

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO vol. 1126

(Ano XIV)

(03/12/2022)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA

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. Delegado de Polícia PCDF/Ap.

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

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

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

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

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

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

CAMILA ALENCAR COIMBRA: Bacharelanda 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

QR Code do Volume 1126



Boletim Conteúdo Jurídico.

Jurídico, Boletim Conteúdo, vol. 1126, (ano XIV) ISSN – 1984-0454 / Boletim Conteúdo Jurídico, Brasília, DF. 2022. 591f.

Revista eletrônica Interdisciplinar com predominância na área do Direito. Obra coletiva.

Recurso *online*. Publicação semanal.

ISSN 1984-0454

Coordenação: Valdinei Cordeiro Coimbra.

1. Portal de conteúdo Jurídico. 2. Interdisciplinar. Direito. 3. Filosofia. Educação. 4. Outros.

CDD – 020.5

SUMÁRIO

COLUNA



Viagem de jatinho e corrupção passiva: uma análise técnica
Eduardo Luiz Santos Cabette, 09.

ARTIGOS

A impossibilidade e ineficácia da aplicação de videoconferência ao Tribunal do Júri

Gabrielle Alves de Azevedo Lima, 12.

A efetividade da tutela da vítima nos crimes de pornografia de vingança

Diomedes Reis da Silva Filho, 27.

Assédio virtual e suas consequências jurídicas

Melissa Carolina Oliveira da Silva, 39.

Processo de ressocialização da criança e do adolescente: a Lei 8.096/90 e as medidas socioeducativas

Ranna Jullya Mendanha Fagundes Rabelo, 61.

Direitos da personalidade na era digital: a prática do oversharenting e a responsabilização civil dos pais quanto a superexposição dos filhos nas redes sociais

Monalisa Sousa Alves, 73.

As prerrogativas de acesso do advogado no acompanhamento do inquérito policial

Cleiciele Melo Tome, 83.

O erro médico no Brasil: um olhar sobre a responsabilidade penal

Anna Beatriz Araújo Gomes, 100.

Implicações do totalitarismo nazifascista no estado democrático de direito

Isadora Cristine de Araujo Alencar e Wabny De Assis Silva Reis, 117.

A viabilidade da penhora escalonada do salário no processo civil brasileiro

Marcelo Guimarães Bucar e Paulo Beli Moura Stakoviak Júnior, 138.

A psicopatia frente à execução da pena privativa de liberdade e da medida de segurança no direito brasileiro.

Sarah Pollyanne Dias Ferreira e Giovanna Ketllen Alves de Sousa, 153.

A criminologia e a mulher enquanto vítima do crime de estupro

Fernanda Gomes de Brito, 170.

Análise dos critérios legais para a concessão do auxílio por incapacidade temporária (auxílio-doença) no regime geral da nova previdência social

Mirna karina das Neves Correa, 187.

Adoção à brasileira: um ato de amor ou crime?

Filipe Diniz Pedrosa, 199.

A efetivação da regulamentação do home office no Brasil: as custas do trabalhador e a garantia da segurança do trabalho

Reinaldo Manoel de Sousa Filho, 211.

Eutanásia: uma morte digna

Seulisvan Pereira de Sousa, 223.

Uma análise a respeito do trabalho análogo ao de escravo, alguns meios de combate e como a justiça itinerante pode auxiliar seu enfrentamento

Milena Moraes da Silva, 239.

O enfrentamento de idosos ao abandono afetivo e a responsabilização dos familiares

Antonio Alexandre da Silva Ferreira, 259.

A inclusão das cláusulas contratuais de adicional noturno aos jogadores de futebol no Brasil

Rodrigo Ray Gomes Chaves e Igor de Moura Teixeira, 270.

Os órfãos da pandemia e as políticas públicas assistenciais para as crianças e adolescentes na realidade do Estado do Amazonas

Jennifer Jessany Souza Soares Lima, 287.

Aplicação da sanção em Face do Psicopata Delinquente

Acione Oliveira da Silva, 305.

Dano moral e transmissão de aids: a configuração da responsabilidade civil em razão da transmissão do vírus hiv entre parceiros

Clara Fernandes Figueiredo, 324.

A liberdade de expressão e o discurso do ódio (hate speech) sob uma perspectiva constitucional

01/12/2022 04:32 | Carlos Augusto Junior Caetano Nunes

Capacidade do âmbito civil

Maria Daniely Lima Nogueira, 353.

Uma análise jurídica das causas de aumento gradativo do estelionato digital nas redes sociais

Luana Gonçalves Barros, 363.

Do descumprimento de medida protetiva de urgência e o resguardo das mulheres vítimas de violência doméstica

Maria Teresa Silva Pinheiro e Dhandara Christiny Veloso Abtibol, 376.

O aumento no índice de crimes de violência contra idoso na pandemia de covid

João Paulo Brasil da Natividade, 397.

Análise do regime legal da concorrência sucessória do cônjuge sobrevivente e descendentes em face do regime de bens adotado no casamento

Tadeu Sierpinski Neto, 409.

O abuso sexual infantil no ambiente intrafamiliar

Michelle Souza de Souza, 424.

A segurança jurídica dos transexuais violentados no âmbito doméstico

Nassara Fonseca Dias, 437.

Os efeitos jurídicos do crime de stalking diante da Lei Maria da Penha

Amanda Lygia Lopes de Sá e Amanda Pereira da Costa, 454.

Interrupção de gravidez: o útero como arena de disputa

Aldayane Viana de Oliveira e Cristhyanne Macêdo da Silva, 469.

Direitos das pessoas surdas ou com deficiência auditiva: O ensino da língua brasileira de sinais – LIBRAS como garantia a uma educação inclusiva

Gabriela Rodrigues Guimarães Cantuária, 497.

Excludentes de ilicitude: uma análise jurídica sobre sua abrangência em face profissionais das forças de segurança atuantes em operações de risco

Alexandre Barbosa Lima Junior, 513.

A transfobia e a aplicabilidade da lei do racismo: Análise do julgamento da ADO 026 e os novos critérios interpretativos do racismo definidos pelo Supremo Tribunal Federal.

Vitória Gama da Costa, 543.

Direitos fundamentais de cidadãos numa ordem jurídica global e digital: a eficácia do acesso a internet como direito fundamental.

Luanny Pereira Silva, 556.

Conselho nacional de justiça e a vedação do poliamorismo

Jefté de Souza Lima e Isamayla Macedo Pinheiro Leal, 564.

Estupro de vulnerável: análise da valoração da palavra da vítima

Matheus Passos Do Nascimento, 578.

VIAGEM DE JATINHO E CORRUPÇÃO PASSIVA: UMA ANÁLISE TÉCNICA

EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE:

Delegado de Polícia Aposentado, Mestre em Direito Social, Pós-graduado em Direito Penal e Criminologia e Professor de Direito Penal, Processo Penal, Criminologia, Medicina Legal e Legislação Penal e Processual Penal Especial na graduação e na pós-graduação do Unisal.

Em meio à turbulência política que toma conta do país, eis que surge a notícia de que o Presidente eleito, Luiz Inácio Lula da Silva, teria se deslocado em sua viagem para o Egito, num jato de um empresário cujos antecedentes não seriam dos mais recomendáveis. 1

Tem sido indagado se essa conduta de receber uma vantagem (gastos de fretamento e viagem em jato para o Egito) de um empresário configuraria crime, em especial o delito de Corrupção Passiva, previsto no artigo 317, CP.

A resposta a essa espécie de especulação, tendo em vista tão somente notícias veiculadas na imprensa, é um tanto quanto insegura.

Na notícia mencionada em nota de rodapé, há a informação de que todos iriam num mesmo jato, não estando somente Lula e o empresário, mas lideranças ambientais, ex – governadores etc. Nesse passo, se for um jato fretado por coincidência pelas mesmas pessoas, é evidente que não há crime algum para ninguém. 2

Não obstante, há a informação de que o jato pertence ao empresário, não foi fretado por coincidência. Assim sendo, teria Lula recebido a vantagem acima exposta, seja a seu pedido ou aceitando oferta do empresário (fato a ser apurado). Caso contrário, teria de se deslocar às próprias expensas ou com dinheiro do partido, seja em jato particular ou em voo regular de empresas aéreas.

Para fins de uma análise técnico – jurídica se admitirá a hipótese de que o jato seja realmente do empresário e Lula tenha solicitado ou recebido a viagem às custas do primeiro na qualidade de Presidente eleito em vias de posse. Deixa-se de lado a questão ética e de improbidade relativa aos antecedentes do empresário envolvido, focando somente no aspecto jurídico – penal do caso.

1 LULA embarca para COP27 de carona com empresário preso na Lava Jato; veja quem é. Disponível em <https://noticias.r7.com/brasil/lula-embarca-para-cop27-de-carona-com-empresario-presos-na-lava-jato-veja-quem-e-14112022>, acesso em 17.11.2022.

2 Op. Cit.

O artigo 317, CP (Corrupção Passiva) tem a seguinte redação:

Solicitar ou receber, para si ou para outrem, **direta ou indiretamente**, ainda que fora da função **ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida**, ou aceitar promessa de tal vantagem (grifo nosso).

Não se sabe com certeza se Lula “solicitou ou recebeu” a vantagem da viagem. Isso precisaria ser apurado em uma devida investigação legal. No entanto, não se altera a tipicidade objetiva se a conduta se adequar a um ou a outro verbo.

A vantagem teria sido, ao que consta na imprensa, para o próprio político enfocado, ou seja, na dicção legal, “para si”.

Não há como afirmar se o recebimento ou pedido foi feito “direta ou indiretamente”. Se o político fez o pedido ou aceitou diretamente a proposta ou se houve alguma interposta pessoa. Também isso deveria ser objeto de investigação legal. Porém, também não há alteração quanto à tipicidade objetiva acaso o pedido ou aceite tenha sido direto ou indireto.

Há comentários alegando que Lula não poderia ser responsabilizado por Corrupção Ativa porque se trata de crime praticado por funcionário público contra a administração. E até o momento ele ainda não tomou posse como Presidente da República. Acontece que isso não é impeditivo da prática do crime em discussão, pois que a redação é clara ao estabelecer que o agente pode atuar mesmo “antes de assumir a função”, desde que “em razão dela”. No caso concreto, não haveria a menor dúvida de que essa viagem é feita pelo político em razão de sua futura assunção como Presidente da República.

Sobre o tema assim se manifestam Maximiliano Fúher e Maximilianus Cláudio Fúher:

Ainda que Fora da Função ou Antes de Assumi-la, Mas em Razão Dela. Significa que a solicitação, o recebimento ou a aceitação devem ser feitos em razão da qualidade de funcionário público do agente, mesmo que ele esteja afastado, em férias de licença etc., ou ainda nem tenha assumido. Pune-se o fato de o agente usar o acesso à máquina administrativa como um instrumento para alcançar a vantagem pretendida (grifo no original). 3

No mesmo sentido afirma a doutrina a imprescindibilidade de que a vantagem seja solicitada, aceita ou recebida “em razão da função pública do agente, **ainda que fora dela ou antes de assumi-la**” (grifo nosso). 4

3 FÜHER, Maximiliano Roberto Ernesto, FÜHER, Maximilianus Cláudio Américo. *Código Penal Comentado*. 3ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 590.

4 DELMANTO, Celso, DELMANTO, Roberto, DELMANTO JÚNIOR, Roberto, DELMANTO, Fabio M. de Almeida. *Código Penal Comentado*. 8ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 908.

Em suma, considerando que o jato seja do empresário e não haja fretamento, sendo a viagem feita às suas expensas sem gasto por parte do político envolvido, seria totalmente viável a tipificação do crime de Corrupção Passiva, conforme previsto no artigo 317, CP.

Há que apurar, porém, as condições fáticas que se admitiu a título hipotético neste trabalho, o que somente pode ser realizado mediante a devida investigação legal, inclusive com o emprego da chamada VPI (Verificação da Procedência das Informações) preliminar ao efetivo Inquérito Policial.

REFERÊNCIAS

DELMANTO, Celso, DELMANTO, Roberto, DELMANTO JÚNIOR, Roberto, DELMANTO, Fabio M. de Almeida. *Código Penal Comentado*. 8ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FÜHER, Maximiliano Roberto Ernesto, FÜHER, Maximilianus Cláudio Américo. *Código Penal Comentado*. 3ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

LULA embarca para COP27 de carona com empresário preso na Lava Jato; veja quem é. Disponível em <https://noticias.r7.com/brasil/lula-embarca-para-cop27-de-carona-com-empresario-presona-lava-jato-veja-quem-e-14112022>, acesso em 17.11.2022.

A IMPOSSIBILIDADE E INEFICÁCIA DA APLICAÇÃO DE VIDEOCONFERÊNCIA AO TRIBUNAL DO JÚRI

GABRIELLE ALVES DE AZEVEDO LIMA:
Graduanda do Curso de Direito do Centro
Universitário Fametro.

DARIO AMAURI LOPES DE ALMEIDA
(orientador)

RESUMO: O Tribunal Popular do Júri foi introduzido no ordenamento jurídico nacional antes mesmo da Constituição Imperial de 1924. Inicialmente, tinha competência para julgar os crimes de imprensa. Ao longo dos anos, essa competência foi se alterando, algumas vezes foi ampliada e outras vezes encurtada. Atualmente, conforme expressa determinação da Constituição Federal de 1988, lhe compete julgar os crimes dolosos contra a vida, tanto na modalidade tentada como na consumada. Além dessa competência, goza a instituição dos seguintes princípios/garantias, todos igualmente previstos de forma expressa na Carta Política: a plenitude de defesa, a soberania dos veredictos e o sigilo das votações. Na presente dissertação, tenta-se demonstrar que essas garantias, esses princípios não vêm sendo respeitados na sua inteireza. Propõe-se, portanto, a dissertação, a analisar cada um dos princípios/garantias conferidos ao Júri, e a forma como eles vêm sendo desrespeitados na prática. Com isso, registra-se que o instituto corre o sério risco de, em razão do sucessivo desacato às suas molas mestras, perder sua essência, sua razão de existir, tornando-se, eventualmente, num tribunal caricato. Sugere-se, no decorrer da dissertação, algumas soluções para as mais diversas questões levantadas.

PALAVRAS-CHAVE: Tribunal do Juri. Videoconferencia. Covid-19. Ineficácia Juri Popular. Direito Penal.

ABSTRACT: The purpose of this article is to talk about the Municipal Guard, having as main subject to analyze the possibility of carrying firearms by Municipal Guards, observing the public interest and the safety of society. In addition, the article tends to examine the doctrines and the legal system, the study contributes to identifying the activities of the Municipal Guard and its relevance in the maintenance of fundamental rights, one of which is public safety. Therefore, the study presents the main aspects of the Municipal Guards Statute (Law 13,022 of 2014), as well as the Disarmament Statute (Law 10,826 of 2003), in order to address the requirements for carrying a firearm, the prerogatives and function of the Municipal Guard. Therefore, the study concludes that it is possible for Municipal Guards to use firearms, as recently (March 1, 2021), the Federal Supreme Court, by a majority of votes, guaranteed the possession of firearms for all Municipal Guards, regardless of the number of inhabitants, the Ministers overturned the prohibition of the Disarmament Statute that prohibited the carrying of firearms by members of Municipal Guards in municipalities with less than 50 thousand inhabitants.

KEYWORDS: Municipal Guards. Weapon carrying. Disarmament Statute. Public security.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo analisar a impossibilidade e a ineficácia da aplicação de videoconferência ao Tribunal do Júri. O aprofundamento do estudo desse instituto é, portanto, de fundamental importância para o direito (constitucional e processual penal, principalmente), e isso ocorre por se tratar de uma das mais democráticas instituições jurídicas do estado brasileiro, justamente pelo fato de que há participação direta e essencial do povo.

Por essa particular razão, ou seja, em função da fundamental participação popular, conta, o Tribunal Popular do Júri, com um número imenso de ardorosos defensores, e, também, com uma quantidade semelhante de intransigentes detratores. Sem dúvida alguma, é o Júri um instituto que oportuniza calorosas discussões, sendo certo que, enquanto seus simpatizantes exigem acréscimo de competência, seus adversários auguram sua extinção. É justamente nesses momentos que se soerguem, com vigor tremendo, os críticos, vociferando que a causa estaria melhor se entregue fosse a um juiz togado.

Esse, entretanto, não é o principal problema da instituição, mesmo porque não é possível, de forma alguma, a extinção do Tribunal do Júri, a não ser que através de uma Assembléia Nacional Constituinte, já que a instituição foi sabiamente incluída entre as cláusulas pétreas, o que torna totalmente estéril essa particular controvérsia.

Na realidade, o problema fundamental gira em torno da real aplicação da videoconferência sem preservar as garantias constitucionais previstas para o Tribunal Popular do Júri. Como se sabe, a Constituição Federal de 1988 prescreveu quatro garantias para o Júri, todas absolutamente essenciais a sua subsistência e sem as quais o Tribunal não gozaria do menor crédito, pois que não passaria de um órgão burlesco.

É exatamente o que se pretende fazer no presente trabalho: avaliar a ineficácia de tal aplicação sem suporte da legislação infringindo as garantias constitucionais conferidas ao Tribunal Popular do Júri não sendo respeitadas em sua essência.

Enfim, com esse trabalho, tenta-se esclarecer alguns dos pontos mais relevantes e intrincados da Instituição do Júri, e, sobretudo, como esses diversos temas vêm sendo compreendidos pela doutrina e jurisprudência, principalmente a do Supremo Tribunal Federal pela sua atualidade em pós pandemia.

2 JÚRI POPULAR: CONCEITO E COMPOSIÇÃO

O Tribunal do Júri ou júri popular tem a finalidade de julgar crimes intencionais (dolosos), tentados ou consumados, contra a vida: assassinatos (homicídios e feminicídios, por exemplo), aborto ou participação em suicídio. Assim, o acusado é condenado pelos jurados (pessoas da comunidade).

