ajustada pelos genitores, que permita ao filho desfrutar tanto da companhia paterna como da materna, num regime de visitação bastante amplo e flexível, mas sem que o filho perca seus referenciais de moradia. 6. Para que a guarda compartilhada seja possível e proveitosa para o filho, é imprescindível que exista entre os pais uma relação marcada pela harmonia e pelo respeito, onde não existam disputas nem conflitos, mas, no caso, diante da situação de conflito e, especialmente 46 pela idade do filho, a guarda compartilhada é totalmente descabida.

7. Não havendo prova suficiente sua impossibilidade de continuar pagando a verba alimentar fixada em favor do menor, mesmo diante da alegação de que um bebê de poucos meses não necessita de valor tão elevado, com certeza possui gastos inerentes a sua faixa etária, descabendo estabelecer redução, ao menos por ora. 8. Tratando-se de decisão provisória, poderá ser revista a qualquer tempo, bastando que venham aos autos elementos de convicção que justifiquem a revisão. Recurso desprovido.

A guarda compartilhada com atribuições conjuntas foi instituída para atendimentos dos anseios do menor, tornando se inviável quando há dissenso entre das partes, para a sua instituição presume-se um certo relacionamento e respeito entre os pais, havendo o entendimento e compreensão dos valores ali presentes, sobretudo quanto ao bem-estar do menor, de como este irá reagir e adaptar se estiver diante de uma relação harmoniosa (COMEL 2008, p. 24).

Dentro da concretização do melhor interesse do menor a guarda compartilhada possui papel importante, face a sua divisão igualitária de responsabilidade entre ambos os pais e surgindo novas famílias pautadas na afetividade. Diante disso o menor passa a ser protagonista de si próprio, o atendimento do melhor interesse do menor é considerado marco essencial nas transformações familiares (GAMA, 2003). Assim, percebe-se que o princípio do melhor interesse do menor decorre constitucionalmente do princípio da dignidade da pessoa humana.

Desse modo, é de suma importância que os genitores estejam informados e orientados acerca da guarda compartilhada, de que modo e a prática dessa guarda perante novos arranjos familiares para que não haja distanciamento emocional entre pais e filhos, bem como combater uma considerável diminuição da participação parental na vida dos filhos, sendo que após a separação conseqüentemente tende a acontecer um distanciamento entre filhos e genitores.

CONCLUSÃO

Sabe-se que com o fim dos relacionamentos conjugais encerra-se a família conjugal, mas coexistirá a família parental, vínculo eterno entre filhos e seus pais. Neste sentido, a guarda compartilhada torna-se a melhor opção para que se mantenha a responsabilidade pelo afeto de ambos os genitores com o filho, além da democratização do tempo de convívio entre estes.

Embora já venha sendo aplicada reiteradamente a Guarda compartilhada nesses casos de desfazimento da sociedade conjugal, buscando atender os interesses da criança,

o tema acerca da guarda dos filhos merecerá sempre muita atenção por parte daqueles que estão envolvidos.

Diante disso, mostra-se a importância da guarda para que seja atendido o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente frente às separações conjugais, bem como há necessidade de que os genitores compreendam este instituto na prática para que possibilite uma melhor condução dos filhos e o exercício das funções parentais.

Conforme foi trazido no presente trabalho conclui-se que após a separação revela-se necessário e importante o convívio harmonioso entre pais e filhos para que estes compreendam a separação sem desenvolver qualquer dano. Subsequente mostrou-se que após a dissolução conjugal os genitores devem refletir sobre a parentalidade e não dar importância somente à ruptura do matrimônio, assim garantindo a comodidade dos filhos mesmo após a separação.

Por fim, percebe-se que uma das maneiras de tentar solucionar o problema da desinformação dos genitores sobre a guarda compartilhada, seria a adoção de práticas, judiciais e extrajudiciais, que possibilitem que as informações e orientações sobre o instituto da guarda compartilhada, na prática, seja de fácil acesso, assim atendendo os interesses dos menores sem que haja o afastamento de pais e filhos mediante novos arranjos familiares.

REFERÊNCIAS

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. A função social da Família. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre, IBDFAM/Síntese, n. 39. dez-jan, 2007.

BENETTI, Silvia Pereira da Cruz. Conflito Conjugal: Impacto no Desenvolvimento Psicológico da Criança e do Adolescente. Psicologia: Reflexão e Crítica, 19 (2), 261-268, 2006.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento Nº 70063518609, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 25/03/2015. Disponível em: Acesso em: 10 Set. 2021.

BRITO, Leila. Maria. Torraca. & GONSALVES Emmanuela. Neves. (2013). Guarda compartilhada: Alguns argumentos e conteúdos da jurisprudência. Revista Direito GV, 9(1), 299-318. doi: 10.1590/S1808-24322013000100011.

CARBONERA, Silvana Maria. Guarda de filhos: na família constitucionalizada. Porto Alegre: Fabris, 2000.

DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 8. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. A nova filiação: o biodireito e as relações parentais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 457.

GOMES, Marta. Filipa. Mendonça., PEREIRA, Marina. Vanessa. Cardoso. & RIBEIRO, Esperança. Jales. (2016). Alienação parental: Quando pais e crianças necessitam de ajuda. Millennium-Journal of Education, Technologies, and Health, (50), 283-291.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro - Volume 6 - Direito de Família. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GONÇALVES, C. R. DIREITO CIVIL BRASILEIRO V. 1 - PARTE GERAL. 10.

ed. São Paulo: Saraiva, 2012

GORIN, Michelle. Christof. MELLO, Renata. MACHADO, Rebeca. Nonato e Féres-Carneiro, Terezinha. (2015). O estatuto contemporâneo da parentalidade. Revista da SPAGESP, 16(2), 3-15.

GRISARD. Filho, Waldyr. (2014). Guarda Compartilhada. Um novo modelo de responsabilidade parental. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

GRZYBOWSKI, Luciana. Suárez. & WAGNER, Adriana. (2010). Casa do pai, casa da mãe: a coparentalidade após o divórcio. Psicologia: Teoria e Pesquisa, 26(1), 77-87.

Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (2017). Estatísticas do Registro Civil. Recuperado em 07 de novembro de 2018, de <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/135/rc_2017_v44_informativo.pdf>. Acesso em: 19 Set. 2021.

LAGO, Vivian de Medeiros, BANDEIRA, Denise. Ruschel. A psicologia e as Demandas Atuais do Direito de Família. Psicologia, ciência e profissão, 29 (2), 290-305, 2009.

LAMELA, Diogo & FIGUEIREDO, Bárbara. (2016). Co Parenting after marital dissolution and children's mental health: a systematic review. Jornal de Pediatria, 92(4), 331-342.

LEITE, Diego. Estevão. Martins., & Oliveira Neta, Maria. Rosa. Síndrome Da Alienação Parental - Sap: O Resultado De Uma Guerra Familiar (2017).

MUSSEN, Paul Henry. O Desenvolvimento Psicológico da Criança. Rio de Janeiro: Zahar, 1983.

ROSA, Conrado. Paulino. da. Guarda Compartilhada Coativa: a efetivação dos direitos de crianças e adolescentes. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

SILVA, Denise Maria Perissini. *Psicologia Jurídica no Processo Civil Brasileiro: a interface da psicologia com o direito nas questões de família e infância*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 20013. 7 v.

WALLERSTEIN, Judith.; LEWIS, Julia.; BLAKESLEE, Sandra. *Filhos do Divórcio*. São Paulo: Loyola, 2002.

WARPECHOWSKI, Ananda. MOSMANN, Clarisse. *A experiência da paternidade frente à separação conjugal: sentimentos e percepções*. *Temas em Psicologia*, São Leopoldo, RS, 2012. ISSN 1413-389X Vol. 20, no 1, 247 – 260.

A INFLUÊNCIA DOS VEÍCULOS DE COMUNICAÇÃO NO TRIBUNAL DO JÚRI

LAMISSE DE SOUZA EDDINE:
Curso de Direito, Centro
Universitário Fаметro.

RESUMO: O referido trabalho tem como objeto de estudo analisar a influência dos veículos de comunicação em relação às Sentenças de julgamentos no Tribunal do Júri. Na maioria das vezes, muitas das notícias fornecidas são acompanhadas de informações de caráter sensacionalista, sem precisão ou veracidade. Entretanto, tais fatos vêm afetando a rotina forense, levantando a questão se as sentenças judiciais estariam ou não sendo parciais pelos posicionamentos midiáticos sensacionalistas, sendo o Tribunal do Júri o mais afetado na esfera judicial, pois este também é composto por jurados muitas das vezes leigos e sem conhecimento técnico jurídico. Vivenciamos uma era tecnológica na qual a comunicação é utilizada através de diversos meios principalmente pela internet, como por exemplo, redes sociais, jornais eletrônicos, sites de notícias, aplicativos, dentre os outros mais tradicionais, bem como TV, rádio e etc. Se defende neste estudo a necessidade de que às sessões de julgamento do Tribunal do júri sejam imparciais aos fatos apresentados, de maneira que o julgamento midiático não possa interferir nas decisões, tampouco nos princípios constitucionais.

Palavras-chave: Veículos de comunicação. Tribunal do Júri. Sentenças Judiciais.

ABSTRACT: The purpose of this work is to analyze the influence of media vehicles in relation to the Judgments of Jury Court. Most of the time, much of the news provided is accompanied by sensationalize information without precision or truthfulness. However, these facts have been affecting the forensic routine, raising the question of whether or not the court sentences were partial due to sensationalist media positions, the Jury Court being the one most affected in the judicial sphere, since this is also composed of juries often lay and without legal technical knowledge. We are living in a technological era in which communication is used through various means, mainly the Internet, such as social networks, electronic newspapers, news sites, applications, among the more traditional ones, as well as TV, radio and so on. This study defends the need for the trial sessions of the jury to be impartial and addictive to the facts presented to the jury court. in decisions, nor in constitutional principles.

Keywords: Communication link. Cort of laws. Judgment.

SUMÁRIO: Introdução – 1. A evolução histórica e origem do Tribunal do Júri; 1.1 Passagem histórica do Tribunal do júri no ordenamento jurídico brasileiro; 1.2 Organização do Tribunal do Júri; 2. Princípios norteadores; 2.1 Veículos de informação e seus efeitos na sociedade; 2.2 Direito à publicidade, liberdade de imprensa; 2.3 Decisões jurisprudenciais

em decorrência da súplica do público em casos de grande repercussão; 3. A influência da mídia e seus efeitos no conselho de sentença; Conclusão. Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

O referido trabalho tem como objeto de estudo, desenvolver uma análise crítica em relação aos veículos de comunicação, e como isso afeta diretamente o conselho de sentença (jurados), nas Sentenças judiciais proferidas no Tribunal do Júri. O estudo foi feito através de pesquisas bibliográficas com o emprego do método de abordagem dedutivo.

1 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA E ORIGEM DO TRIBUNAL DO JÚRI

A origem do Tribunal do Júri é muito especulada, pois muitos dos autores não possuem fontes ou opiniões mais concretas de suas raízes. Especula-se que o primeiro Tribunal do Povo surgiu e ocorreu no mundo anglo-saxão. Naquela época, se era comum tais tipos de "ritos" onde Deus era invocado como testemunha. Misticismo e religião, fatores marcados ainda pela era do período moderno.

Subsistiam resquícios de rituais religiosos na era Pós moderna, ainda existiram alguns resquícios de tais rituais. Foram denominados como instituições jurídicas, com a finalidade de garantir a imparcialidade de julgamentos que na época ocorriam pelo fator de ingerência dos governantes nos tribunais da época, e reis.

Na era pós-moderna, ainda existiam resquícios dos rituais religiosos. São configurados cada vez mais como instituições jurídicas, destinadas a garantir a imparcialidade dos julgamentos que ocorriam em decorrência da ingerência dos reis e governantes no trabalho dos juízes e tribunais togados na época.

Alguns doutrinadores citam que o tribunal do Júri teve sua origem na Grécia, como menciona Nestor Távora:

A origem do Tribunal do júri é visualidade tanto na Grécia como em Roma, havendo quem veja um fundamento divino para a legitimidade desse órgão. Sob essa inspiração, o julgamento de Jesus Cristo, malgrado desprovido das garantias mínimas de defesa, é lembrado como um processo com características que se assemelham ao Júri." (TÁVORA, 2017, p.1231).

Também, são coexistentes de acordo com a História, que o Tribunal do Júri teve sua origem na magna Carta da Inglaterra, por volta de de 1215, disseminando-se por outros países, como diz o autor Nestor Távora:

De lado as controvérsias sobre a origem, a maior parte da doutrina indica como raiz do tribunal do júri a Magna Carta da Inglaterra, de mais 1215, bem como seu antecedente recente, a Revolução Francesa de 1789. (TÁVORA, 2017, p.1231).

Na Inglaterra os julgamentos tinham como também características, sentenciar crimes que possuíam muita violência. Entretanto, na busca de uma falsa imparcialidade, os reis, utilizando de seus poderes e status da época, acabavam interferindo nas sentenças, utilizando-se de uma falsa justiça para os cidadãos. Sendo assim, o Tribunal do Júri veio evoluindo de acordo com a atualidade e tecnologia que conhecemos atualmente, também sempre na busca por sentenças judiciais que tenham total imparcialidade. O que nos diferencia de tempos antigos, são nossas vastas maneiras de comunicação na atualidade.

1.1 PASSAGEM HISTÓRICA DO TRIBUNAL DO JÚRI NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O Tribunal do Júri foi implementado por volta de 11 de outubro do ano de 1822. Com o objetivo de julgar crimes de imprensa, entretanto, diferente de hoje invés de sortear 7 (sete) jurados para o corpo de sentença, eram escolhidos em torno de 24 (vinte e quatro) cidadãos, juntamente com os juízes de Fato que integravam a tribuna e a pedido do Procurador da Coroa e Fazenda, os mesmos atuavam como Promotor e Fiscal.

O Júri se tornou apenas no ano de 1824 um dos órgãos do Poder Judiciário, sendo de sua competência as causas criminais e cíveis, quando foi inserido em um Capítulo da Constituição do Império. Sendo também instituído o Júri Federal, com a competência de julgar crimes direcionados para jurisdição federal, sendo transferida também as garantias e direitos fundamentais individuais. (BRASIL, 1824).

No ano de 1934 o Tribunal do Júri foi mencionado na Constituição vigente com referência ao Poder Judiciário, sendo sua competência legislativa e processual estabelecidas ao Estado, abrindo então margem para a criação de inúmeras leis que tinham a intenção de reduzir sua competência (BRASIL, 1934). Somente no ano de 1938, através do Decreto-Lei nº 167 de 1938, o Tribunal do Júri ficou definido, sendo reduzido o número de jurados para 7 (sete), excluindo-se a soberania dos veredictos. (BRASIL, 1938).

Em 1947, na Constituição (BRASIL, 1947), foi estabelecido que o Júri Popular teria então a competência de julgar os crimes dolosos contra a vida, sendo insetos alguns princípios como: plenitude de defesa, soberania e sigilo das votações. Entretanto, na Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), os mesmos retornaram a vigorar com a competência mantida.

Ao longo das modificações sofridas com o passar do tempo, discorre Ferreira Júnior (2016, *online*):

No ordenamento nacional, o Júri surgiu com escopo de uma ideal liberalista e se afirmou em todas as Constituições existentes, por óbvio, em alguns momentos históricos de maior tensão política houve certa mitigação de algumas de suas prerrogativas. Em verdade, ao longo das Constituições pátrias, permaneceu a instituição do Júri sempre cumprindo o seu destino histórico de vinculação aos contextos políticos caracterizados pela tendência liberal, amparadas nas bandeiras da liberdade, igualdade e da democracia. Todas as Constituições da República previram expressamente o júri: art. 72, constituição de 16 de julho de 1934; art. 141, §28, constituição de 16 de setembro de 1946; art. 150, §18, na Constituição de 1967, passando a art. 153, §18 da Emenda 1 de 1969. Assim, percebe-se que o Júri é uma instituição extremamente democrática, pois a vontade popular é exercida diretamente e não mediante representação. Os jurados são a própria comunidade julgando os crimes mais hediondos. Na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 o Júri teve restabelecidas suas prerrogativas funcionais, dentre elas: a soberania dos veredictos, a plenitude de defesa e o sigilo das votações. Tais princípios ganharam status constitucional no corpo de uma Constituição eminentemente democrática. Hodiernamente o Júri e seus princípios encontram-se reconhecidos entre os direitos e garantias fundamentais e possuem caráter de cláusula pétrea, ou seja, somente poderão ser suprimidos através de uma nova Constituição 7 (jamais por meio de Emenda). Por fim, entende-se que é importante a permanência desta instituição, uma vez que satisfaz os anseios da sociedade no julgamento dos crimes considerados de maior gravidade (dolosos contra a vida humana). Não obstante existirem algumas críticas a respeito da manutenção do Júri, cabe esclarecer que na Carta Política brasileira tal instituto fora erigido a cláusula pétrea, não podendo ser suprimido (ele e todos seus princípios), nem sequer por Emenda Constitucional, assim, faz-se importante que permaneça sempre firme, respeitando-se suas prerrogativas, principalmente a da soberania dos veredictos, que é a prevalência da decisão emanada da vontade popular.

Observando-se os pontos em relação a tais mudanças do Tribunal do Júri, Nassif (200, p.19 *apud* VAZ, 2017, *online*), discorre que:

Desde o Brasil Império até a República, as vicissitudes pelas quais passou a instituição do júri tiveram o condão de abalar, levemente que fosse as suas colunas mestras, fixadas, fundamentalmente, em: a) caráter público, contraditório e oral do respectivo processo; b) divisão do procedimento em duas fases, uma de formação da culpa (*iudicium accusationis*) e outra, subsequente, de julgamento (*iudicium causae*); c) composição do órgão julgador por um juiz togado (legalmente investido no exercício da jurisdição, e, especificamente, na presidência do tribunal do júri) e juízes de fato (jurados), com a incumbência de proferir o veredicto; d) forma de recrutamento dos jurados; e) método da votação.

De acordo com Nucci (2015), O Tribunal do Júri não é um organismo político, e sim judiciário, onde um semelhante julga outro semelhante por crimes dolosos cometidos, sendo buscada uma espécie de satisfação da sociedade, sendo representada pelo povo. Pontuando em seus fundamentos:

O tribunal do júri é composto por um Juiz Presidente (magistrado togado) e de vinte e um jurados, dos quais sete tomam acento no Conselho de sentença. O magistrado togado não poderia tomar parte em um órgão meramente político, sem qualquer vínculo com o Judiciário, o que é vedado não somente pela Constituição, mas também pela Lei Orgânica da Magistratura Nacional; b) o art.78, I, do CPP determina que 'no concurso entre competência do júri e a de outro órgão da jurisdição comum, prevalecerá a competência do Júri' vindo a demonstrar que se trata de órgão do judiciário; c) o art. 593, III, d, do CPP, prevê a possibilidade de recurso contra as decisões proferidas pelo júri ao Tribunal de Justiça, não tendo qualquer cabimento considerar plausível que um 'órgão político' pudesse ter mérito de suas decisões revistas em grau de apelação, por um órgão judiciário. (p.44 e 45).

O Tribunal do Júri concedeu então a atribuição de um semelhante ter um importante papel nos julgamentos, no que se refere aos crimes dolosos contra a vida. Onde temos 7 (sete) jurados, representando o povo, a sociedade como um todo, sem fazer-se necessário se ter um conhecimento técnico ou jurídico. Apenas levando-se em consideração seus livres convencimentos, sem qualquer tipo de interferência que seja, sendo as decisões tomadas a partir de sua própria consciência.

1.2 ORGANIZAÇÃO DO TRIBUNAL DO JÚRI

O Tribunal do Júri tem a competência de julgar os crimes dolosos contra a vida, que estão descritos nos artigos 121 ao 126 do Código Penal Brasileiro, tais como: homicídio, induzimento, instigação, auxílio ao suicídio, aborto e infanticídio. Sendo consumados, tentados ou com conexão, segundo o artigo 78 do Código de Processo Penal:

Art. 78. Na determinação da competência por conexão ou continência, serão observadas as seguintes regras: I - No concurso entre a competência do júri e a de outro órgão da jurisdição comum, prevalecerá a competência do júri. (BRASIL. Decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941).

Sendo assim, o Júri tem sua composição formada por um Juiz togado, que irá presidir toda a sessão, 25 (vinte e cinco) jurados, sendo 7 (sete) deles sorteados para compor o Conselho de Sentença, de acordo com artigo 425 do Código de Processo Penal.

O artigo 436 do Código de Processo Penal, mostra os requisitos necessários para que se possa exercer a função de jurado, como se pode observar:

Art. 436. O serviço do júri é obrigatório. O alistamento compreenderá os cidadãos maiores de 18 (dezoito) anos de notória idoneidade. (Redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008)

§ 1º Nenhum cidadão poderá ser excluído dos trabalhos do júri ou deixar de ser alistado em razão de cor ou etnia, raça, credo, sexo, profissão, classe social ou econômica, origem ou grau de instrução. (Incluído pela Lei nº 11.689, de 2008)

§ 2º A recusa injustificada ao serviço do júri acarretará multa no valor de 1 (um) a 10 (dez) salários mínimos, a critério do juiz, de acordo com a condição econômica do jurado. (Incluído pela Lei nº 11.689, de 2008). (BRASIL. Decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941).

A sessão é presidida normalmente pelo Juiz togado, sendo ouvidas as partes do processo, todas de frente para o Conselho de Sentença. Em seguida, começam os debates do representante do Ministério Público, posteriormente, o defensor (ou advogado). Nesse momento, todos se voltam para os jurados para se obter tais convencimentos abordados.

O Conselho de Sentença irá votar a respeito do fato, decidindo pela condenação ou absolvição (artigo 482, Código de Processo Penal), através de quesitos que serão apresentados aos mesmos para a respectiva votação. Em seguida, o juiz prola a sentença de acordo com a votação dos jurados em relação aos quesitos apresentados na sessão. Por fim, em caso de condenação, o Magistrado conduz a dosimetria da pena.

2 PRINCÍPIOS NORTEADORES

O Ordenamento Jurídico, através da Constituição Federal, apresenta princípios constitucionais que regem o Tribunal do Júri. Tais como: sigilo das votações, soberania dos veredictos e plenitude de defesa, além da competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

O sigilo das votações é um princípio constitucional que está presente no artigo 5º, inciso XXXVIII, alínea "B", da Constituição Federal. Como se pode observar:

Art. 5º - XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: b) o sigilo das votações; (BRASIL, 1988)

Esse princípio assegura que os jurados podem pronunciar seus votos com total segurança. De acordo com artigo 485 do Código de Processo Penal, os mesmos são encaminhados para uma sala secreta, acompanhados, para que a votação possa ser realizada.

Art. 485. Não havendo dúvida a ser esclarecida, o juiz presidente, os jurados, o Ministério Público, o assistente, o querelante, o defensor do acusado, o escrivão e o oficial de justiça dirigir-se-ão à sala especial a fim de ser procedida a votação. (BRASIL, 1988)

A soberania dos veredictos, é um princípio que se refere a cerca da decisão dos jurados. O mesmo tende a assegurar a decisão dos mesmos, não podendo o mérito ser alterado pelo magistrado. Observa-se tal ponto por Nucci:

Não é possível que, sob qualquer pretexto, cortes togadas invadam o mérito do veredito, substituindo-o. Quando – e se – houver erro judiciário, basta remeter o caso a novo julgamento pelo Tribunal Popular. Porém, em hipótese alguma, pode-se invalidar o veredito, proferindo outro, quanto ao mérito. (NUCCI, 2015, p.31)

Entretanto, é possível que a decisão seja recorrida, através de recurso judicial. Nestes casos, é designado um novo julgamento, caso o Tribunal aceite.

A Plenitude de Defesa está descrita na Constituição Federal de 1988, artigo 5º, inciso LV. Observa-se:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes

no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LV - Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; (BRASIL, 1988).

Este princípio assegura que no Tribunal do Júri podem ser utilizados todos os meios de defesa possíveis para o convencimento dos jurados. Tais como argumentos não jurídicos, exemplos do cotidiano, dentre vários outros. Com a finalidade de que os jurados possam compreender melhor para expressar em seus devidos votos. Os mesmos não necessitam de conhecimento técnico ou jurídico, muitas das vezes sendo leigos em tais questões. Sendo assim, neste momento devem ser utilizadas formas que melhor possam expressar e facilitar a compreensão dos mesmos.

2.1 VEÍCULOS DE INFORMAÇÃO E SEUS EFEITOS NA SOCIEDADE

A mídia detém um grande domínio na sociedade, seja ela em aplicativos de celular, rádio, TV, impressos, dentre outros. A informação move o cotidiano de todas as pessoas. Entretanto nem todas as informações repassadas possuem total veracidade dos acontecimentos, sejam eles os mais variados, política, economia, dentre outros. Muitas das vezes, quem consome tal notícia pode se deparar com matérias de cunho sensacionalista, ultrapassando tal realidade dos acontecimentos. Gerando repercussão, seja ela positiva ou negativa. Fazendo-se a mídia apresentar-se de maneira imparcial.

2.2 DIREITO À PUBLICIDADE, LIBERDADE DE IMPRENSA

A liberdade de imprensa é caracterizada por possuir o direito de informação, de maneira que um cidadão pode criar, publicar ou dispor essa notícia, por meio dos veículos de informação sem que o estado possa intervir.

Diferentemente da liberdade de expressão, que é caracterizada pela liberdade do pensar, também sem que ocorram interferências ou repressões. Descrita no artigo 220 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), observa-se:

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

Observa-se o ponto deste mesmo viés apresentado por Nuno e Sousa (1984, p;187 apud ALMEIDA, 2010, *online*):

A liberdade de expressão consiste no direito à livre comunicação espiritual, no direito de fazer conhecer aos outros o próprio pensamento (na fórmula do art. 11º da Declaração francesa dos direitos do homem de 1789: a livre comunicação de pensamentos e opiniões). Não se trata de proteger o homem isolado, mas as relações interindividuais ('divulgar'). Abrange-se [sic] todas as expressões que influenciam a formação de opiniões: não só a própria opinião, de caráter mais ou menos crítico, referida ou não a aspectos de verdade, mas também a comunicação de factos (informações).

A liberdade de imprensa está expressa no artigo 5º, inciso IX, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), identifica-se:

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

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

A Constituição Federal de 1988, fez a inclusão da liberdade de imprensa nos direitos fundamentais, sendo assim excluída a censura como regra. Tal feito possui extrema importância para um Estado Democrático de Direito. Pontua Almeida (2010, online):

Pode-se afirmar que a atividade jornalística se encontra, no capítulo de direitos e garantias fundamentais, na livre expressão de atividade de comunicação. Fazer jus a liberdade de imprensa é, também fazer utilizar-se de prerrogativas e garantias dadas à liberdade de pensamento e ao direito à informação. Nota-se que a informação realizada dentro dos meios de comunicação de massa hoje no Brasil, sofreu grandes mudanças, adquiriu recortes, ganhou contornos e tomou novas formas indispensáveis na construção de um Estado Democrático de Direito, que, antes, era vigorado por um regime autoritário marcado pelo governo militar.

A liberdade de imprensa tem extrema importância, e pode ser descrita como um ponto indispensável para a sociedade. Entretanto, também foi estabelecido determinado limite, para que possam ser preservadas garantias fundamentais como direito à intimidade, honra e imagem. A censura é algo que não é permitido, entretanto a mídia não pode interferir ou extrapolar ao ponto de que o direito e garantias fundamentais de um indivíduo

sejam lesados de alguma maneira, limites estes descritos na Constituição Federal de 1988, identifica-se em seu artigo 5º expressa em tais incisos:

IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

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

Não se condena nenhum indivíduo através de opiniões, matérias abusivas, com informações exacerbadas, sem veracidade, dentre outros inúmeros fatores que os veículos de informação podem apresentar para a sociedade em massa. Fazendo com que a partir do ponto em que se estabelece o limite da liberdade de informação, a mesma deixa de ser favorável para a sociedade e o sistema jurídico, especificamente para o Tribunal do Júri, e sua influência nas pessoas que compõem o conselho de sentença.

Nos casos de crimes contra a vida, tal ponto é de extrema relevância, tendo em vista o poder que os jurados possuem no momento de proferir seus respectivos votos. O clamor popular que se ocorre em casos de grande repercussão, fazem com que a sociedade não somente acompanhe como cobre o judiciário.

2.3 DECISÕES JURISPRUDÊNCIAIS EM DECORRÊNCIA DA SÚPLICA DO PÚBLICO EM CASOS DE GRANDE REPERCUSSÃO

Neste ponto, podemos observar alguns dos julgados proferidos pelos Tribunais Superiores, em decorrência dos crimes de grande repercussão e grande clamor da população, pontua-se:

1 - "DESAFORAMENTO. HOMICÍDIO QUALIFICADO. Requerimento da defesa alegando abalo da ordem pública e parcialidade do júri, existindo abaixo-assinado com 181 assinaturas de pessoas que clamam por justiça, afirmando que comparecerão em plenário, e insegurança do réu e de seus familiares, uma vez que a família da vítima jurou vingança. Manifestação desfavorável do ministério público. Informações do juízo ratificando os motivos da defesa pelo desaforamento. A possibilidade da presença de aproximadamente duzentas pessoas ao julgamento do acusado não constitui ameaça concreta e real a abalar a ordem pública, dispondo o Juízo de meios e recursos para acomodar apenas a capacidade comportada pelo

Plenário e assim deve proceder, tomando as medidas necessárias e requerendo ao Tribunal de Justiça providências que porventura demandem sua intervenção. O clamor público e o fato de a vítima ser pessoa conhecida na localidade não ensejam, por si só, que os jurados irão se conduzir com parcialidade, podendo, tanto o Juízo, quanto a Defesa e a Acusação, valerem-se dos meios processuais adequados para excluir e recusar jurados, não se conhecendo ainda a composição do Conselho de Sentença, inexistindo possibilidade real de violação da parcialidade do Júri. Igualmente o Juízo, na função de dirigente do Tribunal, dispõe dos meios para garantir a incolumidade física e moral do acusado durante o julgamento, zelando pela sua segurança e também dos demais presentes em Plenário. Se a família do Réu se sente ameaçada pelos familiares da vítima deve tomar as providências junto às autoridades policiais e judiciárias, não sendo tal questão motivo legal de desaforamento do julgamento. Não comprovação de tais alegações nos autos, tendo sido o júri anteriormente designado adiado em razão de ter sido a Defensora acometida de forte resfriado, sem que haja informações sobre eventual tumulto naquela data. Inexistente pelo menos um dos motivos elencados no artigo 424 do C.P.P., cabe preservar a regra de que o julgamento deve se dar no distrito da culpa. INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE DESAFORAMENTO". (Rio de Janeiro, Tribunal de Justiça, Quarta Câmara Criminal, Processo n. 0001246-97.2005.8.19.0051 (2207.057.00020), Desaforamento de Julgamento, Relatora: Des. Leila Albuquerque, 2007.).

2 - "HABEAS CORPUS. MANIFESTAÇÃO POPULAR. Trata-se de habeas corpus liberatório, com pedido liminar impetrado em favor de José Carlos Costa, sendo-lhe imputadas as penas descritas no art. 250, do CP. Sustenta cerceamento no direito ambulatorial, ante a ausência de fundamentação do decisum, falta de requisitos legais, ausência de justa causa, eis que possuem os elementos subjetivos para concessão do writ. Aduz-se, para tanto, que o paciente foi denunciado pelo ministério público, juntamente com outras nove pessoas, pela suposta prática do delito de incêndio. Argumenta-se, pois que os fatos ocorreram na data de 14/09/2013, ocasião em que diversos populares, no exercício do direito de manifestação e irrisignados quanto à atuação da polícia militar na cidade de Paty do Alferes/RJ, conforme denúncia acostada nos autos originários do presente writ. ainda em seu arrazoado defensivo, sustenta a absoluta ausência de materialidade e indícios de autoria com relação ao paciente, no que

se refere a alguns delitos narrados na denúncia, a ausência dos requisitos previstos no art. 312 CPP, assim como a falta de fundamentação da decisão, em violação à obrigatoriedade de motivação das decisões judiciais. por fim, argumenta-se, também que o paciente possui residência fixa, exercendo atividade lícita. afirma que a decisão que determinou a prisão data de 17/11/2013, sendo que o paciente permaneceu em liberdade desde a suposta prática dos fatos. assim, requer-se, em sede liminar, que seja substituída a prisão provisória por outra medida cautelar menos gravosa. Opina a d. procuradoria de justiça, no sentido de ser denegada a ordem. ordem que deve ser concedida em parte. Cediço que com a entrada em vigor da lei 12.403/11 a decretação ou a manutenção de uma prisão cautelar deve estar embasada não somente na presença dos requisitos dos arts. 312 e 313, do CPP, como também na demonstração da insuficiência e desnecessidade da aplicação das medidas cautelares diversas da prisão contidas no novo art. 319, do CPP. É sabido que a manutenção da prisão exige a presença de elementos que a justifiquem, nos termos do artigo 312 CPP. Sendo assim, cabe ao julgador interpretar restritivamente os pressupostos do art. 312 da lei processual 19 penal, fazendo-se mister a configuração fática dos referidos requisitos. E o que se constata é que o juiz autor da decisão não indicou fatos concretos que poderiam abalar a ordem pública, embaraçar a instrução criminal ou que o paciente se furtará a aplicação da lei penal, caso seja condenado. A leitura do pronunciamento revela total ausência de indicação de fatos processuais aptos a ensejar a convicção de que a liberdade do paciente coloca em risco o processo. Não há tópico sequer com o apontamento de causas concretas para se negar ao paciente o direito, que é regra geral, à luz da constituição, como reconhece o supremo tribunal federal de forma pacífica, no mesmo sentido, não se deve pautar uma decisão extremada baseando-se no clamor público que por vezes encontra-se contaminado pela opinião pública distorcida pela mídia. Dessa forma, verifico ausente a imprescindível demonstração da necessidade concreta da medida extrema, uma vez que não há, na decisão guerreada, razões idôneas que expliquem, no caso concreto, quaisquer dos requisitos da prisão preventiva, em especial a garantia da ordem pública, constando dela apenas as genéricas expressões da lei. O magistrado necessitava afirmar na decisão a presença de *fumus commissi delicti*, consistente na probabilidade da ocorrência de um delito e o *periculum libertatis*, representado pela natureza do risco à

conveniência da instrução penal ou para assegurar a aplicação da lei penal embutida em eventual liberdade do paciente. A leitura do pronunciamento revela total ausência de indicação de fatos processuais aptos a ensejar a convicção de que a liberdade do paciente coloca em risco o processo. Não há tópico sequer com o apontamento de causas concretas para se negar ao paciente o direito, que é regra geral, à luz da constituição, como reconhece o supremo tribunal federal de forma pacífica. Neste sentido, viola a norma constitucional decisão que preserva custódia cautelar excepcional sem fundamento legal válido. e o que se constata é que o juiz autor da decisão não indicou fatos concretos que poderiam abalar a ordem pública, não se podendo convalidar a fundamentação da prisão preventiva na gravidade genérica dos delitos imputados ao paciente na peça exordial 20 acusatória. In casu, restou demonstrado tratar-se de paciente primário e de bons antecedentes, bem como possuir residência fixa e comprovação de trabalho lícito e inexistindo os requisitos para manutenção do decreto prisional cautelar, nos termos do art. 310 do CPP, não há razão para a manutenção da custódia. Assim, a motivação mostra-se insuficiente, por genérica e abstrata, ficando no mero campo da possibilidade e não da indispensável probabilidade normativa. Assim, não restou caracterizado que a ordem pública esteja ameaçada pela soltura do paciente. Por outro lado, saliente-se, que na hipótese em apreço, diante da aplicação do binômio necessidade e adequação, vislumbro serem plenamente aplicáveis as medidas cautelares alternativas à prisão, previstas nos artigos 319 do Código de Processo Penal. No caso do paciente parecem ser suficientes, para o resguardo do processo, as medidas cautelares prevista no inciso i do art. 319 do CPP. Outrossim, devem os efeitos do presente julgado ser estendido aos corréus, ora qualificados na ação penal originária do presente writ, eis que no caso em análise restou comprovada situação idêntica em relação aos demais acusados. Liminar deferida e ratificada no presente julgado. Concessão parcial da ordem para substituir a prisão preventiva decretada em desfavor do paciente, ratificando a liminar deferida, aplicando-lhe as medidas cautelares previstas no inciso i do art. 319 do CPP, bem como para assinar termo de comparecimento a todos os atos do processo para os quais for intimado e de manter atualizado seu endereço nos autos, sob pena de revogação, sem prejuízo de ser novamente decretada sua prisão cautelar com a demonstração concreta de sua necessidade, estendendo-se os efeitos do presente julgado aos corréus, ora qualificados na ação

penal originária do presente writ, eis que no caso em análise restou comprovada situação idêntica em relação aos demais acusados, nos termos do artigo 580, do CPP". (Rio de Janeiro, Tribunal de Justiça, Sétima Câmara Criminal, Processo n. 0065226-93.2013.8.18.0000, Habeas Corpus, Relator: Des. Siro Darlan de Oliveira, 2014.).

3 - HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. DESAFORAMENTO. CLAMOR PÚBLICO. MOTIVO INSUFICIENTE. INFLUÊNCIA DOS JURADOS NÃO DEMONSTRADA. OPINIÃO DO MAGISTRADO DE PRIMEIRO GRAU. RELEVÂNCIA. ORDEM DENEGADA. 1. Não há constrangimento ilegal a ser reconhecido se o acórdão que indeferiu o pedido de desaforamento mostra-se devidamente fundamentado, notadamente porque o clamor público causado pelo delito não serve para demonstrar a necessidade da medida, não bastando para tanto alegar que o atentado que o paciente teria sofrido pode comprometer a isenção dos julgadores. 2. Esta Corte já decidiu que a opinião do magistrado de primeiro grau, cujo contato direto com os fatos permite uma melhor verificação da necessidade do desaforamento, tem papel fundamental na análise de pedidos dessa natureza. 3. Habeas corpus denegado (STJ - HC: 43888 PR 2005/0073797-5, Relator: Ministro PAULO GALLOTTI, 2008)

3 A INFLUÊNCIA DA MÍDIA E SEUS EFEITOS NO CONSELHO DE SENTENÇA

Como se observou nos pontos anteriores os veículos de informação detêm de grande influência na sociedade, e como tais circunstâncias podem afetar os processos forenses no Direito Processual penal, pois tais fatos possuem correlação com a parcialidade ou imparcialidade dos jurados que fazem parte do conselho de sentença.

A mídia no momento em que abastece a população de notícias sensacionalistas, casos de crimes contra a vida acabam sendo julgados antes mesmo de adentrar em um Tribunal. Causando na população medo, revolta, repúdio, observa-se então a partir deste ponto, que já se obtém um pré-julgamento. São vários os princípios que asseguram um julgamento imparcial, entretanto, no lado externo da sociedade é impossível desvincular tais medos instaurados, ou se desvencilhar da opinião pública.

Observa-se em relação ao ponto abordado, a análise de Vianna:

'referida liberdade de informação e de manifestação do pensamento não constitui direito absoluto, podendo ser relativizado quando colidir 27 com o direito à proteção da honra e à imagem dos

indivíduos, bem como quando ofender o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.' [...] Por isso, constitui abuso do direito de liberdade de imprensa, p. ex.:(a) a descrição fatos efetivamente ocorridos, mas com afirmações imprecisas, abusando de recursos retóricos e que geraram dúvida quanto à conduta da pessoa noticiada [...]; (b) a matéria extrapola o animus narrandi, tendo por escopo nodal atingir a honra e a imagem da pessoa, com o agravante de se utilizar como subterfúgio informações inverídicas, evidenciando, no mínimo, displicência do jornalista na confirmação dos fatos trazidos pela sua fonte [...]; (c) a utilização de no ato de qualificações pejorativas e xingamentos [...] (2015, online).

Embora o conselho de sentença faça um juramento de votar estabelecendo seu livre convencimento, de acordo com sua própria convicção, os mesmos não estão ilesos de notícias externas, seria impossível blindá-los de alguma maneira anterior aos fatos, repercussões. Entretanto, os jurados são a representatividade da população e da sociedade, que detém de opinião pública, na qual proferem seus votos sem necessitar de justificativa.

CONCLUSÃO

Desde o princípio de como as instituições jurídicas se formularam, percebemos que ao longo de tantas modificações e tecnologias, alguns pontos não se divergem dos antigos, como o fato de um semelhante julgar o outro, por um crime cometido. Como se apresentaram pontos, da era inicial do Tribunal do Júri, até os tempos atuais, a formação do conselho de sentença, a representatividade permanece. Entretanto, a atualidade trouxe consigo princípios, direitos e deveres a serem cumpridos que por sua vez, podem assegurar de maneira eficaz, o julgamento daquele que está sendo acusado. Resguardando sua presunção de inocência e a maneira de como o mesmo será tratado.

A mídia por sua vez, embora tenha limites estabelecidos na Constituição Federal de 1988, para que o acusado não seja afetado nem exposto no curso de seu processo, ainda possui grande influência na sociedade, que se faz representada por um conselho de iguais. Conclui-se a presente pesquisa, enfatizando a responsabilização que a mídia possui, sendo a transmissora de informações que afetam diretamente a massa, e as partes envolvidas, sem que seja tendenciado para que assim sejam evitados pré-julgamentos, conservando os direitos e garantias fundamentais daquele que a Constituição Federal assegura.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Priscila Coelho de Barros. Liberdade de expressão e liberdade de informação: uma análise sobre suas distinções. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 80, set 2010.

Disponível em:
https://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artig
Acesso em: 11/04/2021.

BRASIL. Código de Processo Penal. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em 11/08/2021.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em:7
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em
10/07/2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em:
<http://www.tjrj.jus.br.htm>. Acesso em: 05/09/2021.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal** / Fernando Capez. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FREITAS, Paulo César, *Criminologia Midiática e Tribunal do Júri*, 2018.

FREITAS, Paulo Cesar; PLET TI, Ricardo Padovani. A pessoa jurídica de direito privado como titular de direitos fundamentais e a obrigatoriedade de implementação dos sistemas de compliance pelo ordenamento jurídico brasileiro. In: *Direito empresarial*, 2015.

LUCAS, Ana Claudia, 2010. Disponível em: <http://profeanaclaudialucas.blogspot.com.br/2010/03/livre-convencimento-motivado-e-intima.html>. Acesso em 13/05/2021.

MARQUES, José Frederico. A instituição do júri, 1963. BASTOS, Marcio Tromaz. Júri e mídia. **Tribunal do júri: Estudo sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira**. São Paulo: Revista dos tribunais, 1999.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do Júri*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forence, 2015.

ROBLES, Gregorio. *Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual*, 2005.

STJ. HABEAS CORPUS: HC 0073797. Relator: Ministro Paulo Gallotti. **JusBrasil**, 2008. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/940262/habeas-corpus-hc-43888-pr-2005-0073797-5>. Acesso em 16/08/2021.

TÁVORA, Nestor. **Curso de Processo Penal** / Nestor Távora, Rosmar Rodrigues Alencar. 12. Ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

TEIXEIRA, Marieli Rangel. **As propriedades do jornalismo sensacionalista: uma análise da cobertura do caso Isabella Nardoni**. 2011. Dissertação (Mestrado em Comunicação) – Faculdade de Comunicação Social, PUCRS, Porto Alegre, 2011. Disponível em: <http://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/2064/1/000432475-Texto%2bCompleto-0.pdf>. Acesso em 15/05/2021.

VIANNA, Felipe Augusto Fonseca. Presunção de Inocência e Liberdade de Imprensa: A Cobertura Midiática e sua Influência no Tribunal do Júri. Estudo em Homenagem ao Professor Nasser Abraham Nasser Netto. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 19 maio 2015. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.53468&seo=1>. Acesso em: 12/06/2021.

A EFETIVIDADE DAS SAÍDAS TEMPORÁRIAS: UM ESTUDO A LUZ DA LEI DE EXECUÇÕES PENAIS E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL

ALCINE GOMES AQUINO:
Graduanda em Direito pela
FAMETRO.

RESUMO: A lei de execução penal prevê que os apenados terão direito a todos os direitos os quais não foram retirados por meio da aplicação da pena. As saídas temporárias, nesse contexto, são muito importantes, uma vez que é necessário que a pena possa cumprir com a sua função social – que é a reeducação do preso – e não terem uma função vingativa, como alguns setores da sociedade assim desejam. Nesse sentido, o presente trabalho teve por objetivo discorrer a respeito da efetividade das saídas temporárias à luz da Constituição Federal e da Lei de Execuções Penais. No decorrer da presente pesquisa, verificou-se que a falta de efetividade das saídas temporárias pode ser justificada pela própria falta de efetividade da execução da pena, que não consegue ter o seu fim ressocializador. É preciso mais do que isso: uma reformulação na maneira que a execução penal se dá no cárcere, com efetiva fiscalização e garantia de direitos humanos aos presos poderia diminuir as chances de reincidência diminuindo a violência que pode ou não ser cometida no decorrer da saída temporária. Garantindo dignidade e a efetiva reinserção dos presos na comunidade, é possível que o sistema penal de maneira global possa ser mais efetivo quando da execução da pena, fazendo com que também as saídas temporárias possam cumprir seu fim, que é o de introduzir os presos novamente ao convívio em sociedade.

PALAVRAS-CHAVE: Execução Penal. Saídas Temporárias. Efetividade.

ABSTRACT: Brazilian criminal law follows the guidelines of the Federal Constitution, which prohibits the punishment or its execution from being cruel and violating the human rights of prisoners. In this sense, the penal execution law provides that the inmates will be entitled to all the rights which were not removed through the application of the penalty. Temporary exits, in this context, are very important, since it is necessary that the penalty can fulfill its social function – which is the prisoner's re-education – and not have a vengeful function, as some sectors of society so desire. In this sense, the present work aimed to discuss the effectiveness of temporary exits in light of the Federal Constitution and the Criminal Execution Law. In the course of this research, it was found that the ineffectiveness of temporary exits can be justified by the ineffectiveness of the execution of the sentence itself, which cannot have its re-socializing purpose. It was concluded that there are some legislative efforts – many in their existence the result of criticism from various areas of civil society, against the occurrence of temporary exits – that aim to further repress the crimes committed during these moments of freedom given sporadically to the convicts. Despite being a successful legislative effort, we understand that the repression of the criminal act alone will not be efficient for the repeat offender to stop committing the crime. More than

that is needed: a reformulation in the way that criminal execution takes place in prison, with effective supervision and guarantee of human rights to prisoners, could reduce the chances of recurrence, reducing the violence that may or may not be committed during the release temporary. Ensuring dignity and the effective reinsertion of prisoners in the community, it is possible that the penal system in a global way can be more effective when the sentence is executed, making temporary exits also fulfill their purpose, which is to introduce prisoners again to coexistence in society.

KEYWORDS: Penal execution. Temporary Departures. Effectiveness

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. A importância das saídas temporárias dentro do ordenamento jurídico brasileiro; 3. A efetividade das saídas temporárias; 4. O debate a respeito das saídas temporárias à luz da lei de execução penal e da constituição federal; 5. Conclusão; 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A lei penal brasileira segue as diretrizes da Constituição Federal, que proíbe que a pena ou sua execução seja cruel e viole os direitos humanos dos presos. A lei de execução penal prevê, inclusive, que os apenados terão direito a todos os direitos os quais não foram retirados por meio da concessão da pena.

As saídas temporárias, nesse contexto, são muito importantes, uma vez que é necessário que a pena possa cumprir com a sua função social – que é a reeducação do preso – e não terem uma função vingativa, como alguns setores da sociedade assim desejam.

É que a natureza da pena é retributiva, mas também preventiva e principalmente educativa. O Estado não tem interesse, ao menos em tese, na manutenção da criminalidade. Desta maneira, a imposição de penas que suscitem comportamentos indesejados pelos presos pode ser algo muito ruim para o objetivo da pena.

Ocorre que o sistema prisional brasileiro não tem cumprido o objetivo de reeducar os condenados e, com o instituto das saídas temporárias – objeto do presente trabalho – não é diferente.

Dessa maneira, o presente trabalho utiliza como questão norteadora “As saídas temporárias, no contexto atual em que são realizadas, são ineficientes a reintrodução do preso na sociedade e frágeis, uma vez que expõem a sociedade a condenados não reeducando?”.

Trabalha-se com a hipótese de que apesar de intenso combate midiático e ideológico contra as saídas temporárias, estas continuam sendo importante forma de a Lei

de Execução Penal promover a reintegração do preso na sociedade. No entanto, é necessário que haja uma remodelação deste instituto, com o objetivo de assegurar o bom cumprimento deste instituto.

2. A IMPORTÂNCIA DAS SAÍDAS TEMPORÁRIAS DENTRO DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO;

A bem da verdade, é importante que se conheça melhor o instituto da saída temporária para que possa haver a emissão de juízo de valor fundamentado a respeito de tal garantia processual penal.

Turbay e Désirée (2019) analisam que o benefício da saída temporária é devido a apenas um público específico de presos – os que se encontram cumprindo pena em regime semiaberto. A partir de então, os autores elucidam que tais saídas são concedidas em datas comemorativas, como o Natal, ano novo, a Páscoa, o dia das mães, dia dos pais e dia de finados:

A saída temporária está disciplinada nos artigos 122 a 125 da lei 7.210/84 (Lei de Execução Penal). O benefício é direcionado aos condenados que cumprem pena em regime semiaberto. Tal autorização é concedida pelo juiz de execução, dando a esses internos a possibilidade de saírem do estabelecimento prisional de forma temporária, isto é, com prazo determinado. As datas comemorativas que autorizam a saída temporária são: Natal/Ano Novo; Páscoa; Dia das Mães; Dia dos Pais; e Finados.

Turbay e Désirée (2019) explicam que a concessão do benefício não ocorre de maneira automática, uma vez que o condenado deve preencher requisitos para a sua concessão. É necessário apresentar bom comportamento, ter cumprido 1/6 de sua pena – no caso de réus primários – ou 1/4 - no caso de réus reincidentes. Tal benefício deve ser compatível com os objetivos da pena:

Sendo o referido benefício um direito subjetivo, o condenado deve preencher certos requisitos para fazer jus a sua concessão, devendo apresentar bom comportamento; cumprir no mínimo um sexto da pena, se primário, e um quarto, se reincidente. O benefício deve ser compatível com os objetivos da pena.

Turbay e Désirée (2019) elucidam, ainda, que com a concessão de tal benefício, o condenado tem a possibilidade de afastamento do ambiente prisional sem a submissão de vigilância direta. Sobre a monitoração eletrônica, esta fica a critério do magistrado, que pode deixar de aplicar tal medida se achar que esta é dispensável:

O artigo 122 da Lei de Execuções Penais dispõe que, ao receber o benefício, o interno terá a possibilidade de se afastar do ambiente prisional sem ser submetido à vigilância direta, ficando a critério do magistrado a determinação quanto à necessidade de monitoração eletrônica.

Por fim, Turbay e Désirée (2019) trazem que a concessão de saída temporária tem objetivo. Tal objetivo pode ser a concessão de saída temporária para a visitação de familiares – tais como a ocorrida em feriados, que já foi trabalhada anteriormente; a frequência a curso supletivo profissionalizante ou de instrução de 2º grau ou superior; pode ocorrer, também, para a participação de atividades que concorram para o retorno do condenado ao âmbito social:

O intuito da saída é proporcionar ao condenado a visitação aos familiares; a frequência em curso supletivo profissionalizante ou de instrução de 2º grau ou superior; ou, ainda, a participação em atividades que concorram para o retorno do condenado ao âmbito social. Tudo isso tem por objetivo propiciar a ressocialização, uma das finalidades das saídas.

Como vimos, as saídas temporárias têm por fim propiciar a ressocialização do apenado, um dos principais objetivos da aplicação da pena. Segundo Vanin (2018), o artigo 1º da Lei de Execuções Penais (Lei n. 7210/1984) deixa explícito que a meta é proporcionar a ressocialização do condenado:

No primeiro artigo da Lei de Execução Penal, acerca da aplicação da pena, fica explícito que a meta do dispositivo é proporcionar condições favoráveis para a harmonia e integração social do condenado e internado.

Assim, a função ressocializadora da pena é posta desde o início em primeiro plano. Tal função explícita e declarada do dispositivo citado é uma das principais, as quais o Estado, por meio de suas políticas, se compromete a cumprir.

Desta maneira, cumpre salientar que o referido dispositivo legal citado por Vanin (2018) tem a seguinte redação: “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”, o que já deixa explícita a concordância do dispositivo com o que foi trabalhado anteriormente.

No mesmo sentido, o artigo 3º da Lei de Execuções Penais traz que o preso terá direito a todos os direitos que não foram atingidos pela sentença ou lei. Além disso, ressalta que não haverá distinção de qualquer natureza:

Art. 3º Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei.

Parágrafo único. Não haverá qualquer distinção de natureza racial, social, religiosa ou política.

Assim, as saídas temporárias têm sua legalidade justificada, não sendo necessária a discussão a respeito da suspensão desta garantia concedida aos presos. O que se pode debater, no entanto, é a sua efetividade, uma vez que o cumprimento de tal objetivo – a ressocialização do preso – demanda diversos fatores.

3. A EFETIVIDADE DAS SAÍDAS TEMPORÁRIAS

Apesar de as saídas temporárias serem muito importantes ao ordenamento jurídico pátrio, cabe discutirmos a respeito da efetividade deste instituto. Visando a reinserção social,

Para Gomes e Sousa (2010, n.p) cabe ressaltar que o Estado permite que a saída temporária exista por uma suposta confiança no preso, que tem por objetivo permitir a ressocialização do condenado. Essa ressocialização é feita de maneira gradativa, uma vez que o preso não pode ser inserido de uma vez só e ser “ressocializado” dessa maneira:

A saída temporária se funda na confiança e tem por objetivo a ressocialização do condenado, já que permite sua gradativa reintegração à comunidade, destinada a apenados do regime semiaberto. Mostrar ao reeducando a possibilidade de manutenção dos seus laços familiares, permitir que ele tenha a oportunidade de estudar e se qualificar para o mercado de trabalho para, quando alcançar a liberdade, poder ter oportunidades para garantir o seu sustento lícitamente e auxiliar para que tenha um convívio social íntegro, pacífico e harmonioso. Diferentemente, da permissão de saída que tem suas hipóteses elencadas no artigo 120 da Lei 7.210/84 (LEP): a) em caso de falecimento ou doença grave do cônjuge, companheira, ascendente, descendente ou irmão e b) diante da necessidade de tratamento médico. No caso da permissão de saída, esse direito pode ser concedido a apenados dos regimes fechado e semiaberto, assim como os provisórios.

Sobre a reinserção social do condenado, Nogueira Júnior e Marques (2021, p.3) entendem que a ressocialização tem o intuito de converter o condenado a adaptar-se as normas sociais, demonstrando a ele o seu erro e que, ao pagar pela transgressão, poderia retornar ao convívio social. Infelizmente, não se observa o efeito ressocializador da pena, sendo isso consequência, principalmente, da maneira que a execução da pena se dá, ferindo diversos direitos humanos e tirando o mínimo de dignidade garantida constitucionalmente aos apenados:

O conceito do ressocializar reside no ato de “converter” o condenado que, através da execução da pena, adaptar-se-ia aos limites das normas sociais, compreendendo ter errado e convencendo-se de que, pagando pela sua falta, estaria pronto para o retorno ao convívio social. Nesse sentido, a pena teria a função de entronizar no recluso o senso moral que não possuía, a ponto de ter praticado uma conduta desajustada socialmente, aqui concebida como a infração penal. (FALCONI, 1998). Acontece que não se observa esse efeito ressocializador da pena, notadamente, pelas formas e condições com que a mesma é cumprida, sem que permita uma existência digna e assim, qualquer reflexão por parte do condenado que leve a uma nova proposta de vida, com a retomada de seu destino.

Segundo Vidal (2011, p.33), atualmente a ressocialização do preso não está sendo feita de maneira efetiva. É que, com o sistema prisional em crise, alguns dos presos estão sendo levados a reincidência, sendo necessário que algumas políticas sejam reformuladas:

Como se observou anteriormente, muito se discute os fins da pena privativa de liberdade, que na opinião de Shecaira e Corrêa Junior (2002, p. 146) “a ressocialização e a retribuição pelo fato são apenas instrumentos de realização do fim geral da pena: prevenção geral positiva.” Todavia, tais instrumentos, diante de um sistema prisional em crise, não estariam cumprindo com seu papel ressocializador, inclusive, levando os indivíduos à reincidência, sendo necessária uma mudança nas condições do cumprimento da pena, para que se possa, segundo os mesmos autores (2002, p. 147), buscar um “significado sociológico da função de ressocialização.” A ressocialização, porém, deve ser encarada não no sentido de reeducação do condenado para que este passe a se comportar de acordo com o que a classe detentora do poder deseja, mas sim como reinserção social, isto é, torna-se também finalidade da pena a criação de mecanismos e condições ideais para que o delinquente retorne ao convívio da sociedade sem traumas ou sequelas que impeçam uma vida normal. (SHECAIRA;

CORRÊA JUNIOR, 2002, p. 146). Indiscutível que o instituto da saída temporária se torna mecanismo fundamental da reintegração do indivíduo ao meio externo do cárcere, bem como tem um papel imprescindível aos fins ressocializador da pena privativa de liberdade, visando o seu retorno gradativo ao convívio social e familiar de forma salutar.

Cabe ressaltar que existem algumas dificuldades atualmente quando do cumprimento da pena. Segundo Vidal (2011, p. 36) não há dúvidas quanto a importância do instituto das saídas temporárias dos presos. Ocorre que há uma frustração nas expectativas no que diz respeito a efetividade deste instituto. Em seu estudo, argumenta-se que uma das dificuldades é, também, o Estado Policialesco provocado pela mídia, entendendo que a reincidência ocorrida em alguns casos de saída temporária não é provocada pela saída temporária em si:

Incontestável a importância do instituto abordado para fins de ressocialização e efetivação dos propósitos da execução penal. Contudo, mesmo conseguido o objetivo e tendo a oportunidade de usufruir tal benefício muitos indivíduos não conseguem estabelecer este contato com a sociedade de forma salutar, frustrando expectativas, provocando um debate que ainda não encontra uma resposta concreta. Ao lado disso, surge um questionamento polêmico, o que é primordial? Assegurar direitos ao sentenciado, que à luz da Constituição Federal, é sujeito de direito igual a qualquer outro cidadão livre ou primar pela segurança e integridade da coletividade, o que também é um direito consagrado pela Carta Magna? E quando a opção escolhida é a de garantir direitos ao sentenciado, tal como o de lhe assegurar o benefício à saída temporária, na maioria das vezes, surge uma legião de opositores manifestando-se de forma radical e contrária à concessão da benesse. Essas vozes opositoristas ganham força principalmente quando os meios de comunicação anunciam delitos cometidos por sentenciados durante o gozo do benefício, ou quando parcela desses sentenciados não retorna ao cárcere no final de período concedido, considerados assim, em fuga do sistema prisional. Todavia, a reincidência não pode ser creditada tão somente ao fato do sujeito ter sido beneficiado com as saídas temporárias, ou mesmo que só é praticada por aqueles que se encontram em gozo do benefício.

Dessa maneira, é preciso pensar uma maneira de reformular a política de execução criminal de forma geral para que as saídas temporárias tenham

Atualmente há um Projeto de Lei que tramita na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ), que considera como agravante para a pena quando o crime for cometido durante uma situação extraordinária como a saída temporária, liberdade condicional e a prisão domiciliar:

O Projeto de Lei do Senado (PLS) 443/2017 passa a considerar agravante para a pena a ser paga quando o crime for cometido durante a saída temporária e em situações similares, como a liberdade condicional e a prisão domiciliar, ou por fugitivos do sistema prisional. O texto diz ainda que, se os crimes forem cometidos com violência ou grave ameaça à vítima, a pena será aumentada de um terço até a metade.

Desta maneira, verifica-se um esforço legislativo no sentido de coibir a prática de crimes no decorrer destas situações, como é o caso da saída temporária.

Com a devida vênia, o presente trabalho não concorda que apenas este esforço legislativo seja suficiente para coibir a ocorrência de práticas de reincidência no decorrer das saídas temporárias: entende-se que o problema é muito maior para ser resolvido apenas com a repressão estatal.

Para Andrade et al. (2015, p.33), os próprios operadores do Direito não creem numa ressocialização dos presos, utilizando em sua maioria de palavras hostis a se referir deste grupo, apesar de possuírem, inicialmente, um discurso voltado para o cumprimento da lei. Em estudo conduzido pelos autores, verificou-se que dentro dos presídios, agentes penitenciários – os profissionais que estão à frente do cuidado com os presos – acreditam que o foco da pena deve ter como maior importância tão somente a punição dos presos, não levando em consideração que a pena, cumprida dentro do cárcere, deveria ter sua política de execução com o foco em uma pena que é punitiva e educadora ao mesmo tempo, conforme preceitos da lei penal e processual penal vigente:

Os operadores da execução penal procuravam manter um discurso alinhado com o dos defensores dos direitos dos presos. Além da humanização dos presídios, insistiam na necessidade de fazer cumprir a LEP, de aproximar a sociedade do cárcere e da importância da família para a reintegração social da pessoa encarcerada. Ao mesmo tempo, não raro deixavam escapar palavras hostis em relação aos presos, defendendo os preceitos da sociedade punitiva: "a ressocialização é o ideal, mas na realidade a cadeia é punição apenas. E pensando como sociedade, acredito que ele tem que pagar mesmo". Principalmente os agentes penitenciários acreditavam que o foco na punição era mais importante que na ressocialização, pois punir seria muito mais inibidor

das ações criminosas que as ações voltadas à reintegração. Pairava a dúvida sobre a eficácia da prisão na transformação dos indivíduos. Principalmente devido às condições de cumprimento de pena, o cárcere possuía uma capacidade limitada de ressocialização, deixando espaço para uma política de execução centrada na punição, ainda que, idealmente, seu papel fosse de punir e reeducar, simultaneamente.