O júri é formado pelo juiz (que preside a sessão) e 25 jurados, entre os quais sete são sorteados para compor o Conselho de Sentença. Esses sete cidadãos têm a responsabilidade de decidir se houve crime e se a pessoa julgada foi quem o cometeu, o chamado veredicto. O Tribunal

do Júri configura um dos mais antigos institutos de deliberação popular, mantido pelo Poder Judiciário. Não se sabe precisar ao certo a data de sua instituição. Entretanto, como lembra Nucci (2015, p. 42) a propagação do Tribunal Popular pelo mundo ocidental teve início, perdurando hodiernamente, com o seguinte preceito: “ninguém poderá ser detido, preso ou despojado de seus bens, costumes e liberdades, senão em virtude julgamento de seus pares, segundo as leis do país.”

No Brasil fora instituído pela primeira vez em 1824, por Decreto do Príncipe Regente, conforme assevera Nucci (2015, p.43): “Criou-se o Tribunal de Júri no Brasil, atendendo-se ao fenômeno de propagação da instituição corrente em toda a Europa. Afirmando-se ainda que, se era bom para a França era bom para o resto do mundo.”

Posteriormente, sofrera diversas alterações legislativas, alternado a estrutura do instituto, no que tange a competência, procedimentos, legitimidade, etc. Esteve presente em todas as Constituições brasileiras, até alcançar seu ápice na Constituição de 1988, intitulada Carta Cidadã. Neste diapasão Nucci (2015, p.44) disciplina que:

Em 1988, visualizando-se o retorno da democracia no cenário brasileiro, novamente previu-se o Júri no capítulo dos direitos e garantias individuais, trazendo de volta os princípios da Carta de 1946. Soberania dos vereditos, sigilo das votações e plenitude de defesa. A competência tornou-se mínima para os crimes dolosos contra a vida.

O Tribunal do Júri consiste em meio pelo qual julgar-se-á indivíduo que comete crime doloso contra a vida. No qual juízes são pessoas do povo, cidadão escolhidos dentre aqueles inseridos no mesmo contexto sócio cultural do acusado. Exteriorizando-se o verdadeiro e real sentido de um Estado democrático de Direito, muito valorado e presente na essência da Constituição de 1988. Como bem retrata Távora (2016, p.188): “Um Estado democrático de Direito é aquele em que traz para o centro todas as decisões políticas, econômicas e sociais o cidadão/povo. Não obstante, não o poderia ser diferente com o julgamento de crimes dolosos contra a vida.”

O Tribunal do Júri representa a exteriorização de um Estado Democrático de Direito, em que qualquer cidadão, maior de dezoito, com notória idoneidade moral, comporá o conselho de sentença e realizará o julgamento dos casos que lhes são apresentados, condenando ou absolvendo. Não se admitindo a recusa de cidadãos que indis põe de condições técnicas caso queiram atuar como jurado, conforme preleciona o Artigo 436, parágrafo 1º do Código de Processo Penal:

Art. 436. O serviço do júri é obrigatório. O alistamento compreenderá os cidadãos maiores de 18 (dezoito) anos de notória idoneidade.

§ 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. (BRASIL, 1941)

Pessoa leiga, na acepção da palavra, quer dizer, “indivíduo com pouco ou nenhum conhecimento em determinada matéria”. E justamente neste ponto, surgem inúmeros debates acerca do tema questionando-se a possibilidade do indivíduo que não detém nenhum ou pouco conhecimento técnico sobre a matéria figurar como juiz, condenando ou absolvendo terceiro. Na brilhante visão de Nucci (2015, p. 173) afirma que:

Jurados incultos tem a tendência de abstrair as teses e julgar o ser humano, tal como ele se apresenta. Ilustrando, o jurado de melhor nível intelectual esforçava-se a entender o significado de princípios constitucionais fundamentais, como a presunção de inocência ou o direito ao silêncio. Outro, mais limitado, com menor instrução, apresentava a tendência de levar em consideração de antecedentes do acusado, além de se filiar ao entendimento de que quem cala consente, desprezando, pois, o direito constitucional, que todos possuem, de não produzir prova contra si mesmo.

Diante disso, não se pode conceber o fato de que pessoas leigas, que desconhecem termos jurídicos, tais como legítima defesa, estado de necessidade, dolo ou culpa, por exemplo, sejam capazes de sentenciar um indivíduo. Guilherme Nucci, (2015, p. 176) corrobora com esse entendimento ao considerar que: “a incompreensão de determinadas teses, por mais didáticas que sejam as partes durante a exposição, pode levar a condenações injustificadas ou, também, a absolvições ilógicas”.

3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO TRIBUNAL DO JURI

No que tange ao Tribunal do Júri, o legislador constituinte foi categórico ao trazer os princípios norteadores do Tribunal do Júri arrolados na Constituição Federal, em seu artigo 5º, XXXVIII.

Observe:

XXXVIII - É reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:

- a) a plenitude de defesa;
- b) o sigilo das votações;
- c) a soberania dos veredictos;
- d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida. (BRASIL, 1988).

3.1 A plenitude de defesa

O direito de defesa encontra amparo expresso na Constituição Federal de 1988. No artigo 5º, inciso LV, prescreve a Lei Maior: “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”.

No Direito Processual Penal, a importância do direito de defesa é bem elevada, razão porque, o Supremo Tribunal Federal, depois de ter se debruçado sobre o tema reiteradas vezes, editou a Súmula nº 523, publicada no Diário de Justiça da União em 10 de dezembro de 1969, com a seguinte redação: “No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu”.

É fácil concluir, portanto, que a defesa é muito mais que um direito, trata-se de uma garantia, e não só do acusado, que fique claro, mas da própria sociedade. Embora possa ser, sob uma ótica subjetiva, considerado apenas um direito daquele contra quem se instaurou uma ação penal, no direito processual penal moderno, o perfil objetivo da defesa adquire relevância bem maior, ganhando status de função social. A necessidade de defesa (minimamente eficiente, ressalte-se) termina por ser uma condição de regularidade procedimental, sem a qual nem mesmo a jurisdição possuiria legitimidade (GRINOVER, 1990). Nesse sentido, defende Firmino Whitaker:

A defesa, pois, não é só interesse individual, mas, também, de interesse geral; e é por isso que a sociedade a protege com mais largueza que no direito civil, e facilita seu exercício. Do princípio de que a sociedade tem interesse no direito de defesa, resultam como corolários: que tal direito não pode ser renunciado; que a sociedade é obrigada a dar defensor, não só ao incapaz, como ao ausente é àquele que não o tem. (WHITAKER, 1930)

Quanto à defesa técnica, que deve ser produzida por profissional habilitado – advogado, enfim – essa de forma alguma pode ser objeto de renúncia. Além de ter obrigatória existência, deve a defesa técnica apresentar-se minimamente eficiente, como sói exigir a súmula 523 do Supremo Tribunal Federal.

3.2 O sigilo das votações

Uma das principais condições para se proteger a livre manifestação do pensamento dos Jurados é o sigilo das votações, garantia prevista para a instituição do Júri de forma manifesta, clara, precisa.

Inúmeros são os doutrinadores (Entre eles: Fernando da Costa Tourinho Filho, René Ariel Dotti e Afrânio da Silva Jardim.) que sustentam a falta de constitucionalidade do artigo 481 do Código de Processo Penal, norma essa que, como dito, determina que a votação da causa pelos Jurados deva obrigatoriamente ser efetivada a portas fechadas ou em sala especial (sala secreta). Pelo dispositivo da lei adjetiva penal, só podem estar presentes à colheita dos votos o escrivão, dois oficiais de justiça, os acusadores e os Defensores, todos sob a orientação do Juiz-Presidente:

Fechadas as portas, presentes o escrivão e dois oficiais de justiça, bem como os acusadores e os defensores, que se conservarão nos seus lugares,

sem intervir nas votações, o conselho, sob a presidência do juiz, passará a votar os quesitos que lhe forem propostos.

Parágrafo único. Onde for possível, a votação será feita em sala especial.

O sigilo do voto, conforme expressa previsão constitucional, deve ser irrestrito, incondicional, absoluto. Ou seja, impede a Carta Magna que terceiros tomem conhecimento de como os Jurados votaram em cada um dos casos concretos que lhes são submetidos, sendo, esse sigilo, uma garantia para a própria Instituição do Júri:

O sigilo do voto deve ser absoluto, vedando a lei maior, em conseqüência, que haja qualquer conhecimento de terceiros acerca do modo como o jurado optou por votar (se absolveu ou condenou). Evidente que o segredo preserva a segurança lato sensu da Instituição do Júri, a partir da proteção strictu sensu (física, psicológica, moral e política) do jurado (e mesmo seus familiares), ciente de que ninguém (que de fato não queira ele, posteriormente) saberá quais as monossílabas que depositou em defesa dos seus deveres de cidadão. (RANGEL, 2005)

Por fim, traga-se a colação o escólio de Rui Barbosa (1999) sobre o assunto:

Tão absoluto é o império desse preceito, de tal modo se liga às funções da instituição, que, para encerrar o sigilo das responsabilidades do jurado no Mistério mais impenetrável, a jurisprudência francesa anula os veredictos, quando precisarem o número de sufrágios da maioria, em vez de atestarem apenas que ela transcende o mínimo de sete, ou quando condenarem com a declaração de unanimidade, porque a resposta nesses termos dá virtualmente a conhecer a opinião de todos os jurados.

Enfim, para que se protejam os Jurados e a própria instituição do Tribunal Popular do Júri, urgem providências no sentido de garantir de forma realmente efetiva o sigilo das votações.

3.3 A soberania dos veredictos

No dicionário Aurélio, o verbete soberania tem a seguinte definição:

[De soberano + -ia1.] S. f.

1. Qualidade de soberano.
2. Poder ou autoridade suprema de soberano.
3. Autoridade moral, tida como suprema; poder supremo.

4. Propriedade que tem um Estado de ser uma ordem suprema que não deve a sua validade a nenhuma outra ordem superior.

5. O complexo dos poderes que formam uma nação politicamente organizada.

Nicola Abbagnano (1962), por seu turno, conceitua soberania da seguinte forma:

O maior poder do Estado, que pela primeira vez Jean Bodin reconheceu como peculiaridade do próprio Estado em 'Six livres de la république' (1576). A soberania consiste, segundo Bodin, negativamente, no estar desligado ou dispensado das leis e dos costumes do Estado e, positivamente, no poder de abolir ou promulgar leis. O único limite da soberania é a lei natural e divina (Six livres de la république, 9ª ed., 1576, I, págs. 131-132). O termo e o conceito foram aceitos por Hegel: "Estas duas determinações, que os negócios e os poderes particulares do Estado não são autônomos e estáveis nem em si mesmos, nem na vontade particular dos indivíduos, mas têm a sua profunda origem na unidade do Estado, que outra coisa não é senão a identidade deles, constituem a soberania do Estado (Fil. do Dir. § 278). Hegel esclarece esta noção dizendo: "O idealismo que constitui a soberania é a mesma determinação conforme a qual, no organismo animal, as assim chamadas partes deste não são partes mas membros, momentos orgânicos, cuja separação ou existência por si é enfermidade (Ibid., § 278). Estas determinações de Hegel são dirigidas contra o princípio afirmado pela Revolução francesa de que a soberania está no povo. Rousseau tinha chamado soberano o corpo político que nasce com o contrato social (Contrat Social, I, 7) e assim havia definido o seu poder: "O corpo político ou soberano, derivando a própria essência somente da santidade do contrato, não pode nunca obrigar-se, mesmo pelo que se refere a outros, a nada que derogue aquele ato primitivo como seria a alienação de alguma parte de si mesmo ou a sua submissão a outro soberano. Infringir o ato pelo qual este existe significa anular-se; e o que é nada não produz nada" (Ibid., I, 7). O princípio da soberania é então o de ser o poder mais alto num certo lugar: isso não quer dizer que seja um poder absoluto ou arbitrário. Na doutrina moderna do Direito, a soberania é considerada intrínseca à ordenação jurídica (Estado) e como a característica pela qual "a ordenação jurídico-estatal é uma ordenação sobre a qual não existe uma ordenação superior" (Hans Kelsen, General Theory of Law and State, 1945; tradução italiana, pág. 390). Conforme Kelsen, se admitimos a hipótese da prioridade do direito internacional, o Estado pode ser chamado soberano somente em sentido relativo; se admitimos a hipótese da prioridade do direito estatal, pode ser chamado no sentido absoluto e originário da palavra. A escolha entre as duas hipóteses é arbitrária (Ibid., pág. 390).

Interpretando-se literal e etimologicamente o termo soberania, chega-se à tranqüila conclusão de que se trata de um poder supremo, que está acima de tudo e de todos, não prescindindo de nenhuma ordem superior. Seria uma espécie de onipotência.

A expressão soberania dos veredictos, segundo o entendimento de José Frederico Marques, foi empregada no sentido de que a decisão do Júri não poderá de nenhuma forma ser substituída por outra que não seja de um novo Tribunal Popular⁵¹.

Se soberania do Júri, no entender da *communis opinio doctorum*, significa a impossibilidade de outro órgão judiciário substituir o júri na decisão de uma causa por ele proferida, soberania dos veredictos traduz, *mutatis mutandis*, a impossibilidade de uma decisão calcada em veredicto dos jurados se substituída por outra sentença sem esta base. Os veredictos são soberanos porque só os veredictos é que dizem se é procedente ou não a pretensão punitiva.

Júri sem soberania não é júri. É corpo sem alma. Não passaria de um órgão ridículo, grotesco, com o único propósito de satisfazer uma platéia ansiosa por oratórias exibicionistas.

3.4 A competência do júri

Além das garantias da plenitude de defesa, do sigilo das votações e da soberania dos veredictos, prescreve a Carta Magna brasileira, também expressamente, como uma das vigas mestras do Tribunal do Júri, a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

Os crimes dolosos contra a vida, previstos no dispositivo constitucional, são os seguintes:

- a) homicídio (art. 121, §§ 1º e 2º, CP);
- b) o infanticídio (art. 123, CP); e
- c) induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio (art. 122, p.ú., CP);
- d) aborto (art. 124 a 127, CP).

Entretanto, a Constituição, ao estabelecer que os crimes dolosos contra a vida devam ser, necessária e obrigatoriamente, julgados pelo Tribunal do Júri, não proibiu que a lei processual ordinária viesse arrolar novas infrações penais como de competência do Tribunal do Povo.

Ou seja, defende-se que o Tribunal do Júri possa julgar outros crimes, além dos dolosos contra a vida. Lênio Streck, um desses ardorosos defensores, afirma não haver qualquer embaraço a ampliação, principalmente pelo fato de que a instituição representa importante mecanismo de participação popular:

Desse modo, considerando-se o Tribunal do Júri como importante mecanismo de participação popular – participação essa não meramente retórica –, não há qualquer óbice no sentido de o legislador ordinário incluir, no campo de sua abrangência, outros crimes como: a) crimes contra a economia popular e Código do Consumidor; b) crimes de sonegação fiscal e os demais cometidos contra o erário público, como os de improbidade administrativa e os de corrupção; c) crimes contra o meio ambiente; d) crimes patrimoniais violentos e com morte – roubo extorsão e extorsão mediante seqüestro. (STRECK, 1994)

Registre-se, aliás, que tramita perante o Senado Federal dois projetos de lei, ambos de iniciativa do Senador paulista Eduardo Suplicy (Projetos nº 108/93 e 73/95), com o objetivo ampliar a competência do Tribunal do Júri. Pelo projeto, que alterará o artigo 74 do Código de Processo Penal, a instituição do Júri terá competência para julgar, além dos crimes dolosos contra a vida, as infrações penais contra a Administração Pública, contra o sistema financeiro nacional, contra a seguridade social e contra a ordem tributária, isso quando apenados com reclusão (NUCCI, 1999).

Os crimes de grande comoção social são observados de perto pelos telespectadores, através de seus televisores, computadores ou mesmo, na palma das mãos, através dos smartphones. A todo tempo noticiários informam sobre o desenrolar da marcha processual, mostram de perto o sofrimento por parte dos familiares da vítima, bem como, as consequências lastimáveis do crime. Conforme observa Câmara (2012, p. 271):

O exagero na atuação da mídia e na transmissão das informações por seus veículos muitas vezes ultrapassa os limites da ponderação e da ética e se desvirtua, como quando o jornalista investigativo passa a deflagrar uma atuação policial amadora, atuando de forma política, ou até mesmo de forma julgadora, fabricando vítimas e réus nas suas estórias. É neste tipo de ocasião que a mídia frequentemente vem esquecendo os direitos individuais enorme do desvirtuado direito de informar. Por óbvio, a grande maioria desses direitos são os do acusado, que confrontados com o também direito constitucional de liberdade de imprensa, acabam sendo deixados de lado.

4 PROPOSTA DE REALIZAÇÃO DE SESSÕES VIRTUAIS DO TRIBUNAL DO JÚRI

Num primeiro momento, de modo emergencial, vários Tribunais suspenderam o expediente integralmente presencial e buscaram diversas medidas de implementação de tele-trabalho, como a Resolução n.º 313, do Conselho Nacional de Justiça, que estabeleceu regime de Plantão Extraordinário no âmbito do Poder Judiciário Nacional no período emergencial e autorizou o regime de trabalho remoto. O segundo ponto crítico foi a adoção de ferramentas de reunião on-line, como Google Meet e Microsoft Teams, para a realização de audiências de modo virtual.

A fim de evitar o acúmulo de demandas processuais e dar fluidez ao trabalho, o Poder Judiciário lançou mão de instrumentos tecnológicos, com a chancela do CNJ, o qual tornou cabível a realização de audiências através de videoconferência. Tal fato foi ratificado com a edição da

Resolução nº 314/2020, que estabeleceu diretrizes gerais para o trabalho remoto de servidores em geral e magistrados, mediante a realização de atos processuais através de meios digitais.

Além da Resolução nº 314/2020, já mencionada, vale destacar que o CNJ também editou a Recomendação nº 62/2020, trazendo a possibilidade da audiência virtual nos casos criminais que envolvem acusados presos e estabelecendo diretrizes de desencarceramento no período, por motivação sanitária.

Com efeito, o fundamento central da proposta se alicerça em alguns preceitos constitucionais, tais como a duração razoável do processo e a celeridade processual. Para os que sustentam essa possibilidade – que chegou a ser ventilada em minuta de Resolução encaminhada com voto de aprovação por parte do Conselheiro Relator, o que conta com o apoio da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) –, o contexto da pandemia em que o país se encontra e o excessivo número de réus presos que aguardam julgamento fazem exsurgir uma situação alarmante, o que legitimaria a adoção, por parte do Poder Judiciário, de medidas extraordinárias (Ato Normativo nº 0004587- 94.2020.2.00.0000 – CNJ).

5 AS GARANTIAS DO SIGILO DAS VOTAÇÕES E DA INCOMUNICABILIDADE DOS JURADOS

A existência da garantia do sigilo das votações reveste-se de natureza defensiva ao próprio jurado, blindando-o contra a violação de seu próprio voto. Com o fito de acautelar a formação livre da convicção dos juízes leigos, repele-se a eclosão de quaisquer origens de constrangimento, defluindo de tal garantia a salvaguarda da formação e da manifestação da sentença (PORTO 2005, p. 49).

Malgrado o sigilo das votações, em tese, permaneça no formato virtual, não há como garantir a incomunicabilidade dos jurados, uma vez que não haverá fiscalização para evitar o contato entre os jurados. Decerto, a determinação legal de incomunicabilidade dos jurados obtempera a vedação de quaisquer manifestações da posição dos juízes leigos, evitando-se a influência aos demais jurados por ocasião da tomada de decisão, devendo ser objeto de advertência “pelo juiz no momento do sorteio para composição do conselho de sentença e [...] certificada pelo oficial de justiça, além de que sua violação acarreta nulidade do julgamento” (VASCONCELOS 2008, p. 133).

Sem que haja um controle acerca da incomunicabilidade dos jurados e do sigilo das votações, sublinha-se que haverá violação ao sistema adotado pelo ordenamento jurídico penal, qual seja o sistema da íntima convicção dos jurados, em que a incomunicabilidade dos jurados e o sigilo traduzem os instrumentos de proteção da livre formação da opinião dos jurados, que não deverão sofrer influência alguma. (LUCINDO 2003, p. 77)

Daniel Bialski afirma ser de difícil verificabilidade o respeito ao princípio em comento, especialmente pelo fato de que não se deve esquecer que a incomunicabilidade significa que “os jurados não podem conversar com outras pessoas sobre o caso, nem debater algo relacionado ao

que foi dito no julgamento”, o que torna praticamente impossível de controle e aferição quando se trata da realização do ato em ambiente virtual (CONJUR 2020, Online).

O fenômeno jurídico, em sua vastidão de complexidades, pode ser compreendido, em algumas de suas definições operacionalmente úteis, a partir de concepções diversificadas, a exemplo do que se pondera sobre a arte e a técnica no direito, duas significações que se entrelaçam de forma bastante contundente quando o assunto é o tribunal do júri (MACIEL 2012, p. 401).

No tribunal do júri – e na atuação diária, de modo geral –, arte e técnica (e ciência) caminham *pari passu*. Entrementes, tem-se, ontologicamente, por ocasião do processo de tomada de decisão por parte dos juízes leigos – jurados –, a prevalência do direito em sua acepção arte, sobretudo pelo fato de essa decisão ser regida pela íntima convicção dos respectivos julgadores, tornando despidianda qualquer fundamentação (OLIVEIRA 2011, p.189).

6 PREJUÍZO AO EXERCÍCIO DA ARGUMENTAÇÃO E O DIREITO À AUTODEFESA

Com efeito, ainda que a tecnologia esteja auxiliando bastante o Poder Judiciário na pandemia, como visto na definição alhures, não se pode perder de vista que o tribunal do júri não só é composto pela técnica processual das partes, mas toda a emoção presenciada pelos jurados, a postura e os gestos corporais exercem influência no momento em espeque, de modo que não se pode olvidar o fato de que os juízes naturais da causa se deixam levar pela voz e pelos demais elementos desse contexto, emanados dos atores processuais (GARAPON 1997, p. 72).

São detalhes que os meios tecnológicos não conseguem captar em sua plenitude, pois há limitações evidentes (MONTEIRO 2015, p. 31). Tal problemática ainda mais se agrava quando envolve réus presos, em que há o direito de presença garantido ao acusado, sob pena de suspensão do julgamento, conforme dispõe a regra do art. 457 do CPP.

As sessões através de videoconferência não garantirão a amplitude da defesa, haja vista a inobservância de variadas questões que obstam a ampla possibilidade de defesa, incluindo o direito de autodefesa, que compreende também o direito de presença.

Aury Lopes também leciona acerca da impossibilidade de interpretação extensiva ou analógica nas formalidades do tribunal do júri, pois as regras trazidas pela CF e pelo CPP asseguram não só a especialidade do júri, mas também as garantias instituídas por este. Para o festejado autor, a sistemática legal do júri “está desenhada nos arts. 406 a 497 do CPP, tendo sido substancialmente alterada pela Lei nº 11.689/2008. A competência do júri é assim muito bem definida no art. 74, § 1º, de forma taxativa e sem admitir analogias ou interpretação extensiva (LOPES 2020, p. 1.243).

As lições de Paulo Rangel também são enfáticas:

No júri, o contato pessoal dos jurados com as testemunhas e o réu é fundamental para que possam ser captadas as reações deste às perguntas que lhe são formuladas. Ademais, a virtualidade do interrogatório do réu lhe retira a possibilidade ter contato presencial com os jurados, que são os juízes naturais da causa (RANGEL 2012, p. 125-127).

Com efeito, evidencia-se que as regras concernentes ao procedimento comum ordinário, no que diz respeito ao interrogatório por videoconferência, não devem ser ampliadas ao procedimento do júri, o qual trata de matéria de maior complexidade e especificidade.

7 INAPLICABILIDADE DAS DISPOSIÇÕES DE VIDEOCONFERÊNCIA PREVISTAS NA LEGISLAÇÃO PROCESSUAL

Repentinamente, assustoso até, a videoconferência entrou na vida profissional dos operadores do Direito como uma das tantas consequências da pandemia da Covid-19. Em verdade, a adaptação de todos no meio jurídico: advogados, juízes, desembargadores e ministros; foi surpreendentemente pacífica. O uso dos recursos eletrônicos em audiências e julgamentos foi naturalizado no dia-a-dia, perdendo assim quaisquer vontades de retomar o antigo "normal". A não ser em uma guerra silenciosa onde a videoconferência tem causado enorme controvérsia e cautela: o Tribunal do Júri.

Devido a Covid-19, julgamentos pelo Tribunal do Júri foram suspensos em todo o país, já que sua prática requer um ambiente fechado com uma grande quantidade de pessoas dentre os quais o réu, o advogado, o promotor, o juiz, os jurados, e possíveis espectadores. Toma-se como consequência disso, a prisão de muitos acusados e mantendo-os mais tempo do que o razoável antes ou depois do julgamento, o que é inaceitável.

O CNJ propôs que a tecnologia seria usada em três únicos momentos: sorteio dos jurados, oitiva do acusado e depoimentos das testemunhas. Logo, será consideravelmente reduzido o número de pessoas no local do julgamento. Portanto, dentre 15 e 25 jurados que iriam ao fórum e sete seriam os sorteados para compor o conselho de sentença, com a videoconferência, apenas nove se deslocarão para o ato. O entusiasmo em razão eventual, para o uso dos recursos tecnológicos de comunicação no Tribunal do Júri não é compartilhado pelos advogados criminalistas. Ao contrário disso, a rejeição à ideia entre eles é quase unânime, a ponto de distintas entidades de classe terem instado manifestações contra a iniciativa do CNJ, dentre elas a Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas (Abracrim), o Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB), o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim) e o Centro de Estudos das Sociedades de Advogados (Cesa).

Cabe ressaltar que a introdução da videoconferência no Tribunal do Júri **só pode ocorrer por lei**, de acordo com nosso ordenamento jurídico, não tendo o CNJ competência para adotar essa medida de modo imperativo.

Diante do reconhecimento de que a plenitude de defesa teria sido prejudicada, existe risco dos pedidos de anulação de julgamentos completos. Pois, ausente o réu no recinto influencia significativamente nas decisões sobre seu futuro. Processualmente, no Tribunal do Júri existe a defesa direta e a defesa indireta. Faz parte da defesa indireta o comportamento do réu durante os dias de julgamento, observar se uma testemunha está nervosa, tremendo ou balançando as pernas. Os jurados observam tudo, e isso tudo é levado em consideração na construção da convicção do conselho de sentença, ou seja, o corpo de jurados."

Destarte, em razão da garantia constitucional concernente à duração razoável do processo e do princípio da presunção de inocência (artigo 5º, LVII e LXXVIII, da CF), as custódias cautelares devem ser revistas, como já determina o artigo 316 do CPP sendo então insustentável via videoconferencia induzindo o processo a um vício. Devem serem mantidas as prisões, por meio de decisão motivada e fundamentada, somente em caso de fundado receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada.

8 CONCLUSÃO

Ao fim desse trabalho, onde se procurou analisar de forma mais aprofundada alguns aspectos do Tribunal Popular do Júri, sobretudo sob a ótica constitucional, foi possível concluir que os princípios constitucionais da soberania dos veredictos, do sigilo das votações e da plenitude de defesa recebem dos intérpretes o prestígio devido, sendo que, na maioria das vezes, faz-se uma inadequada adaptação do texto constitucional às leis ordinárias e não o contrário, o que não deveria acontecer.

Pensa-se que esse desprestígio ocorre em razão de uma forte resistência que o Tribunal do Júri vem sofrendo ultimamente. Fosse a instituição bem aceita pela sociedade e, principalmente pelo meio jurídico, certamente suas linhas estruturais seriam bem mais respeitadas, veneradas, garantindo-se uma interpretação mais condizente com os princípios constitucionais orientadores.

Como vem acontecendo justamente o contrário, ou seja, como o Júri nos últimos tempos não tem sido muito bem aceito, principalmente por grande parte dos juristas, que defendem, inclusive, sua extinção, seus princípios acabam sendo solenemente desprezados, ganhando interpretação superficial, tímida.

O fato é que não tem o intérprete o direito de, por mais que discorde da existência do Tribunal Popular do Júri, considerar suas linhas estruturais de forma tão acanhada, tão restrita. Deve ser entendido, definitivamente, que se trata de uma instituição inserida propositalmente pelo constituinte no âmbito das garantias individuais do cidadão, e, como tal, deve ser celebrado por tantos quantos se consideram democratas

Assim, podemos salientar que a tendência municipalista de segurança pública ganhou mais espaço com a publicação do Estatuto das Guardas Municipais, ressaltando a necessidade de sua criação para o combate à violência atual, para a proteção de bens, serviços e instalações e, principalmente, para a proteção de vidas.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. 2. ed. Tradução Alfredo Bosi. São Paulo: Mestre Jou, 1962. p. 877-878.

BARBOSA, Rui. **O Júri sob todos os aspectos**. apud NUCCI, Guilherme de Souza, op. cit., 1999.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Brasília: Presidência da República, 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em 29 de setembro de 2018.

CÂMARA, Juliana de Azevedo Santa Rosa. **Sistema penal e mídia: breves linhas sobre uma relação conflituosa**. Revista Esmese – Escola Superior da Magistratura de Sergipe, Aracaju/SE, n. 17, 2012. p. 265-289. Disponível em: <<http://www.diario.tjse.jus.br/revistaesmese/revistas/17.pdf>>. Acesso em: 21 de abril de 2022.

GARAPON, Antoine. **Bem julgar: ensaio sobre o ritual judiciário**. Lisboa: Instituto Piaget, 1997, p.72.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **As garantias constitucionais do processo. Novas tendências do direito processual**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. p. 08.

LOPES, Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 1.243.

LUCINDO, Micheline Amorim. **A incomunicabilidade dos jurados no tribunal do júri brasileiro**. Centro Universitário de Brasília (UnICEUB). Disponível em:

<<https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/123456789/265/3/20782626.pdf>>. Acesso em: 21 de abril de 2022.

MACIEL, José Fábio Rodrigues (coord.). **Formação humanística em direito**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARQUES, José Frederico, op. cit., p. 40.

MONTEIRO, Paloma Abreu. **O corpo nos rituais jurídicos: cultura, vestimenta e tatuagem nos tribunais do júri e varas criminais do Rio de Janeiro. Dissertação de mestrado**. Programa de Pós- Graduação Stricto Sensu em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense - PPGDC/UFF, 2015. Disponível em: <<http://ppgdc.sites.uff.br/wp-content/uploads/sites/34/2017/06/O-CORPO-NOS-RITUAIS-JUR%C3%8DDICOS-CULTURA-VESTIMENTA-E-TATUAGEM-NOS-TRIBUNAIS-DO-J%C3%9ARI-E-VARAS-CRIMINAIS-DO-RIO-DE-JANEIRO.pdf>>. Acesso em: 21 de abril de 2022.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Tribunal do Júri**. 6º ed. Forense. Rio de Janeiro, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza, op. cit., 1999. p. 175.

OLIVEIRA, Heitor Moreira de; ATAÍDES, Maria Clara Capel de. Hermenêutica e Direito: **Um olhar fenomenológico da performance**. In: **Anais do IV Congresso de Fenomenologia da Região Centro-Oeste (eixo temático 5: Fenomenologia, arte e cultura)**. Goiânia: NEPEFE/FE-UFG, vol. 1, n.1. 2011. Disponível em

<<https://anaiscongressofenomenologia.fe.ufg.br/up/306/o/ComunHeitorMoreira.pdf>>. Acesso em: 21 de abril de 2022.

PORTO, Hermínio Alberto Marques. **Júri: procedimentos e aspectos do julgamento, questionários**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. São Paulo: Lumen Juris, 2005. p. 458.

RANGEL, Paulo. **Tribunal do júri: visão linguística, histórica, social e jurídica**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 125-127.

STRECK, Lênio. **Tribunal do júri: símbolos e rituais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994. p. 162-163

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, op. cit., 2004. p. 87.

TÁVORA, Nestor. **Curso de Direito Processual Penal**. 11^a ed. Juspodivm. Salvador, 2016.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de; GALÍCIA, Caíque Ribeiro. **Tribunal do júri na justiça criminal brasileira: críticas e propostas de reforma para a restituição de sua função de garantia no processo penal democrático**. In: Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP, Vol. XIII. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/viewFile/11940/9354>>. Acesso em: 21 de abril de 2022.

WHITAKER, Firmino. **Júri**. 6. ed. São Paulo: Saraiva. 1930. p. 145.

A EFETIVIDADE DA TUTELA DA VÍTIMA NOS CRIMES DE PORNOGRAFIA DE VINGANÇA

DIOMEDES REIS DA SILVA FILHO:

Graduando do Curso de Direito do Centro
Universitário Fametro

RESUMO: O avanço tecnológico aliado as mudanças socioculturais nos mecanismos de comunicação e expressão ocasionaram novas formas de violações de direitos, especialmente aos direitos de imagem. Frente a essa nova realidade, o Poder Legislativo procura adequar o ordenamento normativo e judiciário, tornando-o apto a analisar de forma efetiva as modernas demandas sociais. Frente a esse panorama, cabe elencar como representativa modalidade de violação de direitos individuais, o crime de pornografia de vingança, consistindo na publicação e disseminação de imagens - fotos e/ou vídeos - íntimos de terceiro sem seu consentimento. Na situação fática, há a exposição da intimidade do indivíduo, ocasionando consequências imprevisíveis, que podem passar por pequenas inseguranças até mesmo atentados contra a vida. Estas consequências podem atingir patamares extremos haja vista que, no mundo virtual, a informação se propaga com rapidez incontrolável. Os efeitos danosos infringidos às vítimas são imensuráveis, podendo atingir a esfera patrimonial e a extra patrimonial, em particular trazendo danos graves psíquicos à vítima. A autoria dos crimes tanto pode ser conhecida quanto desconhecida, entretanto, na maioria dos casos, trata-se de alguém próximo da vítima, ex companheiros que expõem ex companheiras, após o término de relacionamento motivado por vingança. Concretamente, embora tenha havido avanços na legislação procurando abranger esse novo crime, a mesma ainda tem sido insuficiente. Portanto, a mobilização social através de Organizações não Governamentais- ONGs se mantém ativas através de campanhas que auxiliam as vítimas desse crime, com soluções extrajudiciais, bem como mobilizando a sociedade em busca de novas soluções legais.

PALAVRAS-CHAVE: Direito. Privacidade. Pornografia de Vingança. Crimes Cibernéticos.

ABSTRACT: Technological advances combined with sociocultural changes in communication and expression mechanisms have led to new forms of rights violations, especially image rights. Faced with this new reality, the Legislative Power seeks to adjust the normative and judicial order, making it able to effectively analyze modern social demands. In view of this panorama, it is worth listing as a representative form of violation of individual rights, the crime of revenge pornography, consisting of the publication and dissemination of images - photos and/or videos - of a third party without their consent. In the factual situation, there is exposure of the individual's intimacy, causing unpredictable consequences, which can range from small insecurities to even attacks against life. These consequences can reach extreme levels given that, in the virtual world, information spreads with uncontrollable speed. The harmful effects inflicted on the victims are immeasurable, and can reach the patrimonial and extra-patrimonial sphere, in particular causing serious psychic damage to the victim. The authorship of the crimes can either be known or unknown, however, in most cases, it is someone close to the victim, ex-partners who expose ex-partners after the end of a relationship motivated by revenge. Specifically, although there have been advances in legislation seeking to cover this new crime, it has still been insufficient. Therefore, social mobilization through

Non-Governmental Organizations - NGOs remains active through campaigns that help the victims of this crime, with extrajudicial solutions, as well as mobilizing society in search of new legal solutions.