Dessa maneira, cabe ressaltarmos o debate existente a respeito das saídas temporárias e de que maneira esse debate deve levar em consideração a lei de execução penal e a Constituição Federal.

No entanto, independentemente de qualquer posicionamento doutrinário, acredita-se que, apesar de toda precariedade do sistema, há uma possibilidade concreta de recondução do indivíduo ao convívio social de forma satisfatória.

Tal inspiração positiva é reforçada na teoria de Franco (2009, p. 1), para quem:

22 [...] não se poderá jamais deixar de acreditar na melhora do homem, no crescimento pessoal e na recuperação porque, se perdida a esperança, então estará aberto o caminho para o abandono ainda maior de todos os apenados e para a própria falência da raça humana tomada como corpo inevitável de progresso. É obrigação de todos emprestarem aos demais seres humanos respeito, tolerância e dignidade. Este é um princípio inarredável da convivência humana fraterna.

4. O DEBATE A RESPEITO DAS SAÍDAS TEMPORÁRIAS À LUZ DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL E DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A lei penal e processual penal, como qualquer lei, pode ser objeto de questionamento por diversos setores da sociedade. Tal possibilidade faz parte da democracia e é saudável, desde que a discussão se dê até certo ponto.

É que a defesa de atos inconstitucionais com o objetivo de apresentar “melhoras” no sistema penal brasileiro é um equívoco que pode piorar ainda mais a questão da reincidência entre os condenados, ao colocá-los em condições sub-humanas.

É importante, assim, verificarmos o que diz a Constituição Federal a respeito do cumprimento de pena e apresentarmos o debate atual estimulado pela mídia e pela sociedade civil a respeito das saídas temporárias.

Inicialmente, cabe salientar que a Constituição Federal de 1988 traz, por meio do artigo 5º, que a pena deverá ser adotada entre as opções de privação de liberdade, perda de bens, multa, prestação social alternativa ou suspensão de direitos. O inciso XLI traz,

também, que a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais:

(...)

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos;

(...)

XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

Apesar de a Constituição Federal assegurar que o cumprimento de pena deverá ser apenas restrito a aquelas modalidades acima descritas, evitando-se, portanto, que a prestação da pena seja cruel, ou que ocasione na morte ou banimento do detento, por exemplo, o que se verifica atualmente é que parte da sociedade não deseja que tais garantias dadas a todos possam ser cumpridas aos presos, que delas mais necessitam no momento de vida a qual estão passando.

Com relação ao benefício da saída temporária, não é diferente. Vários setores da sociedade, influenciados principalmente pelo debate suscitado pela mídia e pela política, entendem ser abomináveis as saídas temporárias.

Entendem que tal instituto serviria apenas para desmoralizar o cumprimento de pena, uma vez que a concessão de tais saídas permitiria que os presos pudessem se organizar para efetuar ainda mais crimes quando soltos.

Um dos principais objetos de questionamento da sociedade civil, mídia e de setores opostos da política, são a saída temporária em massa de presos, de maneira que tais setores tentam pintar uma situação temerária a segurança pública em tais feriados comemorativos.

Segundo a Agência Senado (2021, n.p), atualmente

O caso do foragido Lázaro Barbosa, acusado de homicídios e estupro e procurado há mais de 15 dias no Distrito Federal, trouxe novamente à tona a discussão sobre as regras para a progressão de regime e as saídas temporárias e de presos. Na última quarta-feira, em Plenário, senadores pediram a aprovação de projetos que endurecem as regras para os chamados saídões.

— Toda a comoção que estamos vivendo não aconteceria se Lázaro continuasse na prisão. Por causa de assalto e estupro, ele foi preso em 2010. Teve progressão de pena para o semiaberto em 2013 e foi beneficiado com a saída temporária na Páscoa, em 2018. Decidiu que o saidão seria definitivo, e voltou a ser o que é: delinquente. Matou quatro pessoas de uma mesma família e sua fuga é tema obrigatório dos noticiários de rádio e TV em todo o país — lamentou o senador Jorge Kajuru (Podemos-GO) durante sessão remota.

É importante deixarmos claro que a concessão do benefício da saída temporária não é feita de qualquer maneira. A Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal entendeu, em sede de julgamento de Habeas Corpus, que o simples ingresso no regime semiaberto não faz com que o preso seja necessariamente legitimado para obter o benefício. É que este é apenas um pressuposto que pode ou não significar na autorização de saída desde condenado, que deve ter outros critérios para sua concessão:

O ingresso no regime prisional semi-aberto é apenas um pressuposto que pode, eventualmente, legitimar a concessão de autorizações de saídas em qualquer de suas modalidades permissão de saída ou saída temporária, mas não garante, necessariamente, o direito subjetivo de obtenção dessas benesses. Com base nessa orientação, a Turma indeferiu habeas corpus em que beneficiado com progressão para o regime semi-aberto insurgia-se contra decisão de juízo das execuções penais que lhe denegara autorização para visita familiar (LEP, art. 122, I). Alegava a impetração que, uma vez concedida a progressão prisional, a citada autorização também deveria ser deferida. Asseverou-se cumprir ao juízo das execuções criminais avaliar em cada caso a pertinência e a razoabilidade da pretensão, observando os requisitos objetivos e subjetivos do paciente. Ademais, consignou-se que a decisão impugnada estaria fundamentada e que, para revertê-la, seria necessário o reexame de fatos e provas, o que vedado em sede de habeas corpus. HC 102773/RJ, rel. Min. Ellen Gracie, 22.6.2010. (HC-102773)

A partir das críticas tecidas ao instituto das saídas temporárias, é importante ressaltar que o Superior Tribunal de Justiça possui Súmula para a aplicação da saída temporária. Tal súmula é a 520, que traz a seguinte redação: "o benefício de saída temporária no âmbito da execução penal é ato jurisdicional insuscetível de delegação à autoridade administrativa do estabelecimento prisional". (Súmula 520, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 25/03/2015, DJe 06/04/2015)

Segundo Andrade (2017, p.26), a existência da referida súmula tem causado certo debate dentro da jurisprudência brasileira, haja vista que muitas varas de execuções penais têm decisões radicalmente diferentes da súmula 520:

A súmula 520 do Superior Tribunal de Justiça vem causando certo balburdio no

que tange a fixação de calendário anual para fins de saídas temporárias. Acontece que, tal súmula caminha em direção contrária ao que muitas Varas de Execuções Penais vêm decidindo em algumas partes do Brasil. Além do mais, gerou-se certo conflito de entendimento acerca da temática das saídas temporárias automatizadas, de um lado, o Supremo Tribunal Federal entende por válida tal prática, de outro, o STJ – até então – entendia não ser possível a adoção de tal medida.

A respeito da concessão das saídas temporárias, a Agência Senado (2018, n.p) esclarece que estas só são concedidas a presos em regime aberto e semiaberto, com base na Lei de Execução Penal. Dessa maneira, já cai por terra o argumento falacioso de que as saídas temporárias seriam concedidas a todos os presos, indiscriminadamente. São concedidas em épocas como o Dia das Mães e feriados religiosos, tais como o Natal. Existem critérios para a concessão da saída temporária e não tem direito a ela aqueles que se encontram sob investigação ou os que estejam respondendo por inquérito ou sanção disciplinar:

As saídas temporárias são normalmente concedidas a presos dos regimes aberto e semiaberto com base na Lei de Execução Penal (Lei 7.210/1984) em datas festivas, como o Dia das Mães, e religiosas, como a Páscoa e o Natal. O juiz da Vara de Execuções Penais edita uma portaria com os critérios para a concessão do benefício. É exigido do preso autorização da direção da unidade prisional para a saída temporária. Podem ser concedidas, no máximo, quatro saídas por ano, com duração máxima de sete dias cada uma.

Não têm direito ao benefício presos sob investigação ou respondendo a inquérito ou sanção disciplinar. O objetivo da saída é estimular o

convívio familiar e o respeito a mecanismos de disciplina. Os órgãos de segurança pública de cada estado são responsáveis pelo monitoramento dos presos durante o período, sendo que o Judiciário pode determinar o monitoramento eletrônico nos saídas. Quem não cumpre a determinação de retorno no dia e horário marcados é considerado foragido e pode perder o direito ao regime semiaberto e responder a inquérito disciplinar.

Por fim, cabe ressaltar que Santos (2021, n.p) defende que algumas alterações já foram feitas nas saídas temporárias, como as trazidas pela aprovação do Pacote Anticrime ainda em 2019. Argumenta-se que as saídas temporárias podem ser utilizadas como uma espécie de teste para verificar se os condenados já têm condições de conviver novamente em sociedade, e que a falta destas saídas pode afetar na percepção de que este condenado estaria realmente com condições de retornar ao convívio social:

Com o chamado Pacote Anticrime, aprovado em 2019 e que entrou em vigor a partir de janeiro de 2020, quem comete crimes hediondos (estupro, sequestro, roubo etc.) que resulta em morte da vítima não pode mais se beneficiar das "saidinhas". Entretanto, a regra não é retroativa, e criminosos já condenados antes de 2020 vão continuar a ter direito às saídas temporárias.

Para Falivene, a alteração trazida pelo Pacote Anticrime pode dificultar a avaliação dos presos. Ele lembra que, com ou sem "saidinhas", os presos vão ser libertados. Na avaliação do criminalista, sem as saídas temporárias será mais difícil saber se o indivíduo realmente tem condições de voltar a conviver em sociedade.

"O que as pessoas às vezes não compreendem é isso: que a saída temporária é uma avaliação, um teste, que o preso terá de passar para provar que tem condições de sair ou não. Alguns acabam cometendo crime e, eventualmente, são presos e perdem esse direito. Mas a maioria não faz isso e acaba progredindo", explica.

Diante disso, pode-se destacar que as saídas temporárias têm argumentos favoráveis e desfavoráveis, dependendo do apenado. Ao ver da sociedade as saídas temporárias faz com que a criminalidade aumente nessa época de "saidinhas", e por isso a sociedade ver isso como benefício ineficaz.

Dessa maneira, é errôneo o entendimento de que o correto seria apenas o aumento da rigidez da punibilidade. Apesar de ser uma saída, apenas o aumento da rigidez com que se dá o cumprimento de pena poderia ser uma maneira de piorar a reincidência dos presos, ainda que estes não tivessem saídas temporárias ou outros benefícios é que, querendo ou não, uma hora estes presos sairão do cárcere.

E, quando isto acontecer, é melhor que ele esteja preparado para retornar ao convívio societário e com perspectivas para emprego e mudanças de vida, do que com a única perspectiva de que o crime será sua saída novamente para levar o sustento a sua casa, por exemplo.

Ante ao exposto, seguimos com a conclusão do presente trabalho, levando em consideração todas as ponderações aqui expostas.

5. CONCLUSÃO

As saídas temporárias são instituto jurídico muito importante a concretização dos direitos dos presos, uma vez que estes apesar de terem infringido alguma lei penal no decorrer da vida, continuam sendo seres humanos e não é o status de condenado que tirará dele a sua humanidade.

Ocorre que atualmente existem problemas quanto a execução da política de execução penal de uma maneira geral, e com o instituto das saídas temporárias, essa realidade não é diferente.

Nesse sentido, o presente trabalho teve por objetivo a pesquisa a respeito da efetividade das saídas temporárias, instituto que tem sua existência em muito questionada pela sociedade civil, vez que o senso comum não entende a sua necessidade de existência ou a sua validade jurídica e de concessão de direitos humanos.

Como vimos no decorrer desta pesquisa, existem alguns esforços legislativos muitos em sua existência frutos de críticas de diversas áreas da sociedade civil, contra a ocorrência das saídas temporárias que visam reprimir ainda mais os crimes cometidos no decorrer destes momentos de liberdade dados esporadicamente aos condenados.

Apesar de ser um esforço legislativo acertado, entendemos que apenas a repressão do ato criminoso não será eficiente para que o preso reincidente pare com o cometimento do delito.

É preciso mais do que isso: uma reformulação na maneira que a execução penal se dá no cárcere, com efetiva fiscalização e garantia de direitos humanos aos presos poderia diminuir as chances de reincidência, diminuindo a violência que pode ou não ser cometida no decorrer da saída temporária.

Concluiu-se que existem alguns esforços legislativos muitos em sua existência frutos de críticas de diversas áreas da sociedade civil, contra a ocorrência das saídas temporárias que visam reprimir ainda mais os crimes cometidos no decorrer destes momentos de liberdade dados esporadicamente aos condenados.

Garantindo dignidade e a efetiva reinserção dos presos na comunidade, é possível que o sistema penal de maneira global possa ser mais efetivo quando da execução da pena, fazendo com que também as saídas temporárias possam cumprir seu fim, que é o de introduzir os presos novamente ao convívio em sociedade.

6. REFERÊNCIAS

AGÊNCIA SENADO. **Caso Lázaro reacende debate sobre saídas temporárias e progressão de regime.** Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/06/25/caso-lazaro-reacende-debate-sobre-saidas-temporarias-e-progressao-de-regime>

ANDRADE, Carja Coelho de; OLIVEIRA JÚNIOR, Almir; BRAGA, Alessandra de Almeida; JAKOB, André Codo; ARAÚJO, Tatiana Daré. **O desafio da reintegração social do preso: uma pesquisa em estabelecimentos prisionais.** Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - Brasília: Rio de Janeiro: Ipea, 1990 -. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/4375/1/td_2095.pdf

ANDRADE, Rasseck Pacheco. **(Im)possibilidade de fixação judicial de calendário genérico para fins de saídas temporárias anuais.** FACULDADES UNIFICADAS DE TEÓFILO OTONI, Teófilo Otoni, Minas Gerais, 2017. Disponível em: <https://dspace.doctum.edu.br/handle/123456789/3617>

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

BRASIL. **LEI Nº 7.210, DE 11 DE JULHO DE 1984.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm

GOMES, Luiz Flávio. SOUSA, Áurea Maria Ferraz de Sousa. **Saída temporária: é direito subjetivo quando preenchidos os requisitos legais.** Disponível em <http://www.lfg.com.br>

NOGUEIRA JÚNIOR, Gabriel Ribeiro; MARQUES, Verônica Teixeira. **Reinserção social: para pensar políticas públicas de proteção aos direitos humanos.** Publica Direito. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=d45959550312221e>

SANTOS, Jocelaine. **“Saidinha” da prisão: o que diz a lei que permite que condenados passem dias fora da cadeia.** Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/saidinha-da-prisao-o-que-diz-a-lei-que-permite-que-condenados-passem-dias-fora-da-cadeia/>

SENADO NOTÍCIAS. **Quem comete crime nos “saidões” terá pena agravada, determina projeto.** Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2018/01/04/quem-comete-crime-nos-saidoes-tera-pena-agravada-determina-projeto>

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Súmula 520.** Disponível em: [http://www.coad.com.br/busca/detalhe_16/2480/Sumulas e enunciados](http://www.coad.com.br/busca/detalhe_16/2480/Sumulas_e_enunciados)

TURBAY, Marcelo; DÉsirÉE, Larissa. **A saída temporária para além do sensacionalismo midiático e do oportunismo político.** Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/309396/a-saida-temporaria-para-alem-do-sensacionalismo-midiatico-e-do-oportunismo-politico>

VANIN, Carlos Eduardo. **A função ressocializadora da pena sob a ótica da criminologia crítica.** Disponível em: <https://duduhvanin.jusbrasil.com.br/artigos/645853298/a-funcao-ressocializadora-da-pena-sob-a-otica-da-criminologia-critica>

VARGAS, Maiara Fernandes Vidal; MEURER, Marcelo. **Saída temporária dos presos após o novo entendimento do Senado: PLS nº 192/2017.** Disponível em: <https://multivix.edu.br/wp-content/uploads/2019/11/saida-temporaria-dos-presos-apos-o-novo-entendimento-do-senado-pls-n-192-2017.pdf>

VIDAL, Marcia Salete Nicolodi. **As saídas temporárias no processo de execução penal.** UNIJUI - Universidade Regional Do Noroeste Do Estado Do Rio Grande Do Sul. Disponível em: <https://bibliodigital.unijui.edu.br:8443/xmlui/bitstream/handle/123456789/1081/Marcia%20Salete%20Nicolodi%20Vidal.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

IMPRESSORA 3D: O DELITO DO FUTURO E A POLÍCIA DO PASSADO

KLINGER FERREIRA DE OLIVEIRA:

Graduando do Curso de Direito do Centro
Universitário FAMETRO

RESUMO: Novas tecnologias significam novas oportunidades para práticas criminosas. Sendo assim, o objetivo deste estudo é demonstrar como a tecnologia das impressoras 3D podem ocasionar inúmeros riscos, fomentando o surgimento de delitos até então inimagináveis. A tecnologia de impressão 3D conjectura uma nova era, onde qualquer pessoa que possuir a tecnologia consegue imprimir qualquer objeto com uma precisão extraordinária. A impressão 3D, formalmente conhecida como manufatura aditiva, é a processo de criação de um objeto tridimensional por meio das camadas de diferentes tipos de materiais, mais comumente plásticos. Uma característica chave e inovadora da manufatura aditiva no processo de impressão 3D é a sua simplicidade. As impressoras 3D imprimem objetos digitalizando-os através de scanners a laser ou auxiliados por computador através de arquivos de design (CAD), que podem ser facilmente baixados e compartilhados e trocados em sites de compartilhamento de arquivos online, isso porque os usuários de impressão 3D possuem diversas comunidades ao qual mantém bancos de dados com códigos abertos. Os arquivos de código aberto, no entanto, são de grande preocupação porque qualquer pessoa pode baixar e modificar, assim os usuários podem baixar e usar arquivos de design e projetos para uma infinidade de objetos que vão desde próteses a fabricação de armas. Essa tecnologia permite aos usuários imprimir uma variedade de objetos pré-montados exclusivos, são inúmeras as possibilidades que vão desde simples brinquedos à próteses de membros inferiores ou superiores, órgãos, células, bem como impressão de armas de fogo e de drogas, roubo de propriedade intelectual; falsificação de documentos. Nesta senda, é de extrema importância alertar o potencial perigo que esta tecnologia pode ocasionar, e prevenir as Forças de Segurança para se prepararem para combater de modo efetivo os eventuais delitos cometidos através dessa tecnologia.

PALAVRAS-CHAVE: Impressora 3D. Tecnologia. Crimes do futuro. Polícia.

ABSTRACT: New technologies mean new opportunities for criminal practices. Thus, the objective of this study is to demonstrate how 3D printer technology can cause countless risks, fostering the emergence of hitherto unimaginable offenses. 3D printing technology conjectures a new era, where anyone with the technology can print any object with extraordinary precision. 3D printing, formally known as additive manufacturing, is the process of creating a three-dimensional object through layers of different types of materials, most commonly plastics. A key innovative feature of additive manufacturing in the 3D printing process is its simplicity. 3D printers print objects by digitizing objects using laser scanners or computer aided through design (CAD) files, which can be easily

downloaded and shared and exchanged on online file sharing sites, because 3D printing users have many communities to which it maintains open source databases. Open source files, however, are of great concern because anyone can download and modify them, so users can download and use design files and designs for a multitude of objects ranging from prosthetics to weapons manufacturing. This technology allows users to print a variety of unique pre-assembled objects, there are countless possibilities ranging from simple toys to lower or upper limb prostheses, organs, cells, as well as printing firearms and drugs, property theft intellectual; forgery of documents. In this path, it is extremely important to alert the potential danger that this technology can cause, and to alert the Security Forces to prepare themselves to effectively combat any crimes committed through this technology.

KEYWORDS: Technology, future crimes, internet, police

Sumário: 1. INTRODUÇÃO. 2. DEFINIÇÃO DE IMPRESSORA 3D. 3. AS DIFERENTES TÉCNICAS DE IMPRESSÃO 3D E SUAS CARACTERÍSTICAS. 3.1. Estereolitografia (SLA). 3.2. Modelagem de Deposição Fundida (FDM). 3.2.1. Vantagens da tecnologia de impressão 3D FDM. 3.2.2. Desvantagens da tecnologia de impressão 3D FDM. 3.3. Sinterização Seletiva a laser (SLS). 3.4. Sinterização a laser de metal direto (DMLS). 3.5. Derretimento Seletivo a Laser (SLM). 3.6. Polyjet. 3.7. Processamento digital de luz (DLP). 3.8 Multi Jet Fusion (MJF). 4. DELITOS DO FUTURO OCASIONADOS PELA IMPRESSORA 3D. 4.1. Riscos ocasionados pela utilização da impressora 3D no âmbito criminal. 4.2. Polícia do passado x Polícia do futuro. 5. CONCLUSÃO. 6. REFERÊNCIAS

1. INTRODUÇÃO

O futuro da violência e da criminalidade está intimamente ligado aos avanços da tecnologia. Inúmeras inovações tecnológicas são desenvolvidas a cada ano para solucionar problemas como por exemplo: os dispositivos médicos inteligentes, os drones, a internet das coisas, as impressoras 3D dentre outros.

É inegável as contribuições positivas que a tecnologia dispõe para a sociedade contemporânea, em especial as impressoras 3D desenvolvidas para materializarem objetos em três dimensões. Contudo, é imprescindível alertar *sobre o perigo emitente que a nova tecnologia das impressoras 3D possa causar*, principalmente no que concerne à criminalidade.

As impressoras 3D prenunciam uma nova era em que o analógico e o digital se mesclam e se tornam indistinguíveis um do outro. Através dessa tecnologia é possível construir objetos com uma precisão incrível, camada por camada (GOODMAN, 2015 p. 3).

Os dispositivos são capazes de construir quaisquer objetos, como por exemplo: na medicina, transplantes podem contar com estruturas personalizadas a cada paciente; na biologia, pesquisadores podem obter uma cópia de cada tipo de fóssil ou estrutura óssea para estudo; no design, os profissionais podem conceber protótipos ainda melhores para seus projetos; na história, pode-se replicar itens valiosos ou importantes de outros séculos, bem como estudar variações de produtos obsoletos; na área de nutrição, pesquisadores podem pensar em soluções de alimentação criadas em laboratório; e na robótica, peças mecânicas e componentes eletrônicos podem ser aprimorados (ERICKSON, 2012 p. 74).

Em suma, estamos vivenciando a era da tecnologia e a inserção das impressoras 3D no mercado, ao mesmo tempo que esse progresso ocorre, dedicamos pouquíssimos recursos para nos antecipar em relação aos riscos resultantes destas tecnologias, que podem se replicar descontroladamente.

O cenário da violência está mudando do mundo real para o ambiente virtual em níveis tão profundos que as autoridades não conseguem controlar os delitos cometidos nesse ambiente. A ameaça é realmente séria e está mais do que na hora de nos prepararmos. O policial do futuro, possivelmente precisará de menos fuzis e mais domínio das ferramentas tecnológicas.

Partindo desse pressuposto, o presente estudo tem por objetivo demonstrar como a tecnologia das impressoras 3D pode ocasionar inúmeros riscos, fomentando o surgimento de delitos até então inimagináveis.

2. DEFINIÇÃO DE IMPRESSORA 3D

Criada na década de 80' a impressora 3D é uma tecnologia desenvolvida para imprimir ou criar tridimensionalmente objetos, tendo por base as dimensões de altura, largura e profundidade de um modelo digital fornecido por um aplicativo de computador.

A impressão 3D ou manufatura aditiva (AM) é um processo de fazer um objeto tridimensional em um protótipo pré-existente escaneado ou criando um design auxiliado por arquivo digital no computador (CAD). O processo de impressão 3D começa com a criação de um CAD, ou um design virtual de um objeto. O CAD pode ser gerado de duas maneiras; manualmente através do uso de um programa de modelagem tridimensional ou através de um objeto digitalizável existente no mundo real com um auxílio de scanner 3D, assim o scanner 3D então gera um modelo virtual do objeto. (DALY & MANN, 2018 p. 3).

As impressoras 3D são máquinas multifuncionais que: não requerem modificações do sistema em novos designs; simplificam a criação de estruturas complexas; produzem muito menos resíduos; e não precisam de ferramentas adicionais. De maneira mais técnica, a impressão tridimensional pode ser descrita como um sistema de impressão por

manufatura aditiva, já que a matéria-prima usada no processo é adicionado gradualmente em várias camadas, até completar o formato do objeto final (MIRANDA MORANDINI, 2020 p. 68).

Na definição de Bagliotti & Gasparotto (2017 p.172) a impressora 3D, é uma máquina de prototipagem rápida, sendo composta por uma tecnologia em que seu conceito fundamental é o processo de fabricação aditiva, que cria objetos uma camada de cada vez, de baixo para cima em um plano cartesiano.

Para Cunico (2015 p. 11) esta tecnologia tem a adição de material e fabricação de objetos camada-por-camada como conceito fundamental e comum, sendo ao longo dos anos difundidas por diversos nomes. Necessariamente, diz-se que ela transforma bits em átomos: em um programa de computador é feito o design digital de um objeto que é transformado em algo físico e tridimensional pelo mecanismo da impressão.

3. AS DIFERENTES TÉCNICAS DE IMPRESSÃO 3D E SUAS CARACTERÍSTICAS

A Stereolithography Apparatus - SLA foi a primeira técnica de impressão 3D descoberta nos anos 80, porém não foi a única. Cinco anos após ter sido inventada, a SLA ganhou a companhia da técnica *Fused Deposition Modeling* (FDM) ou modelagem de deposição fundida, patenteada em 1989 por Scott Crump. Nas décadas subsequentes, surgiram, também, a *Selective Laser Sintering* (SLS) ou sinterização a laser, *Selective Laser Melting* (SLM) ou derretimento a laser, *Polyjet* e outras técnicas não difundidas amplamente. A Tabela 01 apresentada uma síntese das principais técnicas de impressão tridimensional.

TABELA 01 – Diferentes tecnologias de Impressão 3D.

Tipo de Técnica	Tecnologia	Materiais
Polimerização	SLA – Estereolitografia	Foto polímeros e resinas
Extrusão	FDM – Deposição de filamento	Termoplásticos, misturas e
Granular	SLS – Sinterização a laser	Ligas metálicas: titânio.
Granular	SLM – Derretimento a laser	Termoplásticos, pós metálicos
Polimerização*	Polyjet	Resinas e foto polímeros

FONTE: Adaptado de OLIVAREZ (2010).

A Tabela 01 destaca as principais técnicas de impressão utilizadas pela impressora 3D, em especial os materiais utilizados na impressão, assim como a tecnologia empregada: materiais disponíveis, precisão, textura de acabamento, resistência e disponibilidade

cromática ou pluricromática. Vale destacar que à medida que as impressoras foram evoluindo, os materiais utilizados também foram acompanhando a evolução, assim criando uma infinidade de produtos e objetos.

Ao se fazer uma análise mais minuciosa, com a abrangência de todas as características fundamentais citadas anteriormente, não é fácil obter uma escolha unânime. Cada técnica tem sua vantagem e deve ser condicionada ao propósito e também ao investimento disponível.

3.1 Estereolitografia (SLA)

É uma técnica precursora de mais de 30 anos da tecnologia da manufatura aditiva, na qual está se usufrui de processos fotoquímicos baseados na solidificação espacialmente controlada de uma resina líquida por fotopolimerização.

Ela é capaz de gerar peças ou objetos, camada a camada, por meio da orientação de um canhão à laser sobre a superfície de um tanque, que é envolto por fotopolímero líquido (TROTT, 2012 p. 72). As impressoras SLA se destacam na produção de peças com altos níveis de detalhes, acabamentos suaves na superfície e tolerâncias rigorosas. É amplamente utilizado na indústria médica e aplicações comuns incluem modelos anatômicos e microfluídicos. Usa-se as impressoras Vipers, ProJets e iPros 3D fabricadas pela 3D Systems para peças SLA.

3.2 Modelagem de Deposição Fundida (FDM)

É um método de fabricação aditiva onde camadas de materiais são fundidas em um padrão para criar um objeto. Em termos leigos, uma impressora FDM 3D típica pega um filamento de plástico e o espreme através de uma extremidade quente, derretendo-o e, em seguida, depositando-o em camadas no leito de impressão. Essas camadas são fundidas juntas, acumulando-se em toda a impressão e, eventualmente, formarão a peça finalizada (ENGIPRINTERS, c2020).

A tecnologia de impressão 3D mais acessível de todos, com mais popularidade no mercado, funciona aplicando materiais camada por camada, criando paternos tridimensionais, como uma pistola de cola quente extremamente precisa.

3.2.1. Vantagens da tecnologia de impressão 3D FDM

É a tecnologia de impressão 3D mais popular e barata no mercado brasileiro. Com baixo custo das impressoras 3D FDM, potencializa produção em massa de peças com bastante variedade de matérias de impressão 3D (PRINTIT3D, 2018).

3.2.2. Desvantagens da tecnologia de impressão 3D FDM

A qualidade de impressão 3D comparando com outras tecnologias pode ser problemático se a máquina não estiver bem calibrada, Linhas de impressão 3D são visíveis, e dependendo da forma de impressão, uma direção do objeto impressa pode ser mais fraca que outra direção (PRINTIT3D, 2018).

3.3 Sinterização Seletiva a laser (SLS)

É uma tecnologia de manufatura aditiva multiuso que permite a fabricação de peças com boa resolução e ótimas propriedades mecânicas. É uma técnica versátil, pois, possibilita uma geometria ilimitada além de permitir que diferentes tipos de materiais possam ser utilizados (STOIA, 2019 p. 32). Considerado um processo de fusão em leito de pó, é capaz de produzir peças sólidas usando uma fonte de energia a laser, como dióxido de carbono, ou feixe de elétrons para fundir o pó. Os materiais com baixa condutividade térmica são mais utilizados por serem mais estáveis durante a sinterização.

Uma das principais vantagens com o uso do SLS é que ele não precisa de estruturas de suporte, ou seja, o pó fornece todo o suporte necessário para a construção das peças. Por esse motivo, o SLS pode ser usado para criar geometrias complexas que são difíceis de fabricar com outros métodos de impressão 3D (MAS BRASIL, 2020).

O SLS não requer estruturas de suporte, para que toda a plataforma de construção possa ser utilizada para aninhar várias peças em uma única construção, tornando-a adequada para quantidades de peças superiores a outros processos de impressão 3D. Muitas peças do SLS são usadas para criar protótipos que um dia serão moldados por injeção (PRINTIT3D, 2018).

3.4 Sinterização a laser de metal direto (DMLS)

A sinterização direta a laser de metal é uma das técnicas de impressão 3D mais fascinantes, pois permite que você imprima seus próprios desenhos em metais como Alumínio ou Titânio. É um divisor de águas quando se trata de impressão 3D direta de metais. Este processo de impressão 3D ultra high end é uma das tecnologias de fabricação mais avançadas do mundo (ENGIPRINTERS, c2020).

A sinterização a laser de metal direto envolve a propagação de uma camada muito fina de pó de metal na superfície que deve ser impressa. Um laser é lentamente e firmemente movido através da superfície para sintetizar este pó, o que significa que as partículas dentro do metal são fundidas, mesmo que o metal não é aquecido o suficiente para permitir que ele derreta completamente (PRINTIT3D, 2018). Ao contrário da maioria das impressoras domésticas, as impressoras DMLS não usam filamentos. Na verdade, as peças impressas em 3D são feitas de pó de alumínio ou titânio muito fino e granular. É

importante notar que o pó usado pelas impressoras 3D não pode ser qualquer tipo de pó (ENGIPRINTERS, c2020).

3.5 Derretimento Seletivo a Laser (SLM)

É semelhante à técnica SLS que é aplicada em plásticos e cerâmicas. A principal diferença entre essas técnicas é a fundição de pó metálico com a intenção de obter propriedades mecânicas semelhantes à de matérias-primas utilizadas na fabricação tradicional (YAKOUT et al., 2018). Nessa técnica podem ser impressos componentes com pó de um único tipo de metal ou misturas de pó metálico, formando ligas. A fusão a laser seletiva produz objetos impressos que são extremamente densos e fortes.

3.6 Polyjet

É uma poderosa tecnologia de impressão 3D capaz de produzir peças, protótipos e ferramentas suaves e precisos. Com resolução de camadas microscópica e precisão de até 0,014 mm, ela é capaz de produzir paredes finas e geometrias complexas usando a mais ampla gama de materiais disponível em qualquer tecnologia (VIDAKIS et al., 2020 p. 14). Os projetistas podem aproveitar a tecnologia para prototipar peças elastoméricas ou sobremoldadas.

3.7 Processamento digital de luz (DLP)

As impressoras DLP 3D usam um processo de fotopolimerização, ou de tratamento de polímeros líquidos, assim como a estereolitografia. Um tanque de polímero líquido é exposto a uma DLP, que projeta a luz em locais que necessitam de solidificação (3DILLA, c2014).

O processamento digital de luz é semelhante ao SLA, pois cura a resina líquida usando a luz. A principal diferença entre as duas tecnologias é que o DLP usa uma tela de projetor de luz digital, enquanto o SLA usa um laser UV. Isso significa que as impressoras DLP 3D podem criar imagens de uma camada inteira da construção de uma só vez, resultando em velocidades de construção mais rápidas (PRINTIT3D, 2018).

3.8 Multi Jet Fusion (MJF)

A tecnologia MJF é composta de moldes térmicos a jato de tinta que aplicam agentes líquidos para aumentar a resistência da peça, que dá controle absoluto sobre sua impressão, em termos de textura, fricção, resistência e até mesmo propriedades elétricas ou térmicas (MOURA, 2020).

A tecnologia de MJF utiliza pó finos que consegue imprimir peças de alta densidade com baixo porosidade uma camada de impressão por volta de 80 microns (0.080 mm), Em

comparação com a tecnologia SLS, MJF consegue imprimir peças com superfície lisa sem necessitar acabamento, uma tecnologia muito eficiente para empresas que tem um prazo de entrega curto. (PRINTIT3D, 2018).

4. DELITOS DO FUTURO OCASIONADOS PELA IMPRESSORA 3D

É inegável o alto potencial que essa tecnologia é capaz de realizar em diversas áreas do conhecimento científico como podemos citar na Pandemia de Coronavírus a mesma através de uma empresa denominada *Raytheon Technologies* que atua sobretudo na área de armamentos e equipamentos militares, conseguiu imprimir a notável marca de 25.000 unidades de protetores faciais em apenas 2 semanas, alcançada pelo uso de 100 máquinas de impressão 3D (A BRIGHT... 2020). Outros exemplos, são a produção de 10 milhões de aparelhos auditivos impressos em circulação em todo o mundo (SHARMA, 2013 p. 2). Na Austrália a comunidade científica e organização de pesquisas industriais publicou a fabricação, sob medida, de ferraduras de titânio impressas com a técnica de sinterização a laser.

Embora muitas das tecnologias sejam discutidas em crimes do futuro oferecem uma visão perturbadora sobre atividade criminosa, nenhum detém o impacto imensamente nefasto como o da impressora 3D. Indivíduos mal-intencionados desenvolvem métodos inteligentes e inovadores para atingir seus objetivos, incorporando as mais recentes inovações emergentes em seu *modus operandi*. Os infratores começarão a utilizar a impressão tridimensional para o roubo de propriedade intelectual. Bolsas Louis Vuitton, Prada, Gucci e Relógios Rolex, TAG Heuer, Breitling serão submetidos facilmente a digitalização de altíssima resolução, assim como próteses (membros inferiores e superiores), um órgão (coração, rins), ou até mesmo células. Já existem controversas de que a tecnologia possui a capacidade de produzir armas de fogo no calibre .380 padrões, e de que inclusive a pessoa que projetou o artefato disponibilizou o download na internet.

Ainda nessa vertente de produção de armas um grupo denominado *Defense Distributed* começou a divulgar planos para a elaboração de um projeto onde seriam utilizadas impressoras 3D para a fabricação de um fuzil AR-15 e outros tipos de armas no seu site. Na Tabela 02 podemos observar os inúmeros casos envolvendo a fabricação de armas através da impressora 3D.

TABELA 02. Casos envolvendo armas e peças de armas de fogo impressas em 3D em diferentes Países.

Local	Época	Caso
-------	-------	------

EUA	05/2013	Cody Wilson lança arquivo de design para o Liberator que foi baixado mais de 100.000 vezes em todo o mundo.
Europa	05/2013	Dois repórteres imprimiram o Liberator e levaram-no de Londres a Paris, através do Trem da Eurostar
Austrália	05/2013	A polícia constrói e dispara duas armas de fogo impressas em 3D. Primeira arma disparada e confirmada para ser letal. A segunda arma explodiu.
Reino Unido	10/2013	Componentes de arma de fogo impressos em 3D localizados ao lado de uma impressora 3D durante uma invasão em uma propriedade em Manchester.
Japão	05/2014	Yoshitomo Imura preso por porte de armas de fogo impressas em 3D é condenado a dois anos de reclusão.
Austrália	02/2015	A polícia localiza peças de arma de fogo impressas em 3D e o indivíduo se declara culpado de fabricar as armas.
EUA	07/2015	Polícia apreende rifle de assalto AR-15 com menor de idade impresso em 3D em Oregon.
Austrália	05/2016	A polícia apreende uma impressora 3D usada para imprimir armas de fogo em uma operação associada a Gangues de motociclistas fora da lei.
Austrália	06/2016	A polícia localiza armas de fogo impressas em 3D e um indivíduo foi advertido por fazer réplicas de armas de fogo como adereços de cinema.
EUA	08/2016	Administração de Segurança de Transporte descobre revólver impresso em 3D carregado com munição real na bagagem de mão no aeroporto de Reno.

Austrália	11/2016	A polícia acusa cinco indivíduos por porte de armas de fogo impressas em 3D. Polícia localizou quatro metralhadoras, equipamentos de fabricação de armas, silenciadores e uma impressora 3D.
Austrália	12/2016	A polícia conduz uma operação e encontra 14 armas de fogo. Um indivíduo é acusado de vender arma de fogo impressa em 3D e espanadores de junta impressos em 3D.
Austrália	03/2017	Indivíduo ofereceu uma arma de fogo impressa em 3D para venda online. A polícia localizou quatro pistolas de imitação, incluindo duas 3D Glocks fabricados, um Sig 250 fabricado em 3D; duas pistolas de ar, computador equipamento e duas impressoras 3D.

Adaptado de DALY & MANN, 2018.

Agora imagine-se os criminosos munidos de um notebook, uma impressora 3D e com acesso à internet, terem acesso a um prédio por exemplo de uma empresa que guarda valores, eles podem adentrar o prédio imprimir as armas e realizarem o delito (GOODMAN, 2015 p.4).

Outro fator de extrema importância e que causa bastante inquietação é que essas armas produzidas através da impressão 3D, utilizam material plástico em sua composição, fato este o qual se tornaria impossível os detectores de metal identificar, além do mais outras preocupações seriam a respeito do controle e de números de registro e rastreamento destas armas.

4.1 Riscos ocasionados pela utilização da impressora 3D no âmbito criminal

A tecnologia de impressão 3D revolucionou o mercado em função da facilidade que essa tecnologia permite em imprimir objetos tridimensionais. Essa tecnologia é comparada como uma “varinha mágica”, segundo Hod Lipson e Melba Kurman, (2012), onde o mesmo em seu livro “Fabricated: The New World of 3D Printing” descreve assim:

Como a varinha mágica de contos de fadas infantis, impressão 3D nos oferece a promessa de controle sobre o mundo físico. Impressão 3D fornece a pessoas comuns novas ferramentas poderosas de design e produção. [...] Em um futuro impresso em 3D, as pessoas farão o que elas precisarem, quando e onde elas precisarem. Porém, tecnologias são tão boas quanto as pessoas que as usam. As pessoas podem fabricar armas e novas drogas não regulamentadas ou até tóxicas (KURMAN; LIPSON, 2012, p.11, tradução nossa).

Ao analisarmos o trecho do parágrafo citado acima, os autores afirmam que a tecnologia de impressão 3D é capaz de produzir qualquer objeto, e vão além deixando uma reflexão um tanto alarmante, sobre a mente que se utiliza da ferramenta, ou seja, se for um criminoso ele utilizará para praticar diferentes delitos.

Os delitos praticados por meios eletrônicos representam qualquer conduta humana, seja omissiva ou comissiva, típica, antijurídica e culpável, em que a máquina tenha sido utilizada para facilitar a execução ou a consumação da figura delituosa, ainda que cause danos a pessoas sem que o autor se beneficie (LIMA, 2011, p. 13).

O *“modus operandi”* que os criminosos utilizam hoje em dia é o ciberespaço, onde os mesmos praticam os mais diversos crimes com intenção de lucro ou obtenção de vantagens ilícitas de caráter pecuniário. Assim, podemos elencar alguns crimes utilizando a tecnologia: A impressão de armas, fabricação em alta escala de drogas e remédios; roubo de propriedade intelectual; falsificação de documentos entre outros.

Com relação a produção de armas podemos citar a fabricação de armas de fogo em casa, mais conhecidas como *“armas fantasma”*, que variam desde pistolas Glock 17 até AR-15. Essas armas são um problema enorme para os aplicadores do Direito, tendo em vista o total anonimato da existência delas, como destacado no tópico anterior, onde já se alerta para o risco que esse tipo de arma pode causar, pois passa despercebida na detecção.

Exemplo clássico acontece em Israel, onde um jornalista do Channel 10 TV testou a segurança do Parlamento Israelense e conseguiu passar uma arma 3D sem que a mesma foi detectada. Arma esta produzida com base em projetos da Defense Distributed, organização sem fins lucrativos dos EUA, que fornece esquemas digitais de armas de fogo que podem ser baixadas pela internet e utilizadas em aplicativos de impressão 3D (CAPTAIN, 2013 p. 23).

Somente para se ter noção da gravidade da impressão de armas, ressalta-se que o primeiro modelo de arma criado em computador e impresso em três dimensões teve seu projeto, em dois dias, baixado mais de 100 mil vezes (CORDEIRO, 2015 p.23).

Outro aspecto da impressão 3D que apresenta problemas de delitos é o uso dessa tecnologia para roubo de propriedades intelectuais. Este problema foi visto principalmente de uma perspectiva de direito privado, ao invés da lei penal. No entanto, a possibilidade de violação do *“Internet Protocol”* – IP (Protocolo de Internet) em larga escala por Impressão 3D, como a produção de itens falsificados, apresenta outra dimensão. Além disso, objetos falsificados impressos em 3D também podem apresentar riscos de segurança para os usuários devido serem construídos em condições, e com materiais, que podem ser inadequados para o propósito. Apesar dos temores de que a impressão 3D possa violar o IP de forma semelhante aos direitos autorais digitais, até agora não se tem

informação sobre tal prática criminosa. No entanto, este possível delito deve ser monitorado, especialmente se os desenvolvimentos tecnológicos na impressão 3D conseguirem realmente violar o IP a partir da impressora 3D.

Em um outro contexto, pode-se prever no futuro próximo que os criminosos irão utilizar a tecnologia 3D para praticarem um crime intitulado Skimmer, mais conhecido como “chupa cabra” hoje já é usado de forma mais rústica, em que consiste produzir uma abertura de caixa automático semelhante a original, para que os criminosos consigam uma cópia dos dados bancários dos indivíduos durante as transações. No outono de 2014, autoridades espanholas e búlgaras se infiltraram em uma rede de crime organizado que estava cometendo fraude de cartão de crédito ao imprimir o equipamento para fabricar slot de cartão de plástico falso engastes instalados em caixas eletrônicos e terminais de pontos de venda como “skimmers de ATM”. A rede criminosa era operada na Itália, França, Espanha e Alemanha; autoridades fizeram 31 prisões e confiscaram mais de 1.000 dispositivos (CHASE & LAPORTE, 2018 p. 6).

A inquietação sobre o uso das impressoras 3D na execução deste crime é o fato de que, apenas com fotos do caixa eletrônico, elas conseguem imprimir cópias quase idênticas, dificultando a identificação dessas fraudes pela polícia (FINANCIALLY, 2014).

A impressão 3D também pode oferecer uma maneira de contornar uma série de medidas de segurança biométrica. Materiais como poliuretano termoplástico e náilon são flexíveis quando impressos e podem ser usados para imprimir uma impressão digital ou uma impressão da mão. Os criminosos precisam realizar atrito nas falanges dos dedos, então utilizar esse método do sangue quente para realizar a impressão falsa quente, como se fosse tecido vivo. Também é possível que uma impressora de mesa possa imprimir o padrão dos vasos sanguíneos no olho para contornar a varredura da retina. Os aplicativos para os quais os criminosos podem usar a impressão 3D são limitados apenas por sua criatividade (CHASE & LAPORTE, 2018 p. 8).

4.2 Polícia do passado x Polícia do futuro

A humanidade nos últimos anos vivencia uma nova era denominada de “Era da Informação”, onde todo mundo está conectado, usando a internet para comunicar-se. Tal inovação tecnológica possibilitou inúmeros avanços, mas por outro lado trouxe inúmeros gravames, como por exemplo servir de plataforma e instrumento para a prática de novas formas criminosas. A criminalidade tem acompanhado a evolução tecnologia, com crimes cada vez mais elaborados, o que obriga as forças policiais a estarem sempre em busca do aperfeiçoamento.

Diante dessa nova forma de praticar delitos, a polícia que antes tinha que está nas ruas combatendo o crime organizado, agora ganhou mais uma preocupação em combater

um inimigo invisível. Mas será que essa polícia está altamente preparada e equipada para combater esses delitos? Estudos na área de Segurança Pública em diversas regiões do Brasil dão conta de que as Forças de Segurança Brasileira não estão preparadas para combater crimes cibernéticos, além disso, o Estado brasileiro é incapaz de registrar este tipo de crime, pois fica diluído nas estatísticas de crimes tradicionais como estelionato, extorsão, etc. Ou seja, se quer temos dados oficiais para se conhecer o tamanho do problema (ALCADIPANI, 2020).

O fato é que nossas policias não estão preparadas para combater os criminosos que atuam no cyber-crime, os policiais não dominam a tecnologia e muitos menos possuem ferramentas de repressão para investigar e monitorar os delitos. Para adequar-se aos novos tempos, é preciso revolucionar a formação policial brasileira, ainda bastante doutrinadora, pouco científica e pouco atenta às mudanças do mundo. Além disso, boa parte das polícias brasileiras possuem infraestrutura digital que deixam a desejar (ALCADIPANI, 2020). É preciso que o Governo Federal através do Ministério da Defesa Brasileira comece adotar medidas para o combate aos crimes cibernéticos, de forma incisiva, pois no Código Penal Brasileiro já possui algumas tipificações ínfimas com relação a esses crimes, porém, as forças policiais é que não possuem estrutura para suprimir a crescente demanda desses crimes.

Vale destacar que a legislação brasileira já deu os primeiros passos com relação a tipificar crimes praticados no âmbito digital, através do CONIN (Plano Nacional de Informática), por meio da Lei nº 7.232/84, que delimitou as diretrizes da informática no território nacional, e com a Lei nº 7.646/87, posteriormente revogada pela Lei nº 9609/98, primeiro instrumento normativo a descrever condutas delitivas cibernéticas. Assim como, o Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965 de 23 de abril de 2014) que representa uma grande conquista da sociedade em relação à legislação e o uso da internet, assim como tende a ser a nova Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/20184), não obstante não se aplica, dentre outros, para fins de investigação criminal (art. 4º, III, "d") (BRANT, 2014)

Em suma, é evidente que há insegurança jurídica por conta da insuficiência dos métodos de investigação, assim como é evidente a crucial necessidade de desenvolvimento de uma doutrina própria e de um modelo próprio de processo e de investigação de crimes digitais (MORAES et al., 2020).

5. CONCLUSÃO

É preciso acompanhar de perto a evolução tecnológica, sobretudo a tecnologia de impressão 3D, tecnologia está com avanços científicos em diversas áreas do conhecimento bastante promissora. Deve-se ficar atento as inovações que ela proporciona, particularmente as Forças de Segurança Pública que necessitam estar preparadas para atuar com todos os grandes desafios decorrentes da associação entre crime e tecnologias.

Cabe, também, destacar que o governo brasileiro precisa editar legislações mais rígidas afim de regulamentar tais práticas com o escopo de tipificar a fabricação de armas de fogo; desenvolver plataformas de licenciamento ou registro de armas de fogo produzidas por impressoras 3D; monitorar usuários que possuem a tecnologia, assim como realizar investimentos maciços nas Forças de Segurança, implementado setores de inteligências para o combate a esses crimes. Nossas forças de segurança precisam estar preparadas para combater os crimes cibernéticos com inteligência e desenvolver em nossos policiais novas habilidades centrais para análise criminal efetiva e treina-los para lidar com os desafios do futuro, pois se nada for feito agora, corre-se o risco de se enfrentar o crime do futuro com as velhas receitas do passado. Há uma possibilidade real de que com o uso de tecnologias por parte dos criminosos precisamos ter mais policiais que dominem a lógica da tecnologia digital.

Por fim, cumpre destacar que se está progredindo em velocidade máxima no mercado da tecnologia de impressoras 3D, e ao passo que a tecnologia avança, dedica-se pouquíssimo recursos para antever em relação aos riscos que a tecnologia pode ocasionar. A ameaça é seríssima e está mais do que na hora de o Estado intervir, ou mesmo normatizar algo que possa punir os infratores que se utilizam da tecnologia para cometer delitos, uma que os criminosos e até mesmo terroristas não hesitarão em fazer o uso da tecnologia. Assim, destacamos que o estudo realizado é um dos pouco na temática em questão, e abre portas para que seja realizado mais estudos que visem elencar com uma maior profundidade o uso da tecnologia 3D, principalmente, no tocante das impressoras.

6. REFERÊNCIAS

Abright future for 3D printing. **Raytheon Technologies**, 3 jun. 2020. Disponível em: < <https://bit.ly/3j3Dwew> >. Acesso em: 10 out. 2021.

Alcadipani, Rafael. **Novas tecnologias e a criminalidade: o crime do futuro e a polícia do passado**. Blog Estadão – Gestão, Política & Sociedade, 2020. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/gestao-politica-e-sociedade/novas-tecnologias-e-a-criminalidade-o-crime-do-futuro-e-a-policia-do-passado/>. Acesso em 15 out de 2021.

Bagliotti, I. R.; Gasparotto, A. M. S. O processo de produção de uma impressora 3d de baixo custo reprop com tecnologia fused filament fabrication. **Revista Interface Tecnológica**, [S. l.], v. 14, n. 1, p. 169-183, 2017. Disponível em: <https://revista.fatectq.edu.br/index.php/interfacetecnologica/article/view/132>. Acesso em: 13 out. 2021.

Brant, Cássio A. B. **Marco Civil da Internet: comentários sobre a Lei 12.965/2014**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2014.

Captain, S. Journalists smuggle 3-D printed gun into Israeli parliament. **NBC News**, 8 jul. 2013. Disponível em: <https://www.nbcnews.com/technology/journalists-smuggle-3-d-printedgun-israeli-parliament-6C10570532>. Acesso em: 15 out. 2021.

Chase, J. Ruby; Laporte. Gerald. "The Next Generation of Crime Tools and Challenges: 3D Printing," **NIJ Journal** **279**, April 2018, Disponível em: <https://nij.gov/journals/279/Pages/next-generation-ofcrime-tools-and-challenges-3d-printing.aspx>. Acesso em 21 de out 2021.

Como funciona a tecnologia DMLS: Sinterização Direta a Laser de Metal, **Engiprinters**. c2020. Página Inicial. Disponível em: <https://engiprinters.com.br/como-funciona-a-tecnologia-dmls-sinterizacao-direta-a-laser-de-metal/>. Acesso em: 13 de nov. de 2021.

Cordeiro, T. A violência vai mudar: como os crimes irão partir do ambiente virtual para o real. **Revista Galileu**, 24 jun. 2015. Disponível em: <https://revistagalileu.globo.com/Revista/noticia/2015/06/violencia-vai-mudar-como-os-crimesirao-partir-do-ambiente-virtual-para-o-real.html>. Acesso em: 14 out. 2021.

Cunico, M. **Impressoras 3D: O novo Meio Produtivo**. [S.l.]: Concep3d Pesquisas Científicas Ltda, Curitiba-PR 2015. ISBN 9788567043104.

Daly, Angela; Mann, Monique. 3D Printing, Policing and Crime. **Crime Justice and Social Democracy Research Centre Briefing Paper Series**. Crime Justice and Social Democracy Research Centre, Brisbane, QLD, Australia, 2018. Disponível em <https://ssrn.com/abstract=3239823>. Acesso em 23 out de 2021.

Goodman, Marc. **Future Crimes: Tudo Está Conectado, Todos Somos Vulneráveis e o Que Podemos Fazer**. Tradução Gerson Yamagami. São Paulo. HSM Editora, 2015.

Lima, Paulo Marco Ferreira. **Crimes de computador e segurança computacional**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

Miranda Morandini, M.; Del Vechio, G. H. Impressão 3D, Tipos e possibilidades: uma revisão de suas características, processos, usos e tendências. **Revista Interface Tecnológica**, [S. l.], v. 17, n. 2, p. 67-77, 2020. DOI: 10.31510/infa.v17i2.866. Disponível em: <https://revista.fatectq.edu.br/index.php/interfacetecnologica/article/view/866>. Acesso em: 31 ago. 2021.

Moraes, Alexandre Rocha Almeida de; Silva, Isabella Tucci; Santiago, Bruno. Os ciber Crimes e a investigação digital: novos paradigmas para a persecução penal. **Momentum**, Atibaia, v. 1, n. 18, p. 1-34, 2020.

Moura, E. Tecnologia Multi Jet Fusion. **SKA Blog**, 2020. Disponível em: <https://www.ska.com.br/blog/tecnologia-multi-jet-fusion/>. Acesso em 13 de nov. de 2021.

Nascimento, F.C.V.; Silva, M.P.; Viana, M.R.P. Assistência de enfermagem no parto humanizado. **Rev Pre Infec e Saúde**. 2018, 4:6887. Available from: <http://www.ojs.ufpi.br/index.php/nupcis/article/view/6887> DOI: <https://doi.org/10.26694/repis.v4i0.6887>. Acesso em 21/08/2021.

Olivarez, N. 3-D printers go beyond paper and ink: Mostly celebrated by hobbyists and geeks, 3-D printers may be commonplace one day. **Buffalo News**, 2010, p. C4.

Processamento de Luz Digital. **3Dilla**, c2014. Disponível em: <https://pt.3dilla.com/imprensa-3d/digital-light-processing/>. Acesso em 13 de nov. de 2021.

Sharma, R. The 3D Printing Revolution You Have Not Heard About. **Forbes Online**, Outubro, 2013. Disponível em: <http://www.forbes.com/>. Acesso em: 12/10/2021.

Souza, Bernardo de Azevedo. Impressoras 3D: o futuro da criminalidade?. **Jusbrasil**, 2016. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/296840886/imprensoras-3d-o-futuro-da-criminalidade>. Acesso em: 15 out. 2021.

Stoia, D I; Marsavina, L. Effect of Aluminum Particles on the Fracture Toughness of Polyamide-based Parts Obtained by Selective Laser Sintering (SLS). **Procedia Structural Integrity**, Romania, v. 18, pp. 163-169, 2019.

Tipos de Impressora 3D e suas aplicações, **Printit3D**, 2018. Página Inicial. Disponível em: <https://www.printit3d.com.br/post/tipos-de-imprensa-3d>. Acesso em: 14 de nov. de 2021.

Trott, Paul. **Gestão da inovação e desenvolvimento de novos produtos**. 4 ed. São Paulo: Bookman, 2012.

Vidakis, N.; Petousis, M.; Vaxevanidis, N.; Kechagias, J. Surface Roughness Investigation of Poly-Jet 3D Printing. **Mathematics** 2020, 8, 1758; doi:10.3390/math8101758. Disponível em: <https://www.mdpi.com/2227-7390/8/10/1758>. Acesso em 11 de out. 2021.

Você sabe o que é impressão 3D por Sinterização Seletiva a Laser?. **AMS Brasil**, 2020. Disponível em: <https://amsbrasil.com.br/voce-sabe-o-que-e-impresao-3d-por-sinterizacao-seletiva-a-laser/>. Acesso em 13 de nov. de 2021.

Yakout, M, et al. A review of metal additive manufacturing technologies. **Solid State Phenomena**, [S. l.], p. 1–14, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.4028/www.scientific.net/ssp.278.1>. Acesso em: 10. out 2021.

ABANDONO AFETIVO INVERSO EM TEMPOS DE PANDEMIA: RESPONSABILIDADE CIVIL DOS FILHOS EM RELAÇÃO AOS PAIS IDOSOS

CELESTE KARINE BRÁULIO DA SILVA:

Graduanda do Curso de Direito pelo
Centro Universitário - CEUNI - FAMETRO

RESUMO: Como grupo social destacado, o sistema familiar passou por inúmeras mudanças em toda a civilização e na sociedade, com diferentes formas, valores e funções. Portanto, a aparência e o tratamento dos idosos também mudaram. Pessoas que antes eram consideradas arquétipos de sabedoria, experiência e liderança agora são consideradas inúteis e desatualizadas. Porém, com a promulgação da Constituição Federal em 1988, essa trágica realidade começou a se modificar, e com a promulgação do Política Nacional do Idoso e do Estatuto do Idoso, essa situação se concretizou. No entanto, um problema que assola muitas famílias é o abandono afetivo dos filhos em relação aos pais idosos. O chamado abandono afetivo inverso e a possibilidade de ressarcimento dos danos mentais causados pelo desamparo imaterial são tema de polêmicas no ambiente doutrinário e nas decisões jurisprudenciais. A dificuldade em aceitar o papel é provar que o ato de não dar carinho e provar o dano é ilegal. Porém, grande parte da doutrina entende que o comportamento ilegal se configurará no comportamento, seja ele prometido, negligente, negligente ou arrogante. Portanto, procura comprovar a possibilidade de responsabilidade civil por abandono afetivo na relação familiar e a correspondente indenização pelo dano mental causado. Todavia, o objetivo é enfatizar o caráter pedagógico da indenização para o agente causador do dano, indenização para a vítima, e atentar para as possíveis consequências do desprezo pelos familiares, desde as barreiras morais e psicológicas até o adoecimento físico e a morte.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade Civil; Idoso; Abandono afetivo; Pandemia.

ABSTRACT: As an outstanding social group, the family system has undergone countless changes throughout civilization and society, with different forms, values and functions. Therefore, the appearance and treatment of the elderly has also changed. People who were once considered archetypes of wisdom, experience, and leadership are now considered useless and outdated. However, with the promulgation of the Federal Constitution in 1988, this tragic reality began to change, and with the promulgation of the National Plan for the Elderly and the Elderly Law, this situation materialized. However, a problem that plagues many families is the emotional abandonment of children in relation to elderly parents. The so-called inverse affective abandonment and the possibility of compensation for mental damage caused by immaterial helplessness are the subject of controversies in the doctrinal environment and in jurisprudential decisions. The difficulty in accepting the role is proving that the act of not giving affection and proving harm is illegal. However, much of the doctrine understands that illegal behavior will configure itself in behavior, whether it is

promised, negligent, negligent or arrogant. Therefore, it seeks to prove the possibility of civil liability for emotional abandonment in the family relationship and the corresponding compensation for the mental damage caused. However, the objective is to emphasize the pedagogical character of compensation for the agent causing the damage, compensation for the victim, and pay attention to the possible consequences of contempt for family members, from moral and psychological barriers to physical illness and death.

KEYWORDS: Civil Responsibility; Old Man; Affective Abandonment; Pandemic.

SÚMARIO: 1. Introdução; 2. A família e o afeto em uma análise histórico-jurídica; 3. O idoso e a relação familiar em período de pandemia; 4. O idoso no Direito Brasileiro; 5. Pressupostos da Responsabilidade Civil; 6. Responsabilidade civil subjetiva e o dano moral: ressignificando o abandono afetivo com a pessoa idosa; 7. Conclusão; 8. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A família é considerada a unidade social mais primitiva da história, diferenciando-se dos demais grupos por se caracterizar por suas conexões pessoais por meio de vínculos afetivos e de afinidade, e não pela lógica da utilidade. O processo de socialização, educação e formação mundial começa aqui. Junto com outras mudanças sociais, os conceitos de família, a estrutura e os valores familiares também mudaram e muitas mudanças ocorreram na imagem do idoso. Melhores condições de vida e maior expectativa de vida estão levando o Brasil a se tornar um país dominado por uma população idosa. No entanto, os idosos são vistos como doentes, incompetentes e inúteis e, na maioria das vezes, essa discriminação ainda ocorre nas famílias das sociedades capitalistas e globalizadas, onde os jovens são os mais valorizados.

Nessa realidade, os idosos sofrem com o abandono de seus familiares. A situação mais comum ocorre quando os filhos deixam seus pais em um abrigo ou casa de repouso e negligenciam seu relacionamento com os idosos porque muitas vezes precisam de mais cuidados e atenção. Perda de vitalidade, diminuição da capacidade de trabalhar, aparecimento de doenças, fala, alimentação e problemas de mobilidade são todas as causas do abandono dos idosos. A recusa em apoiar, seja emocional, moral ou psicologicamente, causará danos à personalidade do idoso, resultando em dor e sofrimento, além da ocorrência ou agravamento da doença e, eventualmente, morte.

A pesquisa parte da observação do sentido do idoso, analisa as partes que o constituem, e estabelece relações sociais e históricas por meio da interpretação de fatos, conceitos e fenômenos e da relação dinâmica entre o mundo objetivo. E a subjetividade do agente. Quanto ao procedimento técnico, ele é elaborado com base em conteúdos publicados, principalmente compostos por livros, artigos e materiais disponíveis na

internet, bem como na legislação brasileira e na análise de decisões judiciais nacionais, buscando sempre gerar conhecimentos de qualquer relevância.

Portanto, por meio de notas e reflexões, procuramos analisar a adequação da indenização por danos morais no contexto da relação de abandono afetivo entre filhos e seus pais idosos.

2. A família e o afeto em uma análise histórico-jurídica

A família considerada uma instituição que organiza, planeja, protege e cuida tem em sua essência a responsabilidade legal e afetiva com os membros desta instituição, o conceito de família vem se modificando conforme a evolução da sociedade, no ponto de vista sociológico família é uma unidade social básica.

Unidade esta constituída por um conjunto de pessoas relacionadas entre si por laços de sangue, casamento, aliança ou adoção, que compartilham da atribuição primária de reprodução e de cuidador dos membros mais novos e mais velhos do grupo, porém na ciência jurídica não há um conceito de família definido. Rodrigues (2004, p. 4) afirma que há três acepções do vocábulo família que são o sentido amplo, o sentido limitado e o sentido restrito.

No Brasil as três acepções abordadas por Rodrigues (2004, np) são amparadas na legislação, sendo aplicada de maneira individual e distinta em cada tipo de relação familiar.

Na abordagem jurídica conforme Lôbo (2009, p. 2) afirma:

Sob o ponto de vista do direito, a família é feita de duas estruturas associadas: os vínculos e os grupos. Há três **sortes** de vínculos, que podem coexistir ou existir separadamente: vínculos de sangue, vínculos de direito e vínculos de afetividade. A partir dos vínculos de família é que se compõem os diversos grupos que a integram: grupo conjugal, grupo parental (pais e filhos), grupos secundários (outros parentes e afins).

Desta forma entende-se que a família possui uma concepção jurídica com grande relevância social e afetiva diante das formas e variações que possuem.

Segundo Oliveira (2002, p. 233) "a afetividade, traduzida no respeito de cada um por si e por todos os membros é, sem dúvida nenhuma, uma das maiores características da família atual.

A afetividade é um assunto muito importante que precisa ser abordado, instituindo a família como centro de desenvolvimento no caso das relações parentais, o afeto vem se

constituindo desde o nascimento até a velhice, em análise aos aspectos histórico-jurídico das famílias podemos destacar que é possível a oferta de um envelhecimento pacífico e participativo baseado no dever mútuo de atenção.

Considerada desde o início da história da humanidade um instituto social, a família é presente como instituição primordial na legislação esta instituição possui destaque através de garantia de direitos específicos, porém essas legislações já sofreram várias mudanças ao longo dos tempos.

O atual Código Civil Brasileiro (Lei nº 10.406/02) regulamenta as normas constitucionais sobre a família, através de sua legislação, continua estabelecendo em seu artigo 1.697 na falta dos ascendentes cabe à obrigação aos descendentes, guardada a ordem de sucessão e, faltando estes, aos irmãos, assim germanos como unilateral.

A Constituição Federal de 1988 especifica em seu capítulo VII do título VIII e trata especialmente do Direito de Família, já com alterações na redação, diferentemente do modelo autoritário e patriarcal definido pelo Código Civil de 1916, a Constituição Federal estabeleceu em seu texto normativo preceitos norteadores da família, como a igualdade, solidariedade e o respeito à dignidade da pessoa humana, fundamentos esses que explicitam e norteiam os objetivos do Estado brasileiro realizando desta forma um enorme progresso no que tange a conceituação e tutela da família.

O princípio da solidariedade fala sobre o apoio, o auxílio, o compromisso entre as partes surgiu no campo do Direito das Obrigações, este princípio da solidariedade projetou-se no Direito de Família recentemente, caracterizando-se por vínculo sentimental, racional e determinado que impõe a cada pessoa deveres de amparo, assistência, cooperação, ajuda e cuidado, sendo tratados como valores jurídicos que tem força coercitiva dentre as normas que tutelam as pessoas em vulnerabilidade.

A Carta Magna não traz o princípio da afetividade de forma explícita, mas é desenvolvido de forma implícita como caráter necessário para que haja uma relação afetiva estável a família. Segundo Madaleno (2008, p. 66):

O afeto é a mola propulsora dos laços familiares para dar sentido e dignidade à existência humana. Nos vínculos de filiação e parentesco a afetividade deve estar sempre presente, pois os vínculos consanguíneos não se sobrepõem aos liames afetivos, ao contrário, a afetividade pode sobrepor-se aos laços consanguíneos.

Neste caso, apesar deste novo cenário, o amparo jurídico do afeto ainda é uma questão controversa. A existência de afeto nas relações familiares é uma diretriz como base para o comportamento pessoal, este é um ponto comum, mas é importante

compreender a diferença do afeto enquanto instituto passível de proteção jurídica, do entendimento como sentimento (ALEGRE; CRIPPA, 2019, np).

Mediante a evolução histórica-jurídica da família e alinhada ao conceito da afetividade podemos destacar a importância desses dispositivos legais que vem desde a Constituição Federal ao Código Civil e Penal estes formam bases fundamentais para a construção de políticas públicas que tratam o desenvolvimento da pessoa humana e norteiam os estudos acadêmicos de forma a desenvolver cada vez mais que, a afetividade está interligada intrinsecamente com os direitos vinculados ao cidadão desde de sua concepção até a velhice.

3. O idoso e a relação familiar em período de pandemia

No Brasil é considerado idoso conforme o Estatuto do Idoso através da Lei Federal de n. 10.741/03 as pessoas com idade igual ou superior a 60 anos, possui uma população idosa de 610.956, conforme dados do Secretaria de Avaliação e Gestão de Informações-SAGI do Ministério da Cidadania, estes são amparados pela Constituição Federal e possuem políticas públicas que garantem direitos fundamentais inerentes a pessoa humana preservando o direito à integridade e proteção dos idosos, com a intenção de evitar a violência e o abandono, o que é comumente praticado por seus descendentes.

Haja vista que, é dever da família participar e tomar cuidado, para que o envelhecimento dos pais seja pacífico e estável. Por outro lado, esse momento de Pandemia também agrava o abandono emocional sofrido por idosos, pois filhos negligentes podem usar o isolamento como justificativa para o rompimento definitivo de vínculo familiares e mediante o isolamento o rompimento de vínculos comunitários devido as medidas sanitárias.

Para buscar controlar o contágio, a OMS orientou o isolamento social e a sociedade foi forçada a se adaptar à uma nova realidade. No âmbito dos relacionamentos familiares, não foi diferente. Pelas medidas de confinamento da doença e isolamento social, a vida familiar precisou ser modificada. Em alguns casos tornou-se mais intenso, porque se tornou necessário estar mais tempo dentro de casa, em outros casos, a solidão e o abandono passaram a predominar, tendo em vista que muitas pessoas ficaram isoladas sozinhas em casa, separadas de seus familiares, sendo essas pessoas principalmente idosas, principais vítimas da Covid-19.

Decerto, o enfraquecimento dos vínculos na relação familiar gera consequências psicológicas, sociais e legais e são inevitáveis. O abandono caracteriza-se como a falta de amor, de cuidado de carinho, de atenção, rompendo laços afetivos antes existentes. Evidentemente não existe na legislação brasileira tal obrigação, mas parafraseando os textos que amparam legalmente os direitos existentes, sobrepõem-se sobre a necessidade de uma boa relação para que haja a convivência entre os cidadãos.

Conforme Nassralla (2010, np): O amor e o afeto, ao contrário, são sentimentos humanos, que não podem ser exigidos, de forma que seu inadimplemento gere direito à indenização, a legislação é explícita sobre o dever filial através de obrigações jurídicas, imateriais, amparos, convívio. No que tange a situação das penalidades, o abandono de idosos por seus filhos é algo que merece punição grave pelo poder judiciário, sendo severamente punido, tanto no Estatuto do Idoso como no Código Penal.

De acordo com Karam (2014, np) ao serem abandonados, esses idosos são privados do convívio familiar, de carinho, de afeto e são obrigados a começar uma nova etapa de vida, com pessoas que nunca viram, cortando suas raízes definitivamente. Esse fato gera uma enorme tristeza, solidão, sensação de desamparo e, conseqüentemente, culminam com o surgimento de diversas doenças que são agravadas pelo abandono.

Conforme a análise de dados estatísticos sobre violação de direitos a pessoa idosa no Brasil através do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, disque 100, no primeiro semestre foram registradas mais de 33,6 mil denúncias de violação de direitos dos idosos. Ao longo do ano passado, foram 48,5 mil casos; entre março e junho de 2020, com o início da pandemia, os números cresceram cerca de 59% em relação ao mesmo período em 2019, um ano antes do início da pandemia.

Esse crescimento desenfreado teve um aumento significativo durante o período de isolamento social, em que neste momento os idosos estavam sobre a tutela total das famílias sem acesso a nenhuma atividade social devido as restrições sanitárias, porém é importante ressaltar que grande parte destas denúncias tem por agressor os filhos ou parentes que residem na mesma moradia ou até mesmo que por negligência chegaram a praticar o abandono afetivo e patrimonial.

Erikson afirma, há quase três décadas, que "a falta de um ideal culturalmente viável da velhice faz com que nossa civilização não tenha realmente onde ancorar um conceito de totalidade da vida" (1982/1998, p. 114).

A velhice se torna mais difícil à medida que a sociedade não consegue valorizar a pessoa idosa e viola os direitos básicos a priori adquiridos. Em relação à responsabilização gerada pelo abandono afetivo, isso é caracterizado pela omissão do dever de cuidado para os idosos, e a ausência da participação da criança, ou a família, no envelhecimento dos pais, caracterizando uma violação de um dever. A responsabilidade civil no caso em questão é subjetiva, com vistas a suposições básicas, quais sejam, a conduta, a imputabilidade e culpa ou dolo.

O abandono afetivo produz danos imateriais relacionados aos aspectos mentais e emocionais do idoso, dificultando a mensuração do grau de sofrimento causado. Estes são abandonados em lares de idosos, sozinhos em casa, ou muitas vezes abandonados com a

ajuda de crianças ou cuidadores, são considerados fardos, não sujeitos legais, ou sequer como um ser carente de afeto.

Ao distinguir um dever legal, seja qual for, o dever de atenção aos idosos, os filhos destes acabam cometendo um ato ilícito, o que leva ao dever de reparar um dano cometido pela violação dos direitos de outrem. O Código Civil, no seu artigo 927, preceitua o dever de reparar os danos causados a outrem.

E mesmo assim, no meio da confiança judicial da lei dos idosos em relação ao abandono que afeta, o legitimado para pedir compensação devido à prática do abandono, é o próprio idoso, exceto se tiver limites que possam caracterizar incapacidade, se esta hipótese ocorrer, aqueles que têm a legitimidade da causa, o representante legal, curador ou o Ministério Público, de acordo com a art. 177, do Código de Processo Civil.

No ano de 2020 e 2021 enfrentamos um período difícil no mundo, todas as nações tiveram que obedecer a medidas sanitárias extremas, inclusive com a obrigação do isolamento social que objetiva a redução do processo de contaminação ao novo coronavírus, essa pandemia trouxe à tona várias dificuldades, no que se trata a situação da pessoa idosa, tiveram que ser retirados de forma emergencial devido suas vulnerabilidades e o número elevado de óbitos entre os idosos.

Este isolamento teve um impacto nas relações familiares, o convívio sempre foi a base da sociedade. Obviamente, existem novas formas de estabelecer contato e autoconfiguração na família hoje, mas mesmo com todas as inovações, carinho, cuidado e convivência, ainda são primordiais e protegidos por lei para aqueles em situações de vulnerabilidade.

Diante do exposto, percebemos que apesar da atual realidade pandêmica e quando as pessoas mais isoladas estão com suas famílias, é inegável a importância de se falar sobre o abandono emocional do idoso.

Portanto, pode-se afirmar que a pandemia é um agravante do abandono afetivo inverso, visto que a necessidade de isolar essas pessoas pode fazer com que os filhos se acomodem ao ponto de deixarem de se relacionar ativa e efetivamente com seus genitores, sem nem mesmo ligar ou manter contato virtual, acentuando uma prática antiga, presente em muitas famílias.

Como quadros assim demoram para sofrer alterações e tendo em vista a pandemia, providências vêm sendo realizadas a fim de tentar amenizar o sofrimento atual. É o que acontece com as Instituições de Longa Permanência para Idosos (ILPIs) criadas pela Lei 14.018 de 2020 com a finalidade de auxiliar os idosos a enfrentar esse momento

pandêmico, tentando prevenir e controlar o Covid-19 e principalmente amparar idosos abandonados ou negligenciados.

Cabe dizer que estas Instituições recebem o auxílio financeiro da União através de Medida Provisória nº 991 de 2020, que em seu artigo primeiro estabeleceu a abertura de crédito extraordinário no valor de 160 milhões de reais (SILVA *apud* CONGRESSO NACIONAL, 2020, np)

Essa foi uma providencia tendo em vista que, no cenário atual da pandemia da Covid-19, o cuidado para com os idosos é ainda mais fundamental, vez que essas pessoas têm uma maior tendência aos efeitos letais da doença. O envelhecimento, processo natural no ser humano, pode causar mudanças físicas e psíquicas que às vezes impõem limites à pessoa e necessidades especiais de proteção dos familiares e também do Estado.

Por outro lado, não é apenas pela vulnerabilidade física que essas pessoas precisam de mais atenção na situação atual; o Isolamento social, que ainda é a medida considerada eficaz para conter a expansão e contágio da doença, pode aumentar o crescimento do abandono afetivo de idosos, seja em suas próprias casas ou em asilos (MELO, 2020, np).

O cuidado ao idoso por familiares e cuidadores passou a ser o foco, pois além dos cuidados necessários para evitar danos à saúde física, é importante ter uma rede psicológica e emocional de apoio para evitar danos à saúde mental dessas pessoas. Por outro lado, como esse tipo de abandono costuma ocorrer na intimidade da família, o abandono afetivo que de outra forma seria difícil de verificar, torna-se quase invisível, pois o isolamento como medida de segurança dificulta ainda mais a responsabilidade daqueles que tem a responsabilidade de cuidar.

Segundo Oliveira (2002, p. 233) “a afetividade, traduzida no respeito de cada um por si e por todos os membros é, sem dúvida nenhuma, uma das maiores características da família atual.

Nesse sentido, apesar do estranho contexto da pandemia e da necessidade de manter o isolamento social, especialmente dos grupos de risco, é essencial a convivência entre idosos e seus parentes para evitar maiores danos psicológicos a eles, mesmo que por ferramentas virtuais, procurando garantir o direito a um envelhecimento saudável nesse período. O contato deve ser mantido, mesmo remoto para não haver o rompimento total de laços emocionais e afetivos durante a pandemia (ALEGRE; CRIPPA, 2019, np).

Vale salientar que, sendo o isolamento social necessário para proteger os idosos vulneráveis as consequências mais devastadoras da COVID-19, este não deve ser entendido como sinônimo de abandono afetivo. Por isso, o problema do abandono inverso é extremamente difícil nas atuais circunstâncias. Todavia, não se pode deixar de reconhecer

que essa situação pode ser exacerbada, porque o isolamento social necessário para proteger a saúde física, especialmente dos idosos, é frequentemente confundido ou usado como desculpa para o distanciamento emocional e afetivo.

Diante do exposto, a discussão sobre o abandono afetivo inverso a partir do cenário da COVID-19 vem crescendo, principalmente sobre a forma de aplicação dos dispositivos do ordenamento jurídico no cenário atual.

É óbvio que o abandono emocional não está consolidado no ordenamento jurídico brasileiro, e a situação atual pode agravar esse problema. Portanto, com esta pesquisa busca-se maior visibilidade ao tema, que não tem sido amplamente difundido no meio acadêmico, que utiliza principalmente a responsabilidade civil como meio jurídico eficaz para tentar prevenir e sanar esse problema do abandono afetivo inverso.

Além disso, para proteger especificamente o idoso do abandono afetivo, os debates no campo legislativo são de extrema importância, pois o próprio papel da lei é tentar regular essas novas situações e refletir o desenvolvimento contínuo dos familiares.

4. O idoso no Direito Brasileiro

O Idoso no Brasil é um cidadão de direito que possui Políticas Públicas específicas na saúde, educação, assistência social, na previdência, dentre outras, e é classificado como grupo prioritário, mas nem sempre foi tão acessível garantir os direitos das pessoas idosas em nosso país. Este deve ser objeto de atenção e cuidado, não só por parte do Estado, que já possui essa prerrogativa, mas, também pela população, a sociedade, que deve estar em vigilância não sendo mais justo então, que agora, em sua fragilidade, seja devidamente amparado.

O Direito dos Idosos surge como uma alternativa para compensar ou, pelo menos, minimizar os danos causados por uma organização socioeconômica que não valoriza o que nós somos, mas aquilo que nós produzimos. E se não produzimos não somos nada, praticamente não participamos da vida social (ALONSO, 2005, p.33)

A Lei nº 7.210 de 1984 conhecida como “Lei de Execuções Penais” busca amparar o idoso em dois momentos: no artigo 32, parágrafo 2º, especificando que o trabalho atribuído a condenado com mais de sessenta anos deve ser compatível com a idade; itens descritos no artigo 177, que afirma o benefício da prisão domiciliar quando na execução da pena, o sentenciado for maior de setenta anos.

A Constituição Federal de 1988, foi um grande marco e o primeiro passo em busca do amparo a pessoa idosa, não esquecendo que as constituições anteriores apenas citavam o termo idoso e pessoa com idade avançada, mas foi a CF/88 que incluiu o idoso como

cidadão de direitos específicos e que deu prioridade a esta garantia na legislação brasileira, tornando-se a porta de entrada para o desenvolvimento das políticas de amparo ao idoso.

Conforme o art. 229 e 230 os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade, e responsabiliza a família, a sociedade e o Estado pelo dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

O Código Civil Brasileiro Lei Federal de n. 10406/02 foi um grande marco após a elaboração da Constituição Federal de 1988 que estabelece em seu art. 927 que aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo, sendo fortalecido no Parágrafo *único do mesmo artigo, que haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.*

O Código Civil Brasileiro estabelece direitos que estão amparados pela Cf/88 e em seu art.186. estabelece que os crimes deste capítulo se caracterizam ainda que a violação não atinja todas as reivindicações da patente ou se restrinja à utilização de meios equivalentes ao objeto da patente.

Com bases nesses dispositivos acima citados foi aprovada a lei nº 8.842, de janeiro de 1994 nomeada como Política Nacional do Idoso que tem por objetivo assegurar os direitos sociais do idoso, criando condições para promover sua autonomia, integração e participação efetiva na sociedade, esta Política abriu leque de oportunidades para a garantia na acessibilidade dos direitos estabelecidos de forma específica as pessoas idosas que por sua vez estavam a beira da sociedade, tornando o idoso o principal agente de transformação.

Conforme o texto da PNI, pag.7: o abandono é uma forma de violência que se manifesta pela ausência ou deserção dos responsáveis governamentais, institucionais ou familiares de prestarem socorro a uma pessoa idosa que necessite de proteção, alguns estudos apresentam essa violação devido a necessidade financeira de alguns familiares e em outros casos a ausência de amor e afetividade, mas que em nenhum desses casos justifica o abandono, desde a reforma da previdência social o idoso é assegurado no caso de inexistência de renda através de benefício de prestação continuada destinada a pessoa com deficiência e a pessoa idosa.

Desta forma o idoso vem garantindo seu espaço e desde o ano de 2003 através da lei federal de n. 10741/03 – Estatuto do Idoso, que explicita em seu art. 2.º que o idoso deve gozar de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se lhe, por lei ou por outros meios,

todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.

Além de resguardar os direitos dos idosos, este dispositivo legal tem alguns princípios que governam essa lei, como o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da solidariedade, o princípio da proteção dos idosos, o princípio da afetividade. Os referidos mecanismos ajudam a lei a apoiar os direitos humanistas e os pensamentos, com o objetivo de proteger os idosos da melhor maneira possível, causando a eficácia do Estatuto.

Este, em seu art. 10 obriga o Estado e a sociedade, a assegurar à pessoa idosa a liberdade, o respeito e a dignidade, como pessoa humana sujeito de direitos civis, políticos, individuais e sociais, garantidos na Constituição e nas leis assegurando a participação do idoso na vida familiar e comunitária; também constitui como obrigação das entidades de atendimento, os procedimentos de denúncias ao Ministério Público, para as providências cabíveis, a situação de abandono moral ou material por parte dos familiares;

5. Pressupostos da Responsabilidade Civil

O termo responsabilidade civil prove de toda ação ou omissão que gera violação de uma norma jurídica legal ou contratual. Assim, nasce uma obrigação de reparar o ato danoso, dever jurídico sucessivo que se originou da violação de dever jurídico originário.

No Código Civil lei n. 10.406/02 em seu artigo 186 apresenta a regra da responsabilidade civil no ordenamento pátrio, e afirma que por *ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência*, violar direito e causar *dano* a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Decerto, através da qualificação jurídica ocorrências que apresentem crimes que denotem a classificação de dano ao cidadão, voluntária ou involuntariamente, recaindo assim nas figuras da imprudência e da negligência, sendo considerados pressupostos da responsabilidade civil: toda ação ou omissão, o dano e o nexo de causalidade.

6. Responsabilidade civil subjetiva e o dano moral: ressignificando o abandono afetivo com a pessoa idosa

O conceito de não prejudicar o outro é o nosso ponto de partida para analisarmos situações de violações a pessoa idosa, pois a responsabilidade civil conceitua-se na tomada de medidas para forçar alguém a reparar os danos causados a terceiros por suas ações ou omissões.

Venosa, afirma que:

“Em princípio, toda atividade que acarreta prejuízo gera responsabilidade ou dever de indenizar (...) O termo responsabilidade é utilizado em qualquer situação na qual alguma pessoa, natural ou jurídica, deva arcar com as consequências de um ato, fato ou negócio danoso”.

Questões voltadas a análise do desenvolvimento afetivo sempre foi uma temática muito discutida no âmbito psicológico, social, educacional e legal, principalmente no ramo do direito da família. A gênese da obrigatoriedade no campo afetivo é um dever originário, e a responsabilidade no desenvolvimento desta afetividade é um dever sucessivo, e que consequentemente sua violação gera danos em todas as instâncias.

O abandono afetivo é um dano imaterial que afeta o psicológico e a sua reparação não pode ser mensurada em valores. O afeto é o cuidado e esse cuidado, tem valor jurídico imaterial, e engloba toda a solidariedade com a família e a segurança afetiva deste ente.

Jones Figueirêdo Alves (PE), diretor nacional do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), diz que:

Abandono afetivo inverso a inação de afeto, ou mais *precisamente*, a não permanência do cuidar, dos filhos para com os genitores, de regra idosos, quando o cuidado tem o seu valor jurídico imaterial servindo de base fundante para o estabelecimento da solidariedade familiar e da segurança afetiva da família. (Alves, 2013)

Desta forma entende-se que o abandono afetivo inverso e a falta de cuidado permanente, e a falta de responsabilidade afetiva de filhos e ou parentes em relação a seus genitores idosos.

Decerto, a responsabilidade civil torna-se subjetiva no momento que o idoso, no caso a vítima precisa provar a culpa do agente pelo o abandono afetivo inverso, esta teoria subjetiva preconiza que o elemento culpa constitui, em regra, um dos pressupostos necessários para a responsabilidade civil. Conforme descrito no artigo 186 que estabelece: aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente.

Este ato ilícito ocasiona danos patrimoniais e /ou morais no primeiro momento no desenvolvimento desta responsabilidade, na sociedade este só poderia obter indenização se provasse a culpa, porém Rui Stoco afirma:

“A necessidade de maior proteção à vítima fez nascer a culpa presumida, de sorte a inverter o ônus da prova e *solucionar* a grande

dificuldade daquele que sofreu um dano demonstrar a culpa do responsável pela ação ou omissão.

O Código Civil ampara em seu art. 927, parágrafo único e afirma que haverá obrigação de reparar o dano, independente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”

Do dever de cuidar quando descumprido, cabe reparação civil, e como consequência deste ato caracteriza-se a existência de indenização. Seja o filho que é abandonado por seus genitores ou os genitores que são abandonados por seus filhos, a reparação sobre a violação deste direito é assegurado conforme a Legislação Brasileira.

As consequências civis para este ato de abandono afetivo inverso, geram consequências penais para os familiares que abandonaram o idoso, o abandono material que é praticado pelos descendentes da pessoa idosa e está previsto no capítulo III, artigo 244 do código penal este explicita que:

Deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou maior de 60 (sessenta) anos, não lhes *proporcionando* os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada; deixar, sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo, gera uma pena de – detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa, de uma a dez vezes o maior salário mínimo vigente no País.

A assistência familiar não deveria ser discutida se tivesse unidades familiares que cumprisse com o mínimo de suas obrigações no que tange a necessidade de cuidar do outro e assegurar direitos inerentes a dignidade da pessoa humana, porém o nosso país ainda apresenta-se dentre os quadros estatísticos de violência contra o idoso e abandono deste cidadão que precisa de cuidados, carinho e amor.

É vergonhoso um país poder criar leis para obrigar seus filhos a cuidar dos pais na velhice ou em quando não poderem mais se manter sozinhos e desenvolver no código penal sanções severas como detenção a aqueles que deveriam automaticamente deveriam garantir o direito de sobrevivência no campo material, moral e afetivo.

No Código penal não é diferente, ele traz a mesma proteção que Código Civil traz para os idosos, ou até mais, pois o Código Penal tem sanções mais severas como detenção.

No que tange as previsões no Código Penal, artigo 136, prevendo a mesma pena ora abordada no Estatuto, pois a proteção ao idoso prevê uma pena máxima de 4 a 12 anos, se os maus tratos resultarem morte, o que também é previsto no Código Penal.

Art. 136 – 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:

O artigo 102 do Estatuto do Idoso, trata do crime de apropriar-se de ou desviar bens, proventos, pensão ou qualquer outro rendimento do idoso, dando-lhes aplicação diversa da de sua finalidade, dando uma pena de reclusão de um a quatro anos e multa.

É dever do Estado e da família dar uma vida digna à pessoa idosa. É direito que as pessoas idosas desfrutem com suas famílias e na sociedade de uma vida plena e segura, com ajuda do governo, da família, da sociedade e do próprio idoso, porém este cuidado precisa ser originário do âmbito familiar e perfazendo o percurso para as políticas públicas que asseguram o pleno desenvolvimento de forma integral.

7. CONCLUSÃO

Com o aumento da esperança de vida, com a promulgação da Lei nº 8.842/94 (Política Nacional do Idoso) e da Lei nº 10.741/03 (Estatuto do Idoso), as percepções dos idosos começaram a mudar. Estas Leis confirmaram a democracia. Nacional projetar leis para salvar a dignidade humana e realizar os direitos básicos. Nesse sentido, há cada vez mais discussões sobre a responsabilidade civil da família em decorrência do abandono afetivo inverso, que se caracteriza por um descuido dos pais e até mesmo um cuidado não permanente dos filhos. Amparado nos princípios do afeto familiar e da unidade familiar, e sob o modelo de proteção integral, o idoso pode buscar indenização das autoridades judiciárias pelos danos sofridos pela violação de seus direitos pessoais como moralidade, integridade física e mental, a imagem e intimidade.

Portanto, os comportamentos ilegais existem na relação causal da negligencia, negligencia ou comportamento admissível e o vínculo familiar do agente solidário, sendo o dano fácil de perceber na observação do idoso e de suas condições. Assim, considerando a responsabilidade objetiva de cuidar dos filhos perante os pais, não há necessidade de questionar a culpa, pois ela está embutida no próprio comportamento. Desse modo, persiste a responsabilidade civil com possibilidade de indenização por dano mental, e não tem por objetivo quantificar o amor, mas reduzir de alguma forma o dano ao pai idoso, e fazer com que o agente deixe de fazer com ele e não o repetir. Através da implementação

de leis e regulamentos e das decisões dos Tribunais Nacionais, um senso de proteção e apoio foi gradualmente estabelecido na sociedade.

8. REFERÊNCIAS

ALEGRE, C. A. P.; CRIPPA, A. responsabilidade civil por abandono afetivo de idosos. **Justiça & Sociedade**, v. 4, n. 1, 2019. Disponível em: <https://www.metodista.br/revistas/revistas-ipa/index.php/direito/article/view/783> > Acesso em: 01/05/2021

ANDRADE, R. S.; COSTA, J. H. R. Responsabilidade civil dos filhos por abandono afetivo dos pais idosos. **Revista Dizer**, v. 2, n. 1, 1 out. 2017. Disponível em: Acesso em: <http://www.periodicos.ufc.br/dizer/article/view/31627> > 05/04/2021

BRASIL. **Código Civil**, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: Acesso em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm > 08/05/2021

_____. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: Acesso em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm > 09/05/2021

_____. Estatuto do Idoso: Lei Federal nº 10.741, de 01 de outubro de 2003. Disponível em: Acesso em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10741.htm > 09/05/2021

IBDFAM. Coronavírus: os impactos da pandemia e do isolamento na saúde mental. 2020. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/7200/coronav%C3%ADrus%3A+os+impactos+da+pandemia+e+do+isolamento+na+sa%C3%BAde+mental> > Acesso em: 05/05/2021

JESUS. Damásio de. Coord. **Estatuto do Idoso Anotado**: Lei n. 10741/2003: aspectos Cíveis e administrativos. São Paulo: Damásio de Jesus, 2005.

MELO, Bernardo Dolabella et al. (org). **Saúde mental e atenção psicossocial na pandemia COVID-19**: violência doméstica e familiar na COVID-19. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2020. Cartilha. 22 p. Disponível em: < <https://www.arca.fiocruz.br/handle/icict/41121> > Acesso em: 06/05/2021

MENEZES, J. B. DE; AMORIM, A. M. A. DE. Os impactos do COVID-19 no direito de família e a fratura do diálogo e da empatia. In: **civilistica.com**, v. 9, n. 1, p. 1-38, 9 maio 2020. Disponível em: < <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/517> > Acesso em: 05/05/2021

GOV.BR. GOVERNO FEDERAL. BALANÇO ANUAL DO DISQUE 100 REGISTRA AUMENTO DE 13% EM DENÚNCIAS DE VIOLAÇÕES CONTRA A PESSOA IDOSA. Disponível em:

<https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2019/junho/balanco-anual-do-disque-100-registra-aumento-de-13-em-denuncias-de-violacoes-contr-a-pessoa-idosa> >

Acesso em: 06/10/21

NUNES, A. P. de S. OLIVEIRA, C. G. de. O ABANDONO AFETIVO INVERSO DA PESSOA IDOSA NO BRASIL E SEUS ASPECTOS RELEVANTES À LUZ DO ESTATUTO DO IDOSO. Disponível em:

<http://repositorio.aee.edu.br/jspui/bitstream/aee/1187/1/ANA%20PAULA%20DE%20SOUZA%20NUNES.pdf>> Acesso em: 28/10/21

LORENZO, D. C. SAMPAIO, L. D. GONÇALVES, V. C. A. IDOSO E FAMÍLIA EM TEMPOS DE PANDEMIA: o abandono afetivo inverso e seus efeitos no âmbito da responsabilidade civil no direito brasileiro contemporâneo. Disponível em:

<http://ri.ucsal.br:8080/jspui/bitstream/prefix/2972/1/Idoso%20e%20fam%C3%ADlia%20em%20tempos%20de%20pandemia%20o%20abandono%20afetivo%20inverso%20e%20seus%20efeitos%20no%20%C3%A2mbito%20da%20responsabilidade%20civil%20no%20direito%20brasileiro.docx.pdf>> Acesso em: 15/11/21

CÂMARA DOS DEPUTADOS. PROJETO AGRAVA PENAS PARA ABANDONO DE INCAPAZ E MAUS-TRATOS DE IDOSO. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/722961-projeto-agrava-penas-para-abandono-de-incapaz-e-maus-tratos-de-idoso/>> Acesso em: 18/10/21

ESTADO DE MINAS. BRASIL JÁ TEM MAIS DE 33 MIL DENÚNCIAS DE VIOLENCIA CONTRA IDOSOS EM 2021. BERNARDES. Disponível em:

https://www.em.com.br/app/noticia/nacional/2021/06/24/interna_nacional,1280237/brasil-ja-tem-mais-de-33-mil-denuncias-de-violencia-contr-idosos-em-2021.shtml> Acesso: 07/11/21

IBDFAM. AABANDONO AFETIVO INVERSO: A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS FILHOS EM RALAÇÃO AOS PAIS IDOSOS. LIMA. Disponível em:

<https://ibdfam.org.br/artigos/1055/Abandono+afetivo+inverso:+%3Fa+responsabilidade+civil+dos+filhos+em+rela%C3%A7%C3%A3o+aos+pais+idosos+>> Acesso em: 15/10/21

JUS.COM.BR. LIMA, L. Breve histórico dos direitos dos idosos no Brasil e no mundo. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/71311/breve-historico-dos-direitos-dos-idosos-no-brasil-e-no-mundo>> Acesso em: 05/10/21.

SAÚDE MENTAL UFOP. O ENVELHECIMENTO E A SAÚDE MENTAL: DESAFIOS DO ENVELHECIMENTO E A CONQUISTA DA SABEDORIA. Disponível em: <https://saudemental.ufop.br/envelhecimento-e-saude-mental>> Acesso em: 14/11/21.

IBDFAM. A ALIENAÇÃO PARENTAL DO IDOSO E A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA LEI N° 12.318-10 POR ANALOGIA. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1733/A+aliena%C3%A7%C3%A3o+parental+do+idoso+e+a+possibilidade+de+aplica%C3%A7%C3%A3o+da+lei+n%C2%BA+12.318+10+por+analogia>> Acesso em: 12/11/21

BLOG CAFÉ COM SOCIOLOGIA. BODART, C. SILVA, R. S. O QUE É FAMÍLIA? UMA CONTRIBUIÇÃO AO CONCEITO DE FAMÍLIA. Disponível em: <https://cafecomsociologia.com/conceito-de-familia/>> Acesso em: 09/11/21

IESB. Brasil tem mais de 33,6 mil casos de violência contra idosos apenas em 2021. Disponível em: <https://www.iesb.br/noticias/brasil-tem-mais-de-336-mil-casos-de-violencia-contra-idosos-apenas-em-2021/>> Acesso em 13/11/21.

IBDFAM. Violência contra a pessoa idosa: mais de 33,6 mil denúncias foram registradas no Brasil em 2021. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/8583/Viol%C3%Aancia+contra+a+peessoa+idosa%3A+mais+de+33%2C6+mil+den%C3%BAncias+foram+registradas+no+Brasil+em+2021.>> Acesso em: 09/11/21

A ALIENAÇÃO PARENTAL E A RESPONSABILIDADE CIVIL POR VIOLAÇÃO AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

SUYANNE KAREN MATOS MARTINS:

Graduanda no Curso de Direito pelo Centro Universitário Faculdade Metropolitana de Manaus - FAMETRO.

RESUMO: O presente trabalho de conclusão de curso apresenta o estudo da alienação parental desde a sua origem, conceito e na problemática em questão, que é a violação aos direitos da personalidade. Também é discutido a responsabilidade civil, sua natureza jurídica, conceito e aplicação nos casos de alienação parental na situação de direitos fundamentais à dignidade humana sendo violados. A prática de atos alienadores se origina mais comumente quando o relacionamento do casal chega ao fim, momento em que a convivência familiar se torna descontínua. Então os casais começam a disputar a guarda e o amor de seus filhos. Essa prática além de ferir a dignidade da pessoa humana, viola sobretudo os direitos da personalidade dos filhos e do próprio genitor alienado. Nesse campo histórico de disputas entre familiares surge a alienação parental, sendo inserida no ordenamento jurídico do Brasil em agosto de 2010, através da Lei 12.318, para que o alienador receba sua devida punição.

Palavras-chave: Alienação Parental; Responsabilidade Civil; Direitos da Personalidade; Síndrome da Alienação Parental.

ABSTRACT: The present course conclusion paper presents the study of parental alienation from its origin, concept and in the problem in question, which is the violation of personality rights. It is also discussed civil liability, its legal nature, concept and application in cases of parental alienation in the situation of fundamental rights to human dignity being violated. The practice of alienating acts originates most commonly when the couple's relationship comes to an end, at which time family life becomes discontinuous. Then couples begin to dispute custody and love for their children. This practice, in addition to hurting the dignity of the human person, overviolates the rights of the personality of children and of the alienated father himself. In this historical field of disputes between family members, parental alienation arises, being inserted in the legal system of Brazil in August 2010, through Law 12,318, so that the alienator receives his due punishment.

Keywords: Parental Alienation; Liability; Personality Rights; Parental Alienation Syndrome.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. A ALIENAÇÃO PARENTAL E DIREITOS DA PERSONALIDADE. 1.1. CONCEITO DE ALIENAÇÃO PARENTAL E SUA ORIGEM. 1.2. ORIGEM E CONCEITO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE. 1.3. ALIENAÇÃO PARENTAL E OS ASPECTOS PROCESSUAIS. 2. A RESPONSABILIDADE CIVIL. 2.1. CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA. 2.2. A RESPONSABILIDADE CIVIL POR VIOLAÇÃO AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE. 2.3. A RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES FAMILIARES. 2.4. A RESPONSABILIDADE CIVIL COM RELAÇÃO À ALIENAÇÃO PARENTAL. 2.4.1. RESPONSABILIDADE CIVIL DO GENITOR ALIENADOR. 2.4.2. OS DIREITOS VIOLADOS DO GENITOR VITIMADO OU RESPONSÁVEL LEGAL DO MENOR. 3. CONSEQUÊNCIAS PSICOLÓGICAS DA ALIENAÇÃO PARENTAL. 3.1. A SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL. 3.2. PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR. 3.3. A GUARDA COMPARTILHADA CONSCIENTIZADA COMO MEIO DE EVITAR A PRÁTICA DA ALIENAÇÃO PARENTAL. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

A temática designativa desse trabalho é a Alienação parental e a Responsabilidade Civil por violação aos Direitos da Personalidade. Na questão metodológica deste artigo, foi realizada pesquisa bibliográfica em obras de Direito Civil com autores renomados, assim como livros de excelente desempenho e clareza sobre Alienação parental e direito da personalidade, e por fim, a Constituição Federal de 1988 também foi consultada, juntamente com o Estatuto da criança e do adolescente. Isto posto, com intuito de promover a discussão da Responsabilidade Civil do genitor que pratica atos de alienação parental, bem como as consequências jurídicas, psicológicas e os direitos violados no que diz respeito a prática alienatória.

O tema a ser discorrido tem como objetivo demonstrar conceitos básicos sobre a temática abordada, qual seja: a Responsabilidade civil, Alienação parental e direito da personalidade. Além de, verificar quais as responsabilidades atribuídas civilmente ao genitor alienante como também, explicar violações que podem ocorrer no que concerne aos direitos da personalidade do menor alienado e do genitor ou familiar vitimado. Outrossim, também citar uma possível forma de evitar a prática da Alienação Parental.

Este trabalho é de extrema relevância social, jurídica e acadêmica. Social; tendo em vista que a saúde emocional da criança é visivelmente comprometida (ou prejudicada) pela Síndrome da Alienação Parental. Jurídica; pois, a junção do direito civil e constitucional em conformidade e interligados com a legislação permite que o genitor ou familiar alienante seja responsabilizado civilmente por esta prática. Acadêmica; pelo fato de acrescentar e agregar profundidade no estudo da matéria citada, enriquecendo com uma gama de

conhecimentos sobre o assunto, que é tão importante civilmente e que sem dúvidas contribuirá como fonte de pesquisa para outros interessados sobre este tema. Além do mais, propõe-se a conscientização dos familiares, como também possíveis soluções conciliadoras capaz de inibir a prática da Alienação Parental.

Ao abordarmos sobre a alienação parental, necessitamos ter em mente que é uma questão que surge na maioria das vezes, mediante a uma separação familiar. Um cônjuge que não aceita a perda e abandono do outro e se deixa envolver pelo sentimento de vingança. Em uma atitude egoísta acaba desmoralizando e destruindo a imagem do outro cônjuge, através de influências conflitantes envolvendo os filhos, que, por conseguinte são submetidos a situações e emoções que podem ser prejudiciais, e providências precisam ser tomadas quanto a isso.

1 A ALIENAÇÃO PARENTAL E DIREITOS DA PERSONALIDADE

O Código Civil Brasileiro, em vigência, de maneira significativa, destaca nos artigos 11 a 21, os direitos da personalidade. Dentre os tópicos abordados sobre os direitos da personalidade, estão: a proteção à integridade do corpo da pessoa, da imagem, da inviolabilidade da vida privada, a proibição da divulgação de escritos, da transmissão da palavra ou a publicação, exposição e utilização da imagem da pessoa. Ressalte-se ainda que a violação aos direitos à convivência familiar e à afetividade social, quando ocorrida, interfere diretamente na formação da personalidade da criança ou adolescente. Logo, esses direitos envolvem: a vida, a integridade, a honra, a liberdade, a privacidade, a imagem e outros. E a alienação parental viola boa parte desses direitos.

1.1 Conceito de Alienação Parental e sua Origem

É imprescindível entender a origem, surgimento e aspectos da Alienação Parental. No ano de 1980, um psiquiatra estadunidense chamado Richard Gardner, nos Estados Unidos, realizou pesquisas e estudos e assim, foi o primeiro a conceituar o que venha a ser Alienação Parental. E, desde então, vem sendo estudado e conceituado por profissionais de diversas áreas. No que concerne ao conceito, a Lei 12.318/10, dispõe:

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

Ademais, no que se refere também ao significado de alienação parental, segundo os estudos de Madaleno *apud* Rodrigues (2020, p. 76,77) “a alienação parental representa uma prática bastante habitual de um pai ou uma mãe tentar obstruir a relação afetiva dos filhos com o outro ascendente”.

Não obstante, percebe-se que, tal prática causa a denegrição da imagem do outro genitor da criança, o qual também tem seus direitos violados.

1.2 Origem e Conceito dos Direitos da Personalidade

Para falar do Direito da Personalidade torna-se cabível abordar acerca do surgimento desses direitos, bem como a sua origem. Nesse sentido, discorre Nascimento (2020, p. 18):

A concepção dos Direitos da Personalidade teve origens nas mais remotas categorias jurídicas destinadas a tutelar a personalidade humana, encontradas inicialmente na Grécia antiga e em Roma. Na Grécia antiga, no período clássico, existiam ordenamentos jurídicos aplicados a cada cidade-estado, tendo estas seu próprio estatuto, e, nesses estatutos, já era conhecido “o princípio da personalidade do direito, sendo este aplicado nas relações mantidas entre os cidadãos e, principalmente, nas relações mantidas com pessoas de outra cidade-estado e com os estrangeiros”.

No Brasil, a proteção dos direitos de personalidade veio com a Constituição de 1988, onde surgiram diversos direitos fundamentais que protegem o ser humano. Complementando, é imprescindível entender e conhecer o conceito deles. Logo, nesse ínterim, Nascimento (2020, p. 42), explica:

Importante se torna abordar o conceito e significado atual dos Direitos da Personalidade que consistem nos direitos fundamentais, conferidos ao homem, compreendendo estes um direito inato, cuja concepção, ao longo da história foi evoluindo, até ser inserido em textos constitucionais, como instrumento de proteção. O ser humano, ao nascer com vida, adquire imediatamente, personalidade, e vai desenvolvendo-a ao longo do tempo com certas qualificações a sua personalidade, ou seja, sujeitos de direito, cuja tutela e a proteção dos Direitos da Personalidade, a ele são inerentes.

Existem duas correntes de pensamento sobre o que venha a ser os direitos da personalidade, a primeira a ser descortinada a seguir, é a naturalista. Citada pelo autor BITTAR (2014, p. 38 e 39):

Situamo-nos entre os naturalistas. Entendemos que os direitos da personalidade constituem direitos inatos como a maioria dos escritores ora atesta, cabendo ao Estado apenas reconhecê-los e sancioná-los em um ou outro plano do direito positivo em nível constitucional ou em nível de legislação ordinária, e dotando-os de proteção própria, conforme o tipo de relacionamento a que se volte, a saber: contra o arbítrio do poder público ou as incursões de particulares. Assim, em certos casos, quando recebem consagração em nível constitucional passando a representar “direitos fundamentais”, a sua consideração e o seu enfoque dentro do plano positivo encontram justificativa exatamente para a delimitação desse interessante campo de estudo, que se vem afirmando, especialmente na França. Isso não importa, no entanto, em cingir os direitos da personalidade aos reconhecidos pelo ordenamento jurídico. Esses direitos muitos dos quais não configuram ou não são suscetíveis de configurar “direitos fundamentais” existem antes e independentemente do direito positivo, como inerentes ao próprio homem, considerado em si e em suas manifestações. Quando ganham a Constituição, passando para a categoria de direitos fundamentais, recebem todo o sistema de proteção próprio.

Depois dos naturalistas, surgiu também a corrente de pensamento positivista, a qual possui um olhar um tanto diferente sobre os direitos da personalidade. O mesmo autor, BITTAR (2014, p. 43, 44), descreve:

Com efeito, esses direitos são dotados de caracteres especiais, para uma proteção eficaz à pessoa humana, em função de possuírem, como objeto, os bens mais elevados da pessoa humana. Por isso é que o ordenamento jurídico não pode consentir que deles se despoje o titular, emprestando-lhes caráter essencial. Daí, são de início, direitos intransmissíveis e indispensáveis, restringindo-se à pessoa do titular e manifestando-se desde o nascimento (Código Civil de 2002, art. 2o). Em suas características gerais e principiológicas são direitos inatos (originários), absolutos, extrapatrimoniais, intransmissíveis,

imprescritíveis, impenhoráveis, vitalícios, necessários e oponíveis erga omnes, como tem assentado a melhor doutrina, como leciona, aliás, o art. 11 do novo Código Civil. São os direitos que transcendem, pois, o ordenamento jurídico positivo, porque ínsitos à própria natureza do homem, como ente dotado de personalidade. Intimamente ligados à condição humana, para sua proteção jurídica, independentes de relação imediata com o mundo exterior ou outra pessoa, são intangíveis, de lege lata, pelo Estado ou pelos particulares.

Portanto, é essencial resguardar os direitos da personalidade, devido ao fato de que eles têm por finalidade a proteção dos direitos indispensáveis a dignidade e integridade da pessoa humana.

1.3 Alienação Parental e os Aspectos Processuais

É notório que a prática da alienação parental desencadeia danos aos prejudicados e fere os direitos deles previstos em Lei. Dito isto, existem alguns aspectos processuais a serem analisados. Logo, os autores Madaleno e Madaleno, (2021, p. 128), escreveram detalhadamente as seguintes observações:

Presente algum indício em qualquer momento processual, em qualquer grau de jurisdição, quer se trate de demanda autônoma ou incidental, mas dispensado o ingresso de uma ação específica de alienação parental, o progenitor vitimado utiliza o processo em andamento, que pode ser relativo a uma ação de divórcio, de dissolução de união estável, de alimentos, de guarda de filhos ou de regulamentação da convivência do progenitor não guardião e, nesse mesmo caderno processual, a parte interessada ou o representante do Ministério Público denunciam os atos de alienação, já não agiu de ofício e já não ordenou ele mesmo, com tramitação prioritária, as providências ou diligências judiciais destinadas a preservar e assegurar a convivência do rebento com o genitor alvo da exclusão parental, e com essas diligências preservar o melhor possível a integridade psicológica do menor, inclusive viabilizando a reaproximação do ascendente alienado com o filho igualmente excluído, evitando, até onde for possível, uma temerária solução de

continuidade na relação de convivência entre filho e progenitor alienados.

Destarte, os aspectos legais e processuais da alienação parental não devem ser deixados de lado, posto que eles são o caminho para a possibilidade de punição e/ou indenização de quem pratica a alienação parental.

2. A RESPONSABILIDADE CIVIL

É de suma importância saber que: responsabilidade pode ser definida como a aplicação de medidas obrigatórias impostas a alguém no intuito de reparar o agravo causado a outrem seja por razão de sua ação ou omissão.

2.1 Conceito e Natureza Jurídica

No que tange a natureza jurídica da responsabilidade civil, Gonçalves explica: “A palavra “responsabilidade” origina-se do latim *respondere*, que encerra a ideia de segurança ou garantia da restituição ou compensação do bem sacrificado. Teria, assim, o significado de recomposição, de obrigação de restituir ou ressarcir”. (2020, p.53)

Quanto ao conceito de responsabilidade civil, Gagliano e Filho afirmam: “A noção jurídica de responsabilidade pressupõe a atividade danosa de alguém que, atuando a priori ilicitamente, viola uma norma jurídica (legal ou contratual), subordinando-se, dessa forma, às consequências do seu ato (obrigação de reparar)”. (2020, p.39).

A responsabilidade civil, é um elemento importantíssimo para as relações pessoais administradas pelo Direito Civil, e esta, possui uma natureza jurídica, qual seja Gagliano e Filho, (2020, p. 50):

Tanto a responsabilidade civil quanto a responsabilidade penal decorrem *a priori* da prática de um ato ilícito, ou seja, de uma violação da ordem jurídica, gerando desequilíbrio social, ressaltando-se como exceção, por rigor técnico, a possibilidade de a responsabilidade civil decorrer, também, de uma imposição legal, seja em atividades lícitas, seja em função do risco da atividade exercida.

Ademais, em se tratando de responsabilidade civil, existem aspectos e elementos na sua composição, que são necessários para a compreensão devida do que é esse fenômeno jurídico. Nesse diapasão, Gonçalves (2019, p. 64):

O art. 186 do Código Civil consagra uma regra universalmente aceita: a de que todo aquele que causa danos a outrem é obrigado a repará-lo. Estabelece o aludido dispositivo legal, informativo da responsabilidade aquiliana: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. A análise do artigo supratranscrita evidencia que quatro são os elementos essenciais da responsabilidade civil: ação ou omissão, culpa ou dolo do agente, relação de causalidade, e o dano experimentado pela vítima. Ação ou omissão – Inicialmente, refere-se a lei a qualquer pessoa que, por ação ou omissão, venha a causar dano a outrem. A responsabilidade pode derivar de ato próprio, de ato de terceiro que esteja sob a guarda do agente, e ainda de danos causados por coisas e animais que lhe pertençam.

O Código prevê a responsabilidade por ato próprio, dentre outros, nos casos de calúnia, difamação e injúria; de demanda de pagamento de dívida não vencida ou já paga; de abuso de direito.

Posto isso, entende-se que a responsabilidade civil é muito necessária e tem como intuito e objetivo, a restauração do equilíbrio violado pelo dano, garantindo a vítima à restituição do que lhe foi lesado.

2.2 A Responsabilidade Civil por Violação aos Direitos da Personalidade

Para entender a violação aos direitos da personalidade, faz-se necessário conhecer e compreender o que eles significam, considerando que estes direitos começam na concepção do ser humano. Nesse sentido, Szaniawski (2005, p.66. apud Nascimento, (2020, p. 77) salienta:

[...] o sistema do direito brasileiro revela que os codificadores, filiaram-se à teoria concepcionista, segundo a qual o concepturo, o embrião e o nascituro, são, desde a fecundação, um ser humano individualizado, distinto da mãe, possuidor de autonomia genético-biológica, tratando-se de um ser humano em desenvolvimento, sendo, por isto, uma pessoa e sujeito de direitos. Desta maneira, não encontramos dificuldade em afirmar que o embrião e o nascituro, desde a concepção, constituem-se em um ser dotado de uma estrutura e de uma dinâmica humana autônomas, possuindo

existência distinta da de sua mãe, constituindo-se em uma *spes personae*.

Logo, diante disso, desde o momento de sua concepção, o ser humano tem direitos a serem obedecidos e protegidos. E, em se tratando de uma criança, do menor alienado, o artigo 227 da Constituição Federal expõe 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 [...]”.

Portanto, esses direitos estão sendo violados, no exato momento em que a criança é impedida de ter contato com seu outro genitor ou familiar, o qual poderia contribuir ajudando com sua segurança, alimentação, lazer, bem-estar, profissionalização, entre outros. Ao passo em que a prática da alienação parental também promove o afastamento e rejeição dos menores quanto ao genitor alienado, tal como a todos os familiares e amigos pertencentes a estes.

Ademais, acerca dos direitos da personalidade, Nascimento, (2020, p. 42) contextualizando, descreve:

Importante se torna abordar o conceito e significado atual dos Direitos de Personalidade que consistem nos direitos fundamentais, conferidos ao homem, compreendendo estes um direito inato, cuja concepção, ao longo da história, foi evoluindo, até ser inserido em textos constitucionais como instrumento de proteção. O ser humano, ao nascer com vida, adquire, imediatamente, personalidade, ou seja, sujeitos de direito, cuja tutela e proteção dos Direitos da Personalidade, a eles são inerentes.

Além disso, existem situações no ambiente familiar, como por exemplo a alienação parental e violação aos direitos da personalidade, as quais vão ser passíveis de responsabilidade civil e, conseqüentemente, indenização por danos morais, dependendo da situação em questão, é claro. Desse modo, descreve o autor Gonçalves (2019, p. 69):

A violação de um direito como vem, mesmo sem alegação de prejuízo ou comprovação de um dano material emergente, pode, em certos casos, impor ao transgressor a obrigação de indenizar, a título de pena privada (art. 416 do CC: hipótese de pena convencional; nos

casos de violação dos chamados direitos da personalidade, como a vida, a saúde, a honra, a liberdade etc.).

Dito isto, torna-se bem clara a possibilidade da responsabilidade civil por violação aos direitos da personalidade, bem como o embasamento para que isso aconteça, com o objetivo de proteger e resguardar os direitos da criança e dos adolescentes previstos e assegurados em Lei.

2.3 A Responsabilidade Civil nas Relações Familiares

No tocante à responsabilidade civil nas relações familiares, aprofundando mais o que foi citado no tópico acima, NASCIMENTO, contextualizando, escreve:

Nas relações familiares podem ocorrer situações ensejadoras de indenização por dano moral, por ofensa a dignidade pessoal ou familiar. Nesse sentido, a possibilidade da aplicação da responsabilidade civil na seara familiar encontra-se submetida às regras gerais do ordenamento jurídico no tocante aos atos violadores da personalidade humana e causadores de danos morais e patrimoniais, sendo as varas de família competentes para processar e julgar tais os fatos lesivos relacionados às relações familiares. (2020, p.117;118).

Outrossim, uma vez que foi compreendido o conceito e relevância dos direitos da personalidade, entremos agora na seara da responsabilidade civil, para compreender o motivo de haver uma responsabilização civil dos direitos da personalidade nas relações familiares, e neste caso específico, na alienação parental. Nesse sentido, Nascimento, (2020, p. 220):

Assim, a responsabilidade civil, nas relações familiares, surge quando ocorre a violação ou abuso de um dever inerente ao exercício da autoridade parental, que fere direitos da personalidade de algum de seus integrantes, violando a sua dignidade e causando dano moral ou material. No tocante aos deveres inerentes ao poder familiar, o seu não cumprimento pelos genitores, gera o cabimento de responsabilidade civil se causar dano ao filho, consoante a redação do artigo 186 do Código Civil de 2002.

Logo, é notório observar que até mesmo nas relações familiares ocorrem situações ensejadoras de responsabilidade civil. E, é indispensável a devida análise dos fatos ocorridos para viabilizar as indenizações ou outras punições para os atos cometidos entre os componentes das famílias.

2.4 A Responsabilidade Civil com Relação à Alienação Parental

Antes de abordar sobre a responsabilidade civil na alienação parental propriamente dita, é interessante deixar explícito os fundamentos dentro da norma jurídica sobre este assunto. Logo, um escritor resumiu claramente, juntando referências à respeito do referido tema. A seguir, Montañó, 2020, pag. 88:

Ao tratar da normativa jurídica sobre a "Alienação Parental" precisamos considerar, além da própria lei, seus antecedentes e fundamentos jurídicos. Assim, conforme o Juiz Elizio Luiz Perez, a "Alienação Parental", ao ferir o direito de "convivência familiar saudável", encontra fundamentos no artigo 227 (Cap. VII) da *Constituição Federal*, no artigo 1.583 (§ 2º) do *Código Civil*, além do artigo 249 do *Estatuto da Criança e do Adolescente*.

No entanto, é fundamental entender que, para haver a caracterização da responsabilidade civil, existem alguns critérios, os quais, Gagliano e Filho (2020, p. 59) conceituam:

A ação (ou omissão) humana voluntária é pressuposto necessário para a configuração da responsabilidade civil. Trata-se, em outras palavras, *da conduta humana, positiva ou negativa (omissão), guiada pela vontade do agente, que desemboca no dano ou prejuízo*.

Depois de compreendido os critérios para a responsabilidade civil, faz-se necessário uma análise dos direitos que não podem ser ignorados e o porquê de ser tão importante atentar juridicamente para eles. Nesse sentido, o autor Freitas (2015, p. 113), discorre:

O Estatuto da Criança e Adolescente impõe uma relação de direito/dever decorrente do Poder Familiar. Institui que é dever de quem detém tal poder, bem como de toda a sociedade, a manutenção e proteção dos direitos relativos às crianças e adolescente. A referida lei já sufragava, em seu art. 73, que "a

inobservância das normas de prevenção importará em responsabilidade da pessoa física ou jurídica, nos termos desta Lei". Esta responsabilidade inclui, entre outras, a civil, podendo haver a fixação de indenização por danos morais, por exemplo, pelo abandono afetivo. No tocante à modalidade de responsabilidade civil, salvo atividade de risco e casos tipificados por lei,¹ a responsabilidade será subjetiva, em que se tornam necessárias a apuração e a comprovação dos seus elementos: ato ilícito, nexo causal, dano (patrimonial ou extrapatrimonial) e culpa. Na responsabilidade civil, na modalidade subjetiva, para "chegar-se à configuração do dever de indenizar, não será suficiente ao ofendido demonstrar sua dor. Mas somente ocorrerá a responsabilidade civil se estiverem reunidos todos os seus elementos essenciais". P.113 autor FREITAS

Sendo assim, se forem praticados atos que, dentro da Lei nº 12.318/10, estejam enquadrados como alienação parental, haverá a responsabilização civil, tendo em vista que ocorrem danos e prejuízos ao menor e genitor vitimados, que sofreram os abusos causados pela prática alienatória, os quais são demonstrados nos tópicos subsequentes.

2.4.1 Responsabilidade Civil do Genitor Alienador

Existem consequências ao progenitor que pratica os atos de alienação parental, havendo até mesmo, a possibilidade de responsabilidade civil e, conseqüentemente, a indenização. Contextualizando, com relação a responsabilidade civil de quem pratica a alienação parental, Nascimento (2020, p. 221) diz:

O ato de alienação parental constitui um abuso do exercício do poder familiar pelo genitor guardião, decorrendo dele a responsabilidade extracontratual objetiva, além de ser uma afronta a garantias fundamentais e aos direitos da criança e do adolescente ainda em formação, ocasionando dano moral viabilizando a indenização.

A Lei de Alienação Parental, Nº 12.318/10, dispõe as punições para a prática alienatória, as quais devem ser muito bem obedecidas e colocadas em prática, se houver a comprovação do ato.

Art. 6º Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com

genitor, em ação autônoma ou incidental, o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso: I – declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador; II – ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado; III – estipular multa ao alienador; IV – determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial; V – determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão; VI – determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente; VII – declarar a suspensão da autoridade parental. Parágrafo único. Caracterizada mudança abusiva de endereço, inviabilização ou obstrução à convivência familiar, o juiz também poderá inverter a obrigação de levar para ou retirar a criança ou adolescente da residência do genitor, por ocasião das alternâncias dos períodos de convivência familiar.

Depois das punições da alienação parental citadas acima, é preciso entender, também, que a nossa Carta Magna dispõe acerca da possibilidade de haver indenização devido a violação aos direitos da personalidade, e isso entra na responsabilidade civil do alienador. Sendo assim, o escritor Gonçalves (2019, p. 73), resumindo e parafraseando, descreve:

A Constituição Federal de 1988 assegura o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de violação de alguns direitos da personalidade, inclusive o direito à honra em geral, no inciso X do art. 5º, *verbis*: “São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. E no inciso V do mesmo dispositivo garante “o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”.

Soma-se a isso o fato de que o genitor que pratica a alienação parental, atinge a outros direitos, os quais também são previstos na Carta Magna. Conforme demonstra os escritores Madaleno e Barbosa, (2015, p. 29, 30), a seguir:

O genitor alienante ultrapassa os limites e mesmo infringe o disposto no artigo 227 da Constituição Federal, no tocante à saúde, uma vez

que a saúde mental dos infantes, e em alguns casos até mesmo a física, é posta em risco; também no que refere à convivência familiar, que é eliminada sem escrúpulos, ainda os deixando à mercê de todas as consequências

Portanto, de acordo com tudo o que foi mencionado, existem direitos a serem respeitados, assim como consequências e punições com relação a violação deles. E a responsabilidade civil, vem para, de certa forma, fazer valer esses direitos e a dignidade humana, responsabilizando civilmente o genitor alienante pelos atos praticados.