KEY-WORDS: Right. Privacy. Revenge pornography. Cyber Crimes.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2. Da Pornografia de Vingança. 3. A superexposição da vítima e o alcance do ato criminoso em oposição à intimidade e privacidade do indivíduo. 4. Atual legislação em vigor aplicável ao tema. 5. Conclusão. 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo procura discutir a possibilidade de tutela efetiva da vítima em casos de crimes de pornografia de vingança (que corresponde, sem esgotar as possibilidades, a divulgação de imagens - fotos e/ou vídeos - íntimos de terceiro sem consentimento), onde a privacidade do sujeito sofre exposição ocasionando consequentes transtornos.

O trabalho procura esclarecer o eventual descaso com esse crime, o que acarreta sérios problemas individuais e sociais, haja vista que expor a intimidade alheia sem consentimento pode ocasionar consequências fatais.

Portanto, o estudo em questão objetiva aclarar que, embora os crimes que provocam danos físicos sejam extremamente temidos, urge avançar na salvaguarda, ou seja, compreender que os danos psíquicos ocasionados aos indivíduos podem ser tanto ou mais danosos.

Nesse contexto, o questionamento basilar do estudo é se, nos casos de pornografia de vingança, a tutela da vítima é, de fato, efetiva.

Assim, serão abordadas questões como a exposição da vítima, sua dignidade, o alcance do crime bem como suas consequências, a punição dos criminosos, e eventuais lacunas legais.

A revolução de costumes aliada aos avanços tecnológicos direciona o legislador a busca de adequação do ordenamento jurídico ao contexto social, dessa forma, se torna incumbência primordial do judiciário verificar e atualizar constantemente sua função de acordo com o caso concreto.

As consequências de tal crime vêm se tornando frequentes, indivíduos emocionalmente lesados inclusive ceifando a vida em função dos desdobramentos do crime tratado nesse trabalho e da amplidão alcançada pelo ato criminoso.

São inúmeras e imensuráveis as lesões causadas às vítimas, afetando tanto a esfera patrimonial, quanto e especialmente a extra patrimonial acarretando graves rompimentos psíquicos. Tal situação, no formato virtual, é de certa forma nova havendo pouco preparo jurídico para lidar com a questão. Portanto, questiona-se: Há tutela efetiva da vítima nos crimes de pornografia de vingança? O aparato Estatal ampara os danos causados às vítimas?

Buscando atender esses questionamentos serão analisadas legislações, doutrina e afins acerca do tema.

O primeiro capítulo do trabalho apresenta o conceito e a origem da expressão “pornografia de vingança” assim como as motivações comumente identificadas da prática do ato e ainda as repercussões sociais.

O segundo capítulo demonstra a superexposição a que qual a vítima fica submetida bem como o alcance incomensurável do crime oposto à intimidade e à privacidade do indivíduo.

No terceiro capítulo procura-se apresentar o apanhado legal vigente aplicável ao tema, considerando sua efetividade à tutela da vítima, tanto de forma preventiva quanto repressiva. Explicitando a crueldade da exposição a que a vítima é submetida, e a ameaça real de lesões psíquicas irreversíveis, havendo a necessidade de tutela similar aos danos físicos comuns em outros crimes contra a vida.

Utilizando o método qualitativo e de revisão bibliográfica, aliado ao hipotético-dedutivo, pretende-se analisar diversas hipóteses, questionamentos e afirmações, objetivando, ao final, por meio da argumentação, confirmá-las ou criticá-las de maneira argumentativa. Para tanto, o presente estudo é realizado por meio de abordagem qualitativa, utilizando bibliografia consistente em legislação, doutrina e jurisprudência para alcançar sua conclusão referente a problematização exposta.

Abordando o objeto desta pesquisa jurídica de forma qualitativa, pretende se utilizar bibliografia relacionada, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa.

2. ORIGEM, CONCEITO E REPERCUSSÕES DA PORNOGRAFIA DE VINGANÇA

A revolução de costumes aliada aos avanços tecnológicos acarretou uma peculiar situação de vulnerabilidade dos indivíduos, em virtude da rapidez com que imagens e informações são compartilhadas na internet.

Nesse panorama, vem ocorrendo de forma recorrente a exposição de imagens fotográficas e filmagens íntimas sem o consentimento da parte exposta e, em função da velocidade de compartilhamento, a disseminação das tais, globalmente.

Ressalta-se que existem momentos em que a parte exposta autoriza sim as imagens fotográficas e as filmagens íntimas, porém, em 99% das vezes as devidas autorizações ocorrem em um momento no qual a parte exposta confia no seu/sua companheiro(a), pois existe um vínculo amoroso entre ambos, uma grande intimidade.

O problema nessa ocasião surge a partir do fim desse vínculo, pois automaticamente as filmagens/fotografias não são mais autorizadas, e infelizmente uma das partes não aceitando o término, opta por divulgar as imagens com o objetivo único de obter vingança.

Frente a esse contexto, houve a necessidade de adequação do direito brasileiro e para tanto, foi sancionada a Lei nº 13.718/2018 que altera o Código Penal para que houvesse a criminalização da conduta em questão, com base no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, inviolabilidade da honra e direito à privacidade.

A conduta tipificada foi nomeada como "Pornografia de Vingança", tendo em vista que a vingança representa um dos principais elementos que motivam o autor à prática do crime que consiste na publicação de material virtual íntimo sem consentimento, com o objetivo de expor a vítima perante a sociedade, tendo como palco a internet (em especial nas redes sociais).

O meio como as imagens chegaram ao autor do delito pode variar entre a captura com ou sem consentimento da vítima. Entretanto, a publicação sem consentimento configura o delito mesmo que a vítima tenha consentido na realização das filmagens e/ou capturas de imagens ou até mesmo as enviadas ao autor do crime.

Embora o crime geralmente seja praticado por ex companheiros, também pode ser materializado por terceiros desconhecidos da vítima, em caso de roubos de aparelhos eletrônicos, disponibilização para consertos ou invasão de sistema.

Dessa forma, é válido destacar que embora a nomenclatura, nem sempre o crime ocorre por motivos de vingança. E também, o crime pode ser materializado por diversos atores, entretanto, há predominância no âmbito feminino.

Assim, conforme pesquisa do Fórum Brasileiro de Segurança Pública com o Datafolha, publicada no jornal O GLOBO3, o índice de violência contra a mulher ocorrida via internet cresceu de 1,2% das 1.051 brasileiras entrevistadas em 2017 para 8,2% das 1.092 mulheres que responderam ao questionário no ano de 2019.

Analisando os dados revelados em pesquisa, se torna viável compreender que a prática deste crime vem aumentando, e tem como vítima potencial o público feminino, que, nesse contexto, assume uma vulnerabilidade considerável.

As motivações pra realização da pornografia de vingança são diversas, entretanto, o alvo principal do autor do crime é exposição da vítima ao constrangimento social e familiar. Existem situações onde ex companheiros (as), com rancor pelo fim do relacionamento, publicam conteúdos íntimos como forma de vingança. Existem situações em que um terceiro, de alguma forma, se depara com a mídia e compartilha por inconsequência ou maldade e, ocorrem também contextos em que o autor, conhece a vítima sem manter com ela um relacionamento estabelecido, entretanto, divulga imagens para constrangê-la.

Essa modalidade de "vingança" nada tem nada de nova, mas, com a dinâmica das redes sociais, obteve contornos de alcance e publicidade inéditos e, por isso, maior capacidade de causar lesão drástica às vítimas e, muitas das vezes, irreparáveis, apesar de o direito ao recebimento de indenização.

Enfim, as motivações são inúmeras e não seria viável, por esse meio, elencá-los. Haja vista que as motivações humanas são incógnitas, existindo um universo infinito de obscuridades.

Portanto, o Estado deve constantemente batalhar pela atualização de sua salvaguarda pela pessoa de forma preventiva e ou repressiva, em busca de soluções eficazes evitando, especialmente esse crime e ainda oportunizando a devida assistência às vítimas.

3. A DIMENSÃO DA EXPOSIÇÃO DO CRIME EM OPOSIÇÃO À INTIMIDADE E A PRIVACIDADE DO INDIVÍDUO.

A tecnologia avançou muito rapidamente e com isso a sociedade digital está estabelecida, sendo informações e imagens compartilhadas através de diversos aparelhos em velocidade extremamente rápida. Computadores e smartphones interligados fazem com que conteúdos se disseminem globalmente em instantes. Dessa forma, nesse contexto, a exposição individual passa a ser vista comofato comum no âmbito social.

Assim, em um universo social em que o privado fica confundido com o público e aplicativos digitais tornam-se corrente mundial, se torna um desafio compreender o limite de exposição do outro.

Entretanto, privacidade, intimidade, honra e imagem, no Brasil, são valores protegidos e garantidos pelo artigo 5º, X, da Constituição Federal da República de 1988, segundo o qual:

“X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.” 5

Dessa forma, mesmo que atualmente haja uma crescente onda de compartilhamento de diversos momentos da vida individual em suas redes sociais e aplicativos, é essencial atentar para ocorrências de abuso que ultrapassem a liberdade de expressão e invadam o contexto privado alheio.

Publicações indevidas podem gerar abusos ou até mesmo crimes, considerando que as informações disseminadas em “rede” são mantidas, após o compartilhamento de uma imagem, uma gravação, o conteúdo pode ser espalhado de forma global e nunca mais ser deletado em definitivo.

Ainda, considerando a velocidade e alcance qualquer sujeito pode ter tido acesso ao conteúdo e salvo a publicação, tendo acesso infinito ao mesmo, o repassando e realizando um ciclo infinito.

Nesse panorama, levando em consideração amplitude de acesso à internet e, em especial, aos aplicativos, o alcance do conteúdo divulgado e do crime cometido é imenso.

Após a publicação do conteúdo, mesmo que seja retirado de forma integral da internet, todos os indivíduos que já tenham tido acesso à publicação, continuam tendo, razão pela qual torna-se quase impraticável controlar depois de divulgar na “rede”.

Sobre a amplitude de materialização do crime pode se dar de diversas formas: o criminoso pode divulgar, sem consentimento, imagens e/ou vídeos íntimos da vítima de forma direta ou em associação com o conteúdo pornográfico, ainda com informações de contato com a vítima, potencializando a exposição e a lesão.

Tal exposição ocasiona graves prejuízos por vezes não reparáveis, lesando de forma grave o direito à intimidade e a dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais garantidos pelo Constituição Federal de 1988 em seus artigos 5º, X e 1º, III.

“X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.” 5

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III - a dignidade da pessoa humana;

O crime acontece no virtual, mas as lesões ocorrem no material, de forma real e concreta, em casos de suicídios, demissões, distanciamento afetivo e familiar, desenvolvimento de distúrbios psíquicos e dificuldades em se relacionar novamente. Pode ocorrer inclusive a necessidade de mudanças de domicílio e localização haja vista as repercussões e estigma imposto a sua existência.

Cabe salientar que em pesquisa realizada pela Organização EndRevengePorn em 2014, relativa a crimes virtuais foi destacado que as vítimas em crimes de pornografia de vingança, 90% eram mulheres, o que deixa evidente que este ato é praticado de forma predominante contra o gênero feminino.

Dessa forma, diante de uma sociedade patriarcal, as exposições, a humilhação, além de inúmeros sentimentos tendem a ser vivenciados como grande peso por meninas que apresentam enorme dificuldade de administrar tal situação. Diante do crime passam a desenvolver lesões psicológicas, que podem levar a pensamentos suicidas.

Conforme pesquisas da Campanha “End Revenge Porn” em 90% dos casos de revenge porn são mulheres, e 51% das sobreviventes (ou seja, que não cometeram suicídio) da pornografia de vingança tiveram pensamentos suicidas¹⁰.

Exemplificando o exposto a pesquisa relata que o crime corresponde a uma forma duradoura de abuso sexual, sendo que algumas respostas emocionais à pornografia de vingança são similares às respostas que ocorrem em pessoas que sofreram violência sexual.

Não é possível negar a superexposição a qual as vítimas são expostas, o imenso alcance do conteúdo divulgado sem consentimento, e ainda a quase impossível eliminação total de danos após a efetiva divulgação das informações.

Bem como a inegável lesão que fere de forma direta os direitos fundamentais como intimidade e privacidade salvaguardados pela Carta Magna de 1988, motivo pelo qual a devida atenção e efetividade devem ser garantidas na tutela das vítimas.

4. UMA ANÁLISE ACERCA DA EFETIVIDADE DA ATUAL LEGISLAÇÃO EM VIGOR APLICÁVEL AO TEMA

O estudo a seguir contempla uma análise sobre as implicações decorrentes do crime de pornografia de vingança para a saúde e a vida social dos vitimados. De acordo com o estudo realizado, resta à evidência da crueldade e à exposição preocupantes a que essas mulheres (já que em sua quase totalidade este ato é praticado visando o sexo feminino) são submetidas.

Tal como evidenciado, os prejuízos são diversos: desde a perda do emprego, passando pela rejeição da família e pela marginalização social até os sérios distúrbios psicológicos que, em casos não muito extremos, podem inclusive conduzir ao suicídio.

Assim sendo, o crime de pornografia de vingança constitui-se em uma violação dos direitos que são garantidos e protegidos pela constituição, como por exemplo, o direito à privacidade, o direito a intimidade, a honra e a imagem, conforme o artigo quinto, inciso X, da Constituição Federal do Brasil de 1988, que assegura:

“X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.” 13

É necessário ressaltar que a popularização dos afamados nudes (material de cunho íntimo alvo de troca entre parceiros) e o mundo globalizado constituem-se em um conjunto assustadoramente fantástico para a contribuição do aumento do número de casos de mulheres vitimadas pela divulgação na internet de vídeos e/ou fotos íntimas sem sua autorização e de forma premeditada.

Ademais, o avanço da tecnologia, a velocidade incrível com que os conteúdos conseguem ser distribuídos e as facilidades oferecidas pelo universo virtual da atualidade acabam por fazer com que o material exposto ganhe um alcance cada vez mais exponencial.

Dessa maneira, consideram-se fatores como o fácil compartilhamento digital, a extrema velocidade de difusão dos vídeos e/ou fotos, assim como a imprevisibilidade das consequências, que muito provavelmente sejam de vulto catastrófico, resultantes do ato criminoso, pode-se presumir que o resguardo da vítima do crime de pornografia de vingança seja efetivo e que exista pronta atuação da legislação nestes casos de forma rígida e com resposta preventiva e repressiva.

Acontece que, enquanto inúmeros países mundo a fora, como Israel (2014), por exemplo, que já tipificava o crime de pornografia de vingança e davam condenação aos autores desse crime, no Brasil, até 2018, inexistia a tipificação com especificidade para o crime de pornografia de vingança, sem existir, inclusive, uma legislação penal que fosse capaz de acolher as vítimas desse crime e dar punição adequada aos seus autores.

Dentro deste contexto, até então as vítimas poderiam solicitar em seu favor alguns dispositivos legais como a Constituição Federal, reclamando danos morais por violação do seu nome, da sua imagem, da sua honra e da sua privacidade, que são direitos assegurados através do inciso X do artigo quinto da Constituição Federal do Brasil de 1988, e também pela violação a dignidade humana, que é um direito assegurado no artigo primeiro, da Magna Carta de acordo com o já exposto.

Para, além disso, dependendo-se da situação, ainda poderiam invocar o artigo 140 (crime contra a honra), o 147 (ameaça), ou o 158 (extorsão), contemplados todos no Código Penal Brasileiro.

Entretanto, os crimes de pornografia de vingança não poderiam, em sua totalidade, ser enquadrados através desses dispositivos, com exceção daqueles que também configurem estes crimes (além da pornografia de vingança).

Conta-se ainda com a Lei Maria da Penha (Lei número 11.340/2006) 16 além do Estatuto da Criança e do Adolescente, mas, de forma igual, apenas os crimes que tenham uma relação específica com o conteúdo destas Leis e não somente a divulgação sem autorização de vídeos e/ou fotos íntimas.

Também existe a Lei número 12.737/2012, reconhecida como Lei Carolina Dieckmann (atriz vítima de compartilhamento de fotos íntimas na internet), porém, o teor dessa Lei não é específico a respeito do crime de pornografia de vingança já que não engloba a difusão do conteúdo em si, mas sim a invasão de equipamentos de informática.

Sendo assim, apesar da chegada da referida Lei em 2012, permanecia o Brasil órfão de uma efetiva e específica tutela, o que representava uma certa tranquilidade aos autores dos crimes de pornografia de vingança para praticarem as divulgações desprovidos de medo.

Simultaneamente, ficavam as vítimas cada vez mais amedrontadas e inconformadas, tendo que suportar além do trauma causado, a angústia de conviver com a impunidade do agressor.

Contando com este panorama, somente em 07 de agosto de 2018 que, finalmente, foi aprovado no Congresso Nacional o projeto de Lei número 618/2015, que dá origem a Lei número 13.718, que fora sancionada em 24 de setembro de 2018 e que fez a tipificação expressa do crime de pornografia de vingança e adicionou o novo artigo 218-C no Código Penal Brasileiro, que versa:

“Art. 218-C. Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, vender ou expor à venda, distribuir, publicar ou divulgar, por qualquer meio – inclusive por meio de comunicação de massa ou sistema de informática ou telemática, –

fotografia, vídeo ou outro registro audiovisual que contenha cena de estupro de vulnerável ou que faça apologia ou induza a sua prática, ou, sem o consentimento da vítima, cena de sexo, nudez ou pornografia: Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o fato não constitui crime mais grave.”

A citada Lei contém ao total quatro artigos, e modifica o Decreto-Lei número 2.848 de 07 de dezembro de 1940 do Código Penal, transformando pública condicionada a natureza da ação penal dos crimes cometidos contra a liberdade sexual e dos crimes sexuais, e ainda, revogando o Decreto – Lei número 3.688, datado de 03 de outubro de 1941, Lei das Contravenções Penais.