2.4.2 Os Direitos Violados do Genitor Vitimado ou Responsável Legal do Menor

É notório que a alienação parental causa malefícios e viola direitos da criança e/ou adolescente envolvido, mas também, afeta e retém direitos do progenitor ou qualquer que seja o responsável pelo menor alienado. Nesse diapasão, salienta a autora, Nascimento, (2020, p. 220 e 221):

E comprovadas as práticas alienatórias e a ocorrência da Síndrome da Alienação Parental, surge a possibilidade de responsabilização civil por dano moral e material, por ter ocasionado a violação dos direitos da personalidade da criança e do adolescente e do genitor alienado, ferindo a dignidade das vítimas, uma vez que a eles foi negada a oportunidade de convivência e de desenvolver uma relação afetiva saudável para o livre exercício da autonomia privada.

Existem outros malefícios, direitos específicos que são violados pelo genitor alienante no momento da prática alienatória, os quais incluem o direito a honra. E, para entender melhor o motivo que enseja a importância desse direito e de resguardar ele, o autor, Bittar (2014, p. 201, 202), expende:

Outro elemento de cunho moral e imprescindível à composição da personalidade é o direito à honra, que é a todos igualmente conferida. Inerente à natureza humana e ao mais profundo do seu interior (o reduto da dignidade), a honra acompanha a pessoa desde o nascimento, por toda a vida e mesmo depois da morte, em face da extensão de efeitos já mencionada. O reconhecimento do direito em tela prende-se à necessidade de defesa da reputação da pessoa (honra objetiva), compreendendo o bom nome e a fama de que desfruta no seio da coletividade, enfim, a estima que a cerca nos seus

ambientes, familiar, profissional, comercial ou outro. Alcança também o sentimento pessoal de estima, ou a consciência da própria dignidade (honra subjetiva), de que separamos, no entanto, os conceitos de dignidade e de decoro, que integram, em nosso entender, o direito ao respeito (que versaremos a seguir), ou seja, modalidade especial de direito da personalidade apartada do âmbito geral da honra (que, na doutrina, vem, em geral, contemplada no mesmo conjunto). No direito à honra que goza de espectro mais amplo, o bem jurídico protegido é a reputação, ou a consideração social a cada pessoa devida, a fim de permitir-se a paz na coletividade e a própria preservação da dignidade humana. Pode ser atingida pela falsa atribuição de crime, ou pela imputação de fato ofensivo à reputação, pela calúnia, injúria ou difamação, com a alteração da posição da pessoa na coletividade, entendendo-se suscetíveis de prejudicar pessoa física e pessoa jurídica (fala-se, ainda, em “imagem” da pessoa, principalmente jurídica, que, nesse sentido, corresponde à honra).

Diante do exposto, não é difícil de entender que, a prática alienatória causa uma colisão com direitos da personalidade inerentes aos seres humanos, por isso, é tão importante a inserção da responsabilidade civil, com intuito de que nada fique impune ao agente causador, no caso em questão, o genitor alienante. Além da honra, existe outro integrante desses direitos, que precisa ser protegido. Nesse ínterim, acrescenta Bittar (2014, p. 209, 210):

Por isso, outro fator preponderante da personalidade moral que merece proteção jurídica é o do respeito pessoal, a que toda pessoa humana faz jus em quaisquer circunstâncias, na conservação do bom relacionamento necessário para a coexistência na sociedade. Integrante da tábua básica de valores morais, procura preservar de invasão por outrem a dignidade e o decoro da pessoa. Constitui, pois, violação a esse direito a atribuição genérica de qualificativos deprimentes ou constrangedores, reprovados pelas regras mínimas de convívio ético e pelo ordenamento jurídico, em prol da tranquilidade social. Por outras palavras, profliga-se a manifestação de opinião pessoal desairosa a outrem, por palavra, som ou gesto ultrajante, bastando que o lesado, se não diretamente atingido, possa

perceber a ação ilícita (basta, pois, a percepção para a caracterização do desrespeito).

Não obstante os direitos violados acima supracitados, outro fator de muita relevância a ser discutido é o quanto a criança é prejudicada pela falta de seu outro genitor ou responsável, em outras palavras, a alienação parental é extremamente prejudicial a quem sofre as consequências dela.

3 CONSEQUÊNCIAS PSICOLÓGICAS DA ALIENAÇÃO PARENTAL

A alienação parental poderá ocasionar sérios transtornos, inclusive o psicológico. Pois as partes envolvidas sofrem pressão que expõem a emoções que podem desencadear consequências indesejáveis.

3.1 A Síndrome da Alienação Parental

Este tópico tem por objetivo discorrer acerca de uma das consequências da alienação parental, denominada, SAP – Síndrome da Alienação Parental. Desse modo, a autora, Sousa (2010, p. 99), escreveu:

A SAP foi descrita por Gardner como sendo um distúrbio infantil, que surge, principalmente, em contextos de disputa pela posse e guarda de filhos. Manifesta-se por meio de uma campanha de difamação que a criança realiza contra um dos genitores, sem que haja justificativa para isso. Essa síndrome, segundo o psiquiatra norte-americano, resulta da programação da criança, por parte de um dos pais, para que rejeite odeie o outro, somada à colaboração da própria criança – tal colaboração é assinalada como fundamental para que se configure a síndrome (Gardner, 2001^a, s/p., tradução nossa). Segundo Gardner (1991), a SAP é mais do que uma lavagem cerebral, pois inclui fatores conscientes e inconscientes que motivariam um genitor a conduzir seu(s) filho(s) ao desenvolvimento dessa síndrome, além da contribuição ativa desse(s) na difamação do outro responsável.

No entanto, é importantíssimo entender e distinguir a diferença entre alienação parental e a SAP. A alienação parental é a prática feita por um dos genitores ou responsáveis pela criança, se utilizando da difamação e histórias inventadas, no intuito de causar um afastamento e muitas vezes, separação total do menor e seu outro genitor. Em contrapartida, a Síndrome da Alienação Parental, é a consequência da prática alienatória,

a qual causa uma mudança de comportamento e alguns sintomas na criança, os quais caracterizam uma síndrome. Em resumo, os pontos negativos são enormes.

É válido ressaltar que independentemente do divórcio ou separação (em caso de união estável), os pais possuem o dever de conduzir muito bem a criação dos filhos, o que inclui proporcionar segurança e um ótimo desenvolvimento físico, emocional e espiritual, e isso passa a ser descumprido quando ocorre a prática da alienação parental e de igual modo, a SAP, que é a resposta traumática e comportamental do menor a todo esse transtorno.

3.2 Princípio do Melhor Interesse do Menor

Em primeiro momento, é imprescindível compreender que o princípio do melhor interesse da criança está pautado na Lei 12.010/2009, a qual dispõe acerca da “garantia do direito à convivência familiar a todas as crianças e adolescentes”. Ademais, no que se refere a uma explicação mais extensa sobre o mencionado princípio, Nascimento, (2020, p.215), conceituando, diz:

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente deve ser observado por todos os integrantes do grupo familiar, não sendo atribuição somente dos genitores, podendo recair a responsabilidade civil pelo cometimento de ato ilícito advindo da prática de alienação parental e qualquer um dos parentes e/ou integrantes deste grupo.

O foco constitucional de proteção dos melhores interesses da criança e do adolescente busca o desenvolvimento pessoal do menor, não apenas com a sua adequada inserção no núcleo familiar, devendo haver uma articulação tanto pública como privada de proteção dos interesses superiores do menor, que deixa de figurar como um mero prolongamento da personalidade de seus genitores, que exerciam poder extremo e à margem de qualquer intervenção pública. Daí existir, de acordo com a definição de Miguel Sánchez, um sistema dual de proteção do menor para que ele alcance seu pleno desenvolvimento e crescimento por meio do acesso de seus fundamentais direitos, constitucionalmente assegurados, não mais, como sucedia no passado, exclusivamente por intermédio das medidas de *heteroproteção* dos pais, mas cuja defesa reste garantida pela efetiva atuação do Estado, especialmente em situações de abandono, inexistência ou inação dos progenitores, vivenciando-se

certo caráter público de proteção dos menores e, quando necessário, sendo submetido ao controle judicial. P. 69 Madaleno (Síndrome da Alienação Parental)

Além disso, existe o posicionamento de outra escritora, que embasa o que foi supracitado acima. O autor Souza, (2020, p. 51): É importante ressaltar que o superior interesse configura-se como um princípio fundamental para a vida e para a evolução dos filhos, de maneira que se almeja aplicar e resguardar os direitos inerentes à infância.

Em vista disso, assim como todos os princípios citados na Carta Magna, o do melhor interesse da criança deve ser acatado e praticado.

3.3 A Guarda Compartilhada Conscientizada Como Meio de Evitar a Prática da Alienação Parental

A alienação parental poderá acontecer na guarda compartilhada ou na guarda unilateral. A guarda compartilhada, de acordo com o artigo 1.583 do Código Civil, no §1º: “é a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob os mesmos tetos concernentes ao poder familiar dos filhos comuns”. E o §2º do mesmo artigo, complementa que “Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser divididos de forma equilibrada com a mãe com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos”.

Em contrapartida, existe a guarda unilateral, a qual é atribuída a um só dos genitores ou alguém que os substitua, nos conformes do artigo 1.583 e §1º do Código Civil.

Sendo assim, no intuito de amenizar a prática alienatória, uma sugestão viável a ser abordada seria, ainda na definição da guarda compartilhada de forma conscientizada, e combinar previamente a proibição e explicar todos os efeitos negativos da alienação parental, de modo que o juiz resolva isso ainda na conciliação, como dispõe o artigo 1.584 do Código Civil, em seu parágrafo primeiro: “Na audiência de conciliação, o juiz informará ao pai e à mãe o significado da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas”.

CONCLUSÃO

Logo, constatou-se que a prática da alienação parental tem como parâmetro o impedimento do cônjuge não guardião de desempenhar o seu poder familiar e o seu direito de convívio com o filho. Compete ressaltar que a alienação pode ser perpetrada por

qualquer pessoa que tenha sob sua autoridade a criança ou adolescente, não só pelos genitores. Ela é praticada através de uma manipulação psicológica que vai minando os sentimentos do menor, tornando-o refém das coisas que lhe é falado. É usada como uma forma de punição, no entanto as maiores vítimas acabam sendo os menores que muitas vezes desenvolvem uma depressão ou sentimentos de ódio e rancor que fazem mal a sua saúde, podendo desencadear até mesmo outros tipos de patologias que poderão prejudicá-los, privando-os de usufruir uma vida saudável.

Essa prática pode interferir no desenvolvimento e concepção psicológica da criança e do adolescente uma vez que visa obstruir o laço afetivo que há entre esse e o outro cônjuge. Refere-se a uma prática ilícita, pois infringe a incumbência do exercício adequado do poder familiar pelo alienador e concebe abuso moral em relação à criança bem como ao alienado. A alienação parental viola uma norma jurídica preexistente, a qual envolve os direitos da personalidade, há consequências desse ato e a guarda compartilhada pode ser um meio de inibir a prática. É compatível a responsabilidade civil nos moldes patrimonial ou extra patrimonial, objetiva ou subjetiva, nos casos de alienação parental.

Posto isso, é de extrema importância ressaltar o valor da discussão sobre a alienação parental na sociedade e no meio jurídico. Deveriam existir mais punições ou até mesmo, alguma forma de impedir que a prática alienatória aconteça e se desenvolva, e isso poderia ser feito no momento em que o casal ainda está decidindo se separar, ou então, na audiência de conciliação ou mediação, o Juiz já poderia alertar dos riscos e consequência da alienação parental.

É notório e perceptível que está faltando mais atenção e valorização desse tema que é tão sério, e mexe tão profundamente com os direitos de seres humanos adultos, e crianças inocentes e indefesas. É necessário um olhar cuidadoso da sociedade, dos genitores de família e principalmente, do sistema judiciário, levando em consideração que os danos causados podem ser irrecuperáveis se não identificado e cuidados a tempo, pois, quanto mais raiz este mal fincar, mais difícil será tratá-lo.

O Estatuto da criança e do adolescente discute o dever dos pais de prover o sustento, educação e guarda dos filhos menores. E dispõe sobre o fato de que eles devem e são obrigados a cumprir ou então, fazer cumprir tudo aquilo que foi determinado pelo Judiciário. Correlacionando isso ao tema em questão, se foi determinada uma guarda compartilhada dos filhos, não é coerente com a Lei, o senso comum, os filhos e o outro genitor praticar a Alienação Parental. Os direitos e deveres são bem claros, e precisam ser

obedecidos e cumpridos, pelo bem das crianças e adolescentes e genitores, ambas as vítimas dessa prática.

REFERÊNCIAS

BITTAR, Carlos. A. **Os Direitos da Personalidade**, 8. Ed. Local; Editora Saraiva; 2014. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502208292/>. Acesso em: 05 nov. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.**

FREITAS, DOUGLAS. P. **Alienação Parental - Comentários a Lei 12.318/2010**. Ed. Local; Grupo GEN, 2015; Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-6337-8/>. Acesso em: 09 nov. 2021.

GAGLIANO, Pablo Stolze e FILHO, Pamplona Rodolfo. **Novo curso de direito civil v.3 (Responsabilidade Civil)**. 18. Ed. São Paulo. Saraiva Educação; 2020

GONÇALVES, Carlos. R. **Responsabilidade Civil**. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553617173/>. Acesso em: 05 nov. 2021.

MADALENO, Ana Carolina Carpes, MADALENO, Rolf. **Alienação Parental, importância da detecção dos aspectos legais e processuais**. 7. Ed. Rio de Janeiro; Forense, 2021.

MADALENO, ROLF. MADALENO/ANA.CAROLINA. C. **Síndrome da Alienação Parental**. Ed. Local; Grupo GEN, 2019; Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530987541/>. Acesso em: 09 nov. 2021.

MONTAÑO, Carlos. **Alienação Parental e Guarda Compartilhada**. 2. Ed. Rio de Janeiro; Lumen Juris; 2020.

NASCIMENTO, Laura Eliza Soares Antunes de Oliveira. **Alienação Parental e a Responsabilidade Civil por Violação aos Direitos de Personalidade**. 1. Ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris; 2020.

SOUSA, Analicia Martins de. **Síndrome da Alienação Parental, um novo tema nos juízos de família**. 1. Ed. São Paulo. Cortez Editora; 2010.

SOUZA, Juliana Rodrigues de. **Alienação Parental e Abandono Afetivo (Análise da Responsabilidade Civil)**. 1. Ed. São Paulo. Mundo Jurídico; 2020.

O DISTANCIAMENTO SOCIAL CAUSADO PELA COVID-19 COMO FACILITADOR DA PRÁTICA DA ALIENAÇÃO PARENTAL E OS EFEITOS JURÍDICOS DECORRENTES DESSA PRÁTICA.

ÁDILA PEREIRA NASCIMENTO MORAES:
Graduanda do Curso de Direito da Faculdade
Serra do Carmo

ORIENTADORA: KARINE ALVES GONÇALVES MOTA⁸⁰
(orientadora)

RESUMO: Em virtude da pandemia causado pela COVID-19 e seus diversos impactos sociais, econômicos, políticos e jurídicos, o presente artigo busca analisar o isolamento social como facilitador do fenômeno da alienação parental, bem como os efeitos jurídicos no ordenamento brasileiro aplicáveis para tais práticas, que interferem de maneira maléfica na construção psíquica do menor. Buscando analisar os reflexos da pandemia nas relações familiares, com enfoque no relacionamento entre pais e filhos, fora adotado o método dedutivo, pesquisa exploratória e descritiva, por meio de revisão bibliográfica. O estudo se deu inicialmente pela contextualização da alienação parental, com enfoque na Lei nº 12.318.2010; posteriormente, relacionou-se a prática alienadora com o isolamento social decorrente da pandemia, remendado pela OMS; por fim tratou-se dos efeitos jurídicos previstos para a prática de alienação.

Palavras-chave: Alienação Parental; Pandemia; Covid-19; Isolamento Social.

Sumário: 1. Introdução – 2. Conceito de família e de alienação parental: 2.1 Alienação no ordenamento jurídico brasileiro. 3. Isolamento social decorrente da covid/2019. 4. Efeitos jurídicos da alienação parental. 5. Conclusão. 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O Covid-19 (SARS-CoV-2) deu causa a pandemia, esta forçara providências restritivas a fim de inibir a propagação do vírus, tais medidas afetaram de maneira significativa a convivência familiar e social, tornando o cenário propício a propagação de conflitos familiares, entre elas, a alienação parental.

⁸⁰ Doutora em Ciências pela Universidade de São Paulo. Mestre em Direito pela UNIMAR. Bacharel em Direito pela PUC/GO. Advogada e professora da Faculdade Serra do Carmo - FASEC. E-mail prof.karinemota@fasec.edu.br

Institutos do Direito das Família como a guarda compartilhada foram impactados pela necessidade do distanciamento social, imposto como forma de minimizar o aumento da Covid-19.

Tal cenário se mostrou ambiente facilitador à prática da alienação parental, sendo necessário novas adaptações na seara do direito das famílias, com isto, diversos desafios apareceram, novas lides contornaram os direitos inerentes às crianças e aos adolescentes, exigindo assim que mais uma vez o direito da família acompanhe tais mudanças buscando proteger os direitos dos indivíduos participantes de relações familiares.

Alienação parental, é classificada como uma intervenção de forma maléfica na construção psíquica do então menor, com o intuito de afastar um dos genitores do convívio com o menor, é uma temática ligada diretamente ao direito de família, tendo em vista que tal prática é recorrente, quando ocorre a ruptura da vida conjugal, gerando em um dos cônjuges uma tendência vingativa e rancorosa, capaz de usar o menor como arma de ataque nessa guerra pessoal.

Vale ressaltar que o alienante, pessoa responsável por intervir de maneira prejudicial na vida do menor, não será necessariamente apenas um dos genitores, poderá ser também avós, tios, irmãos, desde que tenha o poder de decisão sob o menor.

O presente trabalho, tendo como pano de fundo o distanciamento social imposto pela pandemia causada pelo corona vírus (SARS-CoV-2), procurou discutir a alienação parental e seus os efeitos jurídicos. Foi utilizado o método dedutivo, pesquisa exploratória e descritiva, por meio de revisão bibliográfica.

2.CONCEITO DE FAMÍLIA E DE ALIENAÇÃO PARENTAL

O direito da família, pode ser considerado um ramo dinâmico, tendo em vista que, as relações sociais e familiares são passíveis de inúmeras mudanças no decorrer do tempo, sendo assim, tal instituto busca acompanhar tal dinamismo, de maneira a garantir e efetivar os direitos dos indivíduos, decorrentes das relações familiares.

O conceito da família no ordenamento brasileiro passara por várias mudanças, antes considerava -se família apenas o casamento entre homem e mulher, houve uma reestruturação familiar.

Superou -se a diferença entre cônjuge e companheiro, no quesito direitos e deveres decorrentes do casamento, o casamento cria a família legítima. A união estável, reconhecida pela Constituição Federal e pelo Código civil como entidade familiar, pode ser chamada de família natural," (GONÇALVES, 2020).

Atualmente com as mudanças sociais, culturais, econômicas e políticas, foi e está sendo possível a formação das mais variadas formas de famílias, seja entre pessoas do mesmo sexo, união estável ou até mesmo com pluralidade de pessoas, indo muito além da orientação sexual, teve-se uma ampliação do conceito de família.

Neste sentido, há uma igualdade entre os casais casados no civil que possuem a certidão de casamento e aqueles que optam por uma certidão de união estável, todos são considerados família.

Com tais mudanças na constituição da família, a dissolução conjugal também se tornou mais rotineira, um processo mais célere, o qual apenas a manifestação de um dos cônjuges é o suficiente, todavia, como consequência tem-se em muitos casos a disputa pela guarda dos filhos, neste momento abre-se margem para prática da alienação, muitas vezes conturbados com o fim da relação, os cônjuges usam os próprios filhos como maneira de ferir o outro, não conseguindo ver o que os unem, mas apenas o que os separam.

O termo alienação parental inicialmente foi introduzido por Richard Gardner, professor de psiquiatria clínica no Departamento de Psiquiatria Infantil da Universidade de Columbia, nos Estados Unidos. **Sottomayor** (2011) citando Gardner, " a síndrome de alienação parental, como uma perturbação da infância que aparece quando a criança recusa relacionar-se com o progenitor sem a guarda, no contexto do divórcio e das disputas sobre guarda e visitas".

É direito fundamental da criança ter contato com os genitores, nesta linha;

A relação afetiva entre pais e filhos deve ser preservada ainda que a relação entre os pais não esteja mais estabelecida na forma de uma família constituída, ou mesmo jamais tenha se constituído, tendo como principais alicerces os laços de afetividade, de respeito, de considerações mútuas. (ALEXANDRIDIS, G.; FIGUEIREDO, 2014)

Quanto à temática guarda de menores, no ordenamento jurídico atual, existe a guarda unilateral e a guarda compartilhada. Naquela terá apenas um guardião, enquanto nesta ambos os genitores serão guardiões do menor. Tal instituto busca resguardar o direito do menor quanto a convivência saudável com seus genitores.

No tocante a guarda compartilhada, esta é de suma importância para inibir atos alienatórios, uma vez que, procura oportunizar ao menor uma convivência efetiva e harmoniosa com seus familiares, que englobam além dos pais, nesta situação a criança possuirá dois lares, os genitores serão responsáveis por sua educação, saúde, lazer, enfim pelo seu desenvolvimento saudável.

A definição de alienação parental está ligada aos aspectos que vão de encontro a integridade do menor, tais comportamentos podem ser tantos dos pais que estão vivenciando uma dissolução conjugal conturbada ao ponto de manipular seu próprio filho menor, com o fim de investir palavras ou ações para com o ex-cônjuge, como também para com outros parentes. Cumpre ressaltar que tais práticas podem ser frutos de diversos conflitos familiares.

Em seu artigo 2º a Lei 8.069/90, conceitua criança e adolescente como sendo, “considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade”.

A criança e o adolescente como qualquer outro ser humano, independente de idade tem o direito a uma vida digna, a um desenvolvimento mental livre de qualquer interferência, a família deve promover da melhor forma possível a efetivação de seus direitos.

Neste escopo, dentro do contexto da alienação, pode se conceituar como alienador, a pessoa que intervém de forma prejudicial para a formação psicológica da criança e do adolescente.

O alienador utiliza o menor como arma de defesa. Para Duarte (2010)

A principal característica desse comportamento ilícito e doentio é a lavagem cerebral no menor para que atinja uma hostilidade em relação ao pai ou mãe visitante. O menor se transforma em defensor abnegado do guardião, repetindo as mesmas palavras aprendidas do próprio discurso do alienador contra o “inimigo”. O filho passa a acreditar que foi abandonado e passa a compartilhar ódios e ressentimentos com o alienador. O uso de táticas verbais e não verbais faz parte do arsenal do guardião, que apresenta comportamentos característicos em quase todas as situações.

A criança como um ser humano que é, tem o direito de ter uma convivência familiar saudável, vivenciar práticas de alienação parental prejudica não só a efetividade das relação pais e filhos, como também com todo o grupo familiar, gerando inclusive problemas psicológicos para o menor, levando este a necessitar se tratamentos psiquiátricos e terapias.

Neste sentido Duarte (2010) esclarece que , “a família é funcionalizada existindo não mais por si e para a sociedade, mas principalmente para realização das relações de afeto entre seus membros”.

2.1 ALIENAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A alienação parental, não é considerada uma temática nova, contudo, só passou a ter uma legislação específica e ser considerada crime a partir da Lei nº 12.318/2010, antes aparentemente havia uma lacuna, todavia aplicava -se o código civil. Neste sentido , ALEXANDRIDIS, G.; FIGUEIREDO, esclarece que:

O ordenamento civilista já possibilitava a sua proteção por intermédio da perda do familiar do pai ou da mãe que pratica atos contrários a moral e aos bons costumes, ou ainda, praticar de maneira reiterada falta com os deveres inerentes ao poder familiar, notadamente a direção da criação e da educação dos filhos menores.(ALEXANDRIDIS, G.; FIGUEIREDO,2014)

Diante da necessidade de regulamentar a temática, com intuito de proteger o menor de práticas alienadoras e punir os praticantes, fora sancionada a Lei nº 12.318/2010, a qual em seu art. 2º, conceitua alienação parental como:

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.

Percebe -se que o legislador ao conceituar a alienação, englobou na figura do alienador não apenas os genitores, mas também outros parentes que tenha a guarda ou a vigilância da criança e do adolescente, podendo neste caso, ser um tio, uma avó ou até mesmo um irmão.

A Lei nº 12.318/2010, dispensou sobre a temática alienação parental, uma análise sob a ótica judicial, em seu artigo 2º, parágrafo único, dispõe de maneira exemplificativa sobre os atos que são considerados alienadores, além disso preceitua também que o juiz pode declarar, pode ser constatado por perícias, os quais são;

- I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;
- II - dificultar o exercício da autoridade parental;
- III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;
- IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;

V - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;

VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;

VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós.

Nesta linha, verifica se que tais atos, são reiterados no cotidiano, ações que às vezes o genitor faz sem ao menos perceber do quão prejudicial será para o desenvolvimento do menor.

Caso se suspeite que o menor esteja sendo vítima de práticas de alienação parental, se faz necessário uma avaliação, conduzida por uma equipe multidisciplinar a fim de comprovar, a real situação, para que assim possa ser adotada as devidas medidas inibidoras da prática alienatórias ou apenas medidas precauções, conforme prevê a Lei nº 12.318/2010:

Art. 5º Havendo indício da prática de ato de alienação parental, em ação autônoma ou incidental, o juiz, se necessário, determinará perícia psicológica ou biopsicossocial.

§ 1º O laudo pericial terá base em ampla avaliação psicológica ou biopsicossocial, conforme o caso, compreendendo, inclusive, entrevista pessoal com as partes, exame de documentos dos autos, histórico do relacionamento do casal e da separação, cronologia de incidentes, avaliação da personalidade dos envolvidos e exame da forma como a criança ou adolescente se manifesta acerca de eventual acusação contra genitor.

§ 2º A perícia será realizada por profissional ou equipe multidisciplinar habilitado, exigido, em qualquer caso, aptidão comprovada por histórico profissional ou acadêmico para diagnosticar atos de alienação parental.

Embora a Lei da Alienação Parental tenha sido um grande avanço no campo do direito da família, regulamentando tais atos alienatórios que interferem de modo prejudiciais e maléficis na formação da criança e do adolescente, e as consequências para quem os pratica, atualmente se discute a revogação da referida Lei.

Nesta linha, fora proposto o Projeto de Lei 6371/19, com a finalidade de revogação da Lei de alienação parental, sob argumentação de que a atual Lei acaba permitindo que determinados pais, considerados abusadores possam ter o direito de manter contato com os filhos, vítimas de seus abusos, alegando que a lei não protege o menor, mas sim dá espaço para o convívio entre vítima e abusador.

A autora do projeto, deputada Iracema Portella, utiliza também como justificativa a deficiência de pesquisas científicas sobre a temática alienação e que inclusive algumas, Entidades médico-científicas e de saúde mental, tais como a OMS – Organização Mundial de Saúde, a APA - American Psychological Association, já se posicionaram de maneira contrária à utilização da teoria que conceitua alienação parental criada por Richard Gardner.(PORTELLA, 2019, pg.3)

Alega ainda que, a referida lei que não se reputa baseada em teorias e dados científicos, não se vale do princípio da cautela e ainda prevê medidas sancionatórias que já existiam no ordenamento jurídico brasileiro.(PORTELLA, 2019, p. 5)

Na visão da Deputada, a lei de alienação viola princípios basilares do ordenamento jurídico brasileiro, entende que:

Com efeito, as medidas sancionatórias previstas no art. 6º da Lei nº 12.318, de 2010, são manifestamente contrárias aos princípios fundamentais da criança e do adolescente, uma vez que afrontam a doutrina da proteção integral e, na intenção de punir o genitor considerado alienador, punem também crianças e

adolescentes, gerando reflexos físicos e psíquicos ignorados pela legislação atual. (PORTELLA, 2019, p. 4)

Atualmente o referido projeto de lei encontra -se em tramitação, inclusive tendo como ação legislativa o apensamento ao PL-7352/2017, que trata sobre a tramitação dos processos referente a atos de alienação parental, de maneira que estes tenham precedência em todas as instâncias no ordenamento atual.

Por outro lado, os casos levados ao Judiciário buscando a proteção da criança ou do adolescente, a fim de manter a incorruptibilidade psicológica, buscam sempre uma solução de maneira a garantir o melhor interesse do menor. Inclusive a Lei nº 12.318/2010, em seu art.4º, estabelece a tramitação dos processos de alienação, como:

art. 4º da respectiva lei, determina que os processos judiciais com esta temática têm assegurado a tramitação prioritária, com caráter de urgência e, inclusive, determina que sejam impostas medidas

provisórias protetivas de preservação a integridade psicológica dos filhos menores.

Vale ressaltar que, alienação parental na maioria das vezes é percebida, quando os pais se valem do judiciário de maneira a solucionar conflitos envolvendo divórcio e guarda, encontram-se tão exaltados que não são capazes de resolverem por si só seus problemas familiares de maneira consensual.

Nestes casos o Judiciário irá intervir de maneira a preservar o interesse do menor, valendo -se de perícias realizadas por profissionais capacitados com o propósito de decidir da melhor maneira possível avaliando cada contexto, evitando proferir uma decisão que terá efeitos negativos não só para o menor, mas para o então acusado de alienação.

3.ISOLAMENTO SOCIAL DECORRENTE DA COVID/2019.

A pandemia da Covid-19, que teve início no final do ano de 2019, tem sido um dos maiores agravos de saúde mundial da atualidade. Em meados de março de 2020, o Brasil deu início à quarentena, com objetivo de diminuir a propagação do COVID – 19, doença causada pelo novo corona vírus (SARS-CoV-2), que causa sintomas diferentes dependendo da pessoa, todavia muitos dos infectados apresentam problemas respiratórios.

Tal situação ficou também conhecida como pandemia, conceituada como, “uma designação usada para referir-se a uma doença que se espalhou por várias partes do mundo de maneira simultânea, havendo uma transmissão sustentada dela”.(SANTOS, 2020).

Com a chegada da covid/2019, adaptações foram necessárias para sobreviver a um novo normal, coisas que eram fáceis de realizar, tal como levar o cachorro na praça, ir ao supermercado, já não era tão simples mais, a nova realidade impactou em todas as áreas da vida, gerando medo, tensão, ansiedade. As relações judiciais, também sofreram mudanças de acordo com o andar da pandemia.

Tendo em vista que, fora verificado logo de início que tal vírus é de fácil contaminação, a Organização Mundial da Saúde, recomendou o isolamento social, de maneira a combater a transmissão.

Além do distanciamento social, foi necessário adquirir novos cuidados de higiene com intuito de impedir o contágio e a propagação, tais como lavar as mãos ou higienizá-las com frequência com álcool gel, higienizar superfícies e usar a máscara quando sair na rua.

A pandemia, fez com que toda sociedade olhasse para as relações, sejam elas sociais, familiares, políticas, por uma perspectiva diferente, buscando a cada dia mais empatia e maneiras criativas de sobreviver à toda tensão causada pela Covid/2019.

Inicialmente, o isolamento seria por poucos dias, no entanto se estendeu, com isto, foram necessárias mais adaptações e no direito não foi diferente, novas demandas em todas as áreas, o judiciário passou a analisar vários e vários casos decorrentes da pandemia.

No direito da família, não foi diferente, situações que já resolvidas passaram por mudanças, como por exemplos guarda de filhos já decidida, sobre horário de visitação, dias que ficava com cada um, enfim com o fato de evitar contato com outras pessoas, surge aí então, a problemática dos filhos que passavam dias alternados com seus familiares, pais que passaram a negar a convivência com o argumento de manter o filho em segurança.

O fato da OMS, recomendar o distanciamento social, pode ser um argumento para que seja praticada a alienação, tendo em vista que a criança ou adolescente que tivesse na guarda de um dos genitores, em regra não deveria ter contato com o outro, pois poderia ser contaminado ao ponto de propagar o vírus ou até mesmo vir a falecer.

Embora com atual contexto, a regra seja o afastamento social, tal imposição não deve ser suficiente para impedir o contato com os filhos, haja vista em um meio digital possa se pensar em novas formas de se conviver, para diminuir da melhor maneira viável o afastamento com os genitores. Ademais a Constituição Federal, em seu artigo 227, garante à convivência familiar:

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.

Diante de todas as transformações trazidas pela pandemia, o judiciário assim como os demais setores, tivera sua prestação afetada, haja vista que novas demandas surgiram aumentando o volume de processos, entre eles sobre direitos envolvendo família, por outro lado teve que preservar a saúde dos servidores, sem deixar aqueles que necessitam da justiça desamparados.

Com isto o CNJ, publicou a RESOLUÇÃO Nº 313, DE 19 DE MARÇO DE 2020, estabelecendo, no âmbito do Poder Judiciário, regime de Plantão Extraordinário, para uniformizar o funcionamento dos serviços judiciários, com o objetivo de prevenir o

contágio pelo novo Coronavírus – Covid-19, e garantir o acesso à justiça neste período emergencial.

Devido tantas situações peculiares batendo à porta do judiciário, foi inevitável procurar soluções para o novo normal, sendo necessário pensar em um mundo diferente, buscando viabilizar o interesse da criança diante da suspensão ou ainda da readequação da convivência familiar enquanto durar as recomendações sobre a Covid/19.

Este novo normal é desafiador, tendo em vista que é de suma importância a convivência entre pais e filhos, quiçá todos os pais entendessem isto e facilitasse tal harmonia familiar, todavia nem sempre ocorre desta maneira e na atual situação vivenciada pelo país, o corona vírus seja uma desculpa para praticar alienação parental.

Com a facilidade de acesso aos meios digitais, é possível também que a convivência seja virtual, como por exemplo a vídeo chamada, diminuindo assim os impactos psicológicos que seriam causados pela não convivência.

Por sua vez, no Podcast do TJES, a Juíza Fabrícia Novaretti, faz uma explicação sobre a convivência virtual em tempos de pandemia:

A convivência virtual tem sido utilizada com frequência mesmo antes da pandemia. As partes podem deliberar sobre isso mesmo sem intervenção do Judiciário, mas quiserem que seja estipulado no processo, isso pode ser feito. Em muitas sentenças já fixei algumas convivências que incluem ligações por whatsapp ou por outro meio eletrônico para que o filho tenha contato com aquele genitor. (TJES, 2020)

A juíza explana em relação a alienação ser considerado um agravo de difícil diagnóstico:

A alienação parental é um modelo de abuso psicológico difícil de diagnosticar. É preciso ficar atento, pois muitas vezes é tão sutil, que nem os familiares mais próximos conseguem perceber. É óbvio que quando há o distanciamento físico, a alienação parental pode aumentar. Mas o que tem que ser passado para o filho, nesse momento, é a segurança de que toda a família o está protegendo. E que, após esse período, os genitores vão continuar a conviver com ele do jeito que sempre foi. Isso faz com que a criança se sinta fortalecida. (TJES, 2020)

Embora o cenário seja de difícil adaptação, os pais devem presar pelo bem estar dos filhos, utilizando de recursos disponíveis, seja uma um vídeo, seja passar mais tempo

com um dos genitores para evitar o deslocamento com frequência da criança, ou ainda se pensar em formas de compensação após pandemia.

Até mesmo com a viabilidade de se estabelecer virtualmente uma convivência, há a possibilidade de o genitor guardião praticar atos de alienação, haja vista que, em tese a criança não dispõe dos aparelhos que viabilizaram a realização do contato com a outra pessoa, carecendo assim que, quem esteja com o menor faça a ponte de comunicação.

4.EFEITOS JURÍDICOS DA ALIENAÇÃO PARENTAL

Alienação é decorrente da relação parental conflituosa, o alienante ao impedir ou criar impasses para uma efetiva convivência da criança ou do adolescente com o outro genitor ou com quem tenha a autoridade sobre a criança e ao adolescente, interfere de forma gravosa na construção psíquica do menor, desgastando também o vitimado, tendo em vista que faz com o este sofra com a ausência do filho.

Com a finalidade de refrear as práticas alienadoras e responsabilizar o praticante, tem -se sanções previstas para o alienador, garantindo para este o contraditório e a ampla defesa, tendo em vista que ninguém deverá ser considerado culpado até que haja uma sentença ou um ato administrativo assim declarando, afinal ao se chegar no fim do processo, a decisão poderá ser no sentido de que não houvera tal prática.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE ALIENAÇÃO PARENTAL. PLEITO DE REFORMA DA DECISÃO QUE JULGOU PROCEDENTE A DEMANDA. POSSIBILIDADE. NÃO CARACTERIZADA SITUAÇÃO DE ALIENAÇÃO PARENTAL. SENTENÇA REFORMADA.

Com efeito, analisando o caderno probante, não restou caracterizada a hipótese de alienação parental, com a desqualificação da genitora, por parte do demandado, em relação ao filho, não estando evidenciada a intenção do genitor em interferir na sua formação psicológica, com a finalidade de causa prejuízos ao vínculo materno-filial. Ao contrário, o adolescente, em entrevista, mencionou que a mãe é maravilhosa, e o pai é seu amigo, sendo que entende que os conflitos existentes são entre eles. Em verdade, o que ocorre, é um conflito gerado entre os genitores, que discordam sobre a forma de lidar com a situação do filho, que possui Síndrome de Asperger, o que não caracteriza alienação parental. Recurso provido. (TJ/RS, 2020)

A lei da alienação parental além de conceituar, dispor sobre um rol exemplificativo de condutas alienadoras, prever também as consequências jurídicas previstas para o alienador em seu artigo 6º, Lei nº 12.318/2010, quais sejam;

- I - declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador;
- II - ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado;
- III - estipular multa ao alienador;
- IV - determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial;
- V - determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão;
- VI - determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente;
- VII - declarar a suspensão da autoridade parental.

O juiz poderá no caso concreto, manifestar sobre existência da alienação parental, e como consequência preferirá advertências ao alienador, isto ocorrerá em situações em que o processo de alienação esteja na fase inicial e que ação de advertência seja suficiente para cessar a prática alienadora, sem uma medida mais severa.

Vale ressaltar que a advertência deve explicar os efeitos decorrentes da alienação, tanto os jurídicos para o alienador, seja a perda da guarda ou até mesmo uma responsabilização civil, quanto os psicológicos para o menor.

Neste âmbito, poderá se aplicada sob pena de ampliação das determinações, se não cumprir a advertência imposta:

Apelação cível. ação de modificação de guarda ajuizada pelo Ministério Público. impedimento injustificado criado à convivência paterno-filial. alienação parental por parte da guardiã comprovada. condenação à medida de advertência e de acompanhamento psicológico. manutenção.

2. Manutenção da sentença que, diante da prática de alienação parental, aplicou à guardiã medida de advertência, no sentido da não imposição de óbice ao convívio paterno-filial, sob pena de ampliação

das medidas, e de realização de acompanhamento psicológico (da guardiã e do filho), de modo a viabilizar o restabelecimento dos vínculos afetivos saudáveis. (TJ/RS 2017)

Verificado que alienação continua, pode então ser realizado o ampliação do processo de convivência familiar em benefício do genitor ou parente alienado, ou seja, o vitimado que teve seu direito de convivência cerceado passaria a ter mais tempo com o menor, de forma que isto alargaria o vínculo parental, o qual restara enfraquecido pela alienação.

Na aplicação de sanção para o alienador, tem-se a previsão de se estipular multa, esta tem como foco atingir o financeiro do alienador, de forma que este, saiba que a referida sanção decorre de suas práticas alienadoras, a multa será de acordo com a extensão do dano.

Outra possibilidade é que seja determinado acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial ao alienador, com a finalidade de uma melhora no comportamento deste, de forma que este perceba o mal causado ao menor e que a partir de sua readequação comportamental, será possível exercer uma relação afetiva com o menor, considerando que não é apropriado que o menor seja privado da convivência com alienador, o ideal é que se ache uma solução boa para ambos.

Em alguns casos, o alienador, mantém a guarda do menor, possuindo uma maior proximidade com a criança, utilizando se disto para a prática, nesta situação, poderá ser determinado que o instituto da guarda sofra alteração, ou seja, o alienador poderá perder guarda ou ainda ter que compartilhar com o vitimado, de maneira que se mantenha o melhor interesse do menor.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. MEDIDA CAUTELAR DE BUSCA E APREENSÃO DE FILHA MENOR. ALIENAÇÃO PARENTAL COMPROVADA. RECURSO IMPROVIDO. Se a convivência do pai e a da tia paterna com a filha menor é mais prejudicial do que benéfica, e, comprovada a alienação parental (manejo da criança por um parente com propósito de criar animosidade da criança em relação ao outro) prejudicando as relações da menor com a mãe, as visitas daquele à filha devem ser acompanhadas de uma Conselheira Tutelar, a fim de preservar a convivência da criança com seu núcleo familiar.(TJ-MG, 2011)

O alienador ainda como forma de dificultar o contato com a criança, muitas vezes realiza a mudança de endereço, sem comunicar o outro genitor, nestes casos poderá ser

feita uma estabilização do domicílio do menor, que seria uma fixação cautelar proferida pelo juiz. Para ALEXANDRIDIS, G.; FIGUEIREDO;

Uma das formas mais graves pela qual se pode manifestar a alienação parental é a alteração injustificada do endereço do menor, tal medida é de extrema gravidade e , sem perceber, o alienador, além de privar o menor do contato com os entes de sua família , nessa verdadeira extradição sofrida, ainda perde a referencia de todos os contatos feitos, já que suas relações pessoais vão além daquelas mantidas com seus parentes, com na escola, com seus amigos, o que pode acarretar, no menor , diversos problemas no seu desenvolvimento psicológico (ALEXANDRIDIS, G.; FIGUEIREDO, 2014)

A lei traz também como maneira de extirpar com alienação, a declaração da suspensão da autoridade parental, nesta situação o juiz retira do alienador toda possibilidade de influenciar a vida do menor, seja, com quem passar as férias, qual escola estudar, com intuito de evitar maiores efeitos negativos, vale ressaltar que é a suspensão e não perda, sendo assim este poderá voltar a ter sua autoridade novamente.

Nesta perspectiva o artigo **1.638**, do **Código Civil**, preceitua as hipóteses que poderão ensejar a perda do poder familiar, no inciso III, tem -se " aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito ", assim os atos alienatórios , configuram como prejudiciais à moral e aos bons costumes, vez que o menor necessita do auxílio dos responsáveis para seu desenvolvimento completo.

Tais responsabilizações previstas na referida lei, podem ser cumulativas ou não, o juiz verificará caso a caso, não restando prejudicadas outras maneiras de responsabilização para o genitor causador, seja responsabilidade civil ou criminal. Nos termos do artigo 6º da Lei nº 12.218/2010:

Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso.

A lei de alienação parental, é essencial para a responsabilidade civil em âmbito da alienação parental, embora remeta de maneira tácita ao regramento geral da responsabilidade civil. Para Lira (2015):

(...) além de sistematizar legislativamente acerca da alienação parental, o que ainda não ocorreu em outros sistemas, trouxe, pela primeira vez no sistema jurídico brasileiro, a previsão expressa da possibilidade de responsabilidade civil por dano decorrente de uma relação familiar, embora remetendo tacitamente para as regras gerais da responsabilidade civil, o que não deixa de ser, indubitavelmente, um avanço em relação à possibilidade de reparação de tais tipos de danos. (Lira, 2015)

Assim, poderá ocorrer a responsabilidade civil, fruto da alienação parental, tendo e vista que, o alienador praticara um ato considerado ilícito, o código civil 2002, preceitua em seu artigo 186, "aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito."

O artigo 3º da Lei de alienação dispõem que, "constitui abuso moral contra a criança ou o adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda".

Embora em algumas situações o rompimento conjugal seja inevitável, este não pode ter como consequência a ruptura parental, uma vez que, as responsabilidades decorrentes das relações parentais, dos pais para com os filhos, não se extinguem com ruptura conjugal, pelo contrário, devem sempre buscar efetivar o princípio do menor interesse do menor.

O dano moral é de ordem extrapatrimonial, ou seja, que não é afeto ao patrimônio, é devido a um determinado indivíduo que teve seus direitos inerentes a personalidade, lesionados ou ofendidos, tais como a imagem, honra, vida privada.

Os atos alienatórios, causam ofensa ao direito da personalidade do alienado, haja vista que, tais alienatórios ao serem desferidos contra a imagem e a honra da vítima, se tornam um ataque ao princípio da dignidade da pessoa humana, gerando também um abalo emocional, pois sofre por não ter contato com o menor ou até mesmo ser rejeitado por este.

No instituto da alienação, é aplicada a responsabilidade civil subjetiva, qual seja aquela que possui, a culpa como elemento, sendo assim para alguém ser responsabilizado deve ter agido com culpa, havendo um nexo de causalidade ente o dano e o resultado. Nesse sentido, Lira citando ROBERTO PAULINO:

Não se pode discutir a existência de uma responsabilidade civil familiar sem antes examinar um problema que lhe é intrínseco.

Trata-se da questão da compatibilidade entre uma teoria do ressarcimento do dano nas relações familiares e a repersonalização que constitui a mais marcante característica do direito de família contemporâneo. (Lira,2015)

O instituto da responsabilidade civil no direito família causa algumas divergências doutrinárias, haja vista, que é desafiador delimitar questões econômicas para danos não patrimoniais ligados à família. De acordo Lira:

Se mesmo em matéria de propriedade os interesses existenciais devem prevalecer quando em conflito com os patrimoniais, em direito de família essa diretriz assume importância ainda maior, uma vez que o conteúdo de patrimonialidade insito a um direito real ou de crédito encontra-se ausente. No direito das coisas ou das obrigações, trata-se de estabelecer um diálogo entre o econômico e o existencial, com a ressalva de que o último deve prevalecer quando confrontado; no direito de família, o desafio é evitar que o interesse econômico se infiltre em situações existenciais, como outrora. (Lira,2015)

Deste modo, embora seja um tema divergente, acerca do dano moral resultar das relações familiares, realizado o reconhecimento da alienação parental, a vítima poderá ser indenizada pelos danos sofridos decorrentes da prática em questão:

Responsabilidade civil. Ação de indenização. Alienação parental. Ré condenada ao pagamento de indenização fixada em R\$ 5.000,00 a título de reparação por danos morais. Boletins de ocorrência que revelam patente recalcitrância da ré em permitir que o autor exercesse seu regular direito de visitação ao filho comum das partes, chegando inclusive a ponto de levar terceiro à residência paterna para desempenhar função de segurança durante as visitas. Conduta da ré que justificou o arbitramento de astreintes com o fim de preservar o vínculo entre pai e filho, bem como a extração de cópias dos autos para a instauração de inquérito policial a fim de apurar crime de desobediência, medidas de ultima ratio em ações desta natureza. Alienação parental reconhecida pelo Ministério Público e por profissionais responsáveis pela elaboração de estudo social e laudo psicológico. Alienação parental caracterizada, nos termos do art. 2º, caput e par. único, I a IV da Lei nº 12.318/2010. Dano moral configurado. Indenização mantida em R\$ 5.000,00. Sentença preservada (art. 252 do RITJSP). Recursos desprovidos.

No que tange a possibilidade de o dano moral ser aplicado nos casos de alienação parental, poderá ser tanto para o alienado quanto para o menor, considerando que, ambos sofreram ofensa a direitos inerentes da pessoa humana. Geralmente o alienado é a pessoa que teve sua imagem desmoralizada, pelo alienante, por um outro viés, tem-se o menor, que fora impedido de um contato afetuosa e efetivo capaz de gerar vínculo com o vitimado. Desta forma:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. ALIENAÇÃO PARENTAL. DANOS MORAIS. Merece mantida a sentença que determina o pagamento de indenização por danos morais da apelante em relação ao autor, comprovada a prática de alienação parental. Manutenção do quantum indenizatório, uma vez que fixado em respeito aos critérios da razoabilidade e proporcionalidade. Apelação cível desprovida.(TJ-RS - AC: 70073665267 RS, Relator: Jorge Luís Dall'Agnol, Data de Julgamento: 20/07/2017)

Verifica -se o quão severas e devastadoras são as práticas alienadoras, necessitando de um olhar atento por parte do judiciário, utilizando-se de todos instrumentos processuais admitidos em direitos, com o propósito de inibir ou atenuar seus efeitos. Cumpre ressaltar que a família deve presar pelo bem estar da criança, evitando que as diferenças pessoais afetem o menor.

5. CONCLUSÃO

O presente artigo se limitou a estudar sobre alienação parental no contexto do isolamento social resultante da pandemia fruto do corona vírus (SARS-CoV-2), assim como os efeitos jurídicos para as práticas alienadoras.

Feita uma análise sobre as transformações da constituição de família passou-se a analisar a definição da alienação parental, a qual, na maioria das vezes, decorre de uma relação conturbada entre os pais, os quais são exteriorizados através da criança, gerando grandes impasses para a criação de um vínculo familiar saudável.

Com o surgimento da pandemia, fruto do corona vírus (SARS-CoV-2), é notório que as relações sociais foram impactadas, o que respingou também no direito de família. Em especial nas relações entre pais e filhos, tem-se uma abertura para ocorrer a alienação parental, visto que, uma das principais orientações para o combate a pandemia é o distanciamento social.

Com as novas demandas o judiciário também fora pego de surpresa, nascendo então novas decisões, tomadas de acordo com as especificidades de cada caso, pois em simultâneo com a exigência de se objetivar o melhor interesse do menor, é necessário

respeitar as medidas restritivas impostas pelos órgãos de saúde, de maneira a evitar o contágio do corona vírus (SARS-CoV-2).

Diante de toda essa incerteza na seara familiar, tem-se a disposição os meios virtuais, que podem e devem ser usados como forma de amenizar o distanciamento entre os familiares e fortalecer o vínculo afetivo, ora exigido para prevenção do covid-19.

Desta forma, os pais e a família em geral devem empreender todos os cuidados e esforços necessários para manter a saúde da criança, assim como a proporcionar ao menor um ambiente propício para seu desenvolvimento moral, psíquico e social, deixando de lado as diferenças pessoais e focando na segurança, afeto e saúde do menor, de maneira que este cresça sem traumas e se torne um adulto feliz e realizado no âmbito de suas relações familiares.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRIDIS, G.; FIGUEIREDO, F. V. ALIENAÇÃO PARENTAL. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014

BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 16 out. 2021.

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/L10406compilada.htm>. Acesso em: 16 out. 2021.

BRASIL. Lei nº 12.318, de 26 de janeiro de 2010. Dispõe sobre a **Alienação Parental**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm>. Acesso em: 16 out. 2021.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm>. Acesso em: 25 out. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei PL 6371/2019**. Revoga a Lei no 12.318, de 26 de agosto de 2010 - Lei de Alienação Parental. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=22333%2058>>. Acesso em 09 de set. de 2021

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei PL PL 7352/2017**. Revoga a Lei no 12.318, de 26 de agosto de 2010 - Lei de Alienação Parental. Disponível em:

<<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?id%20Proposicao=2128842> Acesso em 09 de set. de 2021

DUARTE, MARCOS . **Alienação parental: restituição internacional de crianças e abuso do direito de guarda** / Marcos Duarte. – 1. ed. – Fortaleza: Leis&Letras, 2010.

GONÇALVES, C. R, **Direito de família**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2020

PORTELLA, Iracema. Projeto de Lei – PL 6371/2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostraintegra?codteor=1844549&file_name=PL+6371/2019. Acesso em: 09 set. 2021.

LIRA , Wladimir Paes de, **RESPONSABILIDADE CIVIL**. Disponível em: <

https://ibdfam.org.br/artigos/1060/Responsabilidade+civil+na+aliena%C3%A7%C3%A3o+parental,+uma+an%C3%A1lise+nos+sistemas+jur%C3%ADdicos#_ftnref42>. Acesso em 16 de out. 2021

Podcast do TJES, **Guarda Compartilhada e Alienação Parental**. Disponível em: < [TJES](#) » [Guarda Compartilhada e Alienação Parental são temas do podcast do TJES](#) >. Acesso em 16 de out. 2021.

RESOLUÇÃO Nº 313, DE 19 DE MARÇO DE 2020. **Estabelece, no âmbito do Poder Judiciário, regime de Plantão Extraordinário, para uniformizar o funcionamento dos serviços judiciários, com o objetivo de prevenir o contágio pelo novo Coronavírus – Covid-19, e garantir o acesso à justiça neste período emergencial**. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/files/original221425202003195e73eec10a3a2.pdf#:~:text=RESOLU%C3%87%C3%83O%20No%2031%203%2C%20DE%2019%20DE%20%20MAR%C3%87O%20DE,garantir%20o%20acesso%20%C3%A0%20justi%C3%A7a%20neste%20per%C3%AADO%20emergencial> >

SANTOS, Vanessa Sardinha dos. **"Pandemia"**; Brasil Escola. Disponível em: < <https://brasilecola.uol.com.br/doencas/pandemia.htm>>. Acesso em 09 de set. de 2021.

SOTTOMAYOR, Maria Clara | JULGAR n.º 13- **Uma análise crítica da síndrome de alienação parental e os riscos da sua utilização nos tribunais de família** - Revista JULGAR n.º 13. Disponível em : JULGAR n.º 13 (publicação integral) | Julgar . Acesso em 04/10/2021

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL- Apelação Cível. Disponível em: < [APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE ALIENAÇÃO PARENTAL. PLEITO DE REFORMA DA DECISÃO QUE JULGOU PROCEDENTE A DEMANDA. POSSIBILIDADE. NÃO CARACTERIZADA SITUAÇÃO DE ALIENAÇÃO PARENTAL. SENTENÇA REFORMADA.](#)

Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul TJ-RS - Apelação Cível : AC 0011889-43.2020.8.21.7000 RS (jusbrasil.com.br) > . Acesso em 13 de out. de 2021.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL- Apelação Cível. Disponível em: < APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. ALIENAÇÃO PARENTAL. DANOS MORAIS. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul TJ-RS - Apelação Cível : AC 70073665267 RS (jusbrasil.com.br)> . Acesso em 13 de out. de 2021.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS- **Apelação Cível**. Disponível em: < AGRAVO DE INSTRUMENTO. MEDIDA CAUTELAR DE BUSCA E APREENSÃO DE FILHA MENOR. ALIENAÇÃO PARENTAL COMPROVADA. RECURSO IMPROVIDO. Tribunal de Justiça de Minas Gerais TJ-MG - Agravo de Instrumento-Cv : AI 0346316-78.2011.8.13.0000 Guapé (jusbrasil.com.br) . Acesso em 13 de out. de 2021.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL TJ-RS - Apelação Cível : . Disponível em: < AC 70074248667 RS (jusbrasil.com.br) > Acesso em 13 de out. de 2021

FEMINICÍDIO: UM REFLEXO DA VIOLÊNCIA CONTRA AS MULHERES E A CONSOLIDAÇÃO DOS DIPLOMAS LEGAIS

AGNES PÉROLA FAÇANHA PONTES:
Graduanda em Bacharel em Direito no
Centro Universitário Fаметro

DARIO AMAURI LOPES DE ALMEIDA
(orientador)

RESUMO: Resquícios do modelo patriarcalista que predominou desde a formação das civilizações, renderam uma cultura exacerbada de valores conservadores que construiu na sociedade uma barreira que aparta e diferencia os gêneros, fazendo prevalecer a supremacia do homem sobre a mulher. Reflexos dessa condição de desigualdade se arrastaram pelos séculos, rendendo frutos que, até os dias de hoje, desencadeiam contínuos casos de violência contra mulheres, que beirando ao extremo, vitimam de forma fatal inúmeras destas no cotidiano. Contudo, importa ressaltar, que em termos legais, houve certa evolução, quando se direcionou a atenção aos crimes de homicídio praticados contra as mulheres, em razão de gênero, de modo específico, inserindo na legislação, um novo tipo penal, denominado feminicídio (Lei nº 13.104/2015). Incide o aludido instrumento sobre as raízes discriminatórias, a invisibilidade e a impunidade que norteiam os crimes contra as mulheres. Não obstante, o recente diploma evidencia a responsabilidade do Estado, que muitas vezes compactua com o agravamento de tal problemática, seja por ação ou omissão. Nessa conjuntura, pretende-se com esta proposta, analisar aspectos gerais da violência, dedicando uma abordagem especial à violência contra mulheres, destacando as condicionantes (fatores) que fomentam esse ciclo perverso. Para tanto, este estudo caracteriza-se por meio de uma pesquisa bibliográfica, de caráter qualitativo, com objetivo exploratório e, de finalidade descritiva.

Palavras-chave: violência, mulher, feminicídio (Lei nº 13.104/2015).

ABSTRACT: Remains of the patriarchal model yielded an exacerbated culture that instilled in society a barrier that separates and differentiates the genres, prevailing the supremacy of the man over the woman. Reflections of this condition of inequality have dragged on for centuries, yielding fruits that, to this day, trigger continuous cases of violence against women, which border on the extreme, victimize in a fatal way countless of these in daily life. However, it is important to note that, in legal terms, there was a certain evolution, when the crimes of homicide practiced against women, by reason of gender, were specifically introduced, inserting in legislation a new criminal type, called femicide (Law n. 13.104/2015). The aforementioned instrument focuses on the discriminatory roots, invisibility and impunity that guide crimes against women. Nonetheless, the recent diploma

evidences the responsibility of the State, which often agrees with the aggravation of such problems, whether by action or omission. Now, this proposal intends to analyze general aspects of violence, focusing on violence against women, highlighting the constraints (factors) that foment this perverse cycle. Therefore, this study is characterized by a bibliographical research, with a qualitative character, with an exploratory objective and, for a descriptive purpose.

Keywords: violence – woman – femicide (Law n. 13.104/2015).

1 INTRODUÇÃO

Nos últimos tempos, no cenário da realidade brasileira a violência tem tornando-se cada vez mais latente, refletindo em um panorama de insegurança generalizada, revelando crimes que chocam e assustam a sociedade, que amedrontada clama atenção do Estado no sentido de apontar soluções para reversão desse caos que se instaurou no país.

Refletida nos atos de intolerância, agressividade por quaisquer motivos, a violência fez eclodir no cenário atual, diversas de suas manifestações. Em sua forma mais extrema, mortes violentas todos os dias são noticiadas e, dentre as vítimas fatais, estão mulheres.

Todavia, sabe-se que não é fato recente evidenciar a mulher nesse contexto de violência. Ao contrário, é possível observar que ao longo da história da humanidade, fatos pontuais comprovam o desejo de supremacia do homem em relação à mulher. Na época do patriarcalismo, imbuído de poderes e privilégios, ao homem era conferido inclusive o direito de determinar sobre a vida ou a morte da mulher, como se objeto ou propriedade sua fosse. À mulher restava a condição de ser inferior, ora submissa aos desígnios do homem, outra de agressões físicas (castigos corporais), exploração de todas as formas (sexual, tarefas domésticas) e etc.

Fatos dessa natureza corroboram no sentido de que a desigualdade de gênero é uma questão antiga, que transcende os primórdios da humanidade. E, a batalha travada entre homens e mulheres, ainda que não seja em um formato declarado, existe e persiste na sociedade.

A luta das mulheres na conquista de seu espaço com direitos foi incessante, muitas precisaram passar por situações cruéis e, até fatais que foram os elementos propulsores para que não mais se calassem. As marcas que trouxeram como bagagem refletiam a angústia, os medos, as frustrações e desejos reprimidos há tempos. A vulnerabilidade incitou a coragem de alguém que apenas desejava ter visibilidade perante a sociedade, ter voz e ser ouvida, enfim constituir-se um sujeito de direitos e deveres.

Em que pese a discussão proposta, inicialmente se concentrará em abordar a violência em linhas gerais, pontuando aspectos mais relevantes. Em seguida, dispõe-se a compilar principais momentos da história do Brasil em que a violência contra as mulheres ganhou proporções, identificando na história, a origem da configuração em que o homem se sobrepõe na condição de dominante, bem como evidenciar o momento em que a mulher conseguiu reverter, ao menos em parte, o desfecho dessa história de opressão.

Resgatar a origem da violência contra a mulher, as dimensões do passado e como se apresenta nos dias de hoje, ilustrando com exemplos reais casos de grande notoriedade, pela repercussão que tiveram e que serviram, sobretudo para impulsionar o combate da violência contra as mulheres, como em que foram vítimas fatais de seus ex-companheiros, a jovem Eloá e a advogada Mércia Nakashima. Não obstante, não se podem ignorar tantos outros casos que ficaram no anonimato, mulheres que sofreram e sofrem caladas no cotidiano, dentro de suas casas, no trabalho, ou outros ambientes de seu convívio, com seus próprios companheiros, pais, filhos, irmãos, ou estranhos, o que reforça a necessidade de se reverter esse quadro alarmante de violência que o país apresenta, sendo inconcebível a ideia da existência dessa problemática ainda se procrastinando. No decorrer deste, serão destacados ainda os fatores determinantes que desencadeiam essas agressões, tais como: ciúmes, punição a traições ou inconformismo com o fim do relacionamento, entre outros. Além disso, insta explicar sobre as consequências da violência para as vítimas.