Dessa maneira, o crime de pornografia de vingança recebeu uma tipificação específica somente em 2018, demonstrando assim que o Estado possui uma preocupação maior com os crimes que produzem danos físicos do que com aqueles que geram efeitos psíquicos na vítima.

Entretanto, podem ser os danos psicológicos, em algumas situações, infinitamente mais prejudiciais que os danos físicos. Visto que, um ser com sua saúde emocional abalada geralmente vive em estado de sofrimento intenso e ainda, em não raras vezes, atentar contra sua própria vida e/ou a vida de outras pessoas.

Por este motivo, são merecedores de grande destaque e de uma tutela efetiva os crimes que venham afetar o estado psicológico e emocional do ser humano, contrário ao que se nota ser feito na prática pelo Estado.

É importante ainda expressar que, apesar de existir atualmente uma Lei típica específica para o crime de pornografia de vingança, se observa que a legislação não dá solução ainda para alguns problemas uma solução.

É possível mencionar, como exemplificação, o fato de inexistir regulamentação para a permanência de material indevido na internet e, embora o Marco Civil da Internet (Lei número 12.965/2014) 23 assegurar, no artigo 21, regulamentação para a retirada de alguns conteúdos, não estabelece definitivamente um prazo para tal retirada.

Art. 21. O provedor de aplicações de internet que disponibilize conteúdo gerado por terceiros será responsabilizado subsidiariamente pela violação da intimidade decorrente da divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado quando, após o recebimento de notificação pelo participante ou seu representante legal, deixar de promover, de forma diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, a indisponibilização desse conteúdo.

Também estas situações não são contempladas na Lei número 13.718/2018, criando dessa forma uma lacuna que dá margem para inúmeras dúvidas e algumas interpretações que são divergentes pelo judiciário no momento do julgamento.

Além do mais, inexistem em lei específica menções a um auxílio profissional psicológico às vítimas, assim como uma forma de reestruturar as suas vidas depois de terem sofrido com as consequências avassaladoras da divulgação indevida de seus conteúdos íntimos na internet.

Da mesma forma, inexistem políticas públicas que sejam eficientes e que abranjam de maneira eficaz a prevenção do ato ilícito, o que seria de fato essencial, visto que, como mencionado anteriormente, após o compartilhamento dos vídeos e/ou fotos, torna-se praticamente impossível que este conteúdo seja extirpado integralmente sem que este cause à vítima nenhum tipo de dano.

Sendo assim, nos resta com clareza que, embora já tenham ocorrido avanços na tipificação específica através da Lei número 13.718/2018, se tem ainda um imenso caminho para ser percorrido na intenção de que a tutela da vítima seja efetiva de fato.

5. CONCLUSÃO

Em concordância com o conteúdo apresentado no transcurso deste estudo, se pode concluir com imensa clareza o tamanho da gravidade das lesões ocasionadas nas vítimas pelos crimes de pornografia de vingança.

O avanço do uso da internet na sociedade atual trouxe consigo diversos benefícios para os usuários de boa-fé, como a facilidade para buscar novas informações, conhecimentos, oportunidades de emprego e também a própria comunicação.

No entanto, tal avanço também dá margem para criminosos abusarem da facilidade do acesso à intimidade, tirando proveito do constrangimento das vítimas por meio da rede mundial de computadores, sendo dificultoso para o sistema penal brasileiro processar e julgar tais casos.

Por esse motivo, são merecedores, os mesmos, de tutela efetiva e relevante destaque no ordenamento jurídico nacional.

Entretanto, tal evidência não representa motivo suficiente para o judiciário brasileiro que ainda permanece em estado de relativa inércia frente à ocorrência de tamanho dano e aos seus inúmeros desdobramentos na sociedade civil.

Também foi documentado que, muito embora exista desde o ano de 2018, uma legislação tipificada especificamente para tratar desse do crime de pornografia de vingança, a mesma necessita de soluções para a problemática aqui elencada.

Apresenta significativo destaque a contundente predominância do gênero feminino entre as vítimas como um claro reflexo do patriarcado da desigualdade de gênero, do aviltante machismo, da exploração nojenta da sexualidade feminina, e da objetificação da mulher.

De uma forma bastante evidente o crime de pornografia de vingança confirma a presença, de forma bastante enraizada, dos condicionamentos acima elencados na sociedade brasileira e a urgente e necessária erradicação plena dos mesmos.

Portanto, diante do aqui exposto, apresenta-se como essencial prevenir e reprimir de forma efetiva o crime de pornografia de vingança.

Também, é necessário que se faça a estruturação de uma rede de apoio às vítimas do crime de pornografia de vingança, havendo extremada relevância na necessidade de se implementar medidas estatais que oportunizem um auxílio no sentido da retomada da vida particular, social e profissional da vítima, colaborando de forma efetiva na superação do trauma e minimizando os danos ocorridos.

Observa-se que a implementação de maneiras que objetivem diminuir os danos ocasionados às vítimas e proteger pessoas vulneráveis são urgentes na sociedade contemporânea.

Pontua-se que a globalização trouxe uma alteração na maneira como as relações interpessoais e sociais se estabelecem bem como a percepção de questões que são relevantes como o direito à imagem, o direito à honra, em um cenário em que o público e o privado parecem não ter uma divisão que seja claramente visível.

Portanto, identificar diferentes maneiras de apresentação e cometimento de crimes, atende às necessidades contemporâneas.

Ademais, é importante destacar o anseio por uma modificação e evidente melhoria nas relações humanas, quando indivíduos possam entender e exercitar os limites da privacidade dos indivíduos.

Dessa forma, espera-se que a sociedade, o Poder Legislativo e o Judiciário visualizem tal crime, como vários outros crimes que afetam a saúde física e psíquica dos seres humanos, merecendo ser conduzido com a mesma seriedade e severidade que crimes que geram danos físicos.

Que sejam ainda desenvolvidos muitos mais mecanismos com o objetivo de assegurar uma proteção no universo virtual que garanta à tecnologia a possibilidade de ser, cada vez mais e melhor, utilizada em benefício dos cidadãos e não contra eles.

Para finalizar, é nosso desejo através deste estudo, que a sociedade encontre uma maneira de sentir-se sempre mais segura e que cada vez mais aconteça a criação e a colocação em prática de políticas públicas com a finalidade de fazer os indivíduos entenderem que a evolução tecnológica precisa ser utilizada com fins benéficos e não pode, em hipótese alguma, ser usada com o objetivo de causar malefício às pessoas.

6. REFERÊNCIAS

ARRAES, Bruno; CARVALHO, Marcela Melo de. Suicídio e pornografia de vingança. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/58248/suicidio-e-pornografia-de-vinganca>>. Acesso em: 01 out. 2022.

BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 nov 2022

_____. Código Penal Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 03 nov 2022

_____. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 03 nov 2022.

_____. Lei 11.340/2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 03 nov 2022

_____. Lei 12.737/2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12737.htm>. Acesso em: 03 nov 2022.

_____. Lei 12.965/2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 04 nov 2022.

_____. Lei nº 13.718/2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13718.htm>. Acesso em: 20 nov 2022.

BREGINSKI, Katrin Abdalla. Pornografia de vingança: o que é isso? Disponível em: <<https://direitofamiliar.jusbrasil.com.br/artigos/597009198/pornografia-de-vinganca-o-que-eisso>>. Acesso em: 01 nov 2022

CARVALHO, Grasielle Borges Vieira de; SALGADO, Ana Letícia Santiago Reis;

SANTIAGO, Brunna Rabelo. Pornografia da Vingança: uma morte em vida – reflexões e desafios no Brasil. Disponível em: <<https://eventos.set.edu.br/index.php/semesq/article/view/4363/1410>>. Acesso em: 20 nov 2022.

CYBER CIVIL RIGHTS INICIATIVE: Statistics. Disponível em: <<https://www.cybercivilrights.org/wp-content/uploads/2014/12/RPStatistics.pdf>>. Acesso em: 20 nov 2022

EHRENKRANZ, Melanie. Precisamos estudar os efeitos do pornô de vingança na saúde mental. Disponível em: <<https://gizmodo.uol.com.br/porno-de-vinganca-saude-mental/>>. Acesso em: 20 nov 2022.

FERREIRA, Paula. Perseguição. Pornografia de vingança. Ofensa sexual. A violência contra a mulher cresce nas redes. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/sociedade/celina/perseguiacao-pornografia-de-vinganca-ofensa-sexual-violencia-contra-mulher-cresce-nas-redes-23506835>>. Acesso em: 02 nov 2022

LIMA, Geraldo Alves; SILVA, Paula Cinthia de Oliveira. Pornografia de Vingança: uma descrição da Lei 13.718/2018. Disponível em: <<https://meuartigo.brasilecola.uol.com.br/direito/pornografia-vinganca-uma-descricao-lei-13718-2018.htm>>. Acesso em: 05 nov 2022.

ASSÉDIO VIRTUAL E SUAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS

MELISSA CAROLINA OLIVEIRA DA SILVA:
Graduanda em Direito pela Faculdade
Metropolitana de Manaus-FAMETRO.

DARIO AMAURI LOPES DE ALMEIDA⁵

(orientador)

RESUMO: O ato de importunar alguém insistentemente a ponto de causar-lhe dano psicológico, moral, social ou mesmo físico, mais comumente definido como assédio, possui diversas conotações, que variam de acordo com a intenção presente na conduta apresentada contra a vítima. Duas formas comuns dessa prática ofensiva à dignidade da pessoa humana compreendem o assédio moral e o assédio sexual, ambas potencializadas pelo advento da globalização e pela evolução das comunicações. Com o avançar das mídias sociais e da tecnologia, os praticantes desses atos invasivos encontraram um novo modo de promover suas investidas, contando, principalmente, com a ausência de uma legislação específica que englobe todas as conjunturas possíveis nesse meio e com a proteção do anonimato. Com isso, pessoas são perseguidas, reputações são arruinadas, psicológicos são abalados e saúdes são prejudicadas. Sendo assim, o presente estudo tem por objetivo apresentar o crime de assédio virtual e suas consequências jurídicas. Para tanto, optou-se por realização de pesquisa qualitativa, de cunho bibliográfico e documental, baseada em estudos correlatos e na análise de documentos oficiais pertinentes à temática, incluindo posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais relevantes para a devida problematização do tema. Como resultado, evidencia-se que os crimes que acontecem na esfera virtual, tanto para a doutrina quanto para a jurisprudência, se equivalem aos crimes que acontecem na vida “real” e, portanto, estão sujeitos às mesmas penalidades contidas na legislação vigente, embora ainda demandem a criação de novos tipos penais para prevenção e punição destas condutas.

PALAVRAS-CHAVE: Assédio virtual. Tipificação. Consequências jurídicas.

ABSTRACT: The act of persistently harassing someone to the point of causing them psychological, moral, social or even physical harm, more commonly defined as harassment, has several connotations, which vary according to the intention present in the conduct presented against the victim. Two common forms of this offensive practice to the dignity of the human person include moral harassment and sexual harassment, both potentiated by the advent of globalization and by the evolution of communications. With the advance of social media and technology, the perpetrators of these invasive acts have found a new way to promote their attacks, relying mainly on the absence of specific legislation that encompasses all possible situations in this environment and on the protection of anonymity. As a result, people are persecuted, reputations are ruined,

psychological damage is done, and health is damaged. Therefore, this study aims to present the crime of virtual harassment and its legal consequences. To do so, we opted for a qualitative, bibliographical and documental research, based on correlated studies and on the analysis of official documents pertinent to the theme, including doctrinal and jurisprudential positions that are relevant to the problematization of the theme. As a result, it is evident that the crimes that happen in the virtual sphere, both for the doctrine and the jurisprudence, are equivalent to the crimes that happen in "real" life and, therefore, are subject to the same penalties contained in the current legislation, although they still require the creation of new criminal types for the prevention and punishment of such conducts.

KEYWORDS: Virtual harassment. Typification. Legal Consequences.

1 INTRODUÇÃO

Com a evolução das comunicações e o advento das redes sociais, fomentados pela globalização, algumas condutas ilícitas migraram do meio físico para o meio virtual, facilitadas pela ausência de uma legislação específica que coíba esses atos e pelo manto de proteção do anonimato que permeia esse ambiente. Uma dessas práticas perniciosas inclui o assédio virtual, termo que abrange uma série de ações que vão desde à perseguição, à importunação e à intimidação até à exposição de fotos/vídeos íntimos de uma pessoa, dentre tantas outras.

Tais práticas tem se propagado a cada dia, de modo que a análise contínua essas modalidades criminosas derivadas do uso desmedido e indevido da internet bem como suas penalizações, se torna fundamental para trazer novos esclarecimentos e discussões que ajudem as vítimas a se resguardarem. Além disso, espera-se estar contribuindo para a discussão que antepara a criação de eventuais leis, considerando que, até então, não existe uma regulamentação específica no nosso ordenamento jurídico que trate dos crimes de assédio no mundo virtual.

Portanto, o presente estudo tem por objetivo apresentar o assédio virtual e suas determinantes, descrevendo suas variações e os dispositivos legais existentes no ordenamento jurídico brasileiro passíveis de serem acionados pelas vítimas desse tipo de conduta. Para tanto, se utilizou de pesquisa documental, mediante a análise das principais leis vigentes no Brasil que podem ser relacionadas às hipóteses classificadas como assédio virtual, como de pesquisa bibliográfica, doutrinária e jurisprudencial, materializada ante a apreciação de posicionamentos e entendimentos publicados na literatura especializada.

2 UMA ANÁLISE DO ASSÉDIO VIRTUAL E SUAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS

2.1 Contextualizando o objeto de estudo: definições terminológicas acerca do assédio virtual e suas classificações e suas variações

Conforme consta no Dicionário Aurélio, o assédio consiste no ato de "insistir com pedidos ou propostas; importunar alguém para que esta pessoa faça alguma coisa; tentar possuir algo pela insistência [...]" (FERREIRA, 2010, p. 250). O termo, portanto, sugere a insistência inconveniente, persistente e duradoura em relação a alguém.

Já na concepção de Vólia Bomfim Cassar (2012 p. 912), assédio é “o termo utilizado para designar toda conduta que cause constrangimento psicológico ou físico à pessoa, a qual pode ser de cunho moral ou sexual”. Na mesma esteira, Sérgio Pinto Martins, ensina que assediar significa “importunar, molestar, aborrecer, incomodar, perseguir com insistência inoportuna. Assédio quer dizer cerco, limitação” (MARTINS, 2008, p. 434).

Depreende-se, assim, que o ato de assediar alguém está relacionado a uma conduta ilícita de importunação que cause desconforto físico ou psicológico à vítima, de forma reiterada, podendo se dar na esfera da moralidade ou da personalidade da pessoa, ofendendo-lhe a honra, a dignidade e a liberdade.

Quando tal conduta se consolida por meio da utilização das tecnologias da informação, configura-se o que se chama de assédio virtual, conforme aduzimos das definições trazidas pela Comissão Permanente de Orientação e Prevenção contra o Assédio Moral – COPAMS:

O Assédio Virtual configura-se quando um indivíduo ou grupo de pessoas utiliza a tecnologia digital (internet), objetivando ofender, hostilizar, importunar, intimidar ou perseguir alguém/grupo de indivíduos através da prática de comentários sexuais (artigos 215, 215 a, 216 a e 216 b do Código Penal), pejorativos, divulgação de dados, informações pessoais e a propagação de discursos de ódio feitos na internet (COPAMS, 2020, p. 20).

Assim, entende-se que o assédio virtual está relacionado ao uso das tecnologias da informação para ofender, hostilizar, importunar, intimidar ou perseguir alguém, ou um grupo, seja por meio de comentários sexuais ou da divulgação de informações pessoais e da propagação de discursos de ódio.

O que torna o assédio virtual tão grave é que, por conta com o alcance das redes sociais e da velocidade da disseminação de informações, os danos à personalidade, à psiquê e à saúde da vítima podem ser irreparáveis. Diferentemente do assédio sofrido presencialmente, em que os expectadores são poucos, no caso do assédio virtual, essa situação acaba sendo presenciada por inúmeras pessoas, muitas vezes destruindo imagens e arruinando reputações, além dos mais diversos prejuízos emocionais, sociais e financeiros que recaem sobre as vítimas (NASCIMENTO, 2011).

Além disso, nos casos de assédio ocorridos na esfera presencial, torna-se relativamente mais simples identificar o agente causador de tal conduta, bem como reunir provas e comprovar sua autoria. No mundo virtual, porém, torna-se muito mais difícil identificar a origem do assédio e, conseqüentemente, punir o culpado. Geralmente, quando isso ocorre, já foram produzidos danos suficientes para desestruturar a vítima. Isso porque, uma vez que uma imagem é divulgada nas mídias, é praticamente impossível restringir sua visualização, visto que *prints* são tirados e enviados massivamente via correntes no WhatsApp ou Facebook, por exemplo e, mesmo que esse compartilhamento seja crime, abafar esse rastro de destruição é bastante inviável e o caos rapidamente se instaura (NASCIMENTO, 2011).

Assim, ao mesmo tempo que facilitaram as relações sociais e as produções comerciais, possibilitando às pessoas maior conectividade e acesso à transmissão e recebimento de informações, as tecnologias da informação abriram um novo campo para a prática de condutas ilícitas, facilitando os casos de assédio moral e importunação sexual.

De acordo com o *Guia de Combate à Violência Online Contra a mulher – Um Chamado por Proteção*, da Organização dos Estados Americanos (OEA), o assédio virtual pode ser qualificado em diferentes categorias:

1. *Cyberbullying*: dano proposital e repetido infligido através do uso de computadores, celulares e outros dispositivos eletrônicos;
2. *Cyberstalking*: envolve usar meios eletrônicos para perseguir a vítima, e geralmente se refere a um padrão de ameaças ou comportamentos maliciosos;
3. *Cyber mobs*: grupos postam conteúdo ofensivo/ destrutivo online, muitas vezes competindo com outros grupos, com a intenção de envergonhar alguém;
4. *Doxing*: recolher e publicar, muitas vezes através de *hacking*, as informações pessoais de uma pessoa, incluindo, entre outros, nomes completos, endereços, números de telefone, e-mails, nome de cônjuge e de filhos, detalhes financeiros;
5. Roubo de identidade: ocorre quando os dados pessoais de uma pessoa são usados de maneira fraudulenta por outra pessoa;
6. Pornografia de vingança ou Pornografia não-consensual: divulgação de imagens com conteúdo sexual de indivíduos sem o seu consentimento. Inclui imagens/vídeos que foram adquiridos com ou sem consentimento (OEA, 2019, p. 8-9).

Verifica-se, assim, a existência de formas distintas de se praticar o assédio no meio virtual, que incluem desde a perseguição e a divulgação de informações pessoais, até o uso dos dados de uma pessoa para praticar golpes e a divulgação de imagens de conteúdo sexual sem o consentimento da vítima.

O *cyberbullying*, como bem define Pamplona Filho (2021), é o assédio praticado indiretamente por meios virtuais – com a utilização de sites de relacionamento, grupos de mensagem, plataformas eletrônicas, Instagram, WhatsApp, Facebook, Twitter e até por videoconferência e sistemas operacionais internos da empregadora. É uma das mais nefastas formas de assédio por sua capacidade de multiplicar os agressores sob o véu da “normalidade e aceitabilidade social” e disseminar uma cultura de assédio e desprezo coletivo, a ponto de consumir a habilidade de autoproteção das vítimas, que passam a se considerar merecedoras do assédio.

O *cyberbullying* encontra definição na legislação brasileira, na Lei Nº 13.185, de 6 de novembro de 2015 e está relacionado à prática de ato de violência física ou psicológica, intencional e repetitivo, sem motivação evidente, que ocorre no âmbito virtual e atinge diretamente a honra da pessoa ou do grupo alvo dessa ação (BRASIL, 2015).

Por sua vez, o *cyberstalking*, assim como o *cyberbullying* também encontra definição no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Lei Nº 14.132/2021, que descreve como crime a perseguição reiterada através da internet, que ameaça a integridade física e psicológica de alguém, interferindo em sua liberdade e privacidade (BRASIL, 2021). Antes da referida lei, a prática era enquadrada apenas como contravenção penal dada pelo Decreto-Lei Nº 3.688, de 3 de outubro de 1941, que previa o crime de perturbação da tranquilidade alheia, punível com prisão de 15 dias a 2 meses e multa.

Em seguida, o outro tipo de assédio virtual mencionado pela OEA é o que se chama de *cyber mobs*. Assim como o *cyberbullying*, trata-se de um tipo assédio virtual, porém distingue-se deste primeiro por envolver uma grande mobilização de pessoas (geralmente, anônimas), com a mesma finalidade de difamar, constranger, humilhar ou isolar alguém (SOUZA, 2019; FERNANDES, 2021).

Já o *doxing*, vem da expressão em inglês "*dropping dox*" e deriva de uma palavra de hacker para "documentos" que se tornou "docs" e assim "dox" – ou seja, rastreamento de documentos. É conhecido como um ataque on-line no qual hackers (ou "doxxers") utilizam informações pessoais e documentos para expor as identidades de pessoas que desejam permanecer anônimas ou não desejam a exposição (VILELA, 2020).

Enquanto isso, a quinta modalidade descrita pela OEA, por estar atrelada a um contexto de violência contra a mulher, requer uma pausa para maiores esclarecimentos. Nesses termos, a pornografia de vingança, nas palavras de Rocha, Pedrinha e Oliveira, pode ser entendida da seguinte forma:

A pornografia de vingança é espécie do gênero exposição pornográfica não consentida, devendo investigar-se, para sua configuração, a motivação que leva à divulgação não autorizada. Haverá o contexto de revanche ou vingança se a intenção na disseminação do material, sem o consentimento do parceiro, for a exposição da vítima, sujeitando-a a linchamento moral, causando-lhe reveses sociais e emocionais, por meio da rápida viralização do conteúdo (ROCHA; PEDRINHA; OLIVEIRA, 2019, p. 179).

Assim, a pornografia de vingança ocorre quando um dos parceiros exerce a violência simbólica de expor a intimidade do outro na internet, tendo por objetivo principal infringir grande dano emocional à vítima e produzir estragos à sua reputação, imagem e honra, com a divulgação desse conteúdo.

Embora a pornografia de vingança também atinja elementos do gênero masculino, sua incidência é comprovadamente maior entre a parcela feminina da população, conforme nos revelam os dados da Organização Não Governamental (ONG) Safernet, que auxilia vítimas e monitora violações dos direitos humanos na internet, juntamente com a Polícia Federal e com o Ministério Público Federal. De acordo com os índices apresentados em 2021, as denúncias recebidas envolvendo *cyberbullying* e pornografia de vingança despontaram como um importante obstáculo no combate ao crime no meio virtual. Do total de 35057 denúncias, 3.053 (8,7%) envolviam casos de exposição íntima e 2.734 (7,7%), casos de *cyberbullying* (SAFERNET, 2022).

A Safernet também traçou o perfil das vítimas que entraram em contato com pedidos de ajuda via chat ou e-mail. No ano de 2021, das 273 pessoas que entraram em contato solicitando auxílio na resolução de questões envolvendo pornografia de vingança, 183 eram mulheres e 90 eram homens. Ou seja, a porcentagem de mulheres que são vítimas desse tipo de crime chega a ser mais que o dobro da porcentagem dos homens (SAFERNET, 2022).

Essas estatísticas sugerem que a exposição não consentida de material íntimo e, em consequência, a pornografia de revanche se conectam intimamente com as diferenças de gênero presentes na sociedade enquanto resultado de uma cultura machista e patriarcal enraizada que promove a objetificação do corpo da mulher, que ainda é vista por muitos como propriedade do homem. Nas palavras de Rocha, Pedrinha e Oliveira:

Nesse cenário, quando a mulher se insurge contra o sistema patriarcal, por conduta que desatenda aos comportamentos que dela se esperam, inclusive o de romper um relacionamento afetivo ou exercer sua sexualidade livremente, o ambiente social admite uma forma de puni-la pelo suposto desvio, mediante o uso da violência. Na pornografia de revanche, tal violência consiste na publicação de material íntimo com ausência de consentimento (ROCHA; PEDRINHA; OLIVEIRA, 2019, p. 180).

Dessa forma, a pornografia de revanche pode ser entendida como um mecanismo de controle, repressão e punição daquela mulher que ousou terminar um relacionamento ou que deixou de corresponder às investidas do assediador. Se aproveitando do alcance da internet e da velocidade com que propaga uma informação, muitos ex-parceiros inconformados e reativos engendram verdadeiras perseguições para destruir a reputação daquelas que lhes promoveram a rejeição ou lhe ofenderam a honra.

Conscientes de que a sexualidade e a nudez feminina são constantemente reprimidas pela sociedade, esses sujeitos divulgam fotos e imagens sexuais de sua ex-companheira, a fim de causar-lhe humilhação, rejeição e discriminação (AZEREDO; CARLOS; WENDT, 2016). Como resultado, as consequências desses atos são gravíssimas, incluindo sofrimento emocional, diminuição da autoestima, prejuízo ao pleno desenvolvimento, angústia, medo, tristeza, raiva, ansiedade, estresse, dores de cabeça e de estômago, distúrbios do sono e do apetite, humilhação e culpa. Ademais, quando não impele suas vítimas a mudanças acentuadas em sua rotina, pode chegar às raias do suicídio (SILVA; PINHEIRO, 2017).

Na pornografia de vingança, a honra da vítima é atingida e com isso, muitas mulheres se afastam do trabalho, da família, têm sua saúde mental arrasada. Podemos considerar a questão da lesão corporal, já que as vítimas acabam sofrendo de problemas psíquicos (SILVA; PINHEIRO, 2017).

Percebe-se, com isso, que os danos são inimagináveis, atingindo a vítima em múltiplas dimensões, especialmente no que se refere às suas conformações psicológicas, gerando transtornos como ansiedade, medo, estresse, raiva e angústia, a ponto de comprometer a esfera física, por meio da somatização em dores de cabeça e de estômago, alterações de apetite e oscilações no padrão do sono. Dependendo do nível em que se dá a exposição e o assédio, a vítima pode chegar, inclusive, a atentar contra a própria vida.

Desse exposto é possível traçar um paralelo com a lei de proteção à mulher, conhecida como Lei Maria da Penha, nos termos do que preconiza seu art. 4º: “Na interpretação desta Lei, serão considerados os fins sociais a que ela se destina e, especialmente, as condições peculiares das mulheres em situação de violência doméstica e familiar” (BRASIL, 2006, p. 02).

Isso significa que sempre que for constatada uma situação de violência doméstica e familiar contra a mulher, existe a possibilidade de aplicabilidade de suas determinações legais no contexto apresentado, a fim de serem atingidos os fins sociais para os quais ela se destina, nos moldes delineados em sua ementa. Nesse sentido, a norma deve ser interpretada de modo a garantir à mulher a mais ampla proteção contra os atos de violência contra ela praticados, de modo a garantir a fruição de seus direitos humanos. Contudo, vale lembrar que esse dispositivo somente se enquadra quando cumpridos os pré-requisitos da lei acima mencionados; quando se tratar de assédio virtual que não se encontre amparado pela lei de proteção à mulher, a Lei Maria da Pena não se aplica.

Por fim, mas não menos importante, vale apresentar o conceito de “sextorsão”, modalidade de assédio caracterizada mediante a ameaça de divulgação de “nudes” – nome popular para fotos eróticas pessoais enviadas pela internet ante a expectativa de receber uma compensação financeira para não o fazer. Essa é uma modalidade que tem afetado principalmente as mulheres, mas que difere da pornografia de revanche por conta de sua conotação. Enquanto a pornografia de revanche pode estar associada à violência contra a mulher, decorrente de um rompimento conturbado, a sextorsão envolve a invasão e a captação de dados sem que exista qualquer espécie de vínculo, seja afetivo ou social.

Um caso famoso dessa modalidade de assédio foi vivenciado pela atriz Carolina Dieckman em maio de 2012, quando esta teve seu computador invadido por um hacker, que exigiu determinada quantia para não divulgar o material obtido. Como não teve sua petição atendida, as fotos da atriz foram liberadas na internet e rapidamente viralizaram nas redes sociais.

O caso teve grande repercussão na mídia nacional que motivou a aprovação da Lei Nº 12.737, de 30 de novembro de 2012, também conhecida como “Lei Carolina Dieckman”, que veio alterar os artigos 154, incluindo os artigos 154A e 154B, como também 266 e 298, todos do Código

Penal. Com o advento da referida lei, entre outras coisas, passou a ser tipificada criminalmente a pornografia não consentida, com pena variando de seis meses a dois anos de prisão.

Enfim, são essas as principais formas de assédio facilitadas pelo uso das tecnologias da informação e que ocorrem apenas nesse meio. Porém, importa mencionar que além das modalidades de assédio tipicamente virtuais, existe ainda a migração do assédio moral e do assédio virtual do mundo físico para o mundo cibernético.

Pamplona Filho e Sabino, por exemplo, chamam a atenção para a manifestação do uso das redes sociais como extensão do assédio moral trabalhista:

No ambiente laboral é comum que o assédio digital ocorra inadvertidamente, sem intenção, em razão da informalidade própria das comunicações virtuais. Não raro, reuniões em videoconferência expõem funcionários a humilhação pública, perante demais colegas e até clientes. Do mesmo modo, a excessiva e reiterada troca de mensagens via WhatsApp e em horários fora do horário comercial pode configurar apropriação indevida da vida privada do funcionário pela empresa e violação do seu direito à desconexão, caracterizando o assédio virtual (PAMPLONA FILHO; SABINO, 2021, p. 08).

Compreende-se, assim, que o envio reiterado de mensagens via WhatsApp e em horários fora do horário comercial caracterizado pelos autores como uma forma de assédio virtual, tendo em vista a importunação indevida por parte da empresa e apropriação do tempo livre do funcionário, invadindo sua vida privada.

Ainda segundo os autores, apesar de as inovações tecnológicas e informacionais haverem transformado a sociedade e a organização do trabalho, permitindo o aumento da produção e da qualidade dos produtos e serviços, não necessariamente melhoraram as condições do trabalhador. Em suas palavras:

As inovações tecnológicas e informacionais transformaram a sociedade e a organização do trabalho. Por meio da robótica e da informática, tornaram-se possíveis o aumento da produção e a melhoria da qualidade dos produtos e serviços. A nova organização laboral, todavia, conquanto tenha ampliado a produtividade, não melhorou necessariamente as condições de trabalho. Os trabalhadores submetidos a acelerados ritmos sofrem cada vez mais com o estresse, com o controle do método de trabalho e com o comprometimento das relações interpessoais (SANTOS; PAMPLONA FILHO, 2021, p. 06).

Logo, embora a tecnologia tenha permitido avanços na produtividade e na redução de custos, essa melhoria não repercutiu nas condições laborais do trabalhador. Pelo contrário, os trabalhadores estão cada vez mais expostos a cobranças em relação à produtividade e aos controles do método de trabalho, chegando extremo de comprometer suas relações interpessoais.

Na mesma linha, nos leciona Sérgio Pinto Martins:

Diante da globalização, da automação, da competitividade dos produtos para poderem ser vendidos no mercado, o empregado está sujeito a produzir mais, com mais qualidade, a ser cobrado por metas, resultados, etc. Em razão da maior tensão que passa a existir no ambiente de trabalho, surgem as doenças do trabalho e também o assédio moral (MARTINS, 2012, p. 33).

Percebe-se, assim, que com o avanço da globalização e das redes sociais, potencializaram-se os atos relativos ao assédio moral, possibilitando novas formas de cerco e controle dos trabalhadores. O assédio que, antes, era mais restrito à forma presencial, passou a ocorrer de forma virtual. Graças à fragilidade da lei e ao escudo do anonimado, muitos assediadores têm encontrado na internet a forma ideal de molestar suas vítimas, se utilizando de perfis falsos para intimidar a pessoa e viralizar informações falsas, que coloquem em risco a sua reputação e a sua dignidade.

Sobre o assunto, Pamplona Filho e Sabino relatam que:

Não raro, reuniões em videoconferência expõem funcionários a humilhação pública, perante demais colegas e até clientes. Do mesmo modo, a excessiva e reiterada troca de mensagens via Whatsapp e em horários fora do horário comercial pode configurar apropriação indevida da vida privada do funcionário pela empresa e violação do seu direito à desconexão, caracterizando o assédio virtual (PAMPLONA FILHO; SABINO, 2021, p. 06).

Nesses termos, os autores classificam como assédio virtual algumas condutas que são praticadas no contexto das tecnologias virtuais, mas que nada mais são que um prolongamento do assédio moral que se manifesta na relação entre empregador e empregado, incluindo o ato de importunar o trabalhador fora do horário de expediente.

Esse quadro se tornou ainda mais acentuado após a chegada da pandemia da COVID-19, em inícios de 2020. Por conta das medidas de isolamento social, a grande maioria das atividades comerciais passaram a ser realizadas virtualmente, como meio de controle à exposição do vírus e, com isso, perdeu-se em muito a noção de horário comercial e respeito à individualidade do trabalhador (PAMPLONA FILHO; SABINO, 2021).

A pandemia também é considerada por muitos estudiosos uma responsável direta pelo aumento da realização de outros tipos de assédio cometidos via internet, dentre eles, o assédio sexual que encontra tipificação no art. 216-A do Código Penal:

Art. 216-A. Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função. Pena – detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos. Parágrafo único.

(VETADO) § 2º A pena é aumentada em até um terço se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos (BRASIL, 1940, p. 47).

Considerando o dispositivo, cumpre esclarecer que, para haver a ocorrência do crime, deve primeiramente ser praticada uma conduta que constranja a vítima, a fim de atingir o objetivo do agente, qual seja, se favorecer, obter algum proveito de cunho sexual. Também é possível aferir do dispositivo que para que o crime de assédio sexual seja caracterizado, não é necessário que o agente de fato obtenha o proveito que almeja (GRECO, 2017).

Segundo Greco (2017, p. 302-303) “são dados essenciais para a configuração do crime, de modo que sem ele, a ação praticada cairia na atipicidade, ou desclassificada para outra figura típica”. Além disso, é necessário destacar que a infração penal só ocorre em relações nas quais há vínculo de superioridade hierárquica ou ascendência, presentes no exercício de cargo, emprego ou função, de modo que todas as relações alheias a tais condições não podem ser punidas como tal (MASSON, 2014; GRECO, 2017).

Diante desse exposto, resta evidente que muitas são as hipóteses do uso indevido e maléfico da internet e seus recursos, incidindo em condutas que, seja de forma dolosa seja de forma inconsciente, acabam por atingir suas vítimas em múltiplas dimensões. Sendo assim, torna-se bastante oportuno apresentar os dispositivos legais vigentes que podem ser acionados em defesa das vítimas desses ataques.

3. LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E O ASSÉDIO VIRTUAL

Até o presente momento não existe, na legislação brasileira vigente, tipificação penal específica voltada para o assédio virtual, de modo que, para ter seus direitos observados, as vítimas precisam se apoiar em outros dispositivos legais. O principal desses dispositivos é a própria Carta Magna de 1998, considerando que a República Federativa do Brasil tem como fundamento: a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho (art. 1º, III e IV), além de assegurado o direito à saúde, ao trabalho e à honra (art. 5º, X, e 6º) (BRASIL, 1988). Sendo assim, nos casos em que o assédio virtual que se apresentar como uma extensão do assédio moral ou do assédio sexual, esses dispositivos podem ser empregados em prol da vítima, assim como outros dispositivos de natureza infraconstitucional.