No ápice da discussão, considerando que a desigualdade de gênero é causa direta de mortes violentas de mulheres, dedica-se a atenção ao feminicídio, pontuando as causas e efeitos deste crime, declarado hediondo desde o ano de 2015 no país, que passa a configurar objeto deste estudo.

Por fim, cabível trazer à baila os instrumentos jurídicos que foram propulsores na defesa das mulheres vítimas de violência. Nesse contexto, merece destacar a Lei nº 13.104/2015, que incluiu o feminicídio no artigo 121, do Código Penal.

Configura-se este estudo, uma pesquisa de abordagem qualitativa, sendo descritiva quanto aos seus objetivos, seguindo o método dedutivo ao trazer literaturas técnicas e específicas sobre o assunto discutido. Ademais, constitui-se uma pesquisa bibliográfica com fundamentação teórica orientada por diplomas legais do ordenamento jurídico, como a Constituição Federal, doutrina, a Lei Maria da Penha, Código Penal, além de tomar como aporte trabalhos científicos que tratam desta temática.

Pretende-se com esta obra incitar a sociedade sobre a importância de se rever padrões e conceitos do passado, romper com paradigmas que inferiorizam a mulher, e propagar parâmetros legais que a fortaleçam diante de seus agressores. Para tanto, deve-se ainda, cobrar do Estado seu dever de promotor da integridade dos seus cidadãos por

meio da implementação de políticas públicas de assistência, ações efetivas de prevenção, sobretudo garantindo a aplicabilidade dos instrumentos legais.

2 CONTEXTOS HISTÓRICO E DIMENSÕES DA VIOLÊNCIA

No Dicionário Aurélio, Ferreira (2010, p. 2065), define a violência como: “qualidade de violento; ato violento; ato de violentar; constrangimento físico ou moral; uso da força; coação”. Krug et al. (2002, p. 5) ressaltam o conceito aplicado pela Organização Mundial de Saúde compreendendo a violência como:

O uso intencional da força física ou do poder, real ou em ameaça, contra si próprio, contra outra pessoa, ou contra um grupo ou uma comunidade, que resulte ou tenha grande possibilidade de resultar em lesão, morte, dano psicológico, deficiência de desenvolvimento ou privação.

Atrelada a um conceito mais analítico, a Política Nacional de Redução da Morbimortalidade por Acidentes e Violências, do Ministério da Saúde, define violência como: “as ações humanas que afetam a integridade e a saúde física, moral, mental ou espiritual” (TOLEDO, 2013, p. 6).

No mesmo sentido, a explicação de Minayo e Souza (1998, p. 513) mostram que “a violência consiste em ações humanas de indivíduos, grupos, classes, nações que ocasionam a morte de outros seres humanos ou que afetam sua integridade física, moral, mental ou espiritual”. Esmiuçando estudos sobre a origem da violência, regressa-se à Era Primitiva, período em que é possível evidenciar agressividade instintiva do homem, que o conduzia para sobreviver na natureza, seja com a caça ou a pesca. Neste ponto, Pesavento (2006, p. 1) traz como reflexão que “a violência é antiga, parece ser mesmo congênita na trajetória do homem sobre a terra, ou mesmo antes, se remontarmos aos mitos ancestrais [...]”.

Possível afirmar que não houve ou há sociedade sem violência, ao contrário, o que existiram e existem são sociedades mais violentas que outras; cada uma com sua história (MINAYO, 1994, p. 7). A violência é histórica, “é de todos e está em todos” (GIRARD, 1990, p. 10).

Analisando a trajetória da violência, observa-se que constitui está uma problemática que fez e continua fazendo parte da conjuntura social, ganhando novas dimensões, está inserida entre os homens, enraizada em muitas culturas. Nessa perspectiva, a desigualdade desponta como fator primordial que evoca a violência a tal ponto que em muitos lugares é difícil erradicá-la.

Disso emerge que o exercício arbitrário do poder, a intolerância diante das diferenças, a desumanização do outro, a banalização de valores como a vida, a dignidade e a liberdade tão presentes no mundo atual vêm produzindo desigualdades crescentes, fazendo com que grupos, nações e indivíduos se tornem mais vulneráveis que outros ao sofrimento e a morte (MINAYO, 1994).

Nas sociedades de hoje, muito embora exista a comoção humana no sentido de praticar o bem, em paralelo afora também aspectos negativos que condicionam o indivíduo a disputas intermináveis, seja por poder, dinheiro, religião, política, entre outros, como consequência o mundo tem seguido padrões de brutalidade, rivalidades entre os pares, especialmente os mais vulneráveis.

Na concepção de Pereira et al. (2001, p. 96) a violência se traduz nos:

[...] atos com intenção de prejudicar, subtrair, subestimar e subjugar, envolvendo sempre um conteúdo de poder, quer seja intelectual quer seja físico, econômico, político ou social. Atingem de forma mais sutil os seres mais indefesos da sociedade, como crianças e adolescentes, e também as mulheres sem, contudo, poupar os demais.

De acordo com Rocha (1996, p. 10) analisa que, a violência, sob todas as formas de suas inúmeras manifestações, pode ser considerada como uma vis, uma força que transgrede os limites dos seres humanos, tanto na sua realidade física e psíquica, quanto no campo de suas realizações sociais, éticas, estéticas, políticas e religiosas. Em outras palavras, a violência, sob todas as suas formas, desrespeita os direitos fundamentais do ser humano, sem os quais o homem deixa de ser considerado como sujeito de direitos e de deveres, e passa a ser olhado como um puro e simples objeto.

Quanto à classificação, a Organização Mundial de Saúde (2002) classifica a violência por tipo, podendo ser: auto infligida (suicídio, auto abuso); interpessoal (família e parceiros íntimos e violência comunitária); violência coletiva (violência social, política e econômica).

a) violência auto infligida: são assim chamados os suicídios, as tentativas e as ideações de se matar e de se automutilar. Muitas vezes esses atos podem ser relacionados a momentos de rupturas no ciclo de vida como adolescência e velhice, graves crises econômicas que levam ao desemprego e a poucas expectativas de futuro, doenças graves ou terminais, transtornos mentais severos e uso abusivo de substâncias psicoativas, entre outros. Esse tipo de violência, assim como os homicídios, expressa sintomas destruidores da sociedade.

b) violência interpessoal: é uma forma de relação com o outro baseada na prepotência, discriminação, intimidação, raiva, vingança e inveja, que costuma produzir danos morais, físicos (inclusive morte) e psicológicos. Ela difere do conflito que faz parte das relações sociais e humanas. O problema é quando o conflito é transformado em intransigência e, pelo uso de autoritarismo, maus-tratos, ameaças ou provocando guerras ou mortes, exige que o outro se cale ou se anule. Podem ser atingidos: filhos, companheiros, subalternos, colegas de trabalho, pessoas de outra classe, grupo social ou país.

c) violência coletiva: caracteriza-se por qualquer distinção, exclusão ou restrição baseada em atributos como raça, classe social, crença religiosa, que anule ou prejudique o exercício dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro domínio da vida pública. São exemplos: conflitos violentos entre nações e grupos, movimentos de grandes grupos de pessoas desalojadas, guerras entre gangues e vandalismo de massas. Faz parte desse tipo, a violência estrutural ou social que se refere à manutenção das desigualdades sociais, culturais, de gênero, etárias e étnicas que produzem a miséria, a fome e várias formas de submissão e exploração de umas pessoas pelas outras. É também o solo fértil para as principais formas de relações violentas (KRUG et al, 2002, p. 6).

Seguindo ainda a OMS (2002), a violência interpessoal pode ser intrafamiliar e comunitária:

a) Violência intrafamiliar: também chamada de violência doméstica, diz respeito aos conflitos familiares transformados em intolerância, abusos e opressão. Tem muitas manifestações, mas as mais comuns são as que submetem as mulheres, crianças e idosos à autoridade do pai, marido e provedor. Também colocam as crianças e jovens sob o domínio (ao invés da proteção) dos adultos;

b) Violência comunitária: é aquela praticada entre indivíduos sem laços de parentesco, sejam eles conhecidos ou desconhecidos. É cometida por pessoas em atos de violência gratuita, estupro e outras violências sexuais e também por instituições públicas ou privadas como escola, serviço de saúde, banco, condomínio, dentre outros.

Na classificação de Toledo (2013, p. 6), além dos indicados pela OMS, são considerados ainda como tipos de violência: a violência criminal que se refere às agressões

às pessoas e aos seus bens; a violência institucional, que ocorre dentro das instituições por meio de regras, normas de funcionamento e relações burocráticas, reproduzindo as injustiças da estrutura social; e, a violência cultural, a que se expressa por meio de discriminações e preconceitos que de tão repetidos e reproduzidos se tornam comuns e naturais na sociedade. Nesta última, destaca-se dentre os tipos mais frequentes e graves:

a) Violência de gênero: é uma forma específica de violência cultural que se constitui em dominação, opressão e crueldade construídas e reproduzidas no dia a dia das relações de poder desigual entre os gêneros. É exercida principalmente contra as mulheres na forma de machismo. b) Violência racial/étnica: é uma das mais cruéis formas de violência cultural e ocorre pela discriminação de uma pessoa ou grupo pelos seus atributos étnicos como cor da pele, formato de partes do corpo, textura do cabelo, entre outros. Em geral, vem acompanhada pela desigualdade social e econômica que, no Brasil, está historicamente relacionada à escravidão de pessoas de origem africana (TOLEDO, 2013, p. 9).

Quanto à natureza dos atos violentos, a OMS (2002) evidencia as formas: física, sexual, psicológica, envolvendo privação ou negligência, em que:

a) violência física: constitui-se como o uso da força para produzir lesões, traumas, ferimentos, dores e incapacidades em outra pessoa. Ocorre em todos os ambientes, principalmente no espaço familiar e nas instituições de "proteção". Um exemplo é o castigo corporal, usado para "educar" crianças e adolescentes, o qual deteriora a relação entre pais e filhos e ensina um modelo agressivo de solução para os problemas, quando o ideal seria buscar o diálogo;

b) violência sexual: ato ou jogo que ocorre nas relações hetero ou homossexuais e visa a estimular a vítima ou utilizá-la para obter excitação sexual nas práticas eróticas, pornográficas e sexuais, por meio de aliciamento, violência física ou ameaças. Suas principais vítimas são crianças e adolescentes, mas ocorre em todas as fases do ciclo de vida;

c) violência psicológica: se refere a agressões verbais ou gestuais com objetivo de aterrorizar, humilhar, amedrontar a vítima, restringir sua liberdade ou isolá-la do convívio social. São exemplos: testemunhar violências, ser envolvido na relação conflituosa entre os pais ao ponto de rejeitar um deles por influência do outro, ser submetido a situações humilhantes e constrangedoras no trabalho, entre outras;

d) negligência, abandono e privação de cuidados: caracteriza-se pela ausência, recusa ou falta de atendimento a alguém que deveria receber atenção e cuidados. Ela pode ocorrer mesmo quando há recursos disponíveis para a família ou responsável. Um tipo específico é a negligência emocional, que acontece quando os responsáveis, independente da justificativa, deixam de dar apoio afetivo e psicológico à criança, ao adolescente ou à pessoa idosa. O abandono é a forma mais grave de negligência (KRUG et al., 2002, p. 6).

Não obstante, segundo Minayo (1994, p. 7) classifica a violência em:

a) violência estrutural, que é a violência dentro das estruturas sociais organizadas e institucionalizadas, tais como a família e os sistemas econômicos, sociais, políticos e culturais;

b) violência de resistência, que surge como possíveis reações manifestadas contra a violência estrutural;

c) violência da delinquência, que está presente nos considerados atos ilegais em determinados grupos sociais, além de estar também associada à violência estrutural.

Nesse contexto, importa frisar que todas as formas de violência acometem grupos de pessoas mais vulneráveis, como crianças e adolescentes, mulheres, idosos, assim como outros. Para conseguir abordar de modo mais específico e contundente determinado grupo, este estudo direcionará a atenção às mulheres, a violência praticada contra estas, compreendida como violência de gênero, sobretudo em sua mais perversa forma, que é o feminicídio, mesmo crime de homicídio tipificado no artigo 121, do Código Penal, que por se tratar de uma questão pontual, bastante recorrente, acabou ganhando tal denominação. Esse tipo de violência muitas vezes foi e ainda é visto como questão cultural, posto que para muitos, é normal, natural o cometimento de tal ato. Por assim ser, merece uma análise mais apurada sobre a origem dessa problemática.

3 ANTECEDENTES DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER: A DESIGUALDADE ENTRE OS GÊNEROS

No decorrer dos séculos, evidencia-se por meio de relatos históricos que desde muito tempo a mulher vivenciou inúmeras formas de violências, inclusive que resultaram em morte. Procurando a origem que culminou essa configuração, interessa pontuar um aspecto relevante: a igualdade, ou melhor, a desigualdade entre gêneros.

Nota-se que a partir do momento em que deixou de existir a igualdade, cedeu-se lugar à violência. Situando-se na cronologia da história geral, estudos dão conta que nos

tempos remotos ainda não havia desigualdade entre homens e mulheres, logo, não existia violência. A solidariedade era garantia de sobrevivência, pois que a união era necessária para o bem comum. Alambert (2004, p. 27) explica que:

Na aurora da humanidade não podemos falar na existência de desigualdades entre o homem e a mulher. Naquele tempo, não existiam povos, nem Estados separados; os seres humanos viviam em pequenos grupos (hordas) e, depois em famílias e tribos. [...] os seres humanos tinham que se manter agregados, solidários entre si, para sobreviver e se defender dos animais ferozes e das intempéries. Quem se marginalizava perecia. Logo, não havia uma superioridade cultural entre homens e mulheres.

Com a formação das comunidades, o papel da mulher ganhou mais relevância, cabendo-lhe trabalhar a terra, domesticar animais, cuidar das crianças, velhos e doentes, “além de criar vasilhames, utilizar o fogo, preparar unguentos, poções, enquanto o homem ia à caça de alimentos” (ALAMBERT, 2004, p. 27). E, assim, a igualdade deixou de existir.

Entretanto, na concepção de Cabral (2008, p. 15-16), é com o surgimento das estruturas familiares, adotando o modelo patriarcal, que inflama a desigualdade entre os pares:

A organização familiar é produto da organização histórica do ser humano. Isso porque, devido à necessidade de reprodução da espécie eles acabaram encontrando diferentes formas de relação entre si. [...] Durante todo processo histórico a sociedade vivenciou diferentes formas de organização doméstica, entre elas, encontra-se o patriarcado, o qual “centra-se na figura masculina”.

De acordo com Saffioti (2004, p. 49) aponta como um dos elementos nucleares do patriarcado, “o controle da sexualidade feminina, a fim de assegurar a fidelidade da esposa ao marido”. O homem pretendia, com isso, garantir a “transmissão da herança a mãos legítimas”. Para isso, passou a “vigiar” suas mulheres “para terem certeza da sua prole”.

Além disso, Del Priore (2006, p. 33) argumenta que:

É provável que os homens tratassem suas mulheres como máquinas de fazer filhos, submetidas às relações sexuais mecânicas e despidas de expressões de afeto. Basta pensar na facilidade com que eram infectadas por doenças venéreas, nos múltiplos partos, na vida arriscada de reprodutoras.

Com o mesmo raciocínio sobre a desigualdade entre os gêneros ter emergido a partir da formação das famílias, Morin (1984) apud Januário (2016, p. 82) “sugere que a afirmação da superioridade masculina coincide com o nascimento da família enquanto microestrutura social”. Nesse aspecto, em consequência disso, as mulheres acabaram por tornarem-se submissas a seus maridos, oprimidas dentro da própria estrutura familiar, a “obediência da esposa era lei” (DEL PRIORI, 2006, p. 33).

Por assim ser, não é difícil crer que com essa condição de supremacia do homem sobre a mulher, sobressaiu-se a desigualdade entre os gêneros. O homem assume a postura de mais forte, poderoso e, como marido deveria ser dominador, insensível, egoísta. À mulher era conferida a obediência a este, deveria ser esposa fiel, recatada, submissa, recolhida, com sua maior missão: a procriação. Na análise de Beauvoir (1970, p. 14), “a mulher sempre foi, senão a escrava do homem ao menos sua vassala; os dois sexos nunca partilharam o mundo em igualdade de condições”.

Do patriarcalismo, Saad (2010) apud Bertolin e Andreucci (2010, p. 10) recordam ainda que:

A relação conjugal imitava a relação estatal com os cidadãos, de natureza hierárquica e moldada sobre o binômio autoridade-submissão, e tinha como palavras de ordem: poder doméstico, controle marital, obediência da mulher [...]. Historicamente o homem e a mulher têm sido educados para serem, respectivamente, dominante e submissa [...].

Para Engels (2006, p. 48), a família da época dos romanos que apresentava como característica principal o patriarcalismo, com o homem como detentor pátrio poder e o direito de vida ou morte sobre a mulher, os filhos e escravos, representou a “expressão de grande derrota histórica do sexo feminino em todo o mundo”.

O pater famílias exercia sobre os filhos direito de vida e de morte (*ius vitae ac necis*). Podia, desse modo, vendê-los, impor-lhes castigos e penas corporais e até mesmo tirar-lhes a vida. A mulher era totalmente subordinada à autoridade marital e podia ser repudiada por ato unilateral do marido. O pater exercia a sua autoridade sobre todos os seus descendentes não emancipados, sobre a sua esposa e as mulheres casadas com *manus* com os seus descendentes. (GONÇALVES, 2014, p. 13).

Perceptível, que o modelo patriarcalista imbuído nas estruturas familiares evidenciou realmente uma “derrota” das mulheres, considerando que a elas não foi sequer conferido o direito de ter vontade, tão pouco outros, foram, pois, anuladas em todos os aspectos.

Assevera ainda, Foucault (2005, p. 127) que “o direito de vida e morte era um privilégio característico do soberano, derivado do conceito de patriapotestas, direito do pai de família romana de dispor da vida de seus filhos e escravos”.

O homem era polígamo e o soberano inquestionável na sociedade patriarcal, a qual pode ser descrita como o clube masculino mais exclusivista de todos ao tempo. Não apenas gozava de todos os direitos civis e políticos, como também tinha poder sobre a mulher (VRISSIMTZS, 2002, p.38).

A todo o momento, observa-se que os homens se inflam de poder e sugam quaisquer possibilidades de a mulher ascender, ou mesmo de exercer suas capacidades sem que seja no ambiente doméstico.

Para a Igreja, era preciso que a mulher fosse honrada, considerando como tal:

[...] aquela que vive reclusa no interior do lar, ocupada nos afazeres domésticos, distante do espaço público. Tutelada pelo marido, que lhe ministra – sempre em pequenas doses – alguns prazeres e atenções, ela deve quando casada ser separada do contato com a casa paterna, proibida de visitas frequentes, e viver inteiramente para o esposo. Seus desejos e ambições devem ser fingidamente satisfeitos para que tenha a sensação de que os realizou. Com um número restrito de criados e pouco dinheiro a disposição, a esposa ideal deve governar a casa evitando intimidades até mesmo com aqueles que vivem sob seu teto. Os contatos com o confessor, as idas a igreja, ou a participação em festas devem ser dosadas. Nada de folguedos, de adornos e modismo. Nada de risos e danças fora de casa, olhares galanterias. (ALGRANTI, 1993, p.116)

Quanto pior que ser regrada, vigiada, a mulher desse período, considerada bruxa, foi massacrada, perseguida até a morte pela Igreja:

[...] a morte, que sempre foi considerada pelos cristãos como um fim a ser atingido, que nunca foi encarada como um mal, que tem um significado de dignificação, é tomada como instrumento de luta sem maiores escândalos ou problemas de consciência no interior da própria Igreja. Considerava-se que o pecador era queimado para o seu próprio bem. [...] o poder mais cruel se considerava santo com todo o direito de condenar e despedaçar o feminino em nome de Deus (FREIRE et al., 2006, p. 56).

Soma-se a isso, que discursos de intelectuais e humanistas contribuíram para estigmatizar a mulher como ser inferior e impuro, incidindo uma justificação ideológica e à desvalorização feminina, no contexto da desintegração do modo de produção feudal.

Existia um forte preconceito contra as mulheres, manifestados, inclusive por ilustres filósofos, cientistas e escritores, senão veja-se: Tertuliano, teólogo cristão, nascido em Cartago no ano 155 d.C., retratava que a mulher era: “a porta do demônio”; Voltaire, filósofo nascido em Paris, que viveu de 1694 a 1778, considerava: “O sangue delas é mais aquoso, prova cabal de sua inferioridade”; Diderot, filósofo e hábil escritor, viveu de 1713 a 1784 na França, foi um dos símbolos do Iluminismo e um dos ideólogos da Revolução Francesa, disse: “Apesar de terem aparência de ‘civilizadas’, elas continuam a ser, interiormente, verdadeiras selvagens” (PARADA, 2009, p. 20).

Concentrando-se nas questões atuais, Boaventura Santos (2003, p. 301 – 314) aduz que “as relações familiares estão dominadas por uma forma de poder, o patriarcado, que está na origem da discriminação sexual de que são vítimas as mulheres”. Constitui assim, o patriarcado “a matriz dessas discriminações, ainda que em articulação com outros fatores”.

Com a Revolução Francesa, as mulheres passaram a adquirir visibilidade no convívio privado e coletivo. Além disso, a expansão capitalista e a consequente supervalorização das atividades produtivas impulsionam a valorização da pessoa em razão da sua capacidade de produção e a disposição em garantir suas necessidades de sobrevivência e de sua família, introduzindo consideráveis transformações das relações sociais, familiares, sobretudo nos papéis de homens e mulheres.

Entretanto, a mulher ainda passava por vários episódios de violência marcantes, como o incêndio ocorrido no dia 8 de março de 1857, que vitimou cerca de cento e trinta operárias de uma fábrica de tecidos em Nova York que estavam fazendo uma manifestação para reivindicar melhores condições de trabalho; em um ato desumano, trancaram aquelas mulheres dentro da fábrica e atearam fogo, matando-as carbonizadas.

Dentro desse contexto, tratar sobre os antecedentes históricos da violência contra a mulher remete-se ao passado, contudo não é possível precisar o tempo que teve início, tampouco se teve um fim realmente, posto que se intrometeu nas mais variadas estruturas sociais, desde as atividades produtivas, baseadas na divisão sexual do trabalho, até nas atividades reprodutivas, correspondentes aos papéis do homem e da mulher na reprodução humana. Tepedino (2001, p.45), intervém lembrando que “às mulheres não se reconhecia espaço mais amplo que o da casa; o alcance de suas vozes, portanto, acabava

se restringindo à esfera do privado, seja por meio da correspondência epistolar, seja mantendo diários que retratavam seu árido cotidiano”.

Além disso, Beauvoir (1970, p. 9) pontua que há séculos é negado à mulher um “status” de sujeito de direitos, na medida em que na sociedade ocidental, em sua maioria machista, é dominada por valores que priorizam o homem e, muito provável que por esse fato que, a discriminação de gênero ainda persista latente nos dias de hoje.

A dominação do homem sobre a mulher que remonta do passado envolve aspectos culturais, psicológicos, morais e também sexuais. A condição de ser homem ou mulher não é meramente natural, tão pouco aleatória, mas uma construção sociocultural que impõe a superioridade de gêneros, de um sobre o outro, especificamente, do masculino sobre o feminino, apesar de os discursos que historicamente legitimaram o protagonismo masculino se ampararem em argumentos essencialistas (BOURDIEU, 2010; BUTLER, 2008. BEAUVOIR, 2015).

Ademais, convém pontuar que a violência contra a mulher durante muito tempo foi tolerada pela própria sociedade, impregnando nas identidades culturais de homens e mulheres, um grau elevado de aceitação para com as manifestações de agressividade. Tanto o é que até nos dias atuais, quando inclusive a legislação reprova e criminalizar a violência contra as mulheres, muitas das vítimas acabam por não reconhecer as agressões sofridas como sendo violência (SCHAIBER et al., 2005, p. 46). Por esse e outros motivos, que ainda hoje, embora sua condição esteja evoluindo, a mulher carrega uma enorme desvantagem intrínseca numa cultura construída com preconceitos:

Em quase nenhum país, seu estatuto legal é idêntico ao do homem e muitas vezes este último a prejudica consideravelmente. Mesmo quando os direitos lhe são abstratamente reconhecidos, um longo hábito impede que encontrem nos costumes sua expressão concreta (BEAUVOIR, 1970, p. 14).

Diante disso, urge a necessidade de reversão dessa conjuntura, partindo da concepção de que a mulher não pode mais tolerar condutas discriminatórias, com conteúdo ultrapassados, cheios de ódio, que a inferiorizam e a tornam refém de uma sociedade machista que considera naturais posturas que reproduzem quaisquer formas de violências expressas pelo homem. Some-se a isso, que bastante recorrente tem sido as ocorrências de violência contra a mulher no âmbito doméstico, uma esfera considerada íntima, mas que revela verdadeiras crueldades, que precisam ser estancadas pelo Poder Público. E, para sanar um arranjo de conceitos e condutas que vêm se procrastinando no decurso, foi criada a Lei Maria da Penha.

4 A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER E A CONFIGURAÇÃO DOS DIPLOMAS LEGAIS EM OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DE IGUALDADE E DIGNIDADE HUMANA

A desigualdade e a discriminação contra a mulher são fatores que impulsionam esse ciclo vicioso da violência contra as mulheres, desde o acesso desigual a oportunidades e direitos até crimes mais graves.

Nessa conjuntura perpetuam-se os casos de homicídios de mulheres por parentes, parceiros ou ex, motivados por sentimento de posse e, as mortes associadas a crimes sexuais e aqueles em que a crueldade revela o ódio ao feminino, entre outros. Sobre discriminação, Teles e Melo (2002, p. 28) esclarecem que se refere ao "ato de distinguir ou restringir que tem como efeito a anulação ou limitação do reconhecimento de direitos fundamentais no campo político, econômico, social ou em qualquer outro domínio da vida". Além disso, "é uma ação deliberada para excluir segmentos sociais do exercício de direitos humanos. É segregar, pôr à margem, pôr de lado, isolar. Pode ser entendido também como desconsideração e desrespeito".

A violência contra a mulher, num contexto geral:

[...] constitui uma manifestação das relações de poder historicamente desiguais entre homens e mulheres, que levam à dominação e à discriminação por parte do homem, impedindo o avanço pleno da mulher e lhe atribuindo um papel secundário (FERNANDES e FERNANDES, 2002, p. 86).

Sobre os diplomas legais, vale ressaltar que a mulher encontra abrigo no ordenamento jurídico brasileiro, por meio da Constituição Federal Brasileira (1988), precisamente pelo artigo 5º, I, que dispõe:

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:

I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.

Assim sendo, além dos princípios, a Constituição Federal Brasileira de 1988 incorporou aos direitos e garantias do seu texto original, os estabelecidos em decorrência de acordos e tratados internacionais, as Resoluções da Convenção de Belém do Pará¹ e da CEDAW (Convention to Eliminate All Forms of Discrimination Against Women) são também garantias constitucionais, como expressa o artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição Federal:

“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, 2006, p. 15-16).

Impulsionada por movimentos de mulheres, ativistas e pesquisadoras, bem como atendendo às recomendações a nível internacional (Comissão sobre a Situação da Mulher – CSW e o Comitê sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher – CEDAW) criou-se uma legislação específica para punir e coibir o feminicídio, um instrumento essencial para solucionar o problema da invisibilidade e creditar ao Estado a responsabilidade da continuidade das mortes de mulheres em razão do gênero. Valendo-se do Código Penal, especificamente para os casos de homicídios contra as mulheres, em razão de gênero, provocou-se a Lei nº 13.104/2015, considerando como novo tipo penal, o feminicídio.

5 O FEMINICÍDIO: CAUSAS E EFEITOS

O Feminicídio é o termo utilizado para referir-se especificamente ao homicídio de mulheres em contextos marcados pela desigualdade de gênero. Das várias faces da violência contra a mulher, o feminicídio é a mais extrema, final e fatal. Considerado crime hediondo desde o ano de 2015, no Brasil.

Advém o feminicídio justamente da construção de uma cultura que legitimou a dominação masculina e a submissão feminina e, sobretudo fez eclodir a ideologia de gênero. Nessa linha, derivam conceitos para amparar este tipo penal.

O Feminicídio e gênero são duas questões paralelas que estão intrinsecamente ligadas na sua essência. Portanto, quando se fala em gênero, torna-se primordial entender que está se referindo a “um elemento constitutivo de relações sociais fundadas sobre as diferenças percebidas entre os sexos”. O gênero é o primeiro “modo de dar significado às relações de poder” (SCOTT, 2005, p. 134). “Mais do que estar ligado a papéis masculinos e femininos, o gênero está ligado a identidades dos sujeitos” (OLIVEIRA JÚNIOR; OLIVEIRA; NINA, 2011, p. 127).

Na explicação de Romero (2014, p. 22), feminicídio é todo e qualquer ato de agressão proveniente da dominação de gênero, cometido contra indivíduo do sexo feminino, ocasionando sua morte. Nessa perspectiva, os autores do crime podem ser pessoas próximas das vítimas, tais como: namorados, maridos e/ou companheiros, outros membros da família ou ainda, desconhecidos.

O feminicídio surge como uma qualificadora ao crime de homicídio descrito no artigo 121, VI do Código Penal. Pela letra do aludido dispositivo tem-se que: Art. 121 Matar alguém: [...] Homicídio qualificado § 2º Se o homicídio é cometido: [...] Feminicídio. VI -

Contra a mulher por razões da condição de sexo feminino: (Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015)

No próprio Código Penal, incluídos pela Lei nº 13.104/2015 seguem expressos os fatores determinantes para se configurar tal tipificação, como traz o “§ 2º- A: Considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve: I - violência doméstica e familiar; II - menosprezo ou discriminação à condição de mulher”.

Além disso, no feminicídio constitui causa de aumento de pena de 1/3 (um terço) até a metade quando praticado o crime: I - durante a gestação ou nos 3 (três) meses posteriores ao parto; II - contra pessoa menor de 14 (catorze) anos, maior de 60 (sessenta) anos ou com deficiência; III - na presença de descendente ou de ascendente da vítima (ARTIGO 121, § 7º, CÓDIGO PENAL).

Atenta-se ainda para as tipologias designadas para o crime de feminicídio:

- a) feminicídio íntimo: o tipo mais frequente, em que o homicida mantinha ou manteve com a vítima relacionamento íntimo ou familiar;
- b) feminicídio sexual: ocorre nos casos em que a vítima não possui ligação qualquer com o agressor, mas sua morte foi precedida de violência sexual, no caso de estupro seguido de morte;
- c) feminicídio corporativo: ocorre nos casos de vingança ou disciplinamento, através do crime organizado, como se verifica no tráfico internacional de seres humanos;
- d) feminicídio infantil: aquele imputado às crianças e adolescentes do sexo feminino através de maus-tratos dos familiares ou das pessoas que tem o dever legal de protegê-las (SEGATO, 2006; ROMERO, 2014).

Atualmente, destaca-se entre as categorias apresentadas, que o tipo feminicídio íntimo, que está intrinsecamente vinculado à violência conjugal, ou seja, aquele praticado por pessoas com as quais as mulheres mantinham ou mantiveram relações afetivas, é o mais acentuado.

O Mapa da Violência (2015), no tocante ao feminicídio, apontou que no Brasil, 50,3% dos homicídios foram perpetrados por familiares das mulheres em situação de violência e 33,2% das mulheres foram mortas pelos seus parceiros ou ex-parceiros (WAISELFISZ, 2015, p. 69).

Deixando marcas no decurso do tempo até os dias atuais, a violência continua vitimando muitas mulheres, senão vejamos os casos noticiados na mídia: a atriz Luiza Brunet, 54 anos, acusou o ex-companheiro, o empresário Lírio Albino Parisotto, 62 anos, de ter "praticado violências físicas e psicológicas gravíssimas" contra ela, em 21 de maio de 2016; Gisele Santos de Oliveira não queria mais continuar casada com Elton Jones Luz de Freitas, marido extremamente ciumento, que no dia 2 de agosto de 2015, o casal discutiu. Elton trancou a casa, guardou a chave no bolso e, passou a agredir Gisele com um facão, atingindo-a na cabeça, e decepando as mãos e os pés desta; em 29 de agosto de 2013, Mara Rúbia Guimarães teve os olhos perfurados ao recusar reatar o casamento Wilson Bicudo. Depois de imobilizá-la, Wilson passou a agredi-la, cortando os olhos de Mara com uma faca (Reportagem G1, 2016).

Quando pior, casos como esses terminam em morte, como o que aconteceu com Eloá, 15 anos, sequestrada e assassinada em 13 de setembro de 2008, pelo ex-namorado, Lindemberg Alves, 22 anos, que não aceitava o fim do namoro; Louise Ribeiro, universitária, após ser dopada com clorofórmio foi assassinada pelo ex-namorado Vinícius Neres, em 10 de março de 2016; Ana Carolina de Souza Vieira, 30 anos, dançarina do Programa Domingão do Faustão, por ciúme, foi assassinada pelo ex-namorado Anderson Rodrigues Leitão, em 4 de novembro de 2015; Adriana Moura de Pessoa Carvalho Moraes, 39 anos, e Jade, 8 meses, foram assassinadas por Marcelo, marido de Adriana e pai de Jade, em 23 de agosto de 2015; A advogada Mércia Nakashima, 28 anos, morta pelo policial militar aposentado Mizael Bispo de Souza por não querer reatar o namoro. Seu corpo foi encontrado em 10 de junho (2010) dentro de uma represa, em Nazaré Paulista; a fisiculturista Renata Muggiatti que foi asfixiada pelo namorado, o médico Raphael Suss Marques.

E, o mais recente entre os casos de crueldade aconteceu com a advogada Tatiane Spitzner, 29 anos, que foi encontrada morta, na madrugada do dia 22 de julho, após cair do 4º andar de um prédio no Centro de Guarapuava, na região central do Paraná. O marido dela, Luis Felipe Manvailer, foi preso na manhã do mesmo dia da morte, após sofrer um acidente na rodovia BR-277, em São Miguel do Iguçu, a 340 km de Guarapuava. Pelas imagens divulgadas observou-se que a vítima sofreu várias agressões, golpes de artes marciais do marido lutador.

Tantos casos que suscitam uma preocupação mais contundente com a violência contra as mulheres, a efetivação dos diplomas legais que revertam realmente o cenário atual, que garantam a proteção ao sexo feminino, consoante aos ditames constitucionais e, em observância ao princípio da igualdade entre os gêneros, assegurando a homogeneidade entre homem e mulher perante a lei, iguais em direitos e obrigações, propiciando igual tratamento entre ambos, contudo relativizando casos isolados para atenuar desníveis de tratamento.

6 CONCLUSÃO

Trazer à tona episódios do passado para estabelecer um comparativo com o presente requer certa sensibilidade para absorver questões um tanto quanto cruéis e não superadas, que mostram claramente as mulheres sendo violentadas, oprimidas, sobretudo, por sentimentos arraigados nas condutas próprias de homens que não permitiam transformações necessárias para o bem comum.

Tomou-se aporte inicial deste estudo, a violência em linhas gerais, compreendendo como se traduz na sociedade, conceitos e formas, dimensões sobre o tema, para adentrar na discussão proposta, ressaltando que a violência nos dias de hoje constitui uma das maiores preocupações das pessoas, que amedrontadas evocam soluções imediatas do Estado. Nessa conjuntura, as mulheres encontram-se inseridas como alvos vulneráveis, vítimas do homem ao longo dos séculos até a atualidade.

Passando a contextualizar os antecedentes da violência contra as mulheres, resgata-se da história que se trata de uma questão antiga que remonta a um sistema de dominação-subordinação, entre homem-mulher. Pela dicotomia entre os papéis de cada gênero nas civilizações existentes, foi possível perceber a condição de inferioridade, de opressão e submissão em que eram colocadas às mulheres.

Na sequência deste estudo, com a abordagem recaindo sobre o feminicídio, evidenciou-se as causas e efeitos do conflito entre gêneros, assim como se compreendeu a tipificação da expressão, que é considerada uma forma de violência contra a mulher final e fatal, praticada com tamanho extremismo.

Face à literatura reunida nesta pesquisa, é possível evidenciar que a desigualdade entre os gêneros (masculino e feminino) foi consolidada a partir de construções históricas, culturais, econômicas, políticas e sociais discriminatórias, com a mulher subjugada, invisibilizada, tratada pelo homem como coisa, que a usava e gozava desta como bem entendia, fato que era tolerado pelas sociedades antigas e, pelo que se observa, continua sendo.

No entanto, passando por certa evolução dos tempos, a violência contra a mulher passou a representar uma violação aos direitos humanos destas, que contraria sumariamente o Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, ser conivente com uma proteção ineficaz não condiz com o princípio de igualdade entre homens e mulheres, preconizado na Carta Magna. Os diplomas legais implementados no ordenamento jurídico brasileiro, como a Lei Maria da Penha, por si só, não são capazes de garantir transformações significativas. Primordial é que se garanta uma aplicabilidade mais contundente da lei vigente, atuante e vigilante para que o feminicídio seja extirpado definitivamente da sociedade, além disso, que as políticas públicas voltadas à proteção e assistência alcancem

os efetivamente os objetivos propostos, de modo contemple-se o empoderamento feminino e a justiça de gênero.

Não se deve olvidar, contudo, que a Lei Maria da Penha exerce uma importante influência para as mulheres no que diz respeito à inserção na legislação brasileira de um mecanismo específico de fortalecimento da autonomia das mulheres, proporcionando meios de assistência e atendimento humanizado, sobretudo com vistas a educar a sociedade em termos de conscientização sobre a denúncia dos casos de violência contra a mulher, agregando políticas públicas e valores de direitos humanos. Entretanto, torna-se imperioso mais do que a criação de um instrumento legal ou mudanças isoladas na legislação, de modo que se trabalhe na conscientização coletiva, revertendo conceitos passados em que as relações de poder, eram baseadas no modelo patriarcalista, para que a prevenção seja atingida, de modo tal, que seja evitada a ocorrência do crime de feminicídio, que emerge como um fator essencialmente cultural.

Fica evidente que para reversão desse cenário onde a violência contra as mulheres encontra-se alarmante, é preciso mais do que nomenclaturas para essa problemática, primordial faz-se implementar ações efetivas de prevenção a esta, suscita-se um despertar de ações, sobretudo do Estado que precisa assumir sua responsabilidade no sentido de coibir a continuidade desse ciclo vicioso, perpétuo.

É preciso que se construa no âmbito da sociedade a compreensão de que o feminicídio acontece como desfecho de um histórico de violências contra as mulheres há séculos. Paralelo a isso, fundamental colocar em prática ações efetivas de prevenção e enfrentamento às raízes dessa violência extrema, promovendo o conhecimento da legislação que debruça sua proteção às mulheres, mostrando medidas que atuem igualmente na assistência a estas.

Ademais, insta como paradigma fundamental um efetivo estímulo ao respeito entre os gêneros, ressaltando a efetivação dos princípios de igualdade e da dignidade da pessoa humana, vertente de todo o ordenamento jurídico brasileiro, o que expressará o indício de uma transformação na consciência coletiva e um instrumento protetivo em favor das mulheres.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, Vanessa G. **Qualidade de vida e depressão em mulheres vítimas de seus parceiros**. Rev. Saúde Pública. v. 39. n. 1. Fortaleza, 2005.

ALAMBERT, Zuleika. **A mulher na história. A história da mulher**. Fundação Astrogildo Pereira/FAP; Abaré. 2004.

ALGRANTI, Leila Mezan. **Honradas e devotas: Mulheres da Colônia: condição feminina nos conventos e recolhimentos do Sudeste do Brasil, 1750-1822.** Rio de Janeiro: José Olympio, 1993.

ARAÚJO, Clara; SCALON, Celi. Gênero, família e trabalho no Brasil. Rio de Janeiro: FGV, 2007.

BARROSO, Z. **Violência nas relações amorosas: uma análise sociológica dos casos detectados nos Institutos de Medicina Legal de Coimbra e do Porto.** Lisboa: Colibri/SociNova, 2007.

BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo: fatos e mitos.** 4. ed. Tradução Sérgio Milliete. São Paulo: Difel, 1970.

BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins; CARVALHO, Suzete. **A segregação ocupacional da mulher: será a igualdade jurídica suficiente para superá-la?** In: ANDREUCCI, Ana Cláudia Pompeu Torezan; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins (orgs.). Mulher, sociedade e direitos humanos. Homenagem à Professora Doutora Esther de Figueiredo Ferraz. São Paulo: Rideel, 2010, p. 179-210.

BOURDIEU, P. **A dominação masculina.** Trad. Maria Helena Kühner. 7. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Organização do texto: Juarez de Oliveira. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

Decreto nº 1.973 de 1º de agosto de 1996. **Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1973.htm>. Acesso em: 30 de ago. 2019.

Decreto nº 4.316 de 30 de julho de 2002. **Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4316.htm>. Acesso em: 30 de ago. 2019.

Lei n. 11.340 de 07 de agosto de 2006. **Lei Maria da Penha.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm/>. Acesso em: 30 de ago. 2019.

Ministério da Saúde. **Violência intrafamiliar: orientações para a prática em serviço.** (Cadernos de Atenção Básica, 8). Brasília (DF), 2002.

Presidência da República. **Participação do Brasil na 29ª Sessão do Comitê sobre a Eliminação da Discriminação da Mulher** – CEDAW. Brasília: Secretaria Especial de Políticas para Mulheres, 2004.

VI Relatório Nacional Brasileiro: **Convenção pela Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres — CEDAW/Organizações das Nações Unidas**. Brasília: SPM, 2008.

Violência contra a mulher. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2015/12/violencia-contra-mulher-nao-e-so-fisica-conheca-10-outros-tipos-de-abuso>>. Acesso em: 10 de set. de 2019.

BUTLER, J. P. Problemas de gênero: **feminismo e subversão da identidade**. Trad. Renato Aguiar. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.

CABRAL, Melissa Karina. **Manual de direitos da mulher**. v. 1. 1. ed. São Paulo: Mundi, 2008.

CEDAW. **Relatório do Comitê** (CEDAW/C/2003/IICRP.3/Add). 2/Ver.1, 18 de Julho de 2003, Original: Inglês). Disponível em: <<http://www.agende.org.br>>. Acesso em: 30 de ago. 2019.

DIAS, Maria Berenice. **A lei Maria da Penha na Justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Tradução de Ruth M. Klaus: 3. ed. São Paulo: Centauro, 2006.

FERNANDES, Newton; FERNANDES, Valter. **Criminologia integrada**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2002.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. 5. ed. Curitiba: Positivo, 2010.

FOULCAULT, Michael. **Em defesa da Sociedade: curso no Collège de France (1975-1976)**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FREIRE, Mariza Scheffer. SOBRINHO, Vilma Pereira. **A figura feminina no contexto da Inquisição**. Revista Educere et Educare. [online]. v.1, n. 1, Cascavel: UNIOESTE, 2006, janeiro/junho 2006. Disponível em: <<http://e-revista.unioeste.br/index.php/educereeteducare/article/view/1003/855>>. ISSN 1981-4712. Acesso: 01 de out. 2019.

GIRARD, René. **A violência e o sagrado**. São Paulo: UNESP, 1990.

GOMES, N. P.; DINIZ, N. M. F.; ARAÚJO, A. J. S.; COELHO, T. M. F. (2007). Compreendendo a violência doméstica a partir das categorias de gênero e geração. v. 20. n. 4. São Paulo: Acta Paulista de Enfermagem. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-1002007000400020>. Acesso em: 29 de ago. 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil brasileiro: direito de família. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

OS ATOS PROCESSUAIS DA FAZENDA PÚBLICA NA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

MATEUS CARREIRO LEITE:

bacharelado em direito pela
Faculdade Serra do Carmo - FASEC

EDY CÉSAR DOS PASSOS JUNIOR

(Orientador)

RESUMO: O tema judicialização da saúde tem sido muito discutido nos últimos tempos no meio jurídico, e aqui se busca entender o que é a Judicialização da Saúde. E em que implica seus mecanismos, qual a garantia constitucional desse instituto, e quais os atos processuais nessas ações. Dentre essas questões, o intuito desse discurso é a informação necessária a sistematizar a estruturação dos processos desse cunho no que tange a atuação da Fazenda Pública Estadual, haja vista que se trata de um direito constitucional fundamental, sendo necessário o seu cumprimento para uma vida digna.

PALAVRAS-CHAVE: Fazenda Pública Estadual; Judicialização; Saúde.

ABSTRACT: The judicialization of health theme has been much discussed in recent times in the legal field, and here we seek to understand what the Judicialization of Health is. And what does its mechanisms imply, what is the constitutional guarantee of this institute, and what are the procedural acts in these actions. Among these issues, the purpose of this discourse is the necessary information to systematize the structuring of the processes of this nature regarding the performance of the State Public Treasury, given that it is a fundamental constitutional right, and its fulfillment is necessary for a dignified life.

KEYWORDS: State Public Treasury; Judicialization; Health.

1. INTRODUÇÃO

O direito a saúde está inserido entre as muitas mudanças e inovações presentes na Constituição Federal de 1988, pois quando se fala em saúde, a primeira coisa que se tem em mente é que se trata de um direito assegurado pela Carta Magna. A vida é um direito fundamental de primeira dimensão, relacionando o indivíduo e o Estado, onde o ente estatal, em sua omissão, o não-fazer, estaria violando a liberdade individual ou coletiva do particular ou grupo social.

Qual o dilema existente diante da tramitação processual e também em relação aos prazos dobrados para as Fazendas Públicas, conforme o Código de Processo Civil, diante de tamanha urgência nas ações saúde envolvendo o Estado?

A pretensão do estudo aqui é demonstrar a atuação processual da fazenda pública estadual na judicialização da saúde. Para tanto, busca-se, neste artigo, analisar os atos processuais em ações de saúde e como se dá toda essa tramitação, sem a pretensão julgadora, de forma imparcial, com intuito de identificar os prazos processuais, analisando as determinações e os limites na atuação do judiciário e identificar o que leva o cidadão a buscar o judiciário para adquirir atendimento ou medicamentos de acordo com sua necessidade. Entendendo com isso, a atuação estatal em juízo, mostrando o princípio da ampla defesa e expondo a crítica existente diante da tramitação processual e dos prazos previstos no Código de Processo Civil.

A saúde deve ser garantida, seja de forma individual, seja de forma coletiva. Os custos para garantir o fornecimento de medicamentos e internações para o efetivo tratamento dos pacientes vem sendo coberto na maioria das vezes pelo SUS – Sistema Único de Saúde.

Por meio da Lei Nº 8.080/1990 foi criado o Sistema Único de Saúde – SUS, comprometido com o povo brasileiro para garantir o direito a saúde, onde as organizações devem prestar serviços e produzir bens, tais como medicamentos, vacinas e equipamentos necessários. Porém com a ineficácia de parte desse sistema surge a necessidade de buscar o judiciário visando maior celeridade diante de toda a urgência nas demandas.

Diante de toda situação o judiciário é movimentado pelos que não podem esperar todo o tramite do SUS, fazendo com que o Estado, nas esferas municipais, estaduais ou da união, seja intimado através de seus gestores para cumprir decisões judiciais que buscam de garantir os direitos legais e constitucionais dos cidadãos que em sua imensa maioria são pessoas hipossuficientes.

Com isso busca-se contribuir para que a sociedade entenda que os processos relacionados a saúde necessitam de melhorias e evolução, e trazer ao conhecimento de todos que a judicialização, apesar de demorada, pode sim ser o caminho mais célere para se alcançar um atendimento urgente ou até mesmo emergente, principalmente se for de alto custo. O que traz prejuízo para aquele que não buscou medidas judiciais e aguarda na chamada fila do SUS.

A pesquisa utilizada será descritiva, de forma qualitativa, realizada através de exploração de fontes bibliográficas, de processos judiciais abertos ao público, livros, revistas científicas, sites de pesquisa, legislações pertinentes e outros, contendo informação acerca do tema.

2. FAZENDA PÚBLICA

A Administração Pública através de seus agentes, serviços e órgãos instituídos pelos seus entes, União, Estado e Município, tem como objetivo administrar os recursos públicos a fim de proporcionar a sociedade aquilo que é necessário.

Sendo direta e indireta, encontram-se no âmbito de disciplina do direito público, são dotadas de personalidade de direito público interno. Fazem parte também, as autarquias e as fundações de direito público e fundações públicas de direito público criadas por lei, essas últimas fazem parte da administração pública indireta. Não compõe esse rol, as entidades que possuem personalidade privada.

Segundo De Plácido e Silva, Fazenda Pública é:

a denominação genérica a qualquer espécie de fazenda, atribuída às pessoas de Direito Público. Nela, assim, se computam a Fazenda Federal, Fazenda Estadual e Fazenda Municipal. E, desta forma, Fazenda Pública é sempre tomada em amplo sentido, significando toda soma de interesse de ordem patrimonial ou financeira da União, dos Estados Federados ou dos Municípios, pois que, sem distinção, todas se compreendem na expressão. Os administradores da Fazenda Pública são o Ministro da Fazenda, em relação à Federal, e os Secretários de Fazenda ou prefeitos, em relação às demais. Nas ações judiciais, representam-se pelos advogados ou procuradores instituídos, seja como funcionários públicos, seja como meros mandatários. Dizem-se também, procuradores dos feitos da fazenda, quando exercem o cargo em caráter efetivo e da função pública. (SILVA, 2002, p. 351).

2.1 PRAZOS PROCESSUAIS DA FAZENDA PÚBLICA

Quem representa judicialmente a fazenda pública é a advocacia pública, que em muitos casos é a procuradoria geral daquela esfera, essa que possui prerrogativas previstas em artigos da Constituição Federal de 1988, possuindo regras especiais e diferenciada com relação aos direitos dos particulares, haja vista que se trata do bem comum.

O Código de Processo Civil unificou os prazos, estabelecendo prazo em dobro para todas as manifestações da Fazenda Pública, tomando por base o princípio da Isonomia/Igualdade com o intuito de promover a igualdade entre as partes, buscando com isso maior celeridade nas demandas judiciais que tem como uma das partes a Fazenda Pública.

O art. 183 do Novo CPC estabelece que:

Art.183. A União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público gozarão de prazo em dobro para todas as suas manifestações processuais, cuja contagem terá início a partir da intimação pessoal.

§1º A intimação pessoal far-se-á por carga, remessa ou meio eletrônico.

§2ª Não se aplica o benefício da contagem em dobro quando a lei estabelecer, de forma expressa, prazo próprio para o ente público.

O Código de Processo Civil em seu artigo 183 estabelece como regra nos atos processuais da Fazenda Pública o prazo em dobro, tendo como exceção, prazos específicos. Além disso, no que tange a contagem dos prazos, o Código de Processo Civil assim estabelece:

Art. 224. Salvo disposição em contrário, os prazos serão contados excluindo o dia do começo e incluindo o dia do vencimento.

§ 1º Os dias do começo e do vencimento do prazo serão protraídos para o primeiro dia útil seguinte, se coincidirem com dia em que o expediente forense for encerrado antes ou iniciado depois da hora normal ou houver indisponibilidade da comunicação eletrônica.

§ 2º Considera-se como data de publicação o primeiro dia útil seguinte ao da disponibilização da informação no Diário da Justiça eletrônico.

§ 3º A contagem do prazo terá início no primeiro dia útil que seguir ao da publicação.

As contagens dos prazos fixados no CPC são apenas em dias úteis, conforme o art. 219. "Na contagem de prazo em dias, estabelecido por lei ou pelo juiz, computar-se-ão somente os dias úteis", excluindo, os sábados, os domingos, os feriados e os dias em que não houverem expediente forense. Quando se tratar de feriado municipais os prazos continuarão a transcorrer normalmente nas comarcas onde não existe feriado.

O supracitado artigo trata da contagem do prazo em dias, mas quando o artigo trata da disposição em contrário, e o prazo for em meses ou em anos, conforme estipulado pelo juiz, o artigo 222, do Código de Processo Civil vigente assim estabelece:

Art. 222. Na comarca, seção ou subseção judiciária onde for difícil o transporte, o juiz poderá prorrogar os prazos por até 2 (dois) meses.

§ 1º Ao juiz é vedado reduzir prazos peremptórios sem anuência das partes.

§ 2º Havendo calamidade pública, o limite previsto no caput para prorrogação de prazos poderá ser excedido.

3. JUDICIALIZAÇÃO E EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL

Com a constituição Federal de 1988, o direito a saúde passou a ser direito fundamental, existindo assim o dever do Estado em garantir o acesso igualitário aos serviços de saúde. No caput do artigo 6º, a saúde é citada como um direito social.

Artigo 6º. São direitos 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, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015) (BRASIL, 1988, p. 1).

No processo de judicialização da saúde, o acesso à justiça tem um número crescente de demandas que estão sendo movimentadas pelo executivo passando pelo judiciário. O que faz com que o judiciário seja a efetivação de um direito fundamental à vida. "O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos". CAPPELLETTI, 1988, p. 12.

Ocorre que o executivo por motivo de insuficiência de recursos orçamentários vai de encontro com essa obrigação, frente ao número crescente de demandas que estão sendo movimentadas pelo judiciário. Ou seja, é preciso um planejamento para os gastos, discutido e aprovado para que o Estado programe receitas e gastos anuais, antes do processo de aquisição é preciso um valor monetário autorizado, previsto na LOA – Lei do Orçamento Anual, para atender uma determinada programação orçamentária, detalhada, permitindo que os recursos nela previstos alcance os objetivos e metas definidas.

Um entendimento jurisprudencial da Suprema Corte sobre o direito da saúde, através de um Embargo de Declaração no Recurso Extraordinário 855.178 – Sergipe, o entendimento sobre a responsabilidade do Estado nas ações de saúde o seguinte voto:

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR): Senhor Presidente, Senhores Ministros, Senhor Procurador-Geral, Senhores Advogados, trata-se de embargos de declaração contra acórdão proferido pelo Plenário Virtual desta Corte em sede de repercussão geral, que assentou a tese de que o tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, sendo

responsabilidade solidária dos entes federados, motivo pelo qual pode figurar no polo passivo qualquer um deles, em conjunto ou isoladamente.

A matéria de fundo destes autos não carece de maiores ilações, máxime porque a jurisprudência desta Corte está pacificada no sentido de que o tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, sendo responsabilidade solidária dos entes federados, podendo figurar no polo passivo qualquer um deles, em conjunto ou isoladamente.

De qualquer forma segundo a constituição e o entendimento do Supremo Tribunal Federal, é dever do Estado arcar com os tratamentos de saúde que podem englobar vários procedimentos de urgência. Seja medicamentos, exames, cirurgias ou transferências para tratamentos especializados que sejam necessários à manutenção da vida, até seu total restabelecimento.

4. TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL

A teoria da reserva do possível, do ponto de vista jurídico diz respeito a necessidade do Estado prevê um orçamento para atender o cumprimento de decisão judicial. "A expressão reserva do possível procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por eles supridas". BARCELLOS, 2002, p. 234.

No que diz respeito ao significado da expressão "reserva do possível", Gustavo Amaral assim preleciona:

"que a concreção pela via jurisdicional de tais direitos demandará uma escolha desproporcional, imoderada ou não razoável por parte do Estado. Em termos práticos, teria o Estado que demonstrar, judicialmente, que tem motivos fáticos razoáveis para deixar de cumprir, concretamente, a norma constitucional assecuratória de prestações positivas. Ao Judiciário competiria apenas ver da razoabilidade e da faticidade dessas razões, mas sendo-lhe defeso entrar no mérito da escolha, se reconhecida a razoabilidade". (BRASIL, TJMG, Julgado em 04.12.08)

O Sarlet e Figueiredo se manifestam no mesmo sentido em seu artigo sobre a Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações:

De acordo com a noção de reserva do possível, a efetividade dos direitos sociais a prestações materiais estaria sob a reserva das

capacidades financeiras do estado, uma vez que seriam direitos fundamentais dependentes de prestações financiadas pelos cofres públicos. A partir disso, a 'reserva do possível' (*Der Vorbehalt des Möglichen*) passou a traduzir (tanto para a doutrina majoritária, quanto para a jurisprudência constitucional na Alemanha) a ideia de que os direitos sociais a prestações materiais dependem da real disponibilidade esta que estaria localizada no campo discricionário das decisões governamentais e parlamentares, sintetizadas no orçamento público. Tais noções foram acolhidas e desenvolvidas na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, que, desde o paradigmático caso *numerus clausus*, versando sobre o direito de acesso ao ensino superior, firmou entendimento no sentido de que a prestação reclamada deve corresponder àquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade. Com efeito, mesmo em dispondo o Estado dos recursos e tendo o poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável. Assim, poder-se-ia sustentar que não haveria como impor ao Estado a prestação de assistência social e alguém que efetivamente não faça jus o benefício, por dispor, ele próprio, de recursos suficientes para seu sustento. O que, contudo, corresponde ao razoável também depende - de acordo com a decisão referida e boa parte da doutrina alemã - da ponderação por parte do legislador.

5. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS RELATIVO À SAÚDE

Podemos destacar três princípios como os principais do Sistema Único de Saúde, sendo que esses princípios mostram a construção de um sistema que busca o fornecimento de serviços de saúde. Com base nesses princípios que se pretendem atender a sociedade, respeitando a particularidade de cada região, trazendo modelos de orientação para colaborar com a prevenção na saúde.

5.1 Universalidade

Fazendo parte do Sistema único de Saúde – SUS, o princípio da universalidade está garantido no art. 196 da Constituição Federal de 1988, essa que coloca “a saúde é direito de todos e dever do Estado”. Isso significa que todos os cidadãos têm direito à saúde garantida através de políticas públicas sem distinção de raça, sexo, cor, religião ou qualquer outro tipo de discriminação.

A partir do momento que o SUS foi criado, o princípio da universalidade foi reforçado, haja vista que anteriormente o acesso a saúde era garantido para apenas

aqueles que contribuíam para a previdência social. Isso se dava com a contribuição governamental para os trabalhadores contratados por órgãos públicos e das empresas, para os particulares, que financiavam o sistema.

Seu acesso era apenas para os que contribuíam e aos seus dependentes. Por meio da Carteira de Trabalho e Previdência Social – CTPS registrada, a chamada carteira assinada, o trabalhador tinha garantido o devido acesso aos direitos trabalhistas previstos em lei.

5.2 Integralidade

A Constituição Federal no art. 198, inciso II, prescreve que com relação a saúde, haja atendimento integral, sendo prioridade as ações de prevenção, para que não exista prejuízo aos serviços de assistência.

Igualmente é a lei orgânica da saúde, que regula os serviços de saúde e suas ações. Onde no artigo 7º, inciso II, é determinado quais ações serão realizadas, obedecendo ao princípio da integralidade de assistência, com o objetivo de atender aquele que necessita, o princípio da integralidade vai deste o atendimento preventivo até às ações curativas. Sua base são ações de promoção, prevenção de agravos e recuperação da saúde.

“Quer tomemos a integralidade como princípio orientador das práticas, quer como princípio orientador da organização do trabalho, quer da organização das políticas, integralidade implica uma recusa ao reducionismo, uma recusa à objetivação dos sujeitos e talvez uma afirmação da abertura para o diálogo”. Mattos 2001, p. 61

Situando a integridade como princípio norteador da política estatal para a saúde este, baseia-se em ações qualitativas e integral dentro de um contexto individual ou coletivo, devendo o Estado garantir a saúde este direito fundamental, de tal forma devendo promover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

5.3 Gratuidade

Pautados nos princípios da universalidade, igualdade e integridade, o princípio da gratuidade não poderia ser, se não, de forma gratuito, pois trata-se de mais um princípio basilar do Sistema Único de Saúde, ou seja, os serviços prestados pelas unidades da rede própria do SUS veda a cobrança da execução de ações de saúde aos seus pacientes. Assim, nenhum valor deve ser cobrado aos usuários pelo serviço prestado.

Regulamentada pela CF/88 e pela Lei Orgânica da Saúde nº 8.080, sancionada em 1990, onde tal lei expõe esse princípio de forma implícita, haja vista que os acessos universal e igualitário estão explícitos nas ações de saúde prestadas pelo SUS, em caráter contínuo e sem exceções.

6. INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

O termo “judicialização” que vem sendo utilizado com tamanha frequência faz clara referência as demandas que são levadas ao judiciário, com o grande aumento no número de as ações de saúde e a grande repercussão social que essas geram, o poder judiciário acaba sendo uma alternativa da população na busca por um direito fundamental.

Porém essa busca faz com que algumas correntes doutrinarias vejam a judicialização das ações de saúde como uma violação ao princípio da separação dos poderes, e passem a questionar até que ponto o Poder Judiciário possui legitimidade para atuar.

Diante disso o argumentado pelo Estado é que existe uma ofensa ao Princípio da Separação dos Poderes (art. 2º da CF/1988), quando Judiciário “interfere” no Executivo, podendo causar um desequilíbrio, pois ainda que as situações individualmente levadas ao Judiciário sejam urgentes, não se pode preterir os demais pacientes que já se encontram na lista de espera na rede pública, respeitando o tratamento que seja igual para todos, que é de direito a quem busca acesso à saúde pública. Visto que pode acarretar a restrição do direito à saúde de outro cidadão.

Nesse sentido é claro o julgado do Supremo Tribunal Federal sobre o tema:

A reserva de lei constitui postulado revestido de função excludente, de caráter negativo, pois veda, nas matérias a ela sujeitas, quaisquer intervenções normativas, a título primário, de órgãos estatais não-legislativos. Essa cláusula constitucional, por sua vez, projeta-se em uma dimensão positiva, eis que a sua incidência reforça o princípio, que, fundado na autoridade da Constituição, impõe, à administração e à jurisdição, a necessária submissão aos comandos estatais emanados, exclusivamente, do legislador. - Não cabe, ao Poder Judiciário, em tema regido pelo postulado constitucional da reserva de lei, atuar na anômala condição de legislador positivo, para, em assim agindo, proceder à imposição de seus próprios critérios, afastando, desse modo, os fatores que, no âmbito de nosso sistema constitucional, só podem ser legitimamente definidos pelo Parlamento. É que, se tal fosse possível, o Poder Judiciário - que não dispõe de função legislativa - passaria a desempenhar atribuição que lhe é institucionalmente estranha (a de legislador positivo), usurpando, desse modo, no contexto de um sistema de poderes essencialmente limitados, competência que não lhe pertence, com evidente transgressão ao princípio constitucional da separação de poderes.

Assim nesse sentido existe essa linha de discussão se as determinações a fazenda pública estão invadindo as competências, seja do poder judiciário ou até mesmo do poder legislativo.

7. ATOS PROCESSUAIS

Os atos processuais são as ações que ocorrem dentro de um processo jurídico, gerando assim efeitos e movimentações em um caso. Como o Estado é demandado e precisa atuar em casos de judicialização da saúde, os advogados públicos precisam realizar tal defesa de acordo com o devido processo legal previsto no Código de Processo Civil.

Dentre os atos presentes em uma ação de saúde se tem contestações, apelações, agravos de instrumento e interno, contrarrazões, embargos, além das manifestações mais corriqueiras e de audiências.

O processo se inicia com a petição inicial, passando pela primeira decisão do juiz *a quo*, onde cabe contestação e eventual agravo de instrumento, indo posteriormente para uma sentença que pode ser apelada pelas partes, fazendo com que o processo suba para a segunda instancia, existindo ainda recursos como as contrarrazões contra as determinações e acórdãos dos tribunais.

Diante disso e das manifestações e petições comuns ao processo, além dos prazos e o compartilhamento de informações com a Secretaria de Estado da Saúde, o tramite dessas ações pode ser demorado, podendo em alguns casos a parte que precisa de algum tratamento acabar indo a óbito. Uma das tentativas de agilizar esse processo por parte do estado é encaminhar ofícios a secretaria estadual de saúde – SESAU, que por meio de suas respostas ajudam e auxiliam na agilidade do cumprimento das determinações já impostas ao Estado.

7.1 Petição inicial

Explorando também toda a tramitação processual conforme o Código de Processo Civil, que acontece com a Petição Inicial com pedido de tutela de urgência, essa que se refere a tutela provisória de urgência de natureza antecipada, se trata em casos em que há urgência na propositura da ação, visto o dano e o risco que a demora processual pode causar. Sendo necessário a demonstração do *periculum in mora* e a prova inequívoca por parte do autor conforme previsto nos artigos 294 e 300 do Código de Processo Civil.

Após o recebimento da petição inicial o magistrado pode recorrer ao NATJUS - Núcleo de Apoio Técnico do Judiciário, com o objetivo de disponibilizar notas técnicas a fim de trazer informações sobre cada caso para ajudar os magistrados a solucionar as demandas. Depois do conhecimento técnico acerca da ação o magistrado profere decisão

na maioria das vezes liminar, essa que não se ouvi o réu previamente a decisão proferida pelo magistrado.

7.2 Contestação

Após decisão proferida por magistrado, o Estado pode apresentar petição de contestação, essa que tem prazo de 15 dias, mas que pelo prazo em dobro ao fazendas públicas se tornam 30 dias. Esse ato tem como objetivo oportunizar ao réu defesa, daquilo que lhe foi determinado, podendo esse fazer suas alegações para rebater as alegações da parte autora, contestando o mérito e a procedência da ação.

7.3 Agravo de instrumento

O agravo de instrumento, é um recurso cabível contra decisões interlocutórias, que tenham tutela provisória de urgência, sendo essa uma forma de antecipação para assegurar um direito da parte, para que esse direito pedido seja adquirido antes do final do processo.

É muito comum acontecer esse tipo de decisão por se tratar de ações em que a parte necessita de UTI, um medicamento, ou tratamento em caráter de urgência. Nesse sentido é cabível recurso de agravo de instrumento em decisões, que tem como objetivo aquele que o interpõe levar o processo para as instâncias superiores em uma tentativa de reformar a decisão interlocutória. É importante lembrar que esse recurso também possui prazo de 15 dias que passam a ser de 30 dias para o Estado.

7.4 Agravo interno

O agravo interno, também chamado de agravo regimental está previsto no Art. 994, inciso III do novo CPC, é um meio de impugnar decisões monocráticas proferidas por um relator dentro de um Tribunal, sendo cabível a partir da segunda instância, e busca que a decisão seja do colegiado, numa tentativa de reverter decisão monocrática desfavorável ou que possa possuir alguma contradição.

7.5 Apelação da sentença

Esse é um recurso que serve para recorrer de sentenças proferidas pelo magistrado, sendo que a apelação deve ser dirigida ao juízo de primeiro grau, onde a parte interessada, com as devidas qualificações deve apresentar o motivo do pedido de reforma, pedindo com isso uma nova decisão. Esse recurso é proposto em decisões terminativas ou definitiva de primeira instância, para instância superior. Como em ações de saúde os entes públicos recebem diversa sentenças desfavoráveis esse é um dos recursos mais utilizados para tentar reverter a obrigação já imposta pelo magistrado. A apelação possui prazo de 15 dias úteis, mas passa a ser de 30 dias para o Estado, a partir da publicação da sentença, iniciando no primeiro dia útil subsequente.

7.6 Contrarrazões

Com fundamentos na Lei nº 13.105/15, Artigo 1.010, § 1º, do Código de Processo Civil, esse é um recurso que busca combater outro recurso chamado de razões, apresentadas pela parte contrária. Conforme o Código de Processo Civil possui prazo de 15 dias úteis normais e em dobro para as Fazendas Públicas. Esse recurso é mais usado no Estado nas formas de recurso especial e extraordinário que deve ser apresentado para a presidência ou vice-presidência do tribunal respectivo tribunal, para que sejam encaminhados posteriormente aos tribunais superiores, como Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal.

7.7 Manifestações

As petições de manifestação são atos em que as partes se manifestam em relação a um despacho proferido pelo juiz, sendo essa assim uma forma de resposta quando se é demandada. Nas ações de saúde essas manifestações são corriqueiras, principalmente no que se refere aos questionamentos por parte do magistrado quanto ao cumprimento das decisões anteriores que podem não ter sido cumpridas, seja por falta de recursos ou de informações do Estado. Nesses casos é cobrado das partes uma manifestação para seja apresentada alguma informação com relação a outro ato e posteriormente se dê andamento ao processo.

7.8 Audiências

As audiências são uma tentativa solução de demandas em que se ouve as partes e ou seus advogados, mas em processos de saúde, devido ao aumento significativo do número de ações judiciais, essas estão sendo até dispensadas pelos advogados públicos.

7.9 Embargos

Abordando os embargos de forma ampla, pode se dizer que esses são uma série de recursos que servem para que se consiga autorização legal para suspender um ato, seja a defesa de um direito, ou ainda como recurso processual, sendo o caso dos embargos de declaração ou embargos infringentes, esses últimos mais usados pelo Estado se necessário.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Estado não desconhece seu papel previsto na Constituição Federal, uma vez que essa atribuiu o direito a Saúde como um direito tutelado. Mas atua de acordo com o seu direito assegurado no artigo 5º, LV, da Carta Magna que assegura as partes de um processo judicial a ampla defesa e o contraditório, ou seja, essa é uma garantia para ambas as partes.

O fato de o ente estatal contestar uma ação judicial não o isenta da concretização, mas o Estado precisa se esforçar ainda mais para concretizar tais direitos e buscar diminuir os impactos da judicialização.

A judicialização da saúde pública, está ligada à desorganização do sistema como um todo, trazendo assim prejuízo à população que recorre ao poder judiciário na busca pela efetividade de um direito, que o Estado precisa garantir através de políticas públicas e não somente por determinações judiciais, visto que a judicializar atente mais o interesse individual, atrapalhando toda a coletividade.

É importante lembrar que além dos longos prazos em dobro dados as fazendas públicas, ainda temos os prazos do magistrado, esse que enfrenta dificuldades devido à grande demanda que recebe.

Nesse cenário é possível constatar que mesmo judicializando o cidadão ainda encontra grande dificuldade pela demora de todo um sistema que oferece a ampla defesa ao Estado e acaba prejudicando aquele que tem em uma ação a única alternativa para a manutenção da vida, mas enquanto não existir maneiras mais eficazes de atender a todos ou alguma legislação pertinente, o judiciário continuará sendo cada vez mais demandado.

9. REFERÊNCIAS

BARCELLOS. Ana Paula de. Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 234.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Casa Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acessado em 13 de junho de 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Vigência a partir de 17.3.2016). "Código de Processo Civil."** Brasília, DF: Presidência da República. Casa Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acessado em 14 de maio de 2021

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE-AG. REG 322348 / SC - Santa Catarina, AG.REG. no recurso extraordinário. Rel.: Min. Celso de Mello. Diário da Justiça: 6 dez. 2002.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível nº 1.0024.08.983692-8/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante(S): Município Belo Horizonte e Outro(A)(S) - Apelado(A)(S): Wanderley Gomes de Oliveira - Relatora: Exm^a. Sr^a. Des^a. Albergaria Costa - Data do julgamento: 04/12/2008; Data da Publicação: 27/01/2009.

CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Fabris, 1988, p. 12.

Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes, e dá outras providências. Diário Oficial da União. 19 Set 1990.

MATTOS, R. A. Os sentidos da integralidade: algumas reflexões acerca dos valores que merecem ser defendidos. In: PINHEIRO, R.; MATTOS, R. A. (Org.). Os sentidos da integralidade na atenção e no cuidado à saúde. Rio de Janeiro: UERJ/IMS, 2001. p. 39-64.

SILVA. De Plácido. Vocabulário Jurídico. 20. Ed. Rio de Janeiro. Forense, 2002.

Site:

<https://repositorio.enap.gov.br/bitstream/1/2210/1/Or%C3%A7amento%20P%C3%ABlico%20Conceitos%20B%C3%A1sicos%20-%20M%C3%B3dulo%20%285%29.pdf> acesso em:25/08/21

SARLET, Ingo W. FIGUEIREDO, Mariana F. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. Revista de Doutrina - TRF4 da 4ª Região, Porto Alegre, n. 24, jul. 2008

https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html **acesso: 07/11/2021.**

O CONFLITO DE COMPETÊNCIA NO ENFRENTAMENTO A COVID-19 E SUAS CONSEQUÊNCIAS AOS ENTES FEDERADOS E A COLETIVIDADE

ANNE CAROLINE SOUZA DE SOUZA:
Graduanda do Curso de Direito do Centro
Universitário FAMETRO.

RESUMO: A pandemia da covid-19 foi catastrófica para a coletividade e para os entes federados, tendo inúmeras consequências para todos os envolvidos. É que inúmeras vidas foram perdidas em decorrência da má gestão do Sistema Único de Saúde, além da evolução para casos graves da doença em situações que levaram a comorbidades desenvolvidas em decorrência da infecção pelo vírus. Isso sem falar dos impactos econômicos sentidos pela coletividade, que foram inúmeros: falta de emprego, falta de perspectivas para negócios, a disparada da inflação e falta de investimentos no mercado financeiro interno. Levando em consideração este contexto apresentado, o presente trabalho teve por objetivo discutir a respeito do conflito de competência ocorrido no enfrentamento a Covid-19 e as consequências ocorridas a coletividade e aos entes federados, haja vista a quantidade de prejudicados devido a má gestão do Sistema Único de Saúde em diversas áreas. No decorrer deste trabalho, procurou-se esclarecer conceitos chave para o entendimento da problemática, como o histórico de formação a respeito da forma federativa de Estado no Brasil, as lesões causadas pela omissão dos entes federados em decorrência do conflito de competência ocorrido e de que maneira a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6341 influenciou na resolução ou diminuição desta problemática. Concluiu-se que a ADI n. 6341 foi muito importante para a diminuição das controvérsias oriundas da competência para a gestão das políticas em saúde no que diz respeito ao momento de pandemia da COVID-19, apesar de que a decisão não diminuiu o debate ideológico fomentado principalmente pelo Presidente da República, que insistiu mais de uma vez publicamente em isentar-se da responsabilidade pelas consequências da pandemia da doença.

PALAVRAS-CHAVE: Conflito. Competência. Covid-19. Coletividade.

ABSTRACT: The covid-19 pandemic was catastrophic for the community and for federated entities, having countless consequences for everyone involved. Is that countless lives were lost as a result of poor management of the Unified Health System, in addition to the evolution to severe cases of the disease in situations that led to comorbidities developed as a result of the virus infection. Not to mention the economic impacts felt by the community, which were numerous: lack of jobs, lack of business prospects, soaring inflation and lack of investment in the domestic financial market. Taking into account this context, this study aimed to discuss the conflict of competence that occurred in confronting Covid-19 and the consequences that occurred to the community and to federated entities, given the amount of people harmed due to poor management of the System Health Service in

several areas. In the course of this work, we sought to clarify key concepts for understanding the problem, such as the training history regarding the federative form of State in Brazil, the injuries caused by the omission of federated entities as a result of the conflict of competence that occurred and that way the Direct Action of Unconstitutionality n. 6341 influenced the resolution or reduction of this problem. It was concluded that ADI n. 6341 was very important for the reduction of controversies arising from the competence for the management of health policies regarding the moment of the COVID-19 pandemic, although the decision did not reduce the ideological debate promoted mainly by the President of the Republic, which he has publicly insisted more than once on exonerating himself from responsibility for the consequences of the disease pandemic.

KEYWORDS

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A forma federativa de estado no brasil: histórico de sua formação. 3. Conflito de competência no enfrentamento a covid-19: lesões causadas pela omissão dos entes federativos. 4. A dificuldade de definição de competência para investimentos destinados ao enfrentamento do vírus. 5. o papel da ação direta de inconstitucionalidade 6341 para a resolução do caso prático. 6. Conclusão. 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A pandemia da covid-19 foi um evento que teve uma grande na história recente da humanidade.

Com as inúmeras vidas perdidas, não só no Brasil como também no mundo de maneira geral, tratou-se de um evento que marcou a gestão de políticas públicas em saúde pública.

Apesar de alguns países terem perdido mais ou menos mortos que outros, o Brasil chegou ao número oficial de 612 mil vidas perdidas para a doença – a partir de dados retirados de novembro de 2021 – isso sem considerarmos a subnotificação existente para os casos de covid-19.

Dessa maneira demonstra-se a relevância desta pesquisa, que tem por objetivo discutir a respeito de uma dificuldade enfrentada no Direito brasileiro: o conflito de competência ocorrido no enfrentamento a Covid-19.

Por meio do presente trabalho, serão analisadas as consequências ocorridas a coletividade e aos entes federados, haja vista a quantidade de prejudicados devido à má gestão do Sistema Único de Saúde em diversas áreas.

Para tanto, será necessário esclarecer conceitos chave para o entendimento da problemática, como o histórico de formação a respeito da forma federativa de Estado no

Brasil, as lesões causadas pela omissão dos entes federados em decorrência do conflito de competência ocorrido e de que maneira a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6341 influenciou na resolução ou diminuição desta problemática.

2. A FORMA FEDERATIVA DE ESTADO NO BRASIL: HISTÓRICO DE SUA FORMAÇÃO

O Brasil se trata de um país com dimensões continentais que, como todo Estado, necessita de uma maneira para repartir e gerenciar suas demandas internas.

Nessa toada, é necessário citar que o mesmo nem sempre foi um Estado que optou pelo modelo do Federalismo para a repartição das competências, tendo sido este modelo sacramentado apenas com a Constituição Federal de 1988.

Dessa maneira, é importante conceituarmos o objeto de estudo do presente tópico: o federalismo. O Federalismo pode ser definido como “um sistema político no qual vários estados se unem para formarem uma organização maior, conservando a autonomia de cada um dos grupos” (DIREITO LEGAL, 2021, n.p).

Apesar de aparentemente simplista, o Federalismo é um sistema complexo, uma vez que na prática ele pode ser aplicado de maneiras distintas, como se pode ver na história dos países em que este foi implantado.

A ideia do federalismo surgiu com a independência das 13 colônias americanas, transformando-se em uma espécie de 13 países soberanos na época. Para Oliveira Filho (2009, p.186), quando viram que os Estados independentes possuíam culturas similares, estas sociedades vizinhas se uniram, em um primeiro momento, como uma confederação:

Em 1776 as treze colônias americanas conseguiram a sua independência e se transformaram em Estados independentes. Todas elas apresentavam tradição, costumes e histórias similares, sendo ligadas por diversos pontos em comum, tais como: leis, linguagem, religião e objetivos. Isto permitiu a união destas sociedades vizinhas que, em um primeiro momento, foi institucionalizada como Confederação

Uma vez que a confederação não trouxe a estabilidade desejada aos estados e após uma série de dificuldades, os Estados começaram a se questionar sobre a finalidade da confederação e, dessa maneira, criou-se a discussão a respeito de uma nova forma de união destes Estados, surgindo assim o Federalismo:

Estas dificuldades apresentadas pelo vínculo da Confederação acabaram por iniciar uma grande discussão acerca do sentido, da finalidade da Confederação. Foi desta forma que se desenvolveu o

federalismo americano, isto é, mediante acordos e conflitos, declarações e convenções resultando em três correntes deste processo: nacionalista de Alexandre Hamilton; federalista e unionistas (MATHIOT, 1956, p. 215- 217). Em meio a tais discussões e discursos, ganha destaque os artigos de Madison, Jay e Hamilton onde se verificavam alternativas para os entraves vividos pela Confederação.

Segundo Coelho (2010, p. 201) é necessário esclarecer que não existe apenas uma forma de federalismo. São possíveis várias formas federativas de Estado ou regimes federais:

De plano, é de se registrar que não existe apenas um tipo ou modelo exclusivo de Federação ou de Estado Federal, algo que se possa chamar de regime federal; existem, antes, as mais variadas formas federativas de Estado ou “regimes federais no plural”, como dizia Orlando Bitar, embora orientados, todos, pelo vetor da descentralização do poder político – em contraposição a formas centralizadoras, o que não impede, antes recomenda, que se trabalhe com a ideia de um núcleo essencial dessas espécies estatais, aquilo que o saudoso Orlando Bitar chamou de estrutura axial do federalismo ou mínimo federativo (...)

A forma federativa de Estado no Brasil surgiu a partir do movimento republicano adotado por Ruy Barbosa. Para Anacleto (2008, p. 31), o federalismo não foi uma revolução, e houve pouca mudança da realidade social da época antes e após este movimento político:

O Estado Federal “é criação jurídico-política e pressupõe na sua origem a existência da Constituição Federal, para instituí-lo”. O federalismo no Brasil foi adotado com o advento do movimento republicano por influência e determinação de Ruy Barbosa, que, sob os auspícios do sistema adotado nos Estados Unidos da América, transpôs para os primeiros atos normativos dos vencedores e posteriormente para a constituição republicana aquele modelo de Estado, dissociado da experiência histórica vivenciada nas terras do norte. O novo sistema de governo e a nova configuração estatal foi inaugurada totalmente desagregada da realidade política, social e econômica brasileira. Nelson Saldanha anota com precisão “não foi [...] uma revolução propriamente”. A realidade social antes e depois do “movimento político”, pouco progresso apresentou em relação ao tipo de vida correspondente aos tempos de plenitude da monarquia:

“o povo era o mesmo, o atraso igualmente, e uma minoria culta, mas uma minoria possuidora, pairava sobre as populações ignorantes e desamparadas. [...] No interior, [...], abrigavam-se formas de vida ainda em chocante atraso [...]” Assim, como a campanha abolicionista se fez através de uma série de medidas legais, de interferências inglesas, iniciativas, obstáculos, gestões, conciliações, concessões.

3. CONFLITO DE COMPETÊNCIA NO ENFRENTAMENTO A COVID-19: LESÕES CAUSADAS PELA OMISSÃO DOS ENTES FEDERATIVOS

Como vimos, o Brasil precisa efetuar a repartição de competências para que seja possível a melhor administração do país, haja vista que teria sua administração muito mais dificultada caso não houvesse o Federalismo no país.

Ocorre que, apesar da referida repartição de competências, não raro vê-se nos tribunais algumas controvérsias em relação ao conflito de competências. A partir da leitura e interpretação da lei, alguns entes entendem ser competência de uns ou outros a legislação relativa a certas

O conflito de competências no caso da covid-19, nesse sentido, não é diferente. Apesar de possível, o atraso no atendimento a crise sanitária devido ao conflito de competências gerou diversas consequências, inclusive a morte de diversos nacionais – mortes estas que, se tivessem sido enfrentadas no mínimo de tempo possível, poderiam ter sido evitadas.

Segundo Brandão (2020, n.p) houve uma divergência entre as normas editadas pelos entes federados quando do combate ao coronavírus, que se deram, em muito, devido a divergências a respeito das medidas de isolamento social:

As diferentes normas editadas pelos governos federal, estadual e municipal sobre as medidas de combate ao coronavírus, associadas às divergências públicas entre o Presidente da República e Governadores de estados sobre o afrouxamento ou a manutenção do isolamento social,^[1] têm confundindo a população sobre qual orientação devem seguir e sobre quais normas estão em vigor.

No mesmo sentido, Peixinho e Lima (2020, n.p) entendem que existem algumas competências que são concorrentes a União, Estados e Municípios – caso da legislação relativa a proteção e defesa da saúde. Assim, a União legislaria de maneira geral, cabendo aos Estados legislar de maneira suplementar e aos Municípios legislar a respeito dos assuntos de interesse local, podendo também legislar de maneira suplementar referente

as leis federais e estaduais, dentro do que couber. Sobre a formulação de políticas públicas de saúde, trata-se de competência comum aos entes federados, sendo necessário que se mantenha um equilíbrio:

Destaca-se que os incisos I, V e XII do art. 24 preveem que é competência concorrente dos entes da federação legislar sobre direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico; produção e consumo; previdência social, proteção e defesa da saúde. Do ponto de vista federativo, a CF atribuiu competência concorrente à União, Estados e Municípios para legislar sobre proteção e defesa da saúde (arts. 24, XII e 30, II, CRFB/1988). Cabe à União o estabelecimento de normas gerais (art. 24, § 1º); aos Estados compete suplementar a legislação federal (art. 24, § 2º); e, aos Municípios, legislar sobre assuntos de interesse local, podendo, igualmente, suplementar a legislação federal e a estadual, no que couber (art. 30, I e II). Já no que tange à possibilidade de formular e executar políticas públicas de saúde, a Constituição atribuiu competência comum à União, aos Estados e aos Municípios (art. 23, II). Luis Roberto Barroso (2009, p.15) explica que não se trata de superposição entre a atuação dos entes federados, mas equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional, que será concretizado através da cooperação entre as esferas de governo

Mello e Ferreira (2020, n.p) observam que a controvérsia a respeito das medidas de enfrentamento ao coronavírus surgiram a partir das restrições necessárias a direitos previstos na Constituição Federal, tais como o direito de ir e vir, por exemplo, que foi cerceado em parte por conta do estabelecimento de quarentena e isolamento social. Com isso, houve restrições no transporte de pessoas e mercadorias:

As medidas de enfrentamento ao vírus envolvem uma série de restrições a direitos previstos na Constituição. O estabelecimento de quarentena e isolamento afetam, principalmente, o direito de ir e vir dos cidadãos, além de restrições nos transportes, não só de pessoas, como também de insumos. No entanto, não é possível observar uma coordenação entre os governos federal e estaduais. As ações dos governos locais são justificadas publicamente em razão da inação do Executivo central. O fato é que os decretos estaduais parecem, muitas vezes, avançar sobre a competência da União.

Dessa maneira, a partir das determinações divergentes entre os entes federados, a União decidiu editar a Medida Provisória 926/2020, que fazia com que a restrição de entrada e saída do país e de locomoção interestadual e intermunicipal só deveria ocorrer

a partir de recomendação técnica da ANVISA, órgão federal. A referida medida foi mal-recebida pelos líderes de estados e municípios, haja vista que estes entenderam que a União centralizou para si essas importantes medidas. A partir dessa divergência, foi ajuizada ADI contra a medida federal e, dessa maneira, pediu-se liminarmente que os efeitos da medida provisória fossem suspensos:

O governo federal editou a Medida Provisória 926/2020, alterando o artigo 3º, inciso VI, da Lei 13.979/2020, para que a excepcional restrição de entrada e saída do país e de locomoção interestadual e intermunicipal só deve ocorrer por recomendação técnica e fundamentada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa). O parágrafo foi incluído para fazer constar que a medida citada deve ser tomada por ato específico precedido de articulação entre o ente concedente e órgão regulador.

A medida foi mal-recebida por muito setores, especialmente, por governadores e prefeitos, entendendo que houve uma centralização indevida da União. O PDT (Partido Democrático Trabalhista), inclusive, ajuizou ADI (Ação Direita de Inconstitucionalidade), dia 23/03/2020, e requereu a suspensão liminar das alterações feitas pela medida provisória citada. A cautelar foi concedida parcialmente apenas para reafirmar a competência concorrente dos entes federados.

Para Romano (2021, n.p) os Tribunais Superiores têm entendido que o agravamento da pandemia no país necessita de uma coordenação entre as políticas públicas adotadas pelos entes federados, uma vez que não se trata apenas de um problema de interesse local:

(...) o ministro Fux observou que o agravamento recente da pandemia, causado, entre outros fatores, pelo surgimento de variantes do vírus e cujos efeitos extrapolam as fronteiras dos municípios e dos estados, indica a necessidade de harmonia e de coordenação entre as ações públicas dos diversos entes federativos. Ele salientou que as medidas governamentais adotadas para o enfrentamento da pandemia extrapolam, em muito, o mero interesse local.

4. A DIFICULDADE DE DEFINIÇÃO DE COMPETÊNCIA PARA INVESTIMENTOS DESTINADOS AO ENFRENTAMENTO DO VÍRUS

A competência para a realização de investimentos destinados ao enfrentamento da covid-19 foi palco para diversas discussões políticas, ideológicas e judiciais ainda no ano de 2020.

É que a União tinha posicionamento de enfrentamento da calamidade pública que se demonstrava contrário as recomendações da Organização Mundial de Saúde (OMS) e, de certa maneira, incentivava que as pessoas voltassem as ruas e ignorassem a importância de alguns cuidados como o isolamento social, propondo o isolamento social vertical, uma vez que temia o impacto das medidas de isolamento social para a economia do país.

Neste diapasão, é importante esclarecermos os conceitos de isolamento social vertical e horizontal. Segundo Batista et al. (2020, n.p), o isolamento social vertical é aquele em que

É aquele no qual somente a parcela da população com maior risco de desenvolver a doença ou complicações dela é isolada. Isso significaria isolar somente as pessoas que pertencem aos grupos de risco para a covid-19, como os idosos, os imunocomprometidos, os obesos, os diabéticos e os portadores de doenças pulmonares (como a asma), cardiovasculares, hepáticas ou aqueles com doenças renais crônicas.

Assim, durante o isolamento vertical, pessoas que não pertencem ao grupo de risco continuam exercendo suas atividades de vida normalmente. Esse modelo é menos eficiente do que o isolamento horizontal, quanto a capacidade em conter a velocidade de transmissão doença. Além disso, vale ressaltar que a identificação dos grupos de risco é um desafio no cumprimento desta forma de isolamento.

Já o isolamento social horizontal, defendido pela Organização Mundial de Saúde e outras entidades de saúde é aquele em que há o maior número de pessoas em casa, o que independe de apresentarem fatores de risco para o desenvolvimento da doença. Aqui, o distanciamento social pode ser feito de várias maneiras, sendo a modalidade mais rígida conhecida como "lockdown":

É aquele no qual o maior número possível de pessoas deve permanecer dentro de casa, independentemente de apresentarem fatores de risco ou não para a doença. O distanciamento horizontal pode ser feito em diferentes níveis de rigidez.

O mais rígido é chamado de **lockdown**, em que somente as atividades consideradas essenciais (como farmácias e supermercados) são mantidas em funcionamento normal. Pode, inclusive, haver um monitoramento das ruas pela polícia. (BATISTA et al., 2020, n.p)

Deduz-se que o isolamento social vertical pode ser foco para a proliferação de ainda mais contaminações, haja vista que mais pessoas estariam expostas a infecção pelo vírus e, dessa maneira, poderiam contaminar outros que estariam mais suscetíveis a infecção pelo vírus pelo fato de apresentarem comorbidades, por exemplo.

Apesar de a União apresentar o posicionamento da defesa do isolamento social vertical, os demais entes federados – leia-se Estados e Municípios – tinham posicionamentos que objetivavam seguir recomendações de entidades especialistas em saúde.

Ou seja, os demais entes federados defendiam a manutenção do isolamento social horizontal, visando diminuir a quantidade de pessoas que poderiam potencialmente ser infectadas pelo vírus, já que estas estariam em casa evitando aglomerações e outros fatores de risco para o contágio pelo vírus.

Houve, portanto, uma falta de coordenação das reações por parte da União, dos Estados, Distrito Federal e Municípios. Os entraves causados pela

Brandão (2020, n.p) alertava, ainda em abril de 2020 (antes dos acontecimentos mais dramáticos da pandemia provocada pela covid-19) dos riscos que a insuficiência das medidas estatais poderia causar no que diz respeito ao desenvolvimento de uma crise humanitária e, dessa maneira, o sacrifício da vida de brasileiros mais pobres, que dependem única e exclusivamente de atendimento pelo Sistema Único de Saúde:

Não se desconsidera, evidentemente, os prejuízos econômicos decorrentes das medidas de isolamento social. Porém, a insuficiência das medidas estatais em momentos iniciais de desenvolvimento da pandemia pode causar prejuízos econômicos tão ou mais intensos,^[25] além de crise humanitária, com o sacrifício da vida de muitos brasileiros, especialmente dos mais pobres, que dependem do SUS.

Mello e Ferreira (2020, n.p) defendem que a falta de organização no que diz respeito a gestão das competências para as políticas do Sistema Único de Saúde foram generalizadas, abarcando todos os entes federados. É que ao adotar medidas mais severas, os governadores e prefeitos estariam cumprindo com seu dever constitucional disposto no

artigo 196 da Constituição Federal, que diz respeito a necessidade de cuidar da saúde e provocar assistência pública a aqueles que precisam, evitando o risco de doença e outros agravos:

A Constituição estabelece as competências legislativas e materiais dos entes federados visando, não só a sua organização, como também a concretização dos fundamentos, princípios e objetivos do Estado brasileiro.

Ao mesmo tempo, os estados e os municípios são responsáveis solidariamente pelo Sistema Único de Saúde, conforme estabelece o artigo 198, além da competência material de cuidar da saúde e assistência públicas prevista no artigo 23, inciso II, ambos da Constituição Federal. Nesse cenário, há que se perquirir se as medidas tomadas pelos governadores não estão de acordo com a responsabilidade constitucional de “garantir, mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (artigo 196 da Constituição).

Também a Lei 13.979/2020, promulgada em fevereiro deste ano, dispendo sobre medidas de enfrentamento da Covid-19, delega atribuições para os gestores locais. O artigo 3º elenca ações que podem ser adotadas por autoridades no âmbito de sua competência. O parágrafo 7º, inciso II, do mesmo dispositivo determinada quais medidas necessitam de autorização do Ministério da Saúde para que sejam tomadas.

O governo federal editou a Medida Provisória 926/2020, alterando o artigo 3º, inciso VI, da Lei 13.979/2020, para que a excepcional restrição de entrada e saída do país e de locomoção interestadual e intermunicipal só deve ocorrer por recomendação técnica e fundamentada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa). O parágrafo foi incluído para fazer constar que a medida citada deve ser tomada por ato específico precedido de articulação entre o ente concedente e órgão regulador.

Demonstrada a desorganização por parte dos entes federados, cabe alguns comentários a respeito do financiamento das ações e serviços públicos de Saúde. Segundo Fernandes e Pereira (2020, p. 597), o debate a respeito da responsabilidade para o financiamento do SUS sempre foi muito acentuado e houve, com o tempo, cada vez mais

tentativas de desvinculação de receitas para o investimento neste importante projeto constitucional:

O financiamento das ações e serviços públicos de saúde, por força constitucional, é de responsabilidade das três esferas de gestão do SUS. No entanto, desde sua institucionalização o financiamento deste sistema sempre foi uma pauta de disputa intensa. Para Mendes (2014), concorrem com a implementação da saúde como direito social a tensão decorrente do discurso de contenção de gastos e a asfixia de recursos. Mendes e Marques (2009) verificam que entre os anos 1990 e 2000 não houve aumento relevante de financiamento do setor; pelo contrário, ocorreram diversas tentativas de desvinculação. Scatena, Viana e Tanaka (2009), analisando registros municipais, apontam um crescente descompasso entre receitas e despesas, com forte majoração dos gastos.

Fernandes e Pereira (2020, p. 597) argumentam que, ao examinar dados recentes do investimento estatal no Sistema Único de Saúde, verifica-se que houve uma redução recorrente de aporte de recursos do governo federal, pressionando o orçamento dos demais entes federados. Dessa maneira, foi preciso que medidas alternativas de recursos fossem implantadas, tais como as transferências originadas de emendas parlamentares, por exemplo. Apesar da diminuição de recursos por parte do governo federal, estes ainda são muito importantes a concretização dos serviços prestados pelo SUS, haja vista que os orçamentos dos Estados, Municípios e do Distrito Federal são muito menores em comparação com o da União:

Mais recentemente, examinando dados de 2008-2009 e de 2015-2016, Contarato, Lima e Leal (2019) observam que houve crescimento per capita dos gastos, a despeito da crise econômica, sugerindo a existência de um efeito protetor da vinculação. De todo modo, a recorrente redução do aporte do governo federal, especialmente após a Emenda Constitucional n. 95 (2016), acabou por pressionar os orçamentos dos demais entes, gerando a necessidade de fontes alternativas de receita (Funcia, 2019; Pereira, Oliveira, & Faleiros, 2019). No período, contudo, estudos evidenciaram a perda da capacidade da oferta de recursos, como mostra O'Dwyer, Graever, Britto, Menezes e Konder (2019) em um estudo com municípios fluminenses. Neste contexto, repasses federais têm sido fundamentais à execução dos serviços de saúde no âmbito do SUS, dada a fragilidade das fontes de recursos estaduais e municipais (Lima & Andrade, 2009; Leite et al., 2012; Santos, 2018). Vazquez

(2011) aponta, ainda, para um papel indutor dos gastos locais por parte das transferências condicionais federais. Para Lima (2007), contudo, a falta de um planejamento integrado entre os critérios que regem a redistribuição dos recursos para o financiamento do SUS acaba por reforçar os padrões de assimetria existentes. Piola, França e Nunes (2016) mostram que, mesmo em períodos de crescimento de receita em todos os níveis, como visto no período de 2000 a 2010, as desigualdades regionais, em termos de gasto per capita, praticamente não se modificaram. Transferências originadas de emendas parlamentares também têm sido uma fonte alternativa de recursos. Porém, Baptista et al. (2012), analisando recursos de emendas de 1997 a 2006, apontam que os critérios seguem muito mais uma lógica política do que um planejamento dos serviços de saúde. Nesse sentido, Santos (2018) aponta a debilidade da ação do próprio MS na melhoria da coordenação regional do SUS pelos estados.

Feitas estas considerações, passa-se ao último tópico do presente trabalho, que tem por objetivo verificar de que maneira a ação direta de inconstitucionalidade 6341 pode auxiliar na resolução do caso em tela.

5 O PAPEL DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 6341 PARA A RESOLUÇÃO DO CASO PRÁTICO

O controle de constitucionalidade é uma maneira do Direito brasileiro de verificar se há compatibilidade de uma norma existente com a Constituição Federal, vista que se trata de lei maior que deve ser respeitada de maneira formal e material. Para Gonçalves (2007, online), o “Controle de constitucionalidade de uma norma ou ato normativo significa analisar se o seu conteúdo é compatível com a constituição, ou seja, não contraria preceito constitucional”.

Dessa maneira, a Ação Direta de Inconstitucionalidade é regulada pela lei n. 9868/99, que dispõe de importantes detalhes. Entre eles, o artigo 2º da referida lei dispõe quem são os personagens que podem propor a ADI:

Art. 2º Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade: (Vide artigo 103 da Constituição Federal)

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou a Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal;

V - o Governador de Estado ou o Governador do Distrito Federal;

VI - o Procurador-Geral da República;

VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;

IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Parágrafo único. (VETADO)

Segundo Akerman (2010, n.p) a Ação Direta de Inconstitucionalidade se trata de uma ação que se propõe a declarar que referida lei ou artigo de lei vai contra a Constituição Federal da República, motivo pelo qual se pede a resolução da controvérsia por meio da autorização para o desuso daquela lei, fragmento de lei ou ato normativo:

Tem por finalidade declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual (art. 102, I, a, da CF), seja por vício de forma, seja por vício material, seja por dupla inconstitucionalidade.

Ocorrerá inconstitucionalidade formal quando um ato legislativo tenha sido produzido em desconformidade com as normas de competência (inconstitucionalidade orgânica) ou com o procedimento estabelecido para seu ingresso no mundo jurídico (inconstitucionalidade formal propriamente dita). A inconstitucionalidade será material quando o conteúdo do ato infraconstitucional estiver em contrariedade com alguma norma substantiva prevista na Constituição, seja uma regra, seja um princípio

Há alguns detalhes importantes quanto a Ação Direta de Inconstitucionalidade e os efeitos de sua decisão. A lei 9868/99 também ensina que devido a razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, o Supremo Tribunal Federal pode restringir os efeitos da declaração ou decidir que o efeito venha a ocorrer apenas após o trânsito em julgado ou ainda em um outro momento que ainda seria fixado. É importante lembrar que isto só poderá ocorrer a partir da concordância da maioria, com 2/3 de seus membros:

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional

interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado

Entre os principais aspectos da Ação Direta de Inconstitucionalidade, estão a possibilidade de pedido de medida cautelar, sendo medida de caráter excepcional:

A Constituição prevê expressamente a possibilidade de pedido cautelar nas ações diretas de inconstitucionalidade (art. 102, I, p, da CF). Constitui providência de caráter excepcional, à vista da presunção de constitucionalidade dos atos normativos.

Anote-se, desde logo, que, malgrado a Constituição Federal utilize a expressão "medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade", da mesma forma o fazendo a Lei 9.868/99, a natureza jurídica da liminar concedida em controle concentrado, segundo a melhor doutrina, é de antecipação da tutela. Isso porque, segundo a jurisprudência do STF, o provimento liminar em ADI é o de suspender, até julgamento da ação, a eficácia da norma atacada, renascendo a disposição legal anteriormente existente.

Percebe-se, portanto, a relação de congruência entre o provimento provisório e a tutela final almejada, restando incontestada a sua natureza de antecipação de tutela

Explicado o conceito chave da ADI, é necessário destacar que, dentro do referido tema, a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6341 foi importantíssima para a resolução das controvérsias levantadas pelos entes federados no que diz respeito a competência para a realização de

Em sede de medida cautelar, o Supremo Tribunal Federal decidiu que algumas alterações promovidas pela Medida Provisória nº 926/2020 seriam inconstitucionais, tendo como ementa a seguinte:

SAÚDE – CRISE – CORONAVÍRUS – MEDIDA PROVISÓRIA – PROVIDÊNCIAS – LEGITIMAÇÃO CONCORRENTE. Surgem atendidos os requisitos de urgência e necessidade, no que medida provisória dispõe sobre providências no campo da saúde pública nacional, sem prejuízo da legitimação concorrente dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

No inteiro teor do acórdão, os ministros entenderam que as providências adotadas pelo presidente na medida provisória não afastam os atos praticados pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, uma vez que se trata de competência concorrente, em termos de saúde:

Vê-se que a medida provisória, ante quadro revelador de urgência e necessidade de disciplina, foi editada com a finalidade de mitigar-se a crise internacional que chegou ao Brasil, muito embora no território brasileiro ainda esteja, segundo alguns técnicos, embrionária. Há de ter-se a visão voltada ao coletivo, ou seja, à saúde pública, mostrando-se interessados todos os cidadãos. O artigo 3º, cabeça, remete às atribuições, das autoridades, quanto às medidas a serem implementadas. Não se pode ver transgressão a preceito da Constituição Federal. As providências não afastam atos a serem praticados por Estado, o Distrito Federal e Município considerada a competência concorrente na forma do artigo 23, inciso II, da Lei Maior. Também não vinga o articulado quanto à reserva de lei complementar. Descabe a óptica no sentido de o tema somente poder ser objeto de abordagem e disciplina mediante lei de envergadura maior. Presentes urgência e necessidade de ter-se disciplina geral de abrangência nacional, há de concluir-se que, a tempo e modo, atuou o Presidente da República – Jair Bolsonaro – ao editar a Medida Provisória. O que nela se contém – repita-se à exaustão – não afasta a competência concorrente, em termos de saúde, dos Estados e Municípios. Surge acolhível o que pretendido, sob o ângulo acautelador, no item a.2 da peça inicial, assentando-se, no campo, há de ser reconhecido, simplesmente formal, que a disciplina decorrente da Medida Provisória nº 926/2020, no que imprimiu nova redação ao artigo 3º da Lei federal nº 9.868/1999, não afasta a tomada de providências normativas e administrativas pelos Estados, Distrito Federal e Municípios

Segundo Netto (2020, n.p) a ação coordenada dos entes federados é necessária, uma vez que é preciso que estas levem em consideração os pontos de vistas científicos e, assim, possam implementar as estratégias pertinentes. É preciso que estas sejam públicas e transparentes, uma vez que estariam assim sendo passíveis de fiscalização da coletividade:

Uma coisa é suficientemente clara: a pandemia exige ação estatal e global urgente. O vírus e a doença não são uma questão de opinião

política ou posicionamento ideológico, são uma matéria científica. Ainda assim, a pandemia exige ação *política*.

As autoridades democraticamente legitimadas devem se valer do aconselhamento de *experts* para tomar suas decisões e implementar as ações necessárias. As estratégias estatais de combate à pandemia devem ser públicas e transparentes, sujeitando-se ao controle por meio das instituições políticas e da opinião pública informada, com a garantia da liberdade de imprensa e de expressão. Por óbvio, é vital manter o debate político-institucional como elemento fundacional integrante da democracia, o que exige que as medidas urgentes sejam talhadas de acordo com o arcabouço constitucional.

6. CONCLUSÃO

A pandemia da COVID-19 foi um evento que, para além dos seus impactos econômicos, sociais e humanitários, deixou em evidência um importante fato: não existe – ou ao menos não existiu – coordenação dos entes federados quando há momentos de crises humanitárias em larga escala, tal como a ocorrida.

Essa afirmação pode ser confirmada quando se faz uma retrospectiva de todas as ações da União contra as medidas adotadas pelos demais entes federados, que apenas discordavam do Presidente da República e tinham por fim conservar a maior parte das vidas que fosse possível.

Os recorrentes ataques políticos-ideológicos da União contra as medidas estatais tomadas pelos demais entes federados confundiram a população e fizeram com que muitos desacreditassem na importância das medidas de isolamento social impostas pelos Estados e Municípios, o que pode ter agravado ainda mais a gravidade da pandemia.

Em relação a estrutura do presente trabalho, procurou-se esclarecer conceitos chave para o entendimento da problemática, como o histórico de formação a respeito da forma federativa de Estado no Brasil, as lesões causadas pela omissão dos entes federados em decorrência do conflito de competência ocorrido e de que maneira a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6341 influenciou na resolução ou diminuição desta problemática.

Ante o exposto, concluiu-se que a Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI n. 6341 foi importantíssima para a diminuição das controvérsias oriundas da competência para a gestão das políticas em saúde no que diz respeito ao momento de pandemia da COVID-19, apesar de que a decisão não diminuiu o debate ideológico fomentado principalmente pelo Presidente da República, que insistiu mais de uma vez publicamente em isentar-se da responsabilidade pelas consequências da pandemia da doença.

7. REFERÊNCIAS

COELHO, Inocêncio Mártires. **A forma federativa de Estado como cláusula pétrea: uma abordagem hermenêutica.** Disponível em: http://191.232.186.80/bitstream/123456789/652/1/Direito%20Publico%20n292009_Inocencio%20Martires%20Coelho.pdf

ANACLETO, Sidraque David Monteiro. **O Federalismo Brasileiro e a Jurisdição Constitucional.** Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Constitucional, Brasília-DF, 2008. Disponível em: https://www.al.sp.gov.br/repositorio/bibliotecaDigital/648_arquivo.pdf

DIREITO LEGAL. **O que é Federalismo.** Disponível em: <https://direito.legal/direito-publico/direito-constitucional/o-que-e-federalismo/>

OLIVEIRA FILHO, Roberto Gurgel de. **Federalismo norte-americano: marco inicial ou desenvolvimento de um pensamento?** Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Intertemas_n.14.12.pdf

PEIXINHO, Manoel Messias; LIMA, Natalia Costa Polastri. **O conflito de competência em tempos de coronavírus: Entre um federalismo que está nu e um constitucionalismo pragmático.** Migalhas. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-patrimoniais/327096/o-conflito-de-competencia-em-tempos-de-coronavirus--entre-um-federalismo-que-esta-nu-e-um-constitucionalismo-pragmatico>

MELLO, Cecilia; FERREIRA, Maria Amélia Campos. **Conflito de competência entre entes da federação em tempos de pandemia.** Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-25/opiniao-conflito-competencia-tempo-pandemia>

ROMANO, Rogério Tadeu. **O conflito entre o estado membro e o município na fixação de medidas para o combate da covid-19.** Jusbrasil. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/89115/o-conflito-entre-o-estado-membro-e-o-municipio-na-fixacao-de-medidas-para-o-combate-da-covid-19>

BRANDÃO, Rodrigo. **Coronavírus e o conflito federativo: Insuficiência das medidas em momentos de desenvolvimento da pandemia pode causar crise humanitária e econômica.** Jota. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/coronavirus-e-o-conflito-federativo-11042020>

BATISTA, João Pedro Thimotheo; OLIVEIRA, Leandro José Pedrosa de Lima; SALLES, Lucas Riolo; DINIZ, Leandra Prates; SHIOMATSU, Gabriella Yuka; NINOMIYA, Vitor Yukio; CARVALHO, Ricardo Tadeu de. **Isolamento vertical e isolamento horizontal: entenda as**

diferenças. Disponível em: <https://coronavirus.saude.mg.gov.br/blog/74-isolamento-vertical-e-isolamento-horizontal>

GONÇALVES, Eduardo Chiari. **A Ação Direta de Inconstitucionalidade contra Leis e Atos Administrativos.** Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/a-acao-direta-de-inconstitucionalidade-contra-leis-e-atos-administrativos/>

AKERMAN, William. **Ação Direta de Inconstitucionalidade: principais aspectos.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/20894/acao-direta-de-inconstitucionalidade-principais-aspectos>

BRASIL. Lei n. 9868 de 10 de Novembro de 1999. Presidência da República, Casa Civil: Subchefia para Assuntos Jurídicos. Brasília, 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm

FERNANDES, Gustavo Andrey de Almeida Lopes; PEREIRA, Blenda Leite Saturmino. **Os desafios do financiamento do enfrentamento à COVID-19 no SUS dentro do pacto federativo.** Revista de Administração Pública. Rio de Janeiro, v. 54, N. 4, p. 595-613. Jul-Ago 2020. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rap/a/zNs77xnNYT3xxtTvhTpyVt/?format=pdf&lang=pt>

NETTO, Luisa. **O direito à ciência, a ADI 6341 e a competência dos entes federados.** Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-09/luisa-netto-direito-ciencia-adi-6341>

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6341 Distrito Federal.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6341.pdf>

A POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL PELA PRÁTICA DE ALIENAÇÃO PARENTAL

MARCELO MEDEIROS DE CASTRO:
Graduando do Curso de Direito do Centro
Universitário Fametro.

RESUMO: A pesquisa se propõe analisar a aplicabilidade do instituto da responsabilidade civil nos casos de alienação parental. Para tanto, se eximirá as premissas gerais da responsabilidade civil, como o conceito, evolução histórica, espécies e elementos. Assim como estudar a alienação parental, analisando seu conceito, o aspecto social em torno da alienação e a Lei 12.318/2010 (Lei de Alienação Parental). Para, por fim, criar um panorama de discussão da viabilidade de responsabilizar civilmente o genitor alienador. Por tratar-se de tema de relevância multidisciplinar, a missão deste trabalho é o estudo da reparação de danos como um instrumento coercitivo eficaz na inibição da alienação parental. Para isso, utilizou-se o método de abordagem dedutivo que parte da observação de uma situação geral para explicar as características de um objeto individual e a pesquisa de natureza bibliográfica documental, por meio da consulta de obras e documentos. Ainda, o presente trabalho é de caráter qualitativo, pois tem como objetivo analisar cuidadosamente cada um dos caracteres do fenômeno estudado.

PALAVRAS-CHAVE: Inventário. Responsabilidade Civil. Alienação Parental. Alienador. Dano.

ABSTRACT: The research aims to analyze the applicability of the institute of civil liability in cases of parental alienation. To this end, the general premises of civil liability, such as concept, historical evolution, species and elements, will be exuded. As well as studying parental alienation, analyzing its concept, the social aspect around alienation and its consequences within the Brazilian legal system. Finally, to create an overview of the feasibility of civilly holding the alienator's genitor civilly accountable. Because it is a subject of multidisciplinary relevance, the mission of this work is the study of damage repair as an effective coercive instrument in inhibiting parental alienation. For this, we used the method of deductive approach that start from the observation of a general situation to explain the characteristics of an individual object and the research of documentary bibliographic nature, through the consultation of works and documents. Furthermore, the present work is qualitative, as it aims to carefully analyze each of the characters of the studied phenomenon.

KEYWORDS: Liability. Parental Alienation. Alienator. Damage.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho demonstra a temática da responsabilidade civil no âmbito das relações de família, especificamente na Lei 12.318/2010, que trata da Alienação Parental, que prevê a prática de um ato ilícito pelo cônjuge alienador que impossibilita o convívio da criança com o outro cônjuge que não detém a guarda do menor. Lei 12.318/2010 prevê como ato ilícito a prática da alienação parental, que consiste em um genitor, na maior parte das vezes o que se encontra com a guarda da criança ou do adolescente, em tentar macular a imagem do outro, criando uma situação e um ambiente hostil de convivência entre o genitor e o filho. É uma forma de abuso emocional caracterizado pelo distúrbio psicológico causado muitas vezes pelo parente próximo, que possui a guarda ou o dever de cuidar.

Entretanto, em que pese o caráter protetivo da criança e do adolescente, este trabalho tem por missão o estudo da reparação de danos como um instrumento coercitivo eficaz na inibição da alienação parental.

Essa discussão transcende a seara do direito de família, do direito da criança e do adolescente, adentrando as fronteiras do direito civil, em especial o ramo da responsabilidade civil, bem como tocando em pontos dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988.

Para que o trabalho alcance seu objetivo, é necessário uma abordagem inicial sobre as premissas gerais da responsabilidade civil, em seguida um estudo sobre a alienação parental, sob a luz da Lei 12.318/2010 para então passar para a análise da incidência da responsabilização civil na alienação parental.

O objetivo geral do estudo é analisar a aplicabilidade do instituto da responsabilidade civil nos casos de alienação parental. Como objetivos específicos têm-se: examinar as premissas gerais da responsabilidade civil: conceito, evolução histórica, espécies e elementos; estudar a alienação parental, analisando seu conceito, o aspecto social em torno da alienação e a Lei 12.318/2010 (Lei de Alienação Parental). E por último, verificar a possibilidade de responsabilizar civilmente o alienador.

Para a compreensão do fenômeno estudado, optou-se pela documentação indireta, ou seja, através da pesquisa bibliográfica, através da análise de obras e documentos.

Como método de abordagem utilizar-se-á o método dedutivo que parte da observação de uma situação geral para explicar as características de um objeto individual. Ainda, o presente trabalho é de caráter qualitativo, pois tem como objetivo analisar cuidadosamente cada um dos caracteres do fenômeno estudado.

1 AS PREMISSAS GERAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL: CONCEITO, EVOLUÇÃO HISTÓRICA, ELEMENTOS E ESPÉCIES.

A origem etmológica da palavra responsabilidade, de acordo com Maria Helena Diniz (2009, p. 33), tem origem na palavra latina *respondere*, que por sua vez tem origem na raiz latina *spondeo*, expressão do Direito Romano utilizada para dar ideia de vínculo do devedor nos contratos verbais. Portanto, quando se fala em responsabilidade civil, empreende-se o ideia de obrigação de reparar o dano causado a alguém.

Assim, seguindo o mesmo entendimento, de forma mais detalhada, Cavalieri Filho (2015, p. 50), entende o instituto da responsabilidade civil:

A responsabilidade civil pode ser definida como a aplicação de medidas que obrigam uma pessoa a reparar um dano, patrimonial ou extrapatrimonial, sofrido por um terceiro, sendo que a causa do dano decorre de um ato praticado por essa pessoa, por alguém por quem ela responde, por alguma coisa pertencente à pessoa, ou, ainda, por simples imposição legal.

Com a finalidade de agregar na conceituação, segue o pensamento de Sílvio de Salvo Venosa (2008, p.1) sobre o tema: "O termo responsabilidade é utilizado em qualquer situação na qual alguma pessoa, natural ou jurídica, deva arcar com as consequências, de um ato, fato, ou negócio danoso". No mesmo entendimento, aponta que "os danos que devem ser reparados devem ser aqueles de índole jurídica, embora possam ter conteúdo também de cunho moral, religioso, social, etc., somente merecendo reparação do dano as transgressões dentro dos princípios obrigacionais

Assim, compreende-se que o conceito de responsabilidade civil aponta para a direção da obrigação de indenizar, quem causar dano a outrem, de forma direta ou indireta, sendo pessoa física ou jurídica, desde que não esteja caracterizada excludente de ilicitude.

Para se compreender este conceito atual de Responsabilidade Civil, é necessário entender a sua evolução histórica. Partindo de uma época remota em que o homem vivia em grupos, bandos, os quais tinham, ao seu tempo, a vingança como forma de reparação de danos. Inicialmente, a vingança era coletiva, caracterizada, geralmente, pela reação conjunta do grupo contra o agressor (DINIZ, 2009, p.10). Consequência da barbaridade típica do homem da época. Em grande parte, o fim dessa maneira de reparação, marcado pela violência acentuada, terminava com a morte do agressor.

Em um momento posterior, a reparação de danos adquiriu característica mais restrita. O homem refletiu na razão de uma proporcionalidade entre o dano e reparação.

Inicia-se, desta forma, a vingança privada. Conforme bem acentua Diniz (2009, p. 10), no percurso da história, verificamos que princípios “olho por olho, dente por dente” ou “quem com ferro fere, com ferro será ferido” contidos na Lei do Talião, são registros da passagem da vingança coletiva para a vingança privada, atribuindo à reparação a exata medida do dano.

Mesmo que de forma não tão significativa, o Estado tomou-se para si o papel da administração da justiça, no entanto, ainda não era um modelo ideal, haja vista, que nesta prática de reparação não se analisava a culpa do ofensor, somente a existência do dano em si, ou seja, se levava em consideração somente a responsabilidade objetiva. Sobre o tema, Maria Helena Diniz (2014), discorre que:

(...) para coibir abusos, o poder público intervinha apenas para declarar quando e como a vítima poderia ter o direito de retaliação, produzindo na pessoa do lesante dano idêntico ao que experimentou. Durante essa fase, a responsabilidade era objetiva, não necessitando comprovar a culpa do agente.

O homem começou a compreender que a busca da reparação de um dano primário por meio de um dano secundário, só gerava mais dano. Desta forma, seguindo o roteiro de evolução, no Império Romano, começou-se a aceitar a composição, ou seja, ao ofensor era possível facultar a reparação do dano por intermédio de certa quantia pecuniária, gerando uma modificação no instituto da Responsabilidade Civil.

A composição que antes era facultativa passa a ser obrigatória, surgindo a composição obrigatória. O legislador veda à vítima fazer justiça pelas próprias mãos. O direito de punir isola-se na figura no Estado, surgindo aqui ação de natureza indenizatória.

A Lei Aquilia foi a base para a evolução da responsabilidade civil com base na culpa. Desta forma, a partir dessa lei, o indivíduo estava obrigado a indenizar o ofendido, caso a culpa estivesse caracterizada. Ainda, de acordo com Maria Helena Diniz (2014, p. 29):

A Lei Aquilia de damno veio a cristalizar a ideia de reparação pecuniária do dano, impondo que o patrimônio do lesante suportasse os ônus da reparação, em razão do valor da res, e esboçando-se a noção de culpa como fundamento da responsabilidade, de tal sorte que o agente se isentaria de qualquer responsabilidade, se tivesse procedido sem culpa. Passou-se a atribuir o dano à conduta culposa do agente. A Lex Aquilia de damno estabeleceu as bases da responsabilidade

extracontratual, criando uma forma pecuniária de indenização do prejuízo, com base no estabelecimento de seu valor.

Com o desenvolvimento industrial, surgiu um novo cenário na sociedade. E como a tendência do Direito é acompanhar as mudanças sociais, foram surgindo novas teorias de responsabilização de danos para as novas relações trabalhistas e o grande aumento dos casos de acidentes. A responsabilidade civil modificou-se quanto ao seu fundamento, norteando-se, desta forma, no dever de reparação no risco. Assim, a Responsabilidade Civil foi dividida, de acordo com a evolução histórica, em objetiva e subjetiva, assunto este que será tratado logo abaixo.

Na Responsabilidade Civil, somou-se a necessidade de comprovação da culpa (responsabilidade subjetiva), o risco na atividade, hipótese objetiva. Como bem fundamenta o autor Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 78):

A responsabilidade objetiva funda-se num princípio de equidade, existente desde o direito romano: aquele que lucra com a situação deve responder pelo risco ou pelas desvantagens dela resultantes (*ubi emolumentum, ibi onus; ubi commoda, ibi incommoda*). Quem auferir os cômodos (ou lucros) deve suportar os incômodos (ou riscos).

Para Cavalieri (2015), esta é uma teoria extremada em que se admite a responsabilidade mesmo nos casos em que há culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito ou de força maior.

Desta forma, a responsabilidade civil foi dividida, de acordo com a evolução histórica, em objetiva e subjetiva. O direito brasileiro, por sua vez, optou pela teoria da responsabilidade civil subjetiva. O Código Civil de 1916 destacou como fundamento a reparação decorrente da culpa do agente, não dispondo sobre a possibilidade da adoção da responsabilidade objetiva.

De acordo com Gonçalves (2012, p. 8), o Código Civil de 2002, manteve-se como regra geral a responsabilidade subjetiva, e as hipóteses especiais existentes. Conforme explica Silveira de Salvo Venosa (2011):

Reiteramos, contudo, que o princípio gravador da responsabilidade extracontratual no Código Civil ainda é o da responsabilidade subjetiva, ou seja, responsabilidade com culpa, pois esta também é a regra geral trazida no Código em vigor, no caput do art. 927. Não nos parece, como apregoam alguns, que o estatuto de 2002 fará desaparecer a responsabilidade com

culpa em nosso sistema. A responsabilidade objetiva, ou responsabilidade sem culpa, somente pode ser aplicada quando existe lei expressa que a autorize ou no julgamento do caso concreto, na forma facultada pelo parágrafo único do artigo 927.

O Código Civil de 2002, inovou na hipótese de reparação sem culpa, “acolhendo assim, a teoria do exercício de atividade perigosa e o princípio da responsabilidade independente de culpa” dentro do ordenamento. Segundo Cavalieri Filho (2015, p. 136):

Algumas dessas mudanças foram as cláusulas gerais que consagram a responsabilidade objetiva, consideradas extensas e profundas, tais como: no abuso do direito (artigo 187), o exercício de atividade de risco ou perigosa (parágrafo único do artigo 927), danos causados por produtos (artigo 931), responsabilidade pelo fato de outrem (artigo 932, c/c o art. 933), na responsabilidade por fato da coisa e do animal (artigos 936, 937 e 939), responsabilidade dos incapazes (artigo 928) etc.

Para entendimento da temática, segue a análise dos artigos do 186 e 927 do Código Civil de 2002:

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

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

No art. 186 fica evidente que a responsabilidade civil na reparação cometida por ato ilícito terá seu fundamento na culpa do agente. O art. 927, em específico, vem incluir a possibilidade de reparação prescindindo a culpa, obrigando a reparação do dano somente e exclusivamente, por causa dele.

É pertinente explicar que na Responsabilidade Civil existem duas espécies de instituto, conforme timidamente apresentado na conceituação de Responsabilidade Civil do presente trabalho: a responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual. A responsabilidade contratual, como o próprio nome diz, decorre do contrato firmado entre as partes. A responsabilidade de reparar surge quando uma das

partes não cumpre obrigação fixada no contrato. Neste tipo de responsabilidade, o descumprimento automaticamente faz com que presuma-se a culpa.