Nessa senda, além da Constituição existem outros mecanismos passíveis de serem empregados nos casos de assédio virtual. O Código Penal Brasileiro, de 1940, por exemplo, pode ser acionado sempre que o assédio virtual (*cyberbullying*) sofrido envolver Calúnia/ Difamação/ Injúria, crimes estes relacionados a honra da pessoa tipificados nos artigos 138, 139 e 140 do CPB: “Art. 138 – Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime: (...) Art. 139 – Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação: (...) Art. 140 – Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro: (...)”. Mesmo ocorrendo via internet a calúnia, difamação e injúria possuem os mesmos requisitos de uma situação presencial, de modo que cabe à vítima levar o fato a autoridades competentes (BRASIL, 1940).

Em seguida, tem-se o Código Civil, de 2002, que assegura 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, p. 99). Isso significa que aquele que incidir em conduta delitiva que incorra em dano a outrem tem a obrigação de ressarcir-lo por tal dano, incidindo, assim, na responsabilização civil em favor da vítima.

Existem ainda, outros dispositivos complementares à legislação constitucional, quais sejam: 1) a Lei Carolina Dieckman, de 2012; 2) o Marco Regulatório da Internet, de 2014, que dispõe sobre o uso da internet no Brasil; 3) a Lei Nº 13.185/2015, que dispõe sobre o *cyberbullying*; 4) a Lei Nº 13.718, de 24 de setembro de 2018, que versa sobre a importunação sexual e divulgação de cenas de sexo/estupro; 5) a Lei Nº 13.709/2018, também conhecida como Lei de Proteção de Dados; e, por fim, 6) a Lei Nº 14.132, de 2021, que incluiu o artigo 147 do Código Penal, criminalizando a conduta de perseguição, conhecida popularmente pelo seu termo em inglês *stalking*.

O primeiro deles, a Lei Federal Nº 12.737/12, mais conhecida como Lei Carolina Dieckmann, conforme descrito anteriormente neste estudo, foi elaborada exclusivamente para punir delitos ocorridos em meios eletrônicos e informáticos decorrentes da invasão de um dispositivo (BRASIL, 2012). Porém, apesar de relevante para acender a discussão sobre os crimes informáticos, possui pena branda e alcance (típico) restrito.

Já o Marco Regulatório da Internet, dado pela Lei Nº 12.965, de 23 de abril de 2014, estabelece os princípios, as garantias, os direitos e os deveres para o uso da Internet no Brasil. Dentre os princípios trazidos no art. 3º do referido diploma legal, importa citar os seguintes: a proteção da privacidade (inciso II); proteção dos dados pessoais, na forma da lei (inciso III) e a responsabilização dos agentes de acordo com suas atividades, nos termos da lei (inciso VI) (BRASIL, 2014). Isso significa que o uso das redes deve estar pautado em princípios que protegem os dados pessoais do usuário, prevendo-se a responsabilização daqueles que incorrerem contra a lei.

Esse dispositivo traz, ainda, em seu art. 7º, a garantia aos seguintes direitos: a inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (inciso I); a inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial (inciso III); e o não fornecimento a terceiros de seus dados pessoais, inclusive registros de conexão, e de acesso a aplicações de internet, salvo mediante consentimento livre, expresso e informado ou nas hipóteses previstas em lei (inciso VII) (BRASIL, 2014). Além disso, o art. 8º estabelece que “A garantia do direito à privacidade e à liberdade de expressão nas comunicações é condição para o pleno exercício do direito de acesso à internet” (BRASIL, 2014, p. 03).

Percebe-se, assim, que a Lei Nº 12.965/2014 buscou deixar assegurados os princípios que regulam o uso da internet no Brasil, incluindo o princípio da proteção da privacidade e dos dados pessoais, bem como proteger direitos e garantias dos usuários de internet, no artigo 7º, mediante a inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações e inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial.

Outro importante dispositivo a ser considerado nos casos de assédio virtual é a Lei Nº 13.185/2015, que dispõe sobre o *cyberbullying*, caracterizado logo em seu art. 1º mediante o seguinte teor:

§ 1º No contexto e para os fins desta Lei, considera-se intimidação sistemática (*bullying*) todo ato de violência física ou psicológica, intencional e repetitivo que ocorre sem motivação evidente, praticado por indivíduo ou grupo, contra uma ou mais pessoas, com o objetivo de intimidá-la ou agredi-la, causando dor e angústia à vítima, em uma relação de desequilíbrio de poder entre as partes envolvidas (BRASIL, 2015, p. 01).

Destarte, este instrumento institui em seu artigo primeiro o conceito de intimidação sistemática (*bullying*) como todo ato de violência física e psicológica, de caráter repetitivo e intencional, praticado de forma individual ou coletiva, com o objetivo de causar sofrimento à vítima, se valendo de uma relação de desequilíbrio entre as partes.

Mais adiante, em seu artigo segundo, o referido dispositivo enumera as condutas classificadas como bullying:

- I - ataques físicos;
- II - insultos pessoais;
- III - comentários sistemáticos e apelidos pejorativos;
- IV - **ameaças por quaisquer meios;**
- V - grafites depreciativos;
- VI - expressões preconceituosas;
- VII - isolamento social consciente e premeditado;
- VIII - pilhérias.

Parágrafo único. Há intimidação sistemática na rede mundial de computadores (*cyberbullying*), quando se usarem os instrumentos que lhe são próprios para depreciar, incitar a violência, adulterar fotos e dados pessoais com o intuito de criar meios de constrangimento psicossocial.

(BRASIL, 2015, p. 01, grifo nosso)

Portanto, entende-se como bullying uma série de ações que vão desde a ameaça física aos insultos pessoais, às ameaças e isolamento social, até o uso de expressões preconceituosas e vexatórias que, quando ocorrem no mundo virtual, recebem o nome de *cyberbullying*.

Sobre o assunto, a referida lei esclarece, ainda, em seu art. 3º que o *bullying* pode ser classificado como virtual quando as ações praticadas envolverem o uso da internet para "depreciar, enviar mensagens intrusivas da intimidade, enviar ou adulterar fotos e dados pessoais que resultem em sofrimento ou com o intuito de criar meios de constrangimento psicológico e social (BRASIL, 2015, p. 02). Assim, em termos gerais, o processo de cyberbullying pode ser compreendido como um tipo específico de bullying que ocorre através de instrumentos tecnológicos e, sobretudo, telefones celulares e internet.

Por sua vez, a Lei Nº 13.709/2018, também conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, tanto por pessoa física quanto por pessoa jurídica. Tem por objetivo a proteção dos "direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural" (BRASIL, 2018, p. 01).

Dentre seus sete fundamentos, a LGPD apresenta os seguintes: a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem (art. 2º, inciso IV) e os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais (art. 2º, inciso VII) (BRASIL, 2018). Trata-se, portanto, de um importante recurso contra o *doxing*.

Outro avanço importante no combate ao assédio no mundo virtual surgiu com a publicação da Lei Nº 13.718, de 24 de setembro de 2018, que alterou o Código Penal Brasileiro, mediante a seguinte redação:

Divulgação de cena de estupro ou de cena de estupro de vulnerável, de cena de sexo ou de pornografia

Art. 218-C. Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, vender ou expor à venda, distribuir, publicar ou divulgar, por qualquer meio - inclusive por meio de comunicação de massa ou sistema de informática ou telemática -, fotografia, vídeo ou outro registro audiovisual que contenha cena de estupro ou de estupro de vulnerável ou que faça apologia ou induza a sua prática, ou, sem o consentimento da vítima, cena de sexo, nudez ou pornografia:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o fato não constitui crime mais grave.

Aumento de pena

§ 1º A pena é aumentada de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços) se o crime é praticado por agente que mantém ou tenha mantido relação íntima de afeto com a vítima ou com o fim de vingança ou humilhação (BRASIL, 2018, p. 01, grifo nosso).

Assim, a aludida lei, que foi introduzida no ordenamento jurídico pátrio a fim regular os crimes de importunação sexual e de divulgação de cena de sexo ou estupro, traz a pornografia de

vingança no §1º do art. 218-C, prevendo aumento de 1/3 até 2/3 da pena para os casos nos quais o criminoso tenha mantido relação íntima com a vítima ou tenha usado a divulgação para humilhá-la.

Antes dessa lei, a prática da pornografia de vingança normalmente era enquadrada pelos tribunais brasileiros como crime de difamação ou injúria, previstos respectivamente nos artigos 139 e 140 do Código Penal, ou, ainda, crime de ameaça, constante do artigo 147 da mesma legislação. Também havia certa divergência doutrinária e jurisprudencial acerca da aplicação da Lei Maria da Penha.

Ademais, quando o crime é praticado contra crianças e adolescentes, podem ser aplicadas as determinações contidas nos artigos 240 a 241-E do Estatuto da Criança e do Adolescente, que consideram crime grave – além de outras condutas – a divulgação de fotos, vídeos ou imagens de crianças ou adolescentes em situação pornográfica ou de sexo explícito.

Finalmente, tem-se a Lei Nº 14.132, de 2021, destinada a tipificar como o crime a perseguição reiterada e por qualquer meio, que ameaça a integridade física e psicológica de alguém, restringindo-lhe a capacidade de locomoção ou perturbando-lhe a esfera de liberdade ou privacidade (BRASIL, 2021). Prevê como penalidade a reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, agravada em metade da pena se praticada contra criança, adolescente ou idoso ou, ainda, se praticada contra mulher nos termos do § 2º-A do art. 121 do CP. Ou seja, quando envolver violência doméstica e familiar e/ou o menosprezo ou discriminação à condição de mulher (BRASIL, 2021).

Sendo assim, tal qual a pornografia de revanche, o assédio à mulher, nos moldes das definições trazidas no art. 121 do Código Penal, seja por qualquer meio, incluindo o virtual, incide em criminalização penal, sujeita à representação, conforme previsto no §3º do art. 147-C.

3.2 O princípio da proporcionalidade nos crimes de assédio virtual

Por muito tempo, em decorrência da ausência de previsão legislativa específica, a prática da pornografia de vingança esteve enquadrada pelos tribunais brasileiros como crime de difamação ou injúria, previstos respectivamente nos artigos 139 e 140 do Código Penal, ou, ainda, crime de ameaça, constante do artigo 147 da mesma legislação.

Contudo, é preciso destacar que os crimes de injúria e difamação tutelam, respectivamente, a honra subjetiva e a honra objetiva, ao passo que na pornografia da vingança o que se viola efetivamente é a privacidade e a intimidade da mulher. Desse modo, ao aplicar-se somente o disposto nos artigos supracitados do CP, verifica-se um equívoco quanto ao bem jurídico tutelado e a desproporcionalidade das sanções atribuídas.

Nesse sentido, Guimarães e Dresch nos lecionam que:

Ainda que se tenha, na doutrina e jurisprudência, a afirmação da caracterização de ilícitos de naturezas diversas – penal e civil – na conduta de divulgação não consentida de sons e imagens da intimidade da mulher,

as sanções impostas aos agressores, quando determinadas judicialmente, é branda e desproporcional à magnitude da lesão (GUIMARÃES; DRESCH, 2014, p. 6).

Logo, certos entendimentos proferidos nas decisões jurisprudenciais e discutidos na doutrina no que se refere à divulgação não consentida de sons e imagens da intimidade da mulher e às sanções impostas, acabam se revelando brandas e desproporcionais à gravidade dos danos sofridos.

Julgados como o transcrito abaixo, reconhecem a gravidade dos danos causados à vítima em algumas decisões, embora não se faça uma correlação com a violência de gênero, prevista na Lei Maria da Penha. Nesse sentido, observe-se outra decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. EXPOSIÇÃO DE FOTO ÍNTIMA EM REDE SOCIAL SEM AUTORIZAÇÃO [...] DANO MORAL IN RE IPSA [...] Dano moral caracterizado. Ato Página | 254 EXPOSIÇÃO QUE FERE, PERCEPÇÃO QUE MATA: A URGÊNCIA DE UMA ABORDAGEM PSICOSOCIOJURÍDICA [...] REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO – UFPR | CURITIBA, VOL. 62, N. 3, SET./DEZ. 2017 | P. 243-265 **ilícito indenizável consistente na exposição sem autorização de foto íntima em rede social de grande porte, sendo impossível precisar o tamanho da exposição sofrida pela autora. Dano da espécie *in re ipsa*. Dispensada a comprovação efetiva do dano, sendo suficiente a comprovação do ato ilícito e nexa de causalidade [...].** (Grifo nosso). BRASIL. TJRS. Apelação Cível Nº 70052257532. Relator: Iris Helena Medeiros Nogueira. Julgado em 12/12/2012).

Em outros casos percebe-se, lamentavelmente, que conceitos machistas e patriarcais introjetados e naturalizados, inclusive nos julgadores, concorrem para a interpretação de que a vítima colaborou com a prática do ato, sendo, portanto, considerada corresponsável por suas consequências, o que interfere diretamente na arbitragem dos danos morais, como se pode observar em decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

APELAÇÃO CÍVEL – CORPO FEMININO - FOTOS DE PARTES ÍNTIMAS – DIVULGAÇÃO PELA INTERNET - AUTORIA INCERTA – DANOS MORAIS - DEVER DE INDENIZAR - PARTICIPAÇÃO EFETIVA DA VÍTIMA – INDENIZAÇÃO DIMINUÍDA. - As fotos em posições ginecológicas que exibem a mais absoluta intimidade da mulher não são sensuais. Têm definição mais amarga. - A postura de quem fragiliza o conceito de moral pode autorizar avaliação condizente com essa postura. - Havendo dúvidas quanto a origem da divulgação de fotos tiradas por webcam não se pode fixar um culpado. - **Vítima que participa de forma efetiva e preponderante para a consumação do fato tem de ser levado em consideração na fixação da**

condenação (grifo nosso). (BRASIL. TJMG. 16ª Câmara Cível. Apelação Cível Nº 1.0701.09.250262-7/001. Relator: José Marcos Rodrigues Vieira. Julgado em 23/07/2015).

Dessa forma, percebe-se que tem-se atribuído à vítima a corresponsabilidade pela violência sofrida, de modo que nem mesmo as decisões jurídicas escapam dos conceitos machistas e de estereótipos culturais que permeiam as questões de gênero, vigentes socialmente, o que explica a transposição iatrogênica e tecnicamente hipossuficiente de julgamentos morais e não éticos e/ou bioéticos para o direito.

Assim, em um quantitativo substancial de casos, apesar da percepção em torno dos gravíssimos danos causados à vítima, os tribunais continuam tipificando a pornografia de vingança meramente como crime contra a honra, especialmente como injúria e difamação comuns, desconectando-a de sua configuração clara de violência de gênero, em geral, intrafamiliar (SILVA; PINHEIRO, p. 254).

Sobre o assunto Stoco e Bach declaram que:

Há que se considerar, porém, que referido tratamento dado pelos Tribunais não parece tutelar o adequado bem jurídico. Os crimes de injúria e difamação tutelam, respectivamente, a honra subjetiva e a honra objetiva. Contudo, na pornografia de vingança o que se viola efetivamente é a privacidade e a intimidade (feminina, regra geral). O fato de dizer que esse tipo de crime infringe a honra, aliás, não deixa de ser de um pré (e errôneo) julgamento da mulher pela atitude de ser fotografada intimamente (STOCO; BACH, 2017, p. 684).

Isso significa que, ao considerar a pornografia de revanche como crimes de injúria e difamação que tutelam, respectivamente, a honra subjetiva e a honra objetiva, aplicando as sanções que lhes são atribuíveis, acabam efetuando um pré-julgamento e uma espécie de punição da mulher pela atitude de ser fotografada intimamente, ao deixar de punir de forma apropriada o agente causador do crime.

Nesses casos, há a possibilidade de acordo e renúncia ao direito de queixa ou de representação, demonstrando mais uma vez a fragilidade desse sistema punitivo ante a magnitude do delito considerado, tendo em vista a desproporção dos danos causados à mulher e a efetiva proteção dela, pois a ação penal depende exclusivamente de representação da ofendida, não abrangendo, além disso, acompanhamento multidisciplinar dela ou do agressor.

Muito embora a matéria seja recente e ainda careça de interpretação mais refinada e uníssona por grande parte dos tribunais do País, o enquadramento da pornografia de vingança apenas como crime contra a honra ou ilícito cível gerador da obrigação de indenizar, desconectado da violência de gênero que a caracteriza, tem sido a tendência predominante nos tribunais superiores e em alguns tribunais estaduais, conforme se pode observar no seguinte julgado:

APELAÇÃO CÍVEL. RECURSO ADESIVO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. EXPOSIÇÃO DE FOTOS ÍNTIMAS NA INTERNET. OFENSA À INTIMIDADE E PRIVACIDADE. DANO À IMAGEM CONFIGURADO. VERBA INDENIZATÓRIA MAJORADA. [...] Ainda que a autora tenha ingenuamente confiado em seu então namorado, deixando-se fotografar em posições eróticas, houve quebra de confiança da parte do réu, que divulgou as imagens por motivo de vingança, conduta esta que está a merecer firme reprovação ética e jurídica. [...]. BRASIL. TJRS. Apelação Cível Nº 70065184418, Nona Câmara Cível. Relator: Eugênio Facchini Neto. Julgado em 26/08/2015).

Evidencia-se, destarte, certa tendência ao entendimento majoritário no sentido de condenação do agressor ao pagamento de danos morais, sem que seja considerado o que dispõe a Lei Maria da Penha. Ou seja, identifica-se a noção da gravidade dos danos causados à vítima em algumas decisões, embora não se faça uma correlação com a violência de gênero.

Emerge, assim, diante desse cenário, a ressaltar a necessidade de a sanção ser, primeiramente, proporcional ao dano gerado pelo crime cometido, garantindo que a pena esteja de acordo com esse dano, conforme prevê o Princípio da Proporcionalidade assegurado pela Constituição Federal de 1988. Tendo isso em mente, muitos doutrinadores e juristas entendem que a pornografia de vingança se encaixa nos moldes Lei Maria da Penha, de 2006, conforme preconiza seu artigo 5º, inciso III:

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual **ou psicológico** e dano moral ou patrimonial:

(...)