Quando a obrigação de indenizar não é advinda de contrato, denominamo-la como responsabilidade civil extracontratual. Nesta espécie, o agente danoso infringe um dever legal vinculando-o à outra parte, em razão da prática do ato danoso. De acordo com Maria Helena Diniz (2009, p. 129-132), podemos citar as principais diferenças existentes entre as duas espécies de responsabilidade:

o ônus da prova: questão que na responsabilidade contratual recai sobre o devedor, cabendo ao credor somente demonstrar o inadimplemento. O devedor tem o onus probandi de que ocorreu alguma excludente de ilicitude para não ser condenado. Enquanto na responsabilidade extracontratual ela recai sobre o autor da ação, o lesado, devendo ele provar que o fato ocorreu por culpa do agente danoso;

as fontes da obrigação: enquanto a contratual tem origem no contrato, na extracontratual tem-se na inobservância do dever genérico de não lesar;

a capacidade do agente causador do dano: na responsabilidade contratual as partes devem ser legalmente capazes para firmarem o contrato, sob pena de nulidade assim não produzindo os efeitos indenizatórios. Em contrapartida, os legalmente incapazes ao praticarem ato delituoso que resulte em reparação, dão origem à obrigação de indenizar aos seus detentores da guarda.

Para Silvio de Salvo Venosa (2008, p. 5) a aplicação da responsabilidade civil baseia-se em quatro pressupostos a serem analisados para a configuração do dever de indenizar: ato ilícito, culpa, dano e nexos causal. Enquanto, para Maria Helena Diniz (2009, p. 36) são analisados apenas três: existência de uma ação, ocorrência de um dano e a relação de causalidade entre o dano e a ação.

Em razão dos diferentes entendimentos doutrinários acerca da temática, o presente trabalho adotará os seguintes elementos: a conduta, o dano, o nexos de causalidade e a culpa ou dolo do agente.

Maria Helena Diniz (2009, p. 121) nos traz o conceito de conduta da seguinte forma:

o ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável, do próprio agente ou de terceiro, ou

fato de animal ou coisa inanimada, que cause dano a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado.

Deste modo, a responsabilidade civil pode derivar de duas formas: da conduta comissiva ou de uma conduta omissiva. A responsabilidade decorrente da conduta comissiva provém do dever do agente de não realizar certa prática. Em sentido contrário, a responsabilidade decorrente da conduta omissiva, surge do dever de agir que o agente tem. Geralmente, verifica-se a violação do dever de agir nas obrigações contratuais.

O dano é o segundo elemento da responsabilidade civil, seja ela moral ou material, sendo indispensável a sua caracterização. O dano é a lesão a um interesse jurídico tutelado, patrimonial ou não, causado por ação ou omissão do sujeito infrator (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 82).

Para Cavalieri (2015, p. 70), o dano é o grande vilão da responsabilidade civil, sendo indispensável para a reparação

O dano é, sem dúvida, o grande vilão da responsabilidade civil. Não havendo que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não houvesse o dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano. Na responsabilidade objetiva, qualquer que seja a modalidade do risco que lhe sirva de fundamento (risco profissional, risco proveito, risco criado etc. --), o dano constitui o seu elemento preponderante. Tanto é assim que, sem dano, não haverá o que reparar, ainda que a conduta tenha sido culposa ou até dolosa.

Portanto, não restam dúvidas quanto a sua importância na responsabilidade civil. Maria Helena Diniz (2009, p. 123) em seu estudo doutrinário conceitua o dano como sendo "a lesão (diminuição ou destruição) que devido a um certo evento, sofre uma pessoa, contra a sua vontade, em qualquer bem ou interesse jurídico, patrimonial ou moral".

Caracterizado o dano, é mister distinguirmos os seus tipos. Como já referido no seu conceito, o dano pode ser patrimonial, isto é, agir sob patrimônio do ofendido, ou pode ser moral, onde são lesados somente interesses, não operando sob patrimônio do ofendido. Os dois podem ser cumulativos. Maria Helena Diniz (2014, p. 84) conceitua o dano patrimonial como:

[...] a lesão concreta que afeta um interesse relativo ao patrimônio da vítima, consistente na perda ou deterioração, total ou parcial,

dos bens materiais que lhe pertencem, sendo suscetível de avaliação pecuniária pelo responsável. Constituem danos patrimoniais a privação do uso da coisa, os estragos nela causados, a incapacitação do lesado para o trabalho, a ofensa a sua reputação quando tiver repercussão na sua vida profissional ou em seus negócios.

O dano patrimonial abrange tanto aquilo que efetivamente se perdeu quanto aquilo que se deixou de lucrar, caracterizando, respectivamente, o dano emergente e o lucro cessante (GONÇALVES, 2012, p. 362). O artigo 402 do Código Civil dispõe que:

Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

O dano moral é aquele decorrente de lesão a interesses e direitos não patrimoniais, o que o distingue do dano material. É lesão de bem que integra os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, a intimidade, a imagem, o bom nome, etc., como se infere nos arts. 1º, III, e 5º, V e X, da Constituição Federal, e que acarreta ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação

Nesta senda, Sílvio de Salvo Venosa (2008, p. 38) conceitua como:

o prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima. Sua atuação é dentro dos direitos de personalidade. Nesse campo, o prejuízo transita pelo imponderável, daí por que aumentam as dificuldades de se estabelecer a justa recompensa pelo dano. Em muitas situações, cuidasse de indenizar o inefável.

Logo, o dano moral tem característica intrínseca, a qual cabe ao julgador definir limites no caso concreto. Segundo a doutrina, o dano moral tem sua tutela na Constituição Federal de 1988, no seu art. 1º, inciso III ao prever como direito fundamental a garantia da dignidade da pessoa humana, assim como também no art. 5º, V. Deste modo, com base na dimensão que o dano moral possui, cabe destacar as palavras de Sergio Cavalieri Filho (2012, p. 93) quanto a quais interesses o dano moral atua:

[...] a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia-a-

dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo.

Além de um estudo mais específico sobre o dano, para que haja indenização do dano moral, esse dano precisa ser razoavelmente grave, não se configurando dano moral situações que geram meros aborrecimentos que fazem parte do cotidiano.

O nexo de causalidade é o terceiro elemento para configuração da responsabilidade civil. Deve existir um nexo causal entre o dano causado e a ação que o produziu.

Consoante afirma Maria Helena Diniz (2014, p. 115), o vínculo entre o prejuízo e a ação designa-se “nexo causal”, de modo que o fato lesivo deverá ser oriundo da ação, diretamente ou como sua consequência previsível. Tal nexo representa, portanto, uma relação necessária entre o evento danoso e a ação que o produziu, de tal sorte que esta é considerada como uma causa sua.

Por fim, quanto ao elemento culpa, o último pressuposto da obrigação de indenizar. A culpa é o único pressuposto presente apenas nos casos de responsabilidade civil subjetiva.

Preceitua o art. 186 do Código Civil que a ação ou omissão do agente seja “voluntária” ou que haja, pelo menos, “negligência” ou “imprudência”, comete ato ilícito. O artigo 927 e seu parágrafo único, do mesmo código, afirma que aquele que causa dano a outrem fica obrigado a repará-lo, independente de culpa.

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

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem (BRASIL, 2002).

A culpa *lato sensu* indica o elemento subjetivo de conduta humana, o aspecto intrínseco do comportamento, a questão mais relevante da responsabilidade subjetiva. E assim é porque a realização externa de um fato contrário ao dever jurídico deve corresponder a um ato interno de vontade que faça do agente a causa moral do resultado (CAVALIERI, 2015, p. 47).

Já a culpa *stricto sensu*, segundo Cavalieri (2015, p. 50), é a violação de dever objetivo de cuidado, que o agente podia conhecer e observar, ou, como querem outros, a omissão de diligência exigível.

O dever de cuidado deve ser sempre observado pelo homem médio, devendo este ser capaz, negligente e prudente nas suas condutas, de acordo com a sua especialização, profissão ou conhecimento técnico, com fim de evitar a culpa nestes casos.

2 ALIENAÇÃO PARENTAL: CONCEITO, ASPECTO SOCIAL E ANÁLISE DA LEI 12.318/2010

Alienação parental é um fenômeno antigo nas relações familiares e foi reconhecida no ordenamento jurídico brasileiro com o surgimento da Lei nº 12.318/2010. Ela pode ocorrer tanto enquanto os cônjuges residem sob o mesmo teto ou após a separação de fato dos dois, sendo a última a mais comum. Esta fase é, em muitos casos, a ocasião onde aquele que não está satisfeito com a separação e quer de algum modo afetar negativamente o seu antigo companheiro através da prática da alienação parental.

Nesse sentido, ensina Maria Berenice Dias (2015):

Muitas vezes, quando da ruptura da vida conjugal, se um dos cônjuges não consegue elaborar adequadamente o luto da separação, com o sentimento de rejeição, ou a raiva pela traição, surge o desejo de vingança que desencadeia um processo de destruição, de desmoralização, de descrédito do ex-parceiro. Sentir-se vencido, rejeitado, preterido, desqualificado como objeto de amor, pode fazer emergir impulsos destrutivos que ensejarão desejo de vingança, dinâmica que fará com que muitos pais de utilizem de seus filhos para o acerto de contas do débito conjugal

A separação é na maioria dos casos um processo traumático, principalmente quando um dos genitores não concorda com o fim do relacionamento. Assim, o genitor alienador, por não aceitar a separação acaba envolvendo a prole nesse conflito. Quem deveria ter o cuidado e proteção, tratando com amor, carinho e respeito, acaba se tornando um grande problema, interferindo de forma negativa na criação da criança ou do adolescente.

O agente alienador pode ser tanto a mãe quanto o pai, vai depender das características de personalidade de cada um. O alienante pode ser também os avós, irmãos, padrinhos e tios, mas o mais comum é a alienação parental decorrente da

relação de casais que se separam e, por motivos diversos, não acabam a relação de forma pacífica, e nesse momento de insatisfação e raiva, acabam colocando os filhos nessa disputa.

Nas palavras de Denise Silva (2009), manobras não se baseiam sobre o sexo, masculino ou feminino, mas sobre a estrutura da personalidade de um lado, e sobre a natureza da interação antes da separação do casal, do outro lado.

O genitor que não se conforma com a separação, ou que possui muitas magoas, tende a ter comportamentos doentios, utilizando o filho como meio para atingir o seu antigo companheiro, manipulando e implantando fatos que não ocorreram para a criança.

a principal característica desse comportamento ilícito e doentio é a lavagem cerebral no menor para que atinja uma hostilidade em relação ao pai ou mãe visitante. O menor se transforma em defensor abnegado do guardião, repetindo as mesmas palavras aprendidas do próprio discurso do alienador contra o "inimigo". O filho passa a acreditar que foi abandonado e passa a compartilhar ódios e ressentimentos com o alienador. O uso de táticas verbais e não verbais faz parte do arsenal do guardião, que apresenta comportamentos característicos em quase todas as situações. (DUARTE, 2018)

O alienador consegue manipular os filhos através das falsas memórias e da insistente difamação contra o outro genitor, conduta que gera na criança ou no adolescente sentimento opostos, de amor e ódio.

A criança manipulada não quer mais contato com o alienado, não aceita presentes e muito menos carinho, a sua cabeça está totalmente conturbada e apenas as informações passadas pelo alienador são internalizadas. Sobre os danos psicológicos analisam Rolf Madaleno e Ana Carolina Carpes Madaleno (2014, p. 70):

Na área psicológica, também são afetados o desenvolvimento e a noção do autoconceito e autoestima, carências que podem desencadear depressão crônica, desespero, transtorno de identidade, incapacidade da adaptação, consumo de álcool e drogas e, em casos extremos, podem levar até mesmo ao suicídio. A criança afetada aprende a manipular e utilizar a adesão a determinadas pessoas como forma de ser valorizada, tem também uma tendência muito forte a repetir a mesma estratégia com as pessoas de suas posteriores relações, além de ser

propenso a desenvolver desvios de conduta, como a personalidade antissocial, fruto de um comportamento com baixa capacidade de suportar frustrações e de controlar seus impulsos, somado, ainda, à agressividade como único meio de resolver conflitos.

A alienação parental também afasta a criança ou adolescente das outras pessoas da família, o alienador além de afastar o filho do outro genitor, não aceita o contato com os familiares do alienado. Assim, toda uma relação familiar é prejudicada.

A alienação parental foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro com o advento da Lei 12.318/10.

Antes, a sua prática era ignorada pelo legislador, apesar de já ser frequente no meio familiar há muito tempo. Após as contínuas incidências de casos nas varas de famílias, o legislador não poderia mais se abster, tendo em vista os efeitos devastadores causados, principalmente nas crianças.

O legislador trouxe ao nosso ordenamento a definição clara de alienação parental. Portanto, verifica-se no seu art. 2º:

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.

O legislador, também, nesse art. 2º, adequou a definição de alienação parental à realidade das famílias brasileiras. Estabelece que a alienação parental pode ser promovida pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob sua autoridade.

De acordo com Euclides de Oliveira (2010, p. 243): "trata-se, pois, de um conceito amplo, a ser interpretado de forma elástica, na pendência dos contornos do caso concreto e segundo as provas a serem obtidas pelo juiz".

Na busca pelo esclarecimento de dúvidas quanto aos atos que caracterizam a alienação parental, o legislador dispôs um rol exemplificativo de condutas que são tidas como alienadoras. Dentro do art. 2º, em seu parágrafo único, a lei de alienação parental está exemplificada, mas não exaurida. Como pode-se verificar:

Parágrafo único. São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados

por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros: I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade; II - dificultar o exercício da autoridade parental; III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor; IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar; V - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço; VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente; VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós.

Como disposto, outros atos, além dos descritos, podem caracterizar-se como alienação parental, desde que o juiz declare-os, embasado em perícia e outras provas.

A Alienação parental, por ser uma prática lesiva aos direitos da criança e do genitor, tem como característica a agressão ao direito fundamental de convivência familiar saudável, conforme descrito no art. 3º da lei 12.318/2010.

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 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.

O art. 3º da Lei de Alienação Parental têm estreita relação com art. 227 da CF/88 e com art. 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente.

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.

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da

proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Desta maneira, é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente o direito fundamental à convivência familiar.

No Art. 4º da referida lei, estão presentes as medidas processuais a serem adotadas, logo que sejam levantados indícios da existência de ato de alienação parenta.

Art. 4º Declarado indício de ato de alienação parental, a requerimento ou de ofício, em qualquer momento processual, em ação autônoma ou incidentalmente, o processo terá tramitação prioritária, e o juiz determinará, com urgência, ouvido o Ministério Público, as medidas provisórias necessárias para preservação da integridade psicológica da criança ou do adolescente, inclusive para assegurar sua convivência com genitor ou viabilizar a efetiva reaproximação entre ambos, se for o caso. Parágrafo único. Assegurar-se-á à criança ou adolescente e ao genitor garantia mínima de visitação assistida, ressalvados os casos em que há iminente risco de prejuízo à integridade física ou psicológica da criança ou do adolescente, atestado por profissional eventualmente designado pelo juiz para acompanhamento das visitas.

A norma deixa claro que o juiz, logo que receber os fatos com indício de ato de alienação, se não for requerido por alguém, que tome as medidas por sua própria iniciativa, com o intuito de proteger a integridade psicológica da criança ou do adolescente. Ouvido o Ministério Público, o juiz proferirá a decisão antecipatória de tutela, para preservar os direitos da criança ou do adolescente e assegurar sua convivência com o genitor (OLIVEIRA, 2010, p. 247).

No artigo subsequente, fica estabelecido elemento essencial para a composição do processo decisório do juiz, a perícia psicológica ou biopsicossocial. Como pode-se observar abaixo:

Art. 5º Havendo indício da prática de ato de alienação parental, em ação autônoma ou incidental, o juiz, se necessário, determinará perícia psicológica ou biopsicossocial. § 1º O laudo pericial terá base em ampla avaliação psicológica ou biopsicossocial, conforme o caso, compreendendo, inclusive,

entrevista pessoal com as partes, exame de documentos dos autos, histórico do relacionamento do casal e da separação, cronologia de incidentes, avaliação da personalidade dos envolvidos e exame da forma como a criança ou adolescente se manifesta acerca de eventual acusação contra genitor. § 2º A perícia será realizada por profissional ou equipe multidisciplinar habilitados, exigido, em qualquer caso, aptidão comprovada por histórico profissional ou acadêmico para diagnosticar atos de alienação parental. § 3º O perito ou equipe multidisciplinar designada para verificar a ocorrência de alienação parental terá prazo de 90 (noventa) dias para apresentação do laudo, prorrogável exclusivamente por autorização judicial baseada em justificativa circunstanciada.

A prova decorre da necessidade de ser demonstrado no processo fato que depende de conhecimento especializado, que está acima dos conhecimentos da cultura média, não sendo suficientes as manifestações leigas de testemunhas e depoimentos que apenas iriam discorrer sobre fatos e a sua existência, mas carentes de uma visão científica (MADALENO; MADALENO, 2014, p. 149)

Desta forma, o juiz ao fundamentar sua decisão, deve fazê-la baseada nos laudos periciais, para que sua decisão seja a mais justa possível.

O artigo 6º da Lei de Alienação Parental traz os instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar os efeitos dessa prática:

Art. 6º Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso: I - declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador; II - ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado; III - estipular multa ao alienador; IV - determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial; V - determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão; VI - determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente; VII - declarar a suspensão da autoridade parental. Parágrafo único. Caracterizada mudança abusiva de endereço, inviabilização ou obstrução à convivência familiar, o juiz também poderá inverter a obrigação

de levar para ou retirar a criança ou adolescente da residência do genitor, por ocasião das alternâncias dos períodos de convivência familiar.

No momento em que o juiz toma sua decisão, é crucial que além de esclarecer a ocorrência da alienação parental, ele imponha medidas inibitórias à essa prática.

Com relação ao previsto no artigo sexto, Rolf Madaleno e Ana Carolina Carpes Madaleno (2014, p. 159) fazem a seguinte análise:

Uma vez detectada a alienação parental e dependendo de seu estágio, diferentes intervenções legais e terapêuticas deverão ser implementadas em função do tipo de alienação, inclusive a ordem de submissão dos genitores e do infante que vivencia o processo de alienação parental para eventual intervenção terapêutica, com rigoroso controle judicial e do qual depende a sua eficácia, capaz de reaproximar as vítimas da alienação e de interromper com sucesso e ponderada reflexão os atos de alienação.

A convivência familiar deve ser protegida e o melhor guardião é aquele que assegura esse direito de forma simples e confiável, sem prejudicar a felicidade e o crescimento prole, preservando o melhor interesse da criança e do adolescente.

A Lei 12.318/2010 trouxe importantes mudanças ao tentar inibir a violenta alienação parental, através de tratamentos para os envolvidos, bem como, formas de punição ao genitor alienador.

Portanto, foi com o advento da lei que a alienação parental teve o seu devido reconhecimento no mundo jurídico e também na sociedade, trazendo um grande marco para o Direito de Família, principalmente para os direitos da criança e do adolescente.

3 A POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DO ALIENADOR

A prática da Alienação Parental é ato que viola direito constitucional tanto da criança quanto do genitor alienado, demonstrando-se, assim, ato ilícito e lesivo.

A conduta do alienador é marcada pelos seus atos de abuso moral inferidos à criança ou adolescente, violando assim os direitos fundamentais de convívio familiar saudável e o descumprimento do dever paterno/materno de proteção ao filho, assim, a conduta do alienador se mostra ilícita, voluntária e comissiva.

Quanto ao dano desencadeado por esta conduta é evidente a existência de dano psíquico sofrido pelo filho e o dano imposto à relação familiar deste com o genitor alienado.

[...] deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo (CAVALIERI FILHO, 2015, p. 93).

Desta maneira, tanto o filho quanto o genitor alienado provam dor, sofrimento e humilhação, tendo o direito a serem reparados.

Com relação ao nexos causal entre a conduta alienadora e o dano moral existente, este é estabelecido no ato do alienador. Quando o alienador, exercendo pressão psicológica sob a criança, separa-a do convívio do genitor alienado estamos diante do nexos causal que liga a conduta ao dano. Em um processo judicial, a perícia médica fundamenta a análise do nexos causal.

No tocante a culpa na alienação parental, a partir do momento que nos atos praticados o alienador tem como objetivo afastar o menor do convívio do outro genitor, sendo esta a sua vontade, está firmado o conceito de culpa *lato sensu*, englobando-se, assim, o dolo.

Portanto, na alienação parental temos todos os elementos identificados para a aplicação da responsabilidade civil. Logo, a prática alienadora gera tanto ao menor quanto ao genitor lesado o direito de reparação por danos morais.

O Poder Judiciário quando enfrenta esse tipo de ação precisa agir com cautela ao deferir um pedido de indenização, analisando caso a caso e sempre observando o melhor interesse da criança e também os direitos do genitor alienado.

A ação indenizatória por atos de alienação parental deve ser a *última ratio*, pois esta promoverá o acirramento ainda maior na situação já delicada e conturbada dos envolvidos na SAP. Havendo solução alternativa menos gravosa, esta deve ser

adotada como forma de se preservar os laços afetivos entre os membros familiares (FREITAS, 2018).

A indenização, por possuir um caráter preventivo e pedagógico, servirá para demonstrar à sociedade as consequências jurídicas que um genitor que pratica atos de alienação parental terá que encarar, transformando-se em um instrumento de evitar o surgimento de novos casos de alienação parental.

CONCLUSÃO

O presente estudo abordou um tema que afeta várias famílias em processo de separação conjugal, analisada sobre o viés da possibilidade de responsabilização civil do genitor alienador.

Para que haja o dever de indenizar, em justa medida é necessário o preenchimento dos elementos da responsabilidade subjetiva, ou seja, a conduta, o dano, o nexo causal e a culpa.

A alienação parental constitui um abuso moral contra o menor, além de corresponder a uma violação aos deveres inerentes ao poder familiar por parte do alienador, que em grande parte dos casos é genitor guardião.

O dano resta comprovado quando os atos praticados pelo alienador provocar abalo de ordem psicológica no sujeito alienado e na criança ou adolescente. O juiz deve constatar os prejuízos através da perícia com profissionais da psicologia e da assistência social.

Além disso, a conduta deve manter um nexo de causalidade com o dano ocasionado à vítima, tendo em vista que, se não houver relação entre a conduta praticada pelo agente com o prejuízo experimentado pela vítima não há como responsabilizá-lo. Se o resultado danoso ocorreu em decorrência do ato da alienação parental, presente está o elemento nexo causal.

É necessário, ainda, que o alienador pratique a conduta de maneira culposa, eis que o tema central abordado diz respeito a responsabilidade subjetiva, que só pode ser imputada ao agente mediante a comprovação da culpa.

Portanto, a responsabilização civil do alienador deve ser tomada como ultima ratio, devendo primeiramente ser aplicadas as medidas elencadas no artigo 6º da Lei de Alienação Parental. Quando não houver outra alternativa de sanção, a responsabilização civil do alienador deve ser requerida através de propositura de ação judicial de indenização por danos morais pelas práticas da alienação parental, tendo em vista se tratar de violação aos direitos morais da criança e do adolescente e do genitor alienado.

A indenização a ser pleiteada terá caráter meramente compensatório, pois visa inibir, prevenir, alertar para que não se erre mais, e assim garantir o equilíbrio na convivência familiar.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Planalto. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071impressao.htm. Acesso em: 30 de out de 2021.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002..Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 30 de out de 2021.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil.Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 23 de out de 2021.

BRASIL. Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010.Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm. Acesso em: 30 de out de 2021.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 9ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DINIZ, Maria Helena Diniz, **Curso de Direito Civil Brasileiro**, Responsabilidade Civil, 23ª edição, São Paulo: Saraiva, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**- Responsabilidade Civil. 28 ed. São Paulo. Saraiva. 2014

DUARTE, Marcos. **Alienação Parental: a morte inventada por mentes perigosas**. 2018. Disponível em: <http://www.recivil.com.br/preciviladm/modulos/artigos/documentos/ArtigoAlienacaoParentalAmorteinventadapormentesperigosas.pdf>. Acesso em: 02 de nov de 2021.

FREITAS, Douglas Phillips. Abuso Afetivo: Responsabilidade civil decorrente da alienação parental. Disponível em <http://www.douglasfreitas.adv.br>. Acesso em: 06 de nov de 2021.

MADALENO, Ana Carolina Carpes; MADALENO, Rolf. **Síndrome da Alienação Parental: a importância de sua detecção com seus aspectos legais e processuais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014

OLIVEIRA, Euclides de. Alienação parental. **Família e Responsabilidade: Teoria e Prática do Direito de Família**. São Paulo: Editora Magister. 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 7 ed. São Paulo. Saraiva. 2012.

SILVA, Denise Maria Perissini da. **Guarda Compartilhada e síndrome da alienação parental: o que é isso?** Campinas: Armazém do Ipê, 2009.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil, **Responsabilidade Civil**. 7ª edição, São Paulo: Atlas. 2008

VEDAÇÃO A DECISÃO SURPRESA

JULIA ROMÉRO MAGALHÃES SOARES:

graduada em direito pela PUC-Rio, Pós-graduada em Direito Processual Civil pela Universidade Cândido Mendes e em Direito e Estado pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro -UERJ. Advogada e Assessora Jurídica na Secretaria de Estado de Casa Civil do Rio de Janeiro

RESUMO: Este trabalho não tem a pretensão de esgotar o tema, mas tão somente analisar o princípio do contraditório e a vedação a decisão surpresa, consagrado no artigo 9 e 10 do Código de Processo Civil, colacionando importantes jurisprudências acerca do tema. Além disso, este artigo visa a da análise de temas correlatos e a comparar a atual codificação porcessual com o antigo Código de Processo Civil de 1973, elencando algumas inovações.

Palavras-chave: Princípio do contraditório e ampla defesa. Vedação à decisão surpresa. Fundamentação das decisões judiciais. Novo Código de Processo Civil. Enunciados aprovados pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – ENFAM. Hermenêutica Jurídica.

1. Introdução

O princípio do devido processo legal – incorporado pela Constituição de 1988, remonta à *Magna Charta Libertatum* de 1215 – de suma importância no direito anglo-saxão – introduzindo a noção de dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade, quanto no âmbito formal, ao assegurar paridade total de condições com o Estado-persecutor e a plenitude defesa.⁸¹

No Brasil, foi a partir da Constituição Federal de 1988 que se conseguiu a inserção – ainda que tardiamente – em movimento de transformação do Direito, que se iniciou na Europa após o fim da 2ª Guerra Mundial: a constitucionalização do Direito.

81 MORAES, Alexandre. *Curso de Direito constitucional*. 30ª ed. São Paulo:Atlas, 2014, pp. 111

Tal transformação ocorreu a partir do surgimento do Constitucionalismo, definido por Canotilho⁸² como “teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Neste sentido, o constitucionalismo moderno representará uma *técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos*. O conceito de constitucionalismo transporta, assim, um claro juízo de valor. É, no fundo, uma *teoria normativa da política*, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo.”

Em evolução, o Neoconstitucionalismo, também denominado constitucionalismo pós-moderno ou pós-positivismo, tem como ideia central a eficácia da Constituição, e não apenas a limitação do poder político, de modo que seu texto passa a ter maior efetividade visando a concretização de direitos fundamentais.

Assim, surge o Estado Constitucional de Direito, em que a Constituição passa a ser o centro do Direito, com alta carga valorativa, sendo norma jurídica dotada de imperatividade e superioridade.

A partir de então, desenvolve-se o movimento de Constitucionalização do Direito, segundo o qual este deve ser pensado a partir da Constituição Federal, norma suprema do ordenamento jurídico dentro de um país, e não dos códigos, como ocorria anteriormente.

Naturalmente, a mencionada releitura constitucionalizada do ordenamento jurídico é também aplicável ao Direito Processual Civil, como bem indica o professor Cássio Scarpinella:⁸³

A análise do nosso “modelo constitucional” revela que todos os “temas fundamentais do direito processual civil” só podem ser construídos a partir da Constituição. E diria, até mesmo: devem ser construídos a partir da Constituição. Sem nenhum exagero, é impensável falar-se em uma “teoria geral do direito processual civil” que não parta da Constituição Federal, que não seja diretamente vinculada e extraída dela, convidando, assim, a uma verdadeira inversão do raciocínio useiro no estudo das letras processuais civis.

82 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 7ª ed, Coimbra:Almedina, 2003, pp. 51

83 SCARPINELLA BUENO, Cassio. *O modelo constitucional do direito processual civil: um paradigma necessário de estudo do direito processual civil e algumas de suas aplicações*. In: JAYME, Fernando Gonzaga; FÁRIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra (coord.). *Processo civil – Novas tendências: homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

O primeiro contato com o direito processual civil se dá no plano constitucional e não no do Código de Processo Civil que, nessa perspectiva, deve se amoldar, necessariamente, às diretrizes constitucionais.

Como se sabe, o Código de Processo Civil anterior era de 1973, e foi elaborado em época anterior a Constitucionalização do Direito. Assim sendo, há muito existia a necessidade da elaboração de um novo Código, agora em pensado e confeccionado a partir dos princípios e normas fundamentais consagradas na Constituição Federal de 1988.

Neste sentido, é importante notar que doutrina pátria já reconhecia a existência, no Brasil, do chamado “modelo constitucional de processo civil”, tendo em vista que Constituição Federal de 1988, diferentemente de todas as outras Constituições anteriores, prevê princípios de processo civil.⁸⁴

Com efeito, o modelo constitucional de processo civil estabelecido pela Constituição Federal de 1988 fez com que todo o Processo Civil devesse ser lido a partir dela. Por esta razão, muito embora o Código de Processo Civil de 1973 fosse anterior ao movimento de Constitucionalização do Direito, o mesmo já era, ou deveria ser, interpretado à luz das normas constitucionais.

Nos mesmos moldes atuais, o Processo Civil brasileiro anterior ao Código de Processo Civil de 2015 funcionava da seguinte forma: havia o que chamamos de “devido processo”, que se desenvolvia entre partes, sendo que estas eram tratadas de forma isonômica e atuavam em contraditório perante um juiz natural, para que, em tempo razoável se obtivesse decisão fundamentada.

Todavia, em razão de o Código de Processo Civil de 1973 não se comunicar, em sua integralidade, de forma harmônica com o Processo Civil Constitucional, elaborou-se o atual Código Civil de 2015.

84 A título de exemplo, menciona-se o princípio da fundamentação das decisões judiciais, consagrado no artigo 93, IX da Constituição Federal:

Art. 93. *Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: (...) Inciso 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.*

2. Princípio do contraditório e a vedação à decisão surpresa

Inicialmente, é de se destacar que o princípio do contraditório decorre diretamente do princípio do devido processo legal, previsto no artigo 5º, inciso LIV, sem ele um supra princípio, que todos os demais princípios.

Deste modo, conforme leciona Daniel Assumpção⁸⁵, trata-se de princípio-base de conceito indeterminado, sendo suficiente que o legislador constituinte se limitasse a prever o devido processo legal para que os valores essenciais a sociedade e ao ideal do justo dessem os elementos suficientes para o juiz, no caso concreto, perceberse os outros princípios que dele naturalmente decorrem, tais como o contraditório, a motivação das decisões a publicidade, a isonomia etc.

De fato, a opção da legislação pátria não foi essa, sendo certo que tanto o legislador constituinte, quanto o legislador infraconstitucional, optaram pela positivação dos princípios acima citados.

Segundo aquele professor, tal opção deve ser louvada pois existe evidente dificuldade de definir concretamente o significado e alcance do princípio do devido processo legal, registrando, ainda, que apesar de o art. 5, LIV da Constituição Federal ser norma de encerramento, a amplitude indeterminada permite a conclusão de que mesmo as exigências não tipificadas podem ser associadas ao ideal de devido processo legal.

Analisando o princípio à luz de seu aspecto formal, encontra-se o tradicional entendimento de que o magistrado deve observar os princípios processuais na condução do processo para concretização da tutela jurisdicional. Modernamente, e visando a sua eficácia e concretização, entende-se que o princípio do devido processo legal deve é garantia do direito a um processo justo, com a participação ampla e efetiva das partes.

Assim, a moderna doutrina ensina que os direitos fundamentais devem ser vistos no seu aspecto substancial, e não ser uma garantia meramente formal, sendo neste sentido as lições de Elpídio Donizetti:⁸⁶

O devido processo legal substancial constitui verdadeira forma de se controlar o conteúdo das decisões judiciais (o justo ao caso concreto) e das leis. Não basta, por exemplo, que a sentença seja formalmente

85 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil – volume único*. 8ª. Ed. Salvador:Ed. Juspodivm, 2016, pp. 217

86 DONIZETTI, Elpídio. *Curso Didático de Direito Processual Civil*. 18ª ed. São Paulo:Atlas, 2014. pp. 89

regular, mas injusta, incorreta. Da mesma forma, violará a garantia ao devido processo legal substancial a lei formalmente válida, mas que suprima o direito fundamental ao contraditório.

No que se refere ao princípio do contraditório, trata-se, conforme já afirmado, de desdobramento do devido processo legal, e também afigura-se como Direito Fundamental assegurado constitucionalmente no artigo 5, inciso LV:

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: (...)

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

Neste aspecto, tem-se que o primeiro trabalho doutrinário sobre o contraditório, no Brasil, foi de autoria do prof. Joaquim Canudo Mendes de Almeida⁸⁷, no âmbito do processo penal, na USP. Segundo ele, contraditório é garantia de ciência bilateral dos atos e termos do processo com a consequente possibilidade de manifestação sobre os mesmos.

Por sua vez, Maria Helena Diniz⁸⁸ ensina que o princípio do contraditório *“assegura aos litigantes em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, o direito de ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, vedando ao órgão julgante a prolação da decisão sem antes ouvi-los, sob pena de nulidade processual.”*

Assim sendo, haveria dois direitos envolvidos no que se refere a contraditório: direito de informação e de manifestação, isto é, a possibilidade de reação.

Cumprido sublinhar que, tamanha a sua importância, a doutrina contemporânea ensina que o contraditório integra do próprio conceito de processo: trata-se de relação

87 ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Princípios fundamentais do Processo Penal*. São Paulo:Revista dos Tribunais. 1973

88 DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico – Vol. 3*. 3ª ed. Rio de Janeiro:Saraiva, 1998

jurídica desenvolvida em contraditório, sendo projeção e concretização da exigência constitucional.⁸⁹

Ocorre que, embora já houvesse o direito de manifestar-se, os argumentos das partes nem sempre eram levados em consideração pelo magistrado. Nota-se, portanto, que havia em diversas ocasiões a violação do direito ao contraditório, pois, conforme ensina moderna doutrina, os direitos fundamentais não devem ser garantia meramente formal.

Com efeito, temos atualmente o paradigma do Estado Democrático de Direito, em que não se admite que o Estado, ao exercer o seu poder, o faça sem levar em consideração o que os destinatários do poder têm a dizer, o que traduz o direito de influenciar na decisão.

Consagrando o entendimento, o STF já possuía decisões recentes em que mencionava o direito da parte de ter seus argumentos levados em consideração pelo julgador:

MANDADO DE SEGURANÇA. 2. Cancelamento de pensão especial pelo Tribunal de Contas da União. Ausência de comprovação da adoção por instrumento jurídico adequado. Pensão concedida há vinte anos. 3. Direito de defesa ampliado com a Constituição de 1988. Âmbito de proteção que contempla todos os processos, judiciais ou administrativos, e não se resume a um simples direito de manifestação **no processo**. 4. Direito constitucional comparado. **Pretensão à tutela jurídica que envolve não só o direito de manifestação e de informação, mas também o direito de ver seus argumentos contemplados pelo órgão julgador**. 5. Os princípios do contraditório e da ampla defesa, assegurados pela Constituição, aplicam-se a todos os procedimentos administrativos. 6. **O exercício pleno do contraditório não se limita à garantia de alegação oportuna e eficaz a respeito de fatos, mas implica a possibilidade de ser ouvido também em matéria jurídica**. 7. Aplicação do princípio da segurança jurídica, enquanto subprincípio do Estado de Direito. Possibilidade de revogação de atos administrativos que não se pode estender indefinidamente. Poder anulatório sujeito a prazo

89 CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Ragel. *Teoria geral do processo*. 24 ed. São Paulo:Malheiros, 2008, n. 176, pp 305

razoável. Necessidade de estabilidade das situações criadas administrativamente. 8. Distinção entre atuação administrativa que independe da audiência do interessado e decisão que, unilateralmente, cancela decisão anterior. Incidência da garantia do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal ao processo administrativo. 9. Princípio da confiança como elemento do princípio da segurança jurídica. Presença de um componente de ética jurídica. Aplicação nas relações jurídicas de direito público. 10. Mandado de Segurança deferido para determinar observância do princípio do contraditório e da ampla defesa (CF art. 5º LV)⁹⁰

Em suma, atualmente o princípio do contraditório envolve não somente a ideia de oportunidade de manifestação, mas também de poder de influência na formação do convencimento do juiz. Assim, o referido poder de influência apresenta-se como um terceiro elemento do contraditório, ao lado do da informação e da reação.

Positivando este entendimento e visando a que o magistrado prestigie e observe o efetivo contraditório, o Novo Código registra expressamente o direito das partes influenciarem a prestação jurisdicional, como é o caso do primeiro dispositivo do Capítulo XII – DAS PROVAS:

Art. 369. **As partes têm o direito** de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e **influir eficazmente na convicção do juiz.**

A referência expressa ao direito de influência na atual codificação decorre do fato de que, em que pese todas as conclusões acima expostas decorrerem diretamente do texto constitucional – e, portanto, em vigor desde a promulgação da CF/88 –, muitos magistrados continuavam ignorando os argumentos das partes e construindo sozinhos a decisão.

Isso porque, está consagrado no ordenamento jurídico pátrio a possibilidade de o julgador conhecer de ofício matérias de ordem pública, bem como da aplicação do brocardo *iura novit curia*.

90 MS 24268, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2004, DJ 17-09-2004 PP-00053 EMENT VOL-02164-01 PP-00154 RDDP n. 23, 2005, p. 133-151 RTJ VOL-00191-03 PP-00922

Com efeito, a má interpretação das normas acima levava a prolação de decisões que surpreendiam as partes, uma vez que estavam fundamentadas em questões jurídicas não debatidas no curso do processo.

Constatando a situação, é de se destacar os comentários do ilustre professor Daniel Assumpção:⁹¹

Ainda que a matéria de ordem pública e a aplicação do princípio do *iura novit curia* permitam uma atuação do juiz independentemente da provocação da parte, é inegável que o juiz, nesses casos – se se decidir sem dar oportunidade de manifestação prévia às partes –, as surpreenderá com sua decisão, o que naturalmente ofende o princípio do contraditório. (...)

Infelizmente, os membros do Poder Judiciário, em sua esmagadora maioria, não percebiam a diferença basilar entre decidir de ofício e decidir sem a oitiva das partes.

De fato, deve-se esclarecer que a aplicação do antigo brocardo latino não implica a possibilidade de o juiz decidir sem oitiva das partes. Na verdade, o seu verdadeiro significado é de que poderá ele conhecer da matéria, ainda que as partes não tenham levado ao seu conhecimento.

Como se vê, nenhum magistrado é autorizado pelo princípio do *iura novit curia* a ignorar o contraditório, decidindo com base em fundamento que não fora objeto de qualquer discussão pelas partes, mas apenas a conhecer de matérias que não foram levadas a seu conhecimento.

Nesse contexto, deve o magistrado intimar as partes para que se manifestem sobre o tema objeto de conhecimento de ofício, evitando, assim, surpreendê-las com as matérias que fundamentam sua decisão.

Objetivando esclarecer tal dever, o Novo Código de Processo Civil, no Capítulo referente a normas fundamentais do processo consagrou alguns dispositivos a fim de evitar o quadro fático encontrado nos fóruns:

Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa,

⁹¹Ibidem, pp. 223 e 224

aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo **efetivo contraditório**.

Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja **previamente ouvida**.

Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em **fundamento** a respeito do qual não se tenha dado às partes **oportunidade de se manifestar**, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

Note-se que, quando o dispositivo legal menciona que as partes deverão ser “ouvidas” refere-se exatamente do direito de influenciar, de ver seus argumentos levados em consideração, gerando vinculação necessária entre o princípio do contraditório e o princípio da fundamentação das decisões judiciais.

Conclui-se, portanto, que a decisão não pode ser tal que surpreenda as partes, notadamente em razão do direito de influenciá-la eficazmente.

Importante destacar que o “fundamento surpresa” vedado pelo dispositivo acima mencionado poderá ser tanto de fato quanto de direito, de modo que, caso o julgador pretenda abordar em sua decisão fundamentos não alegados e discutidos pelas partes, deverá, primeiro, submetê-los ao contraditório.

Ademais, é a própria Constituição Federal quem garante a observância do contraditório em processos administrativos e judiciais.

Assim sendo, considerando a supremacia da Constituição bem como a obrigatoriedade de interpretar normas infraconstitucionais à luz da Carta Maior, resta incontestável que, utilizando-se a técnica da interpretação conforme, o juiz pode conhecer de argumento não levantado pela parte, mas deverá fazê-lo após submeter ao contraditório e, portanto, levando em consideração o que a parte tem a dizer sobre o tema.

Além disso, deve-se ressaltar que a própria lei informa que, apesar de algumas matérias serem cognoscíveis de sem que sejam alegadas pelas partes, deve-se dar a elas a oportunidade de manifestação, evitando-se pronunciamentos judiciais que as surpreendam:

Art. 487. Haverá resolução de mérito quando o juiz: (...)

Parágrafo único. Ressalvada a hipótese do § 1º do art. 332, a prescrição e a decadência **não serão reconhecidas sem que antes seja dada às partes oportunidade de manifestar-se.**

Art. 493. Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento do mérito, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a decisão.

Parágrafo único. **Se constatar de ofício o fato novo, o juiz ouvirá as partes sobre ele antes de decidir.**

Isso porque, conforme já mencionado, o processo deve ser compreendido como uma comunidade de trabalho do juiz e das partes, em que todos devem atuar conjuntamente para que se construa democraticamente o resultado do processo, sendo este o motivo pelo qual entende-se que o corolário do processo é o princípio da cooperação, consagrado no artigo 6º do NCP:

Art. 6. Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

Cumprido ressaltar que o dispositivo supracitado afirma expressamente que o dever de cooperação é de todos os sujeitos do processo, o que naturalmente envolve o magistrado, sendo certo que dele se desdobram os deveres anexos de esclarecimento, consulta, prevenção e auxílio.

No que tange ao dever de consulta, trata-se exatamente da obrigação do juiz de consultar a partes sobre todas as questões, ainda que passíveis de conhecimento de ofício, evitando surpreender as partes.

Como bem destaca o professor Fredie Didier,⁹² constata-se que esse novo modelo processual cooperativo “caracteriza-se pelo redimensionamento do princípio do contraditório, com a inclusão do órgão jurisdicional no rol dos sujeitos do diálogo processual, e não como um mero espectador do duelo das partes”.

⁹² DIDIER JR., Fredie. *Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo*. Revista de Processo: RePro, v. 36, n. 198, p. 213-225, ago. 2011. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/80945>

É de grande relevância notar que os mandados de cooperação e vedação a decisão surpresa integram a lealdade que deve haver entre os sujeitos processuais, além de evitar recursos desnecessários e favorecer a celeridade processual.

Ademais, a maior oportunização de manifestações das partes prestigia a sua conformação, atingindo em maior proporção a pacificação social e o sentimento de justiça nos jurisdicionados.

Aliás, não é outro o motivo de, atualmente, serem bastante prestigiadas as formas de resolução consensual de conflitos: sabe-se que as partes que atingem o consenso através do diálogo atingem soluções que geram maior sentimento de justiça, gerando a pacificação.

Constata-se, portanto, que a lógica do Novo Código de Processo Civil é de oportunizar aos envolvidos na lide uma maior oportunidade de manifestação, determinando-se que o magistrado leve em consideração os argumentos trazidos aos autos para a construção de decisão que atende eficazmente os anseios dos sujeitos processuais.

3. A fundamentação das decisões judiciais

Como se sabe, o princípio da fundamentação das decisões judiciais é constitucionalmente previsto no artigo 93, inciso IX:

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: (...)

inciso 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

Trata-se, portanto, da obrigatoriedade de o magistrado exteriorizar as razões que o levaram à determinado entendimento, demonstrando o seu raciocínio fático e jurídico no caso concreto.

Primeiramente, a motivação das decisões é, do ponto de vista político, fator que permite a legitimidade social do exercício da jurisdição, pois permite o controle social da prestação jurisdicional.

Tratando do tema, Daniel Assumpção⁹³ explica que tradicionalmente, a justificativa do princípio da motivação das decisões judiciais era voltada tão somente para os sujeitos processuais, traduzindo-se em justificativa endoprocessual. Assim, seria voltada principalmente ao sucumbente, que precisa conhecer as razões da decisão para elaborar seu recurso impugnado especificamente os seus fundamentos.⁹⁴

Num segundo momento, a fundamentação destina-se a viabilizar a análise pelo órgão competente para julgamento do recurso do acerto ou equívoco da decisão impugnada.

Justamente com objetivo de assegurar que autor e réu compreendam os pronunciamentos judiciais em maior medida, viabilizando a sua conformação e a efetivação do direito a ampla defesa, o Novo CPC elencou em seu artigo 489, parágrafo 1º, exemplos de decisões consideradas não fundamentadas:

Art. 489. (...) § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

⁹³ Idem, pp. 234

⁹⁴ Aliás, a impugnação especificada dos fundamentos da decisão é pressuposto intrínseco de conhecimento do recurso, positivado no artigo 932 do CPC, e objeto de enunciado de súmula do Superior Tribunal de Justiça:

Art. 932. Incumbe ao relator: (...)

III - não conhecer de recurso inadmissível, prejudicado ou que não tenha impugnado especificamente os fundamentos da decisão recorrida;

Súmula 182 - É inviável o agravo do art. 545 do CPC que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada.

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

Primeiramente, é de relevância observar que o dispositivo supra traz rol meramente exemplificativo, como bem indicado no Enunciado 303 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC):

Enunciado 303. (art. 489, § 1º) As hipóteses descritas nos incisos do § 1º do art. 499 são exemplificativas.

Outrossim, a fundamentação completa dos pronunciamentos judiciais permite aferir se houve a invocação de fundamento que não foi objeto de manifestação das partes, viabilizando a análise do cumprimento, ou não, das normas fundamentais do processo.

Pelo exposto, percebe-se que a correta e adequada motivação das decisões é essencial para a efetivação do contraditório, além de permitir que a partes compreendam e eventualmente se conformem com a solução dada ao seu caso.

Por fim, é de se destacar que a fundamentação não precisa ser prolixa, bastando que cumpra os seus fins, entendimento que foi objeto de enunciado da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados:

Enunciado 10. A fundamentação sucinta não se confunde com a ausência de fundamentação e não acarreta a nulidade da decisão se

forem enfrentadas todas as questões cuja resolução, em tese, influencie a decisão da causa

4. Mitigações ao princípio do contraditório

Em regra, o princípio do contraditório é entendido como absoluto. No entanto, é preciso lembrar que não há, na Constituição Federal, qualquer princípio ou garantia absolutos.

Esse entendimento há muito está pacificado no Supremo Tribunal Federal, conforme de se vê:

Os direitos e garantias individuais não têm caráter absoluto. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas – e considerado o substrato ético que as informa – permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros.

(STF, MS 23.452, Ministro Relator Celso de Mello, julgado em 16/9/1999, publicado em 12/5/2000.

De fato, todos os princípios podem ser mitigados por outros princípios igualmente relevantes, cabendo ao intérprete sopesar e decidir qual deles deve prevalecer no caso concreto.

Pela sua importância, é imperioso trazer à baila os ensinamentos do ilustre professor Diogo de Figueiredo,⁹⁵ que trata do tema com a maestria que lhe é peculiar:

Embora com raízes nos dois grandes sistemas jurídicos do Ocidente – o romano-germânico e o anglo-saxão – o princípio da razoabilidade não recebe terminologia homogênea e até varia de conteúdo, ora também designado como princípio da proporcionalidade, ora como princípio da interdição do excesso, mas parece haver concordância em que nele se contém três exigências metodológicas aplicativas: (1) a de adequabilidade da medida para atender ao resultado pretendido; (2) a de necessidade da medida, quando outras, que possam ser mais apropriadas, não se encontrem à disposição do agente; (3) e a proporcionalidade em sentido estrito, aferida, de um lado, entre os inconvenientes que possam resultar da medida e, de outro, o resultado a ser alcançado.

Assim é que a aplicação do princípio da razoabilidade visa a afastar o arbítrio que decorrerá, inversamente, da inadequação entre meios e fins, da desnecessidade dos meios para atingir os fins e da desproporcionalidade entre os meios empregados e os fins a serem alcançados.

O princípio da razoabilidade vem ganhando especial importância prática, não apenas na criação da norma como em sua aplicação no exercício da discricionariedade administrativa, funcionando como um critério de limite e trabalhando ao lado do princípio da realidade, para a garantia da legitimidade da ação administrativa.

Sendo assim, é de se concluir que o princípio do contraditório pode ser afastado em casos especiais.

Isso porque, o contraditório é moldado essencialmente para proteger as partes na demanda judicial, de modo que, não havendo qualquer prejuízo à parte que seria protegida pela sua observação, não se falar em nulidade.

95 MOREIRA NETO. Diogo de Figueiredo, Curso de direito administrativo: parte introdutória parte geral e parte especial – 16 Ed. – Rio de Janeiro : Forense, 2014, pg. 108 e 109

Esse raciocínio também está consagrado no atual Diploma Processual, no artigo 282 e seus parágrafos:

Art. 282. Ao pronunciar a nulidade, o juiz declarará que atos são atingidos e ordenará as providências necessárias a fim de que sejam repetidos ou retificados.

§ 1º O ato não será repetido nem sua falta será suprida quando não prejudicar a parte.

§ 2º Quando puder decidir o mérito a favor da parte a quem aproveite a decretação da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta.

Como se nota, trata-se, em última análise da aplicação concreta do brocardo *pas de nulite sans grief*.

Por outro lado, é de se mencionar que há casos em que a própria legislação afasta abstrata e genericamente o contraditório, evitando-se a instauração de “contraditório inútil”, a exemplo do julgamento de improcedência liminar do pedido sem que o réu tenha sequer sido citado para integração à lide.⁹⁶

É esse também o caso do julgamento monocrático liminar pelo relator de agravo de instrumento que nega seguimento ao recurso, sem a intimação do agravado e abertura de prazo de contrarrazões.⁹⁷

⁹⁶ As hipóteses de julgamento de improcedência liminar do pedido estão dispostas no artigo 332 do CPC:

Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar:

I - enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça;

II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

IV - enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.

§ 1º O juiz também poderá julgar liminarmente improcedente o pedido se verificar, desde logo, a ocorrência de decadência ou de prescrição.

⁹⁷ Art. 932. Incumbe ao relator: (...)

Consagrando regra geral de dispensa do contraditório inútil, que não gera qualquer prejuízo à parte não ouvida, o NCPC dispôs no já citado artigo 9º que não será proferida decisão contra a parte sem que ela seja previamente ouvida. Em leitura a *contrario sensu*, a regra é de que será desnecessária a oitiva da parte caso a decisão a ser prolatada seja a seu favor.

Desta feita, constata-se que o Novo Código de Processo Civil consagrou em seu corpo a importância do contraditório, positivando diversas regras que obrigam o magistrado a observar o efetivo contraditório, sem, contudo, deixar de especificar hipóteses em que poderá ser afastado, prestigiando a celeridade processual.

5. A resistência da magistratura

Em que pese a determinação constitucional consagrada no art. 5, inciso LV, há grande resistência da magistratura nacional aos dispositivos acima listados.

Com efeito, existem vários enunciados aprovados pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – ENFAM, que espelham tal resistência pelos magistrados. Confira-se:

Enunciado nº 1: Entende-se por “fundamento” referido no art. 10 do CPC/2015 o substrato fático que orienta o pedido, e não o enquadramento jurídico atribuído pelas partes.

Enunciado nº 2: Não ofende a regra do contraditório do art. 10 do CPC/2015, o pronunciamento jurisdicional que invoca princípio, quando a regra jurídica aplicada já debatida no curso do processo é emanção daquele princípio.

III - não conhecer de recurso inadmissível, prejudicado ou que não tenha impugnado especificamente os fundamentos da decisão recorrida;

IV - negar provimento a recurso que for contrário a:

- a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;
- b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;
- c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência

Enunciado nº 5: Não viola o art. 10 do CPC/2015 a decisão com base em elementos de fato documentados nos autos sob o contraditório.

Enunciado nº 6: Não constitui julgamento surpresa o lastreado em fundamentos jurídicos, ainda que diversos dos apresentados pelas partes, desde que embasados em provas submetidas ao contraditório.

Os enunciados acima implicam a liberação do juiz para decidir conforme o fundamento jurídico que entender adequado, sem que seja necessário ouvir as partes acerca do enquadramento que pretende dar.

Na verdade, essa interpretação é similar ao entendimento dos Tribunais no âmbito do direito processual penal no sentido de que o réu se defende dos fatos, sendo possível a aplicação da denominada *emendatio libelli* na sentença, ou seja, que o juiz, sem modificar a descrição do fato contida na peça acusatória, altere a classificação formulada na mesma.

Entretanto, é óbvio que as partes exercem os atos processuais com objetivo de provar as consequências jurídicas dos fatos narrados. A título de exemplo, a parte que narra os fatos, caracterizando-os como erro apto a viabilizar a anulação de negócio jurídico, naturalmente produz prova no sentido da ocorrência de erro e não de dolo da outra parte, igualmente o réu, que defende-se da alegação de erro, e não de dolo. No entanto, apesar de todo o processo se desenvolver a partir da alegação de erro, esse enunciado do ENFAM permite que o juiz, na sentença, fundamente a anulação do negócio jurídico na existência de dolo, sem sequer das às partes oportunidade de se manifestarem sobre o tema.

O que se percebe é que esses enunciados resumem o direito de influência das partes às questões fáticas, ficando a pergunta: por que restringir a capacidade postulatória a advogados? Se apenas as questões fáticas devem ser demonstradas pela parte, poderiam elas mesmas narrar os fatos diretamente ao juiz, o único sujeito processual que conhece o direito, assim como ocorre na Justiça Trabalhista.

Passando-se à análise do enunciado nº 3 do ENFAM, é indispensável sua transcrição, já que seu conteúdo é deveras estarrecedor:

Enunciado nº 3: É desnecessário ouvir as partes quando a manifestação não puder influenciar na solução da causa.

Creio que esse seja o mais lamentável. Aparentemente, juízes têm o poder de adivinhar o que será alegado pelas partes e já antevêm que não poderão elas arguir qualquer questão capaz de influenciar sua decisão.

Mais que isso, ao que tudo indica, o contraditório não é mais um direito, e sim espécie de favor concedido aos litigantes a critério exclusivo do juiz, sendo ele o responsável por definir quando se deve ou não instaurar o contraditório, a despeito da lei.

Também o enunciado nº 4 é bastante curioso:

Enunciado nº 4: Na declaração de incompetência absoluta não se aplica o disposto no art. 10, parte final, do CPC/2015.

Isso porque a incompetência absoluta é apenas uma das possíveis causas de nulidade absoluta do processo, de forma que não se compreende a razão de apenas esta causa de nulidade ter sido eleita pelo ENFAM como imune ao contraditório.

Em contundentes críticas aos enunciados aprovados pelo ENFAM – que praticamente pretendem revogar o artigo 10 do NCPC, Daniel Assumpção⁹⁸ cuja transcrição dos comentários se impõe:

“O dispositivo [artigo 10] é claro, mas não terá vida fácil nas mãos da magistratura nacional. Em especial porque contraria uma premissa não reconhecida pelos juízes de que quando eles decidem de ofício estão sempre certos, e por isso não precisam ouvir previamente as partes, que em nada contribuirão na formação de um convencimento já formado.

Essa premissa, devidamente superada pelo art. 10 do Novo CPC, é a ratio do Enunciado 03 da ENFAM (...). Chamo tal enunciado de ‘enunciado bola de cristal’, já que o juiz teria uma capacidade sensorial de saber de antemão o que as partes podem alegar, já antevendo a inutilidade de tal manifestação antes mesmo dela se materializar no mundo real. (...)

O entendimento consagrado no criticável enunciado [nº4] tem como razão específica a razão geral exposta no enunciado 03 da mesma

98 Idem. pp 224-226.

ENFAM: se o juiz já formou seu convencimento, por que teria que ouvir as partes antes de decidir? (...)

Não é preciso muito esforço para se notar a impropriedade do Enunciado 01 da ENFAM, que na realidade, ao menos no tocante à fundamentação jurídica, pretende pura e simplesmente revogar o art. 10 do Novo CPC. Parece também ser nesse sentido o Enunciado 05 e o Enunciado 06. Haja esforço na tentativa e revogar um dispositivo legal que, entretanto, continua em plena vigência”

Cumpra sublinhar, ainda, que a aprovação dos enunciados acima mencionados pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados se deu em evento intitulado *O Poder Judiciário e o Novo CPC*, em que participaram uma parcela da magistratura brasileira, consubstanciada em cerca de 500 magistrados das esferas federal e estadual.

Quanto a propositura dos enunciados sobre o contraditório, notadamente referentes ao artigo 10 do NCPC, foi exteriorizada a suposta “preocupação de flexibilizar amarras tidas como muito rígidas impostas aos magistrados em várias situações pelo novo modelo de processo participativo.”⁹⁹

Ocorre que essa alegada preocupação na flexibilização de “amarras muito rígidas” acabou por revelar o desdém de parte da magistratura com o ganho democrático da positivação na legislação infraconstitucional do contraditório substancial.

Mais que isso, aparentemente não há qualquer preocupação com a vontade da lei, simplificando o seu sentido e adequando-o à antiga máxima “o Direito é o que os Tribunais dizem que ele é”.

6. A hermenêutica jurídica e os enunciados do ENFAM

Não se pode deixar de apontar que os enunciados aprovados pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados, demonstram um possível esquecimento das mais básicas lições de hermenêutica jurídica.

⁹⁹ Assista o evento em <https://www.youtube.com/watch?reload=9&v=Ux7HaumMamc>

Segundo tradicional ensinamento de Carlos Maximiliano¹⁰⁰, hermenêutica jurídica é a teoria científica da arte de interpretar e tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para se determinar o sentido e o alcance das expressões legais.

No que tange a atividade interpretativa, estabeleceram-se alguns parâmetros e limites para sua realização. Tradicionalmente, tem-se como método de interpretação o critério semântico, gramatical ou literal, além dos critérios sistemático, lógico, histórico, teleológico e comparativo.

Modernamente, desenvolveram-se outros mecanismos hermenêuticos, aplicados sobretudo na interpretação constitucional, contemplando os princípios da unidade da constituição, do efeito integrador, da concordância prática, da força normativa, da máxima efetividade e da conformidade funcional.

No entanto, deve-se relembrar regra fundamental da hermenêutica, que consiste na máxima de que onde não existir dúvida, não caberá ao exegeta interpretar, como por exemplo no caso do artigo 18, parágrafo 1.º da Constituição Federal, que aponta Brasília como Capital Federal.

Realmente, a leitura do dispositivo constitucional não gera qualquer dúvida, sendo certo que o dispositivo explicita todo o seu conteúdo, de modo que não cabe aplicar qualquer interpretação de que Brasília é a Capital Federal apenas para determinados fins, ou por apenas algum período.

Da mesma forma, os artigos 7, 9 e 10 do Código de Processo Civil expressam em seu texto todo o seu significado, qual seja, a necessidade de observância do contraditório em seu sentido substancial e a vedação de decisões fundamentadas em questões que não foram objeto de manifestação das partes.

O sentido da regra é claro e amplo. Não cabe ao ENFAM, nem a qualquer magistrado aplicar interpretação que restrinja o seu conteúdo, pois não há qualquer espaço para se entender que o artigo 10 aplica-se apenas às questões de fato.

Igualmente, não há nos dispositivos legais, nem mesmo no restante do diploma processual qualquer regra que autorize entender que, caso o magistrado esteja convencido de determinada questão jurídica, não deverá oportunizar o contraditório.

100 MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 19 ed. Rio de Janeiro:Forense, 2001, pp. 01

O fato, ignorado pelos enunciados aprovados, é que a lei não concedeu ao juiz da causa nenhuma liberdade para decidir se deve ou não conceder prazo para manifestação, ainda que acredite que autor e réu não podem trazer a colação argumento capaz de influenciar no seu convencimento. Apenas ordena que se observe o contraditório.

Outra regra de hermenêutica é a de que a atividade interpretativa deve respeitar o princípio da justeza ou conformidade funcional, é dizer, não pode conduzir a subversão do modelo organizatório-funcional constitucionalmente estabelecido, impedindo, assim, a violação da repartição de funções, nos termos das lições de Canotilho. 101

Realmente, o ENFAM ignorou mais uma vez limitações da atividade interpretativa, pois os enunciados editados se colocam como revogados da legislação em vigor, aprovada validamente pelo Congresso Nacional. Dessa forma, a pretexto de interpretar e “flexibilizar” a lei, o que se constata é a pretensão de ocupar o espaço de legislador.

Sendo assim, só resta aguardar o pronunciamento dos tribunais superiores acerca da aplicabilidade dos artigos 9 e 10 do NCPC. No entanto, espera-se decisões no sentido de prestigiar o contraditório substancial, traduzio no direito a informação, manifestação e influência efetiva, além da não inutilização daqueles dispositivos legais.

7. Considerações Finais

Por todo o exposto, nota-se que a observância do contraditório já é uma exigência no processo desde a promulgação da Constituição Federal de 1988. Todavia, constatou-se a dificuldade de ser assegurado às o seu aspecto substancial, de modo que o Novo Código de Processo Civil traduz a busca do aperfeiçoamento e efetiva concretização daquela exigência já consagrada no ordenamento jurídico.

Muito embora o diploma processual tenha assegurado em diversos dispositivos a observância do contraditório, viabilizando, assim, o exercício da ampla defesa, não deixou de prever que ausência de prejuízo às partes permite a mitigação do princípio, em louvável objetivo de prestigiar a celeridade processual, com a rápida resolução da lide.

Por outro lado, em que pese a ampla positivação e reiteração do direito das partes de serem ouvidas, influenciarem efetivamente na construção da decisão judicial e de não serem surpreendidas, verifica-se que há certa resistência da magistratura nacional.

101 Ibidem, pp. 228

Isso porque, a edição de Enunciados pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – ENFAM vão diretamente de encontro a garantias expressas na legislação, aparentemente pretendendo revogar dispositivos em pleno vigor.

Assim, o ENFAM viola princípios básicos da hermenêutica jurídica, tais como a vedação a interpretação de dispositivos que não geram qualquer dúvida, bem como o princípio da justeza ou conformidade funcional, que visa, justamente, a evitar a violação da repartição constitucional de funções.

Todavia, há a esperança de que, no caso concreto, os juízes não apliquem alguns dos enunciados aprovados pelo ENFAM, evitando-se a proliferação de recursos aos Tribunais de segunda instância, bem como aos Tribunais Superiores.

Bibliografia Consultada

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Princípios fundamentais do Processo Penal*. São Paulo:Revista dos Tribunais. 1973

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 7ª ed, Coimbra:Almedina, 2003

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Ragel. *Teoria geral do processo*. 24 ed. São Paulo:Malheiros, 2008, n. 176

DIDIER JR., Fredie. *Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo*. Revista de Processo: RePro, v. 36, n. 198

DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico - Vol. 3*. 3ª ed. Rio de Janeiro:Saraiva, 1998

DONIZETTI, Elpidio. *Curso Didático de Direito Processual Civil*. 18 ed. São Paulo:Atlas, 2014

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 19 ed. Rio de Janeiro:Forense, 2001

MORAES, Alexandre. *Curso de Direito constitucional*. 30. ed. São Paulo:Atlas, 2014

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil – Volume único – 8. Ed. – Salvador:Juspodivm, 2016*

SCARPINELLA BUENO, Cassio. *O modelo constitucional do direito processual civil: um paradigma necessário de estudo do direito processual civil e algumas de suas aplicações*.



In: JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra (coord.).
Processo civil – Novas tendências: homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior.
Belo Horizonte: Del Rey, 2008

A PRISÃO EM FLAGRANTE DE PARLAMENTARES E OS CONTORNOS DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

KETHLEEN THAIS SANTHYNA ALMEIDA DE OLIVEIRA:
Bacharelada em Direito pelo Centro Universitário Ceuni
Fametro.

RESUMO: O presente artigo busca realizar um estudo sobre a prisão em flagrante decretada ao parlamentar mediante a atualidade, onde o interesse foi analisar a abordagem atribuída no meio judiciário e político, ora as modificações que esta modalidade de prisão descreve. Nas atualizações das leis no Direito, versar sobre a imunidade parlamentar e a admissibilidade da PEC 03/2021, que surgiu causando divergências de opiniões. Com o objetivo de descrever o caso que deu ênfase para a PEC da Imunidade ser aprovada, onde busca-se verificar se há irregularidades em consonância com as vantagens ou desvantagens que esta aborda, para compreender se ocorrerá a necessidade de ser reanalisada, perante aos contornos que a legislação brasileira apresentou. Desse modo, por conta de ser um tema atual e que poderá gerar modificações, procede-se o debate e estudo sobre as aplicações de flagrante ao parlamentar, para que seja atribuída certas informações em face as dúvidas que surgem ao citar a hierarquia de poderes no Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: Prisão em Flagrante. Imunidade Parlamentar. PEC 03/2021 da Imunidade. Legislação brasileira.

ABSTRACT: This article seeks to carry out a study about the arrest in flagrante decreed to the parliamentarian through the present time, where the interest was to analyze the approach given in the judicial and political environment, now the changes that this type of prison describes. In the updates of the Laws in Law, discuss parliamentary immunity and the admissibility of PEC 03/2021, which arose causing divergences of opinions. In order to describe the case that emphasized the approval of the Immunity PEC, which seeks to verify if there are irregularities in line with the advantages or disadvantages it addresses, to understand whether there will be a need to be re-analyzed, given the contours that the Brazilian legislation presented. Thus, because it is a current issue and one that may generate changes, the debate and study on the applications of flagrante delicto is carried out, so that certain information can be attributed in view of the doubts that arise when citing the hierarchy of powers in the Brazil.

KEYWORDS

Prison in Flagrante. Parliamentary Immunity. PEC 03/2021 of Immunity. Brazilian legislation.

SÚMARIO: 1 Introdução. 2 A Prisão em Flagrante e a Forma de Aplicação no Âmbito Parlamentar. 3 Imunidade Parlamentar. 3.1 Espécies da Imunidade Parlamentar. 4 Casos de Prisões em Flagrante de Parlamentares. 5 Divergência sobre a Aplicabilidade do Flagrante e os Contornos da Legislação Brasileira. 5.1 PEC 03/2021 da Imunidade e o Impacto da Aprovação sobre o Sistema das Imunidades Parlamentares. 6 Conclusão. 7 Referências.

INTRODUÇÃO

Em face do cenário atual, a prisão em flagrante, trouxe vários questionamentos em meio aos contornos da legislação brasileira ao longo do tempo, ficando em evidência que no período da Pandemia causada pela Covid-19, ora a prisão em flagrante de Deputado Federal, com isso, a imunidade parlamentar causou questionamentos quando confirmou-se a admissibilidade da PEC da Imunidade 03/2021.

A reflexão que esta PEC 03/2021 trouxe para sociedade e aos envolvidos mediante hierarquia de poderes do Brasil, na aprovação desta, facultou ênfase da análise na forma de distinguir a prisão em flagrante das demais, pois ao ocorrer contradições existentes na Câmara perante prisão de parlamentar, a pauta foi levantada e divisões de opiniões foram criadas mediante os poderes, vez que nos termos de inúmeros artigos, como: 282, §2º, 302, 310, 311 do CPP e 53 do CF, entre outros.

A partir da análise da abordagem atribuída pelo meio jurídico e político, observa-se que a PEC 03/2021 da Imunidade foi proposta no período em que pautas foram levantadas, tais brechas adquiridas poderão ser reanalisadas ao decorrer das atualizações de lei, questionamentos das condições estabelecidas, são atribuídas opiniões divergentes em face de se constatar proteção, diferenciando privilégios de prerrogativas de cargo parlamentar.

O projeto tem por foco atribuir informações para os interessados com as modificações que ocorrem cada vez mais com as leis penais, contribuindo ao abordar as questões observadas do assunto, portanto, ao se privar destas decisões e informações a sociedade perde cada vez ao deixar de exercer seu direito à democracia, salientando que muitos só conhecem a tipificação e as características das modalidades de prisões, mas não se atentam as decisões de aplicações de distinção em face dos réus.

Contudo o tema de estudo é sujeito a intervenções, portanto, a análise e reanálise deste tópico serve para agregar, abordando pontos que influenciam não só o meio político, firmando-se ideias de autores, artigos e leis ao embasar decisões proferidas, pois as vantagens, modificações e aplicações penais atingem o País.

A PRISÃO EM FLAGRANTE E A FORMA DE APLICAÇÃO NO ÂMBITO PARLAMENTAR

Na prisão em flagrante, fato típico, consta fundamentações nos artigos 301 a 310 do CPP e o 5º LXI da CF, o flagrante é tratado como uma forma de garantir o seguimento do procedimento da captura do condenado no estado de flagrância, para que seja posto à disposição do Juiz. Para o doutrinador Capez (2011, p. 309) “é o crime que ainda queima, isto é, que está sendo cometido ou acabou de sê-lo”.

Esta modalidade de prisão anteriormente era considerada cautelar pela doutrina brasileira, mas com as alterações ao longo dos anos, a forma prevista foi redefinida pelo advento da lei 12.403/2011. Aury Lopes Jr. (2017), enfatiza:

A prisão em flagrante é uma medida precauteladora, de natureza pessoal, cuja precariedade vem marcada pela possibilidade de ser adotada por particulares ou autoridade policial, e que somente está justificada pela brevidade de sua duração e o imperioso dever de análise judicial em até 24 horas, nas quais cumprirá ao juiz analisar sua legalidade e decidir sobre a manutenção da prisão (agora como preventiva) ou não. (LOPES Jr., 2017, p. 33.).

Além disso, quando a lei 12.403/2011 passou a ser vigente, as alterações relevantes nesta modalidade de prisão só se firmaram mais, mediante a nova lei 13.964/2019, onde firmou-se a perda da compreensão de permanência, ou seja, o indivíduo não permanecerá por muito tempo preso ou respondendo processo. Nas palavras de Fernando Capez (2020, p.716) “... a prisão em flagrante perdeu seu caráter de prisão provisória...”.

Com a modificação do artigo 310 do Código de Processo Penal, entende-se que após 24 horas o acusado não poderá permanecer preso e o juiz deverá promover uma audiência de custódia.

Art. 310 do CPP. Após receber o auto de prisão em flagrante, no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, o juiz deverá promover uma audiência de custódia com a presença do acusado, seu advogado constituído ou membro da do Ministério Público, e, nessa audiência, o juiz deverá, fundamentadamente:

I- Relaxar a prisão ilegal;

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; ou

III- Conceder liberdade provisória, com ou sem fiança;

Vale ressaltar que perante os parágrafos anteriores, constatou-se que na prisão em flagrante, é ilegal o agente criminoso permanecer preso por mais de um dia, no qual, por lei o juiz deve aliviar a prisão ilegal. Perante o artigo do Código de Processo Penal citado anteriormente, o juiz só poderá converter de ofício, se atender os requisitos do 312 e consequentemente atender o do artigo 311 do CPP.

Acrescentando-se que no flagrante são estabelecidas as espécies, de acordo com o art. 302 do Código de Processo Penal. Está em flagrante delito quem:

I - Está cometendo a infração penal;

II - Acaba de cometê-la;

III – É perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;

IV - É encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração;

Em suma, o doutrinador Cleber Olympio cita que além do que o Código de Processo Penal cuida, ocorrem outros tipos, mas os três principais de flagrância são: o flagrante próprio que se trata do agente que está cometendo o crime ou acabou de cometer o ato, correspondente aos incisos I e II do artigo 302 do CPP; O impróprio que corresponde ao inciso III, de quando o agente é perseguido, seja por autoridade ou por qualquer pessoa, onde o indivíduo seja o suposto autor do crime, sem interrupção na perseguição, caso contrário, será busca; Presumido quando o agente é encontrado logo após, de acordo com as circunstâncias, com instrumentos e objetos que façam presumir a sua participação, equiparando-se ao próprio. (OLYMPIO, 2015, p.1493.).

No que tange a provocação e induzimento para conseguir efetuar o flagrante de prisão, é dito o terceiro a pessoa responsável e nesse exemplo, a fundamentação se baseia na Súmula, onde efetivará a aplicação, sendo:

Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 145 "não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível e sua consumação."

Na aplicabilidade da prisão em flagrante ao parlamentar, a situação possui outros requisitos, mediante o cargo exercido no Governo brasileiro, foi instituída em 1988 a imunidade parlamentar, com objetivo de fundamentar questões relacionados aos, mas no que tange a forma de imunidade prisional, Fernando Capez (2020) menciona:

Daí se extrai que, em regra, o parlamentar não pode ser preso em flagrante, salvo em caso de crime inafiançável. Vale ressaltar que, no que concerne aos crimes inafiançáveis, nenhuma outra modalidade de prisão cautelar (temporária ou preventiva), ou até a prisão civil (por alimentos) é admitida. Somente é admissível a prisão em flagrante. CAPEZ (2020, p.204)

Nesse contexto, entende-se que a imunidade perante a prisão do parlamentar não é literal, as prerrogativas abrangem até certo ponto nas decretações, portanto, é um poder fornecido para entrar em consonância com o Judiciário e Executivo, vez que se trata dos três poderes superiores do Brasil.

IMUNIDADE PARLAMENTAR

A imunidade parlamentar versando sobre as vantagens de políticos, muitas vezes pode ser confundido por privilégios, mas conforme a Constituição de 1988, trata-se de uma forma de democracia exercida por parlamentares.

De acordo com o doutrinador Pedro Lenza (2019):

Imunidade parlamentares são prerrogativas inerentes à função parlamentar, garantidos do exercício do mandato, com plena liberdade. Não se trata de direito pessoal ou subjetivo do Parlamentar, na medida em que, como se disse, decorre do efetivo exercício da função parlamentar. Assim, não podemos confundir prerrogativa com privilégio. LENZA (2019, p. 613.).

Desse modo, estas prerrogativas abrangem o Legislativo, sendo assim os parlamentares que possuem esse tipo de imunidade jurídica, são os membros da Câmara dos Deputados e do Senado, onde suas distinções se determinam perante o art. 53 da Constituição Federal.

Conforme dito Alexandre de Moraes (2018):

As imunidades parlamentares representam elemento preponderante para a independência do Poder Legislativo. São prerrogativas, em face do direito comum, outorgadas pela Constituição aos membros do Congresso, para que estes possam ter bom desempenho de suas

funções. As imunidades são garantias funcionais, normalmente divididas em material e formal, são admitidas nas Constituições para o livre desempenho do ofício dos membros do Poder Legislativo e para evitar desfalques na integração do respectivo quórum necessário para a deliberação. (MORAES, 2018, p.619).

Mediante citado nos parágrafos anteriores em conformidade com os doutrinadores, a imunidade parlamentar é compreendida como uma classe que possui vantagens no cargo que adquirem no Legislativo, e não em questões de privilégios pessoais, portanto, cabe o decoro dos políticos ao exercerem sua função, diante da liberdade adquirida. A imunidade não significará impunidade se as condutas forem seguidas no parâmetro de normas a ser respeitada, Nucci (2020, p.190) ainda cita que “A imunidade pertence ao parlamento e não ao congressista, de modo que é irrenunciável.”

Espécies da imunidade parlamentar

Previsto Constituição Federal de 1988 que prevê a imunidade parlamentar em seu artigo 53, com as atualizações trazidas pela Emenda Constitucional n.º 35. No artigo citado, os seus parágrafos principais constituem o embasamento sobre as suas espécies mais comentadas:

Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos.

§ 1º Os Deputados e Senadores, desde a expedição do diploma, serão submetidos a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal.

§ 2º Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão.

§ 3º Recebida a denúncia contra Senador ou Deputado, por crime ocorrido após a diplomação, o Supremo Tribunal Federal dará ciência à Casa respectiva, que, por iniciativa de partido político nela representado e pelo voto da maioria de seus membros, poderá, até a decisão final, sustar o andamento da ação.

Desse modo, o artigo 53 da CF prevê que o parlamentar só poderá ser posto a julgamento no seu mandado, se for pela corte do STF, mas não preso, só mediante o flagrante de crime inafiançável, as chamadas freedom from arrest, sendo a divisão principal em imunidade material e formal.

Na imunidade material enfatiza Lenza (2019, p. 615) "(...) é sinônimo de democracia, representando a garantia de o parlamentar não ser perseguido ou prejudicado em razão de sua atividade na tribuna, na medida em que assegura a independência nas manifestações de pensamentos e no voto". Com isso, entende-se que a garantia estabelecida se aprecia na proteção para a liberdade de expressão no âmbito das suas funções.

Por conseguinte, em quesito de liberdade de expressão deliberados para Deputados Federais e Senadores, onde pode ser considerado por alguns relativos, observa-se que na Democracia, apesar de ser um direito adquirido, possui limitações nas definições por lei.

Nas palavras de Junqueira e Vanzolini (2021) sobre a forma de imunidade absoluta e material:

É chamada de absoluta, pois (ao contrário do que ocorre com a imunidade formal) ela não cessa com o fim do mandato, vale dizer, as opiniões, as palavras e os votos emitidos no cumprimento do mandato continuam imunizados pela garantia constitucional. Não há consenso absoluto quanto à natureza jurídica da imunidade material, podendo-se vislumbrar a doutrina dividida (ressalvadas subdivisões internas menos expressivas) em duas grandes correntes: A primeira considera as imunidades materiais como causas de isenção de pena. A segunda as considera como causa de atipicidade da conduta. É essa última atualmente, a opinião dominante na doutrina, além de ser aquela acolhida pelo Supremo Tribunal Federal (...). JUNQUEIRA; VANZOLINI (2021, p.171).

No que tange as imunidades parlamentares as definições são colocadas mediante o artigo citado, no qual, engloba a imunidade penal, prisional, prerrogativa da função e o modo processual no que se manifesta o foro privilegiado. Em suma, ressalta-se que a material assegura a liberdade no exercício da função, mas se o parlamentar não estiver realizando nada e fora do seu âmbito profere injúrias, calúnias ou prática atos agressivos contra outra pessoa, o mesmo não será protegido por meio da inviolabilidade penal afirmado no Caput do 53 CF.

CASOS DE PRISÕES EM FLAGRANTE DE PARLAMENTARES

Ao analisar casos de prisões em flagrante envolvendo parlamentares, os mais citados atualmente envolvem o caso do ex-senador Delcídio do Amaral e o Deputado Federal Daniel Silveira. O ex-senador foi preso no dia 25/11/2015, por atuar com outros investigados, teria coagido o ex-diretor Internacional da Petrobrás a não assinar e nem colaborar com o Ministério Público Federal, pois poderia ser incriminado, diante isto, o

então Ministro do STF Teori Zavascki ordenou a prisão em flagrante do Senador Delcídio do Amaral e de mais três pessoas.

Barbagalo (2021) cita:

A expedição de mandado de prisão é regra em casos de prisão cautelar (preventiva ou temporária), mas, por se tratar de prisão de parlamentar federal, seria vedado pela Constituição Federal este tipo de cautelar, a qual, igualmente, não poderia ser decretada de ofício, mas apenas mediante provocação, nos termos dos arts. 282, § 2º e 311 do CPP. (BARBAGALO, 2021, n.p.).

Entretanto, a 2ª Turma do STF referendou confirmando a regularidade das prisões e as manteve em quesito do flagrante. Diante isto, surgiram-se muitas opiniões controversas sobre esta prisão, pois foi contrária a exceção por crime inafiançável, vez que o caso já estava sendo investigado, onde acreditavam caber a preventiva. Vale ressaltar perante um trecho do julgado citado por Cleber Masson (2019):

(...) A decisão ora referendada teria como um de seus principais fundamentos a garantia da instrução criminal, das investigações, aliado a higidez de eventuais de decisões penais vindouras, tendo em vista a concreta ocorrência e a possibilidade de interferência do depoimento de testemunhas e na produção de provas, circunstâncias que autorizaram a decretação da custódia cautelar, nos termos da jurisprudência da Corte. Assim, a necessidade de resguardar a ordem pública, seja pelos constantes atos praticados pelo grupo (cooptação de colaborador, tentativa de obtenção de decisões judiciais favoráveis, obtenção de documentos judiciais sigilosos), pela fundada suspeita de reiteração delitiva, pela atualidade dos delitos (reuniões ocorridas no corrente mês), ou ainda pela gravidade em concreto dos crimes, que atentariam diretamente contra os poderes constitucionalmente estabelecidos da República, não haveria outra medida cautelar suficiente para inibir a continuidade das práticas criminosas, que não a prisão preventiva. MASSOM (2019, p. 286-287)

Após essa situação, o STF voltou a decretar prisão cautelar de parlamentar federal, com o mundo se atualizando, os crimes foram ganhando outras versões, mediante a internet permitir que qualquer pessoa tenha acesso para proferir ofensas ou fazer postagens irrelevantes, ofensivas. No âmbito do inquérito das fake news, o Ministro Dias Toffoli, para apurar *"notícias fraudulentas (fake news), denúncias caluniosas, ameaças e infrações revestidas de animus caluniandi, diffamandi ou injuriandi, que atingem a*

honorabilidade e a segurança do Supremo Tribunal Federal, de seus membros e familiares". (ALVES, 2021).

O caso mais atual advém de uma decretação de prisão em flagrante, depois do deputado federal Daniel Silveira postar um vídeo no YouTube proferindo ofensas aos ministros do STF e defendendo atos normativos da época da ditadura militar, ensejando sua prisão em flagrante determinada pelo Ministro Alexandre de Moraes.

Mediante o exposto, o enfoque concerne sobre a primeira decretação, o qual, faltou com decoro perante a Corte por meio de redes sociais. Em meio a decisão, foi questionado se prevaleceria, pois com a nova redação, a votação é aberta mediante à respectiva casa. Conforme Cavalcante (2021, n.p.) " O Plenário do STF, na tarde do dia 17/02, reuniu-se e, por unanimidade, decidiu manter a prisão do Deputado Federal Daniel Silveira".

DIVERGÊNCIA SOBRE A APLICABILIDADE DO FLAGRANTE E OS CONTORNOS DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Os termos divergentes da prisão em flagrante do Deputado Federal Daniel Silveira colocaram em questionamentos a aplicabilidade da decisão da prisão, se estaria devidamente correta, pois a imunidade parlamentar em sua lei, fundamenta que só poderá caber prisão por crime inafiançável.

Segundo Fernando Barbagalo apud Ministro Alexandre de Moraes (2021, n.p.) Moraes menciona "perpetuação dos delitos" e na decretação da prisão do Deputado Silveira o Ministro ainda ressalta que "ao postar e permitir a divulgação do referido vídeo, que repiso, permanece disponível nas redes sociais, encontra-se em infração permanente e consequentemente em flagrante delito, o que permite a consumação de sua prisão em flagrante".

Nas palavras de Leonardo Alves "Se houve certa dúvida no caso Delcídio do Amaral sobre a natureza da prisão cautelar decretada pelo STF (embora, a nosso ver, ela se trate de prisão preventiva), no caso de Daniel Silveira há certeza de que foi decretada a prisão em flagrante".

De acordo com Nelson Palaia (2020) entende-se:

Uma vez conferida à parte contrária o direito de ampla defesa, as partes tomam conhecimento da sentença proferida revestida de coisa julgada (decisão definitiva, contra a qual não cabem mais recursos), de modo que não possa mais ser modificada por outra decisão, exceto nas hipóteses admitidas em ação rescisória. Nesses termos, não acabe mais apelação, exceto se houver novas evidências,

ao qual, prove inocência ou autorize diminuição de pena. PALAIA (2020, p.48)

A prisão em flagrante trouxe questionamentos versando sobre como ocorreu a aceitação da prisão em flagrante de um Deputado Federal, que é protegido pelas prerrogativas parlamentares, portanto, o Ministro Moraes utilizou de itens bem precisos citados anteriormente para decretar a prisão em flagrante, como a utilização da analogia com o artigo 302, III, CPP (2021, p. 446) onde informa “ é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração”.

PEC 03/2021 DA IMUNIDADE E O IMPACTO DA APROVAÇÃO SOBRE O SISTEMA DAS IMUNIDADES PARLAMENTARES

A Proposta de Emenda à Constituição (PEC) 3/21 da Imunidade foi admitida em 24/02/2021 onde estabeleceu que a prisão em flagrante de deputados federais e senadores, só poderá ser permitida se estiver relacionada a crimes inafiançáveis listados na Constituição, como racismo e crimes hediondos.

O texto, assinado pelo deputado Celso Sabino (PSDB-PA) e outros 185 deputados, proíbe ainda a prisão cautelar por decisão monocrática, ou seja, de um único ministro do Supremo Tribunal Federal (STF), como ocorreu com o deputado Daniel Silveira, cuja prisão foi decretada inicialmente pelo ministro Alexandre de Moraes e só depois referendada pelos demais ministros. PIOVESAN (2021, n.p).

A PEC 03/2021 da Imunidade mudou também a forma de condenação como foi demonstrado anteriormente. Na condenação, mudou-se a proposta do artigo 53 da Constituição Federal, o qual, o parlamentar só poderá ser preso se não ocorrer inviolabilidade civil e penal por opiniões, palavras e votos, mediante isso não haverá mais brechas para decretar prisões, só será por crime inafiançável e com autorização por outros da Casa do Congresso Nacional, pelo Conselho de Ética.

Entretanto, trouxe uma estrutura renovada, na busca e apreensão, só permite que quando ocorridas nas dependências do Congresso Nacional, seja feita por vigilância do Poder da polícia legislativa, sendo assim o departamento de outras polícias são privados de agir contra a Câmara Legislativa sem as devidas ordens, limitando toda investigação perante o setor.

Segundo a uma reportagem feita sobre a PEC limitar o Poder Judiciário, foi informado que a proposta de emenda à Constituição, garante ao Congresso Nacional a

competência para sustar atos normativos do Poder Judiciário que extrapolem suas competências, com isto, é visto que ambos os poderes podem exercer seus benefícios sem intervenções, mas possuem lacunas, pois é evidenciado em decisões tomadas em situações de parlamentares. (CUNHA, 2020).

CONCLUSÃO

O presente artigo permitiu demonstrar informações sobre as decisões que foram tomadas perante a prisão em flagrante de parlamentar, sua imunidade e a pec 03/2021. Um assunto que foi recentemente abordado, pois através do caso do deputado Daniel Silveira tudo começou a ser trabalhado com mais agilidade, meio oportuno para a PEC da Imunidade ser proposta e ser admitida, gerando atrito de pensamentos sobre hierarquia de poderes e os contornos que a legislação brasileira apresentou.

Ao analisar as fases encontradas na prisão em flagrante de parlamentar, observou-se que o determinado assunto ainda tem muita divergência quando a questão envolve as delimitações da imunidade parlamentar e a aplicação das penalidades quando o quesito é o Legislativo, como é determinado o seguimento das situações, sendo mais ágil do que outras questões levantadas.

Abordando uma pesquisa mais voltada a detalhes que englobam aos quesitos de prisão em flagrante, o que poderia mediante a imunidade dos parlamentares e os contornos que foram decretados perante a situações que envolveram a falta de decoro do parlamentar, aos poderes da Corte, sendo apontados nos lados por atitudes controversas e decisões.

O seguinte estudo teve embasamento por leis brasileiras, doutrinadores versando sobre o assunto acerca da internet, livros de acordo com o conteúdo oferecido, sendo analisado que a prisão dos parlamentares só seria permitida por crimes inafiançáveis e como é contingente as exceções. A Pec trouxe para senadores e deputados muitos benefícios, mas para outros setores e a sociedade um ar de questionamentos sobre a mesma.

Os poderes do Executivo, Legislativo e Judiciário devem aprimorar mais suas contribuições, decisões e exceções para que a Democracia continue sendo exercidas da melhor forma no Brasil, cada um com seus critérios, mas que seja respeitado o âmbito de critérios, para que balança não desregule.

Em suma, contribuir com esclarecimentos sobre os critérios estabelecidos para decisões envolvendo prisões em flagrante, a nova PEC 03/2021 que adentrou gerando requisitos diferentes para as prerrogativas de parlamentares, gerando uma dúvida se estaria contribuindo para a im(p)unidade.

REFERÊNCIAS

ALVES, L. B. (21 de 02 de 2021). **A imunidade prisional dos parlamentares federais.** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-fev-21/leonardo-alves-imunidade-prisional-parlamentares-federais>>. Acesso em: 27 de maio de 2021.

BARBAGALO, F. B. (23 de fevereiro de 2021). **Temas controversos na prisão de parlamentar federal no Brasil.** Fonte: Migalhas. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/340686/temas-controversos-na-prisao-de-parlamentar-federal-no-brasil>>. Acesso em: 29 de maio de 2021.

BRASIL. Decreto Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Brasília: DF, Presidência da República, [1941]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 11 de novembro de 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília: DF, Presidência da República, [1988]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 11 de novembro de 2021.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal-Parte Geral-Arts.** 1º a 120 (24 ed.). São Paulo: Saraiva, 2020, p. 204; 716.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal.** 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.309.

CAVALCANTE, M. A. (17 de 02 de 2021). **Principais aspectos jurídicos envolvendo a prisão do Deputado Federal Daniel Silveira.** Disponível em: <<https://www.dizerodireito.com.br/2021/02/principais-aspectos-juridicos.html?m=1>>. Acesso em: 29 de maio de 2021.

CUNHA, M. (17 de 07 de 2020). **PEC limita poderes do Judiciário.** Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/radio/1/noticia/2020/07/17/pec-para-impedir-decisoes-arbitrarias-do-judiciario-e-apresentada-no-senado>>. Acesso em: 17 de Julho de 2021.

JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patrícia. **Manual de Direito Penal: parte geral.** 7 ed. São Paulo: Saraiva educação, 2021, p. 171.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático** (23º ed.). São Paulo: Saraiva Ed., 2019, p.613; 615

LOPES Jr., Aury. **Prisões Cautelares (5 ed.).** São Paulo: Saraiva, 2017, p.33.

MASSOM, Cleber. **Direito Penal: parte geral (arts. 1º a 120) – vol. 01.** 13 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2019, p. 286-287.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 34 ed. São Paulo: Atlas, 2018, p.619.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal.** 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 190.

OLYMPIO, C. **Vade Mecum sínteses objetivas: doutrina, jurisprudência e informativos dos tribunais superiores.** São Paulo: Rideel, 2015, p. 1493.

PALAIÁ, Nelson. **Noções essenciais de direito.** 6 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p.48.

PIOVESAN, E. (24 de 02 de 2021). **Proposta limita a possibilidade de prisão em flagrante de deputado ou senador.** Fonte: Câmara dos Deputados. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/noticias/730361-proposta-limita-a-possibilidade-de-prisao-em-flagrante-de-deputado-ou-senador/>>. Acesso em: 29 de maio de 2021.

Súmula 145 da Jurisprudência Predominante do **Supremo Tribunal Federal** – Anexo ao Regime Interno. Edição: Imprensa Nacional, 1964, p.82. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula145/false>>. Acesso em: 11 de novembro de 2021.

A APLICAÇÃO DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL NARRADA NA OBRA “ESTAÇÃO CARANDIRU”, DE DRÁUZIO VARELLA

ANA BEATRIZ DUQUE JOHNSON CAETANO:

Graduando em em Direito pela Faculdade Metropolitana de Manaus - FAMETRO.

RESUMO: A obra “Estação Carandiru”, de Drauzio Varella, é o relato da experiência pessoal do autor como médico voluntário do maior presídio da América Latina na época. Além de evidenciar o que viveu durante seu voluntariado, exterioriza um sistema penitenciário antiquado e desumano. Esta pesquisa estuda a evolução das sociedades em paralelo com o desenvolver da pena, desde os tempos antigos até o sistema carcerário presente no livro. Além disso, analisa e expõe o best seller de Drauzio Varella à luz da lei de Execução Penal, dilucidando os direitos garantidos no dispositivo legal supracitado presentes do livro, bem como as falhas na aplicação da Lei dentre as tentativas de tornar a Casa de Detenção de São Paulo em um presídio modelo da Lei de Execução Penal, bem como o que ocorreu para que este projeto falhasse. Por fim, comenta o papel testemunhal que obra teve em relação ao fatídico “Massacre do Carandiru”.

Palavra Chave: Carandiru. Lei de Execução Penal. Direitos Fundamentais. Penas.

ABSTRACT: The book “Estação Carandiru”, by Drauzio Varella, it’s the author’s personal experience report as a volunteer doctor in the biggest jail of latin américa at the time. Beside pointing out his own experience during the volunteering, exposes na old-fashioned and inhuman penitentiary system. This research studies the evolution of the societies in parallel with the penalty development, since the old times untl the early 90’s (time of the book). Beyond that, the best seller analyses and externalizes in the light of Criminal Execution Law, elucidating the rights guaranteed on the legal device that remains present on the book, as well as the flaws on the laws application between the attempts of making the Detention House a role model, as also what happened for that Project to fail. Lastly, comments the testimonial roll that the book has about the untoward “Carandiru’s Massacre”.

KEYWORDS: Carandiru. Criminal Execution Law. Fundamental Rights. Penalty.

INTRODUÇÃO

Na contemporaneidade, o ato de pensar o Direito está diretamente articulado com a abordagem constitutiva da noção de Estado e democracia, tendo os direitos humanos

enquanto núcleo axiológico destas e outras práticas discursivas. Neste cenário, a construção da semiótica jurídica vigente procede um constante retorno à filosofia clássica enquanto progenitora dos conceitos operativos centrais, atribuindo-lhes o papel de “ato de resistência contra a autoridade tradicional e suas injustiças” (DOUZINAS, 2009, p. 41).

No ocidente, a defesa da igualdade entre os sujeitos passa pela afirmação de “um padrão universal moral para a condição humana” (DEVINE; HANSEN; WILDE, 2008, p. 15). Na maioria dos casos, opera-se a reciclagem de antigas e representações e releituras, a partir da qual “c’est une vision de certains hommes d’aujourd’hui – occidentaux – sur les hommes du monde en général et du monde global en particulier” (HOURS, 1998, p. 13).

Neste quadro, o culto narrativo do Direito, nascido no idealismo do progresso e por ele alimentado (VILLEY, 2016, p. 6), guarda consigo uma história um tanto controversa. Isto é, tem-se na linguagem do Direito o fundamento necessário tanto para a refundação quanto para a atualização dos expedientes repressivos do Estado.

Todavia, tanto o Direito quanto o Estado compartilham uma história permeada de contradições fractais. Neste tocante, o direito penal e processual penal figuram enquanto dimensões centrais nas discussões envolvendo ambas dimensões históricas da vida em sociedade. Aqui, três dimensões estão em constante disputa: a legalidade, a eficácia social e a correção material (ALEXY, 2009, p. 15).

Ao observar as normas diretamente relacionadas ao exercício da coerção punitiva estatal, deve-se ter em conta que o Direito “constitui uma proteção superior ou adicional contra o Estado” (DOUZINAS, 2009, p. 129), sendo, em última análise, a própria “ilustração do caçador transformado em guarda-caça” (DOUZINAS, 2009, p. 131).

Portanto, partindo deste arcabouço epistemológico, concebeu-se o presente projeto de investigação, cuja motivação surgiu ao notar que a Lei de Execução Penal em sua essência nos trazia o sistema prisional “perfeito”. Tal percepção foi confutada pela obra de Dráuzio Varella, por meio da qual percebemos que, apesar da legislação vigente contemplar um conjunto de direitos relativos aos sujeitos submetidos ao poder coercitivo do Estado, a mesma parece não guardar estreita relação à experiência cotidiana da população carcerária do país.

A referida lei traz um ideal reabilitador da pena, para que o condenado busque sua reintegração em uma sociedade que não aceita seus atos passados, ao mesmo tempo que impõe um caráter punitivo com suas penas privativas de liberdade e punições para faltas disciplinares. Na exata definição de Mirabete: “notou-se a relevância do estudo da

execução da pena privativa de liberdade à medida que não tem ela somente a finalidade retributiva e preventiva, mas também, e principalmente, a reintegração do condenado na comunidade.” (MIRABETE, São Paulo, p. 30).

Para alguns autores, tal finalidade reabilitadora não existe, como para Ricardo Augusto Schmitt:

“(...) o ordenamento penal brasileiro – incluída a LEP – traz a baila um discurso ressocializador ultrapassado e falacioso, primeiro, frente ao caos do sistema carcerário, o qual, com raríssimas exceções, demonstra a presença de uma única finalidade na execução da pena – a de natureza punitiva e, segundo, porque não se tem como reintegrar quem nunca se sentiu integrado na sociedade, por lhe ter sido tolhido todos os direitos básicos fundamentais, necessários a vivência com qualidade digna de vida”. (SCHMITT, Ricardo Augusto, 2006, p.75).

Na visão de outros autores, a Lei de Execução Penal é uma norma jurídica atualizada e oferece todos os instrumentos necessários para a ressocialização do condenado. O que falta, por exemplo, na visão do Desembargador Celso Luiz Limongi (apud NUNES, 2013, P. 370): “(...) é a falta de estrutura material e humana para cumprir a Lei de Execução Penal. Se os chefes dos executivos não se preocupam em dotar o Judiciário e as Secretarias de Assuntos Penitenciários de verbas, o resultado só pode ser o recrudescimento do crime”

Complementando a linha do magistrado, no pensamento de Adeildo Nunes, “É engano imaginar, portanto, que, mudando-se a lei, tudo será resolvido no âmbito do sistema penitenciário brasileiro, porque o motivo principal da sua falência está na omissão do Estado em cumprir, completamente, a atual Lei de Execução Penal.” (NUNES, Adeildo. 3º Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 370).

Tal falência é clara na obra a ser analisada. A principal carência retratada em Estação Carandiru é a superlotação. Trechos do livro apontam que os presos, por vezes, se revezavam para dormir, ou ainda dormiam em papelões ou colchonetes velhos por conta da falta de espaço em celas.

O ex-secretário de segurança pública do Estado de São Paulo, Nagashi Furukawa, comenta sobre em uma entrevista concedida ao dr. Fernando Salla, Pesquisador-Sênior do Núcleo de Estudos da Violência da USP: “havia a Casa de Detenção do Carandiru, com 3.300 vagas preenchidas por mais de 7 mil presos, recebendo mais 800 presos por mês”

(FURUKAWA, Nagashi, <https://www.scielo.br/j/nec/a/jjmJHCjyY3G6jzDPQgTXCJ/?lang=pt>. Acesso em 10 jun. 2021). Ou seja, o presídio suportava pouco mais do dobro de detentos para o qual foi projetado para receber, e ainda recebia grande quantitativo de novos encarcerados mensalmente. Mesmo ressaltando que estes dados são referentes a 1999, sete anos após o massacre do Carandiru, a situação da época não difere muito da retratada pelo ex titular da pasta. Ao tempo retratado no livro, eram cerca de 10 mil detentos em um presídio que deveria suportar 3.300.

Esta superlotação desencadeou outro problema: a perda do controle estatal sobre os encarcerados. Eram pouquíssimos agentes carcerários para vigiar tantos detentos. A partir desse aspecto, passamos a analisar como grupos de detentos comandavam os demais, dando a eles a palavra de ordem e punindo os apenados que a desobedecesse. Assim surge na obra a figura da “faxina” que, de acordo com Dráuzio Varella, é a espinha dorsal da cadeia.

A cúpula da Faxina, em linhas gerais, era quem comandava a cadeia. Eram encarregados da limpeza do presídio e da alimentação dos presos, o que até certo ponto é de acordo até mesmo com a L.E.P, objetivando a remição de pena do encarcerado. O cerne da questão é que os membros da faxina é quem resolviam desavenças entre os presos e davam até mesmo permissão para que o apenado prejudicado matasse aquele que lhe trouxe o dano. Só havia rebelião de qualquer tipo se a faxina autorizasse, e qualquer um que tentasse agir sem o conhecimento da mesma era severamente punido.

Ao ler o um pouco mais adiante na obra, nota-se que a intervenção da administração da Casa de Detenção quanto a essa situação era mínima. Inclusive, um dos diretores antigos chegou a compartilhar uma visão darwiniana sobre o caso:

“- Na competição, os presos mais hábeis dominam os fracos. É inevitável. Nós não impomos um chefe para eles – seria ótimo se pudéssemos. O que nós fazemos é tirar partido da seleção natural do líder, usando a estrutura da Faxina para que ele assuma o comando dos outros. Se cada um fizesse o que bem entende, quem controlaria isso aqui? O diálogo da administração com a cúpula da Faxina é fundamental para a manutenção da ordem.”

E assim, com a anuência da administração do presídio, o grupo que até então era denominado “faxina” passou a ser a disciplina do presídio. Por vezes, os carcereiros tinham de negociar com os mesmos para que a ordem fosse mantida. O livro, inclusive, retrata

situações em que as negociações com a Cúpula da Faxina incluíam celeridade nas solicitações de transferência em troca da interrupção dos recorrentes atos de fazer dos carcereiros reféns à ponta de faca.

Em um apanhado dentre os pontos críticos previamente citados e outros trazidos na obra, “Estação Carandiru” nos traz um exemplo claro de algo que deveria ser competência do Estado completamente entregue nas mãos dos detentos que o mesmo deveria ressocializar.

1. A construção do Direito na contemporaneidade e o exercício do poder de punir: A lei de Execução Penal enquanto direito declarado.

1.2 Duas invenções: O Estado e o poder de punir;

Estuda-se a origem das penas na sociedade a partir da idade antiga, onde se formaram os primeiros Estados organizados, bem como as primeiras religiões ainda existentes se desenvolveram.

Por viver sempre agrupado, o ser humano viola regras de convivência desde os primórdios, ferindo aqueles que viviam em sua comunidade ou até mesmo a comunidade como um todo. Estes eram passíveis de punição, que no início não passavam de reação coletiva contra a atitude antissocial. Neste tempo, a pena possuía dupla finalidade: a) eliminar aquele que se tornara um inimigo da comunidade e dos seus Deuses e forças mágicas; e b) evitar o contágio pela mácula de que se contaminara o agente e as reações vingadoras dos seres sobrenaturais.

Após este, que foi chamado “período da reação social”, chega o “período da vingança privada”. Neste, os Estados organizados se dividem em grupos menores e secundários, e a ideia da vingança surge quando o membro de um grupo ofende o outro, gerando reação vingativa por parte do grupo ora agredido. Neste período, ganha destaque a famosa “Lei de Talião”, trazendo a máxima “olho por olho, dente por dente”. Neste código, inicia-se o desenho do princípio da proporcionalidade: se um indivíduo ceifa a vida do outro, a pena que lhe cabe é a morte.

Com a evolução das sociedades e das religiões, da união entre o Estado e o culto aos deuses surge o período da “vingança Divina”, onde as normas possuíam natureza religiosa. Quando alguém cometia um ilícito, este deveria ser castigado para amenizar a ira dos deuses.

Por fim, chega o período da “vingança pública”. Nele, as guerras privadas eram consideradas obstáculos à paz pública, logo, a sociedade se impôs ao objetivo de fazê-la cessar. Assim, o poder passou a ser cada vez mais centralizado, passando a pena a representar uma reação desta comunidade, objetivando sua autopreservação.

O direito de punir, desde o nascer da sociedade em poder do Estado, de acordo com Michael Foucault:

“(…) deslocou-se da vingança do soberano à defesa da sociedade. Mas ele se encontra então recomposto com elementos tão fortes, que se torna quase mais temível. O malfeitor foi arrancado a uma ameaça, por natureza, excessiva, mas é exposto a uma pena que não se vê o que pudesse limitar. Volta de um terrível superpoder. E com a necessidade de colocar um princípio de moderação ao poder do castigo” (FOUCAULT, Michel. 37º Ed. Petrópolis: Vozes, 2009. p. 87)

Resumindo toda a evolução da pena, o filósofo aponta a centralização do poder de punir nas mãos do Estado, passando este a regular o que é o ilícito e qual punição é devida para cada ato nefasto.

2. O outro lado da narrativa: a “Estação Carandiru” e a Lei de Execução Penal.

2.1 A Lei de Execução Penal refletida na “Estação Carandiru”;

A Lei de Execução Penal é um dispositivo jurídico com duas finalidades. Conforme dita Renato Marcão:

“A execução penal deve objetivar a integração social do condenado ou do internado, já que adotada a teoria mista ou eclética, segundo a qual a natureza retributiva da pena não busca apenas a prevenção, mas também a humanização. Objetiva-se, por meio da execução, punir e humanizar.” (MARCÃO, Renato. 10º ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 29)

(GRIFO NOSSO)

O dispositivo em comento cumpre este objetivo, punindo através da restrição de direitos (seja privando a liberdade ou restringindo direitos civis) e ao mesmo tempo ressocializando o apenado, através do trabalho, do estudo, da religião e das atividades desportivas.

No decorrer da leitura de “Estação Carandiru”, apesar de seu autor ser de área diversa do direito, é nítida a aplicação de certos direitos e deveres elencados na Lei de Execução Penal. São inúmeros os exemplos de remição de pena, direitos fundamentais garantidos, dentre outros. Exemplificando alguns dos presentes no livro, temos:

a) Trabalho

O trabalho é, além de direito garantido pela Lei de Execução Penal, uma das mais famosas formas de remição de pena trazido no dispositivo legal em comento.

É citado como direito no art. 41 da LEP, vejamos:

“Art. 41 – Constituem direitos do preso:

(...)

VI – exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena;”

O trabalho está elencado em meio aos direitos garantidos aos presos para ajudar no cumprimento da função do cárcere: objetiva a ressocialização do preso por meio do aprendizado de um ofício. Assim, ao cumprir sua pena e alcançar sua liberdade, espera-se que o preso continue a exercer a função obtida no cárcere e não retorne ao mundo do crime.

Para incentivar tal conduta, é utilizada a remição de pena. Conforme o art. 126 da Lei de Execução Penal, o apenado em regime fechado ou semiaberto pode remir a pena por trabalho nos termos do §1º, inciso II:

Art. 126. O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena.

§ 1º A contagem de tempo referida no caput será feita à razão de:

II – 1 (um) dia de pena a cada 3 (três) dias de trabalho.

Na obra “Estação Carandiru”, Drauzio Varella expõe diversas vezes o trabalho dos presos enquanto descreve a Casa de Detenção e, durante tal análise descritiva, demonstra diversos tipos de trabalho oferecidos na detenção:

“É a entrada da cadeia. Vivem ali oitocentos presos que cuidam da Administração: Chefia, Carceragem, serviço de som e refeitório dos funcionários. Além dos setores de apoio, no térreo do dois funcionam a alfaiataria, a barbearia, a fotografia, a rouparia e a laborterapia, que controla a remição de pena à qual fazem jus aqueles que trabalham (para cada três dias trabalhados, o detendo ganha um de remição de pena).” (VARELLA, Drauzio. 2º Ed. São Paulo: Companhia das Letras. p. 21)

“No térreo, como nos outros pavilhões, funcionam a burocracia, o setores de manutenção e o patronato, que organiza o trabalho encomendado de fora: colocar espirais em caderno, elásticos em pastas, construção de miniaturas de barcos e vela (antiga tradição das cadeias brasileiras), costurar bolas de futebol e outras tarefas manuais.” (VARELLA, Drauzio. 2º Ed. São Paulo: Companhia das Letras. p. 31)

Desta forma, além de combater o ócio que assola os encarcerados, o apenado aprendia um novo ofício que não envolvia atividades ilícitas e ainda remia sua pena.

b) acesso à saúde;

A saúde é um direito fundamental assegurado pela Constituição:

“Art. 6º - São direitos 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, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”

Para fins desta análise, vale ressaltar que o único direito privado no caso de encarceramento é o direito de ir e vir (por isso chama-se “pena privativa de liberdade”).

Não se pode privar o apenado do acesso à saúde básica, tanto que o legislador reconhece o direito ao encarcerado novamente na Lei de Execução Penal:

“Art. 10. A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade.”

“Art. 11. A assistência será:

(...)

II - à saúde;”

“Art. 14. A assistência à saúde do preso e do internado de caráter preventivo e curativo, compreenderá atendimento médico, farmacêutico e odontológico.”

Na obra em comento, vemos inúmeros exemplos da assistência médica ao encarcerado, visto que o próprio autor era o médico incumbido de prestar esta assistência. Percebe-se como a Casa de Detenção fora pensada de modo a cumprir a Lei nº 7.210/84:

“A intenção original era a de que fosse um pavilhão exclusivo do Departamento de Saúde. De fato, no térreo estão os xadrezes dos presos com tuberculose e no quinto andar funciona a enfermaria geral. (...)” (VARELLA, Drauzio. 2º Ed. São Paulo: Companhia das Letras. p. 24)

“(...) Quase sempre são ladrões que perderam o movimento das pernas em tiroteios, e cumprem pena no Quatro para cuidar das sondas urinárias e das escaras que não cicatrizam. Além disso, podem utilizar o elevador do pavilhão, o único que ainda funciona na cadeia. (...)” (VARELLA, Drauzio. 2º Ed. São Paulo: Companhia das Letras. p. 25)

Fato previsível, a superpopulação da massa encarcerada na Casa de Detenção (ponto negativo que veremos mais à frente) fez com que o pavilhão voltado à saúde passasse a cumprir sua função de modo mais precário, utilizando partes do pavilhão para abrigar outras classes de apenados. Apesar deste fato, a assistência à saúde é sempre presente no presídio, apesar de precária.

c) liberdade religiosa;

A liberdade religiosa também é um direito garantido pela Constituição, em seu notável art. 5º:

“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:

(...)

VI - **é inviolável a liberdade de consciência e de crença**, sendo assegurado o **livre exercício dos cultos religiosos** e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

VII - **é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva;**”

Assim como na Carta Magna, a Lei de Execução Penal também garante de forma clara o direito ao livre culto:

“Art. 3º Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei.

Parágrafo único. Não haverá qualquer distinção de natureza racial, social, **religiosa** ou política.”

“Art. 11. A assistência será:

(...)

VI - religiosa.”

“Art. 24. A assistência religiosa, com liberdade de culto, será prestada aos presos e aos internados, permitindo-se-lhes a participação nos serviços organizados no estabelecimento penal, bem como a posse de livros de instrução religiosa.

§ 1º No estabelecimento haverá local apropriado para os cultos religiosos.”

“Estação Carandiru” traz a liberdade de culto de forma simples, mas abrangente:

“No térreo, além das seções burocráticas, funcionam uma capela católica, os templos da Assembleia de Deus, a Igreja Universal, a Deus é Amor e o Centro de Umbanda” (VARELLA, Drauzio. 2º Ed. São Paulo: Companhia das Letras. p. 32)

Qualquer apenado era livre para frequentar o local de culto que escolhera, respeitando os horários de funcionamento e a religião dos demais.

No entanto, assim como havia o cumprimento, o descumprimento das leis e a falta de sanções era nítido: castigos definidos por outros presos, posse de arma branca, tráfico de drogas, formação de organização criminosa dentre outros delitos se encontram presentes no livro. Dentre estes:

a) drogas no cárcere;

Conforme o art. 52 da Lei de Execução Penal, constitui falta grave a prática de fato previsto como crime doloso. Elencando o art. 33 da lei nº 11.343/2006 (Lei de Drogas), incorre em crime quem produz e vende drogas:

“Art. 33. Importar, exportar, remeter, **preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender**, expor à venda, **oferecer, ter em depósito**, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, **entregar a consumo ou fornecer drogas**, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”

Além desta tipificação, a pena é majorada quando praticada em estabelecimento prisional:

“Art. 40. As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se:

(...)

III - a infração tiver sido cometida nas dependências ou imediações de estabelecimentos prisionais, de ensino ou hospitalares, de sedes de entidades estudantis, sociais, culturais, recreativas, esportivas, ou beneficentes, de locais de trabalho coletivo, de recintos onde se realizem espetáculos ou diversões de qualquer natureza, de serviços de tratamento de dependentes de

drogas ou de reinserção social, de unidades militares ou policiais ou em transportes públicos;”

Além do evidente crime, o uso de drogas dentro da casa de detenção teve relação direta com a saúde da população encarcerada. Conforme observamos na obra, o período narrado se sobrepõe à entrada do *crack* nas prisões e a diminuição do “baque” (cocaína injetável):

“O crack entrou e varreu a cocaína injetável do mapa. (...)”

O usuário de cocaína injetável não se interessa pelo efeito lento da via inalatória, forma de administração que ele considera careta. O crack, porém, provoca sensação semelhante à do baque, além de trazer vantagens: é mais barato, não deixa cicatrizes nos braços e, principalmente, não transmite AIDS” (VARELLA, Drauzio. 2º Ed. São Paulo: Companhia das Letras. p. 130/131)

“No presídio, em poucos meses a via endovenosa ficou restrita a uns poucos baqueiros velhos, que mais tarde morreram de AIDS na enfermaria do Quatro. Silenciosamente, como entrou, o baque saiu de moda no Carandiru.” (VARELLA, Drauzio. 2º Ed. São Paulo: Companhia das Letras. p. 131)

“Com o passar dos anos, muitos ex-usuários de cocaína injetável revelaram ter mudado para o crack por causa das palestras do cinema. (...)”(VARELLA, Drauzio. 2º Ed. São Paulo: Companhia das Letras. p. 131)

O uso de drogas dentro dos presídios é um problema que vem desde tempos anteriores aos narrados no livro e perdura até hoje, sem solução definitiva. Independente das sanções severas trazidas pelos entorpecentes, o tráfico e uso dos mesmos dentro dos estabelecimentos prisionais perdura com novas substâncias, sem controle eficiente das administrações prisionais.

b) posse de armas brancas;

Dentre os itens elencados na pesquisa, este é o mais simples de ser exemplificado na Lei de Execução Penal, sendo considerado falta grave pelo próprio dispositivo legal:

“Art. 50. Comete falta grave o condenado à pena privativa de liberdade que:

III - possuir, indevidamente, instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem;”

No decorrer da leitura de “Estação Carandiru”, nota-se que a presença de objetos perfuro-cortantes é frequente entre os presos: alegavam os mesmo que serviam, principalmente, para proteção contra desafetos.

“(…) O chefe deles, um ladrão magrinho, implacável com os inimigos cujo maior desgosto era o irmão mais novo ter entrado para a PM, sorriu amarelo:

- Caiu uma faca nossa que estava mocosada na estufa de esterilizar os instrumentos. Faca miúda, só para defesa pessoal.” (VARELLA, Drauzio. 2º Ed. São Paulo: Companhia das Letras. p. 150)

“(…) Os sete saíram em silêncio, e os carcereiros vasculharam tudo. Estavam quase desistindo, quando um deles despregou o fundo de um armário junto à parede e encontrou duas facas. (...)” (VARELLA, Drauzio. 2º Ed. São Paulo: Companhia das Letras. p. 152)

“(…) O carcereiro-rondante olhou pelo guichê, viu o doente azul de falta de ar e abriu a cela. Os seis ocupantes saíram com facas, renderam o rondante, desceram para a carceragem e dominaram os cinco funcionários de plantão. (...)” (VARELLA, Drauzio. 2º Ed. São Paulo: Companhia das Letras. p. 164)

Como visto nos poucos exemplos acima, apesar da presença de detector de metais, revista, dentre outros métodos com o intuito de prevenir o contrabando de itens proibidos, os detentos improvisam as chamadas facas com pedaços de ferro, cerâmicas e qualquer outro material com potencial ofensivo.

c) Formação do crime organizado;

Ao decorrer da obra, nota-se frequente presença de um distinto grupo de apenados: a faxina. Esta, como bem descreve o próprio autor, é a espinha dorsal da Casa de Detenção.

Aos poucos tomando para si a autoridade que a administração prisional deveria ter, a faxina é uma verdadeira corporação, encarregada por dirimir conflitos entre os encarcerados, autorizar “castigos”, delegar funções e até mesmo negociar benefícios ou suspensão de motins com a direção do presídio. Observa-se:

“O diálogo da administração com a cúpula da faxina é fundamental para a manutenção da ordem. Uma tarde, houve uma reunião do diretor com os encarregados-gerais dos pavilhões, para acabar com a moda de fazer funcionários reféns em ponta de faca como meio de forçar transferência para outros presídios. O diretor prometeu agilizar a burocracia das transferências e os encarregados assumiram o compromisso de acalmar os desesperançados.” (VARELLA, Drauzio. 2º Ed. São Paulo: Companhia das Letras. p. 101)

“(…) Se alguém deve e não paga, o credor não pode soltar a faca sem antes conversar com o encarregado-geral [do pavilhão], que houve as partes e dá um prazo para a situação ser resolvida. Antes que este expire, pobre do credor que ousar agredir o outro. Sem o aval do encarregado-geral, nada pode ser feito (…)” (VARELLA, Drauzio. 2º Ed. São Paulo: Companhia das Letras. p. 101)

“Na verdade, nas fases mais agitadas do pavilhão, nem na cama Bolacha [um encarregado-geral] tinha sossego:

- No silêncio da noite, a minha mente trabalha solitária porque a decisão final é minha e dela depende a sorte de um ser humano. Sou o juiz do pavilhão. Só que o juiz da rua trabalha aquelas horinhas dele e vai pra casa com o motorista; eu, é 24 por 48. Ele, só tem que julgar se o acusado vai preso; no máximo, uma pena mais longa. Eu, assino pena de morte.” (VARELLA, Drauzio. 2º Ed. São Paulo: Companhia das Letras. p. 104)

Nota-se que a boa parte do controle do presídio encontra-se nas mãos da cúpula da faxina. Em um estudo mais aprofundado, conclui-se que esta organização se formou para combater as injustiças cometidas pelos funcionários, que antes dos novos dispositivos legais (Constituição de 1988 e Lei de Execução penal, principalmente) tratavam os apenados de forma degradante: castigos físicos e tortura eram considerados procedimento de rotina dentro das antigas Casas de Detenção:

“Na Detenção, as agressões aos presos, tradição forte no sistema prisional brasileiro, não desapareceram, mas diminuíram de intensidade com o passar dos anos, pois, como diz Luisão, atualmente aposentado:

- Quando eu comecei, a moda era ser caceteiro; hoje é parar de bater. (...)”(VARELLA, Drauzio. 2º Ed. São Paulo: Companhia das Letras. p. 114)

“Uma vez, seu Lourival, funcionário calejado, comentou a respeito de um episódio rumoroso, no qual dois presos se queixaram ao padre de terem levado uma surra de cano de ferro e o caso foi parar na Corregedoria (...)”(VARELLA, Drauzio. 2º Ed. São Paulo: Companhia das Letras. p. 115)

Em uma visão pós massacre e pós implosão da Casa de Detenção, a figura da faxina se tornou ainda mais unida, e sociólogos estudiosos do tema associam este cenário à formação de uma das maiores organizações criminosas do Brasil: o PCC. Tal estopim é confirmado por Marcos Willians Herbas Camacho, conhecido como “Marcola”, um dos membros fundadores do PCC, durante a CPI do Tráfico de Armas em 2006:

“(...) relacionado ao que aconteceu no Carandiru, a princípio. Só que o diretor do Carandiru foi para Taubaté, e lá ele impôs a mesma lei do espancamento. Então, quer dizer, juntou a situação do Carandiru com a de Taubaté, deu o PCC.”

2.2 A “Estação Carandiru” e seu papel testemunhal;

Para além do seu papel documental acerca da experiência do dr. Drauzio Varella dentro da cadeia, o livro “Estação Carandiru” exerce uma função que poucos se dispõem a cumprir: ouvir a versão dos apenados quanto ao fatídico “Massacre do Carandiru”, onde uma intervenção da Polícia Militar do Estado de São Paulo culminou na morte de 111 detentos do Pavilhão Nove.

Um desentendimento repentino entre dois integrantes de facções rivais se tornou uma rebelião que, de acordo com os próprios detentos que sobreviveram, não havia maneira de se resolver pacificamente:

“Parecia feira de peixe, doutor. Quando está assim, é bobagem querer apaziguar. O sangue ferve e fica todo mundo desvairado. Subi, na minha, mas em vista das facas que estão passando na escada, bateu no meu presságio de que aquilo não vai acabar legal.”

Por estar inserido na rotina dos detentos, o autor conseguiu comparar os depoimentos dos detentos com as informações oficiais que a Secretaria de Segurança Pública divulgava, exibindo uma série de inconsistências entre os relatos. Breve parte do testemunho, Varella logo deixa as diferenças de depoimentos para trás e traz à baila o verdadeiro destaque de todo o conjunto da obra: o relato dos detentos sobre o Massacre do Carandiru.

CONCLUSÃO

Analisando os fatos elencados, temos que a pena desenvolveu-se, desde a antiguidade até o ponto de transição exposto no livro, sendo a Lei de Execução Penal recente àquela época.

Em um lugar criado para ser uma prisão-modelo o crime organizado, o abuso de drogas, dentre outras condutas infrativas se amontoavam aos milhares em pavilhões superlotados e degradantes. Garantias fundamentais foram descumpridas por anos à fio, sem a devida atenção do Estado, até que o inevitável aconteceu: uma rebelião tomou proporções catastróficas e marcou a história da Casa de Detenção de São Paulo com o fatídico Massacre do Carandiru.

Drauzio Varella apresenta muito mais que um relato documental acerca de sua experiência como médico: o autor dá voz a uma parcela da população marginalizada que viu e viveu o massacre com os próprios olhos.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Conceito e validade do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

CUNHA, Rogério Sanches (organizador). Leituras Complementares de Execução Penal. Salvador: JusPODIVM, 2006.

DEVINE, Carol; HANSEN, Carol Era; WILDE, Ralph. Direitos Humanos: Referências essenciais. São Paulo: Edusp, 2008.

DOUZINAS, Costas. O fim dos direitos humanos. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

FURUKAWA, Nagashi, <https://www.scielo.br/j/nec/a/jjmJHCjyY3G6jzDPQgTXCJ/?lang=pt>. Acesso em 10 jun. 2021.

HOURS, Bernard. L'idéologie humanitaire ou le spectacle d'autéritee perdue. Paris: L'Harmattan, 1998.

Lei de Drogas – nº 11.343/2006. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm. Acesso em 20 nov. 2021

Lei de Execução Penal – nº 7.210/1984. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm. Acesso em 20 nov. 2021.

MARCÃO, Renato. Curso de Execução Penal. São Paulo: Saraiva, 2012

NUNES, Adeildo. Da Execução Penal. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

VARELLA, Drauzio. Estação Carandiru. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

VILLEY, Michel. O direito e os direitos humanos. São Paulo: Martins fontes, 2016.