III - em **qualquer relação íntima de afeto**, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, **independentemente de coabitação** (BRASIL, 2006, p. 02, grifo nosso).

Verifica-se, assim, que não são somente as relações de cunho familiar/doméstico que estão amparadas pela lei em questão, mas também as relações íntimas de afeto, em que tenha havido um convívio íntimo entre vítima e agressor, mesmo que estes não tenham dividido a mesma residência. Logo, essa determinação também deve ser associada aos casos de assédio virtual, sempre que uma vítima for alvo de uma exposição de sua intimidade, sem o devido consentimento, como punição ou vingança por parte do ex-parceiro ou ex-*affair*. Como bem observa o inciso III do artigo supracitado, basta a comprovação de um vínculo afetivo, sem que seja necessária a coabitação para a definição desse vínculo.

Consequentemente, por envolver a existência de uma relação íntima de afeto e se caracterizar como uma forma de violência psicológica, alguns tribunais também costumam associar

as previsões contidas no art. 5º ao disposto no art. previstas na Lei Maria da Penha, com base no disposto artigo 7º, em que há a previsão de cinco espécies de violência, com destaque para o inciso II, que trata da “violência psicológica”, que muitas vezes pode ocorrer na modalidade virtual. Portanto, a Lei Maria da Penha se apresentaria como um dos dispositivos legais do nosso ordenamento passível de ser aplicado em casos de assédio virtual (STOCO; BACH, 2017).

Assim, observa-se que, nos casos de pornografia de vingança, são relacionadas várias condutas agressivas, entre as quais: violência psicológica (lesão à saúde), violência patrimonial (necessidade de trocar de endereço e emprego, além do custeamento de tratamentos médicos, psicológicos e honorários advocatícios) e violência moral (injúria e difamação), não obstante o entendimento superficial e supressor da magnitude da dor causada por esse tipo de delito, presente na prática cotidiana de tribunais e delegacias.

Consequentemente, sendo a mulher vítima de pornografia de vingança poderá requerer as medidas protetivas de urgência previstas no artigo 22 da legislação apontada, para fazer com que o ato cesse, ou, ainda, diminua seus efeitos. Em conformidade com que preconiza Dias (2015, p. 263), “as medidas de proteção têm por objetivo proteger a mulher em situação de violência, em caso de risco iminente à sua integridade psicológica e física”.

Em seu turno, no que tange à sextorsão, Cunha (2017), entende que tal conduta admite adequação típica plural, podendo a conduta ser enquadrada em três diferentes tipos penais – com penas significativamente distintas: a) existindo a exigência de dinheiro ou de vantagem patrimonial, caracteriza-se o crime de extorsão, previsto no artigo 158 do Código Penal; b) inexistindo a exigência de dinheiro e sim de vantagem sexual, configura-se o crime de estupro, tentado ou consumado, previsto no artigo 213 do Código Penal; e c) inexistindo exigência de dinheiro ou de vantagem sexual, obrigando a vítima a fazer algo que a lei não lhe exige, pode-se estar diante do delito de constrangimento ilegal, previsto no artigo 146 do Código Penal.

Uma vez que o crime de sextorsão envolve o constrangimento constituído pela grave ameaça e a finalidade do agente em obter indevida vantagem por meio da divulgação criminosa de fotos e vídeos íntimos da vítima, é possível a aplicação do artigo 158 do Código Penal, que possui pena de quatro a dez anos e multa. A pena prevista é elevada, em comparação a outros definições, demonstrando que a legislação atual consegue penalizar de forma satisfatória este crime (também) na modalidade virtual.

3 CONCLUSÃO

A Internet é um espaço que suprimiu inúmeras barreiras sociais e espaciais do mundo físico, aproximando pessoas de diferentes lugares e facilitando a comunicação, interação e o acesso à informação. Contudo, como qualquer outra evolução, esse avanço da internet também apresenta aspectos negativos, de modo que, nos últimos anos, diversos tipos de tipos de violência - *cyberbullying*, *cyberstalking*, *cyber mobs*, passaram a ser cometidas no mundo virtual.

Englobados na definição de assédio virtual, dão origem a um fenômeno que pode acarretar sérios prejuízos sociais, emocionais e cognitivos aos envolvidos, principalmente pelo seu

caráter atemporal e pela magnitude de seu alcance, atingindo bens jurídicos tutelados pelo Estado, como o direito à dignidade humana e à liberdade.

Contudo, embora seja um mal comum no mundo contemporâneo, ainda não existe no ordenamento jurídico brasileiro, uma lei específica que contemple todos as hipóteses de assédio virtual, incluindo suas tipificações e penalidades. Desse modo, para que os direitos e garantias constitucionalmente assegurados sejam plenamente observados, a alternativa jurídica é mobilizar os dispositivos encontrados no ordenamento jurídico brasileiro para no sentido de coibir o comportamento do agressor e oferecer acolhimento às vítimas.

Dentre eles, o principal é a Constituição Federal de 1988, Lei Máxima de nosso país, seguido do Código Penal e do Código Civil e de legislações complementares como a Lei Carolina Dieckman, o Marco Regulatório da Internet, a Lei Geral de Proteção de Dados, a Lei Nº 14.132/21, que inseriu no Código Penal denominado crime de perseguição e a Lei Nº 13.718/2018, que definiu como crime a pornografia de vingança.

4 REFERÊNCIAS

BRASIL. **Decreto-Lei Nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del2848compilado.htm. Acesso em: 16 nov. 2022.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 16 nov. 2022.

BRASIL. **Lei Nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 16 nov. 2022.

BRASIL. **Lei Nº 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 02 nov. 2022.

BRASIL. **Lei Nº 12.737, de 30 de novembro de 2012**. Dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; e dá outras providências Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12737.htm. Acesso em: 17 nov. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Nona Câmara Cível. **Apelação Cível nº 70052257532**. Relator: Iris Helena Medeiros Nogueira. Julgado em 12/12/2012. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-rs/112439279>. Acesso em: 12 nov. 2022.

BRASIL. **Lei Nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 11 nov. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. 16ª Câmara Cível. **Apelação Cível nº 1.0701.09.250262-7/001**. Relator: José Marcos Rodrigues Vieira. Julgado em 23/07/2015. Disponível em: http://www.truzzi.com.br/blog/wp-content/uploads/2014/07/Juris_Revenge-Porn_TJMG_culpa-concorrente-vitima.pdf. Acesso em: 16 nov. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Nona Câmara Cível. **Apelação Cível Nº 70065184418**. Relator: Eugênio Facchini Neto. Julgado em 26/08/2015. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-rs/112439279> . Acesso em: 06 nov. 2022.

BRASIL. **Lei Nº 13.185, de 06 de novembro de 2015**. Institui o Programa de Combate à Intimidação Sistemática (Bullying). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-018/2015/lei/l13185.htm. Acesso em: 16 nov. 2022.

BRASIL. **Lei Nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 16 nov. 2022.

BRASIL. **Lei Nº 13.718, de 24 de setembro de 2018**. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para tipificar os crimes de importunação sexual e de divulgação de cena de estupro, tornar pública incondicionada a natureza da ação penal dos crimes contra a liberdade sexual e dos crimes sexuais contra vulnerável, estabelecer causas de aumento de pena para esses crimes e definir como causas de aumento de pena o estupro coletivo e o estupro corretivo; e revoga dispositivo do Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941 (Lei das Contravenções Penais). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13718.htm. Acesso em: 16 nov. 2022.

BRASIL. **Lei Nº 14.132, de 31 de março de 2021**. Acrescenta o art. 147-A ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para prever o crime de perseguição; e revoga o art. 65 do Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941 (Lei das Contravenções Penais). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14132.htm. Acesso em: 16 nov. 2022.

CASSAR, V. B. **Direito do Trabalho**. 7 ed. Niterói: Impetus, 2012.

COPAMS – Comissão Permanente de Orientação e Prevenção Contra Assédio Moral e Sexual. **Cartilha Assédio Sexual, Virtual e Moral**. Disponível em: https://3093fb2a-a4d9-47c6-a73a-064fd651567f.usrfiles.com/ugd/3093fb_7b5f0ad82e3f4878b40348e454c42593.pdf. Acesso em: 18 nov. 2022.

CUNHA, R. S. **Manual de direito penal: parte especial (arts. 121 ao 361)**. 9ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

DIAS, I. Violência contra as mulheres no trabalho: O caso do assédio sexual. **Sociologia, Problemas e Práticas**, Oeiras, n. 57, p. 11-23, maio 2008. Disponível em: <https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/25489/2/isabeldiasviolencia000101591.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2022.

DIAS, M. B. **Lei Maria da Penha**: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FERNADES, L. F. M. C. **Bullying e cyberbullying no Ensino Superior**. Trabalho de Conclusão de Curso (Licenciatura em Criminologia). Universidade do Porto, 2021.

FERREIRA, A. B. H. **Dicionário Aurélio**. 5ª ed. Curitiba: Positivo, 2010.

GRECO, R. **Código Penal Comentado**. 11ª ed. Impetus, 2017.

GUIMARÃES, B. L.; DRESCH, M. L. Violação dos direitos à intimidade e à privacidade como formas de violência de gênero. **Percursos**, Curitiba, v. 14, n. 1, p. 27-49, 2014.

MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado: parte especial, arts. 213 a 359-H**. 4ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

MARTINS, S. P. Assédio Moral. **Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo**, São Paulo, n. 13, p. 434, jan/dez. 2008.

MARTINS, S. P. **Assédio moral no emprego**. São Paulo: Atlas, 2012.

MELO, M. D.; MORAIS NETO, L. S.; SILVA, D. **Internet e liberdade de expressão: uma análise acerca dos crimes cibernéticos e a aplicabilidade do direito ao esquecimento no mundo virtual**. Disponível em: <https://repositorio.animaeducacao.com.br/handle/ANIMA/22712>. Acesso em: 09 nov. 2022.

NASCIMENTO, S. M. **Assédio moral**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

OEA – Organização dos Estados Americanos. Combate à violência online contra a mulher: um chamado por proteção. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/ssm/cicte/docs/20191125-PORT-White-Paper-7-VIOLENCE-AGAINST-WOMEN.pdf>. Acesso em: 09 nov. 2022.

PAMPLONA FILHO, R.; SABINO, C. N. M. **Assédio Moral em tempos de pandemia. Direito UNIFACS – Debate Virtual**, n. 247, JANEIRO, 2021. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/7061/4245>. Acesso em: 11 nov. 2022.

SANTOS, C. M. P. G; PAMPLONA FILHO, R. Convenção 190: violência e assédio no mundo do trabalho = Convention 190: violence and harassment in the world of work. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**, Belo Horizonte, v. 66, n. 101, p. 53-80, jan./jun. 2020.

SILVA, A. S.; PINHEIRO, R. B. Exposição que fere, percepção que mata: a urgência de uma abordagem psicossocijurídica da pornografia de vingança à luz da Lei Maria da Penha. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, Curitiba, VOL. 62, N. 3, SET./DEZ. 2017 | P. 243-265.

SOUZA, G. E. **A Tecnologia em Prol do Orientador Educacional**: um Projeto de Prevenção ao Bullying e ao Cyberbullying no Ensino Fundamental. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização em Mídias na Educação). Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2019.

STOCO, I. M.; BACH, M. A mulher como vítima de crimes virtuais: a legislação e a jurisprudência brasileira. **Caderno de Iniciação Científica - Fae Business School**, v. 19, p. 679-698, 2018.

VILELA, C. M. M. (2022). **Doxxing e o que você precisa saber para proteger os seus dados pessoais**. Disponível em: <http://www.molina.adv.br/2020/11/25/doxxing-e-o-que-voce-precisa-saber-para-protger-os-seus-dados-pessoais/>. Acesso em: 11 nov. 2022.

PROCESSO DE RESSOCIALIZAÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE: A LEI 8.096/90 E AS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS

RANNA JULLYA MENDANHA FAGUNDES RABELO:
discente do 10º período do curso de Direito do Centro
Universitário Católica do Tocantins.

EMANUELLE ARAÚJO CORREIA⁶

(orientadora)

RESUMO: O presente estudo tem o objetivo de apresentar o que a legislação brasileira dispõe acerca das crianças e adolescentes que cometem atos delituosos, as tratativas legais e as mazelas sociais que permeiam a realidade. Em síntese, este trabalho disporá acerca da legislação brasileira, assim como confrontar o que está fixado em lei defronte a realidade dos adolescentes. A conjuntura do trabalho contribuirá no campo acadêmico e social quanto à discussão acerca das medidas aplicadas, bem como na reflexão de sua efetividade. Para a realização do estudo, utilizou-se bibliografia integrativa. Após o estudo, identificou-se que no Brasil há leis e projetos que objetivam a prevenção e ressocialização, no entanto, ainda se faz necessário uma ampla discussão para a conscientização de que a proteção às crianças e adolescentes bem como a segurança pública é dever de todos e não somente do estado.

Palavras-chave: criminalidade, segurança pública, ressocialização.

ABSTRACT: The present study aims to present what Brazilian legislation has about children and adolescents who commit criminal acts, legal negotiations and social ills that permeate reality. In summary, this work will deal with Brazilian legislation, as well as confront what is established by law in the face of the reality of adolescents. The context of the work will contribute in the academic and social field regarding the discussion about the measures applied, as well as in the reflection of their effectiveness. To carry out the study, a bibliographic research was used through the consultation of scientific articles, books and national laws. After the study, it was identified that in Brazil there are laws and projects that aim at prevention and resocialization, however, a broad discussion is still necessary to raise awareness that the protection of children and adolescents as well as public safety is the duty of everyone and not just the state.

Key-words: crime, public security, resocialization.

⁶ Orientadora, possui graduação em Direito pela Faculdade UNIRG-TO; Especialização "lato-sensu" em Direito Processual Civil e Penal (2006) e em Direito Público (2007), pela Faculdade FESURV-GO; Mestrado em Direito pela Universidade de Marília-SP (2010), Doutorado em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2017). Atua como advogada no Estado do Tocantins. Tem experiência na área do Direito, com ênfase em Direito Civil e Direito Processual Civil.

Sumário: 1 Introdução. 2 Contextualização do direito penal relacionado à segurança pública. 3 A penalização das crianças e adolescentes. 4 A eficácia das penas aplicadas e a reincidência. 5 As medidas de enfrentamento à criminalidade. 6 Considerações Finais

1 INTRODUÇÃO

O direito penal é um tema presente na sociedade. A criminalidade e a ausência de segurança introduzem discussões nos jornais, revistas, mídias sociais, dentre outros. Interessa à sociedade conhecer o que a legislação brasileira dispõe acerca do cometimento de infrações penais, qual a responsabilização, bem como que tais ações tenham efetividade.

Em razão do tema atrelado a criminalidade ser amplo, neste artigo, enfatiza-se a esfera penal aplicada à criança e adolescente infrator. A principal finalidade é compreender as condições que as medidas socioeducativas são impostas, além de entender os motivos que os conduzem à reincidência.

Busca-se a apresentação da legislação brasileira no que diz respeito às garantias constitucionais, o estudo da Lei 8.096/90, leia-se, Estatuto da Criança e do Adolescente que trata especificamente da criança e do adolescente, assim como leis, decretos ou provimentos normativos pertinentes ao tema.

A elaboração deste projeto deve-se ao questionamento social em relação à efetividade dos centros multidisciplinares para adolescentes que cometeram algum ato delituoso. Com isso, o presente artigo tenta em um mesmo local ter panorama relativo às penalidades aplicáveis aos adolescentes e seus desdobramentos.

O estudo que envolve segurança pública mostra-se relevante para a população brasileira. Outrossim, a Constituição da República Federativa do Brasil dispõe em seu artigo 227 ser dever da família, sociedade e estado assegurar à criança e ao adolescente a primazia da dignidade da pessoa humana, assim como a proteção a quaisquer violações pessoais.

No decorrer dos anos, a conceituação e intitulação das crianças passaram por significativas modificações, por exemplo, o Código do Menor datado de 1979 tratava da figura do adolescente em condições de igualdade com os infratores maiores de idade, sem considerar as peculiaridades da idade.

Após a elaboração do Estatuto da Criança e do Adolescente que data de 1990, este regulou as medidas sociedades, explica-se, as penalidades aplicadas e criadas especialmente para as crianças e adolescentes em razão da sua idade e com o intuito de educá-los a melhoria.

Passados mais de 30 anos da criação de uma nova vertente aplicada aos adolescentes, questiona-se acerca de sua efetividade. Importa compreender se a Lei 8.069/1990 introduziu mudanças fáticas na sociedade que ela se propôs quando da sua criação.

O Estatuto da Criança e do Adolescente contextualiza uma atenção voltada à garantia da dignidade e resguardo de direitos à criança e ao adolescente. A eventual situação de ato delituoso

é convencionada com a intenção de educar a conscientização e evitar o acontecimento de eventos semelhantes.

Acontece que, segundo levantamento de dados do Conselho Nacional de Justiça em 2019 o índice de reincidência dos adolescentes é a metade daqueles que regridem do sistema prisional. Considerando que a Lei 8.069/1990 denota expressiva diferenciação entre adolescentes e adultos, questionam-se as razões que os levam a delinquir.

Ademais, importa destacar que o perfil dos adolescentes restringe a idade entre 12 e 18 anos, além disso, após completar a maioridade muitos dos adolescentes inseridos no mundo do crime continuam a praticar atos delituosos. Frente a isso, formulamos um problema: quais as razões que obstam o adolescente que passou pelo sistema a voltar a socializar-se?

2 CONTEXTUALIZAÇÃO DO DIREITO PENAL RELACIONADO À SEGURANÇA PÚBLICA

Inicialmente, cumpre a apresentação sucinta do tema, qual seja, o gênero segurança pública que se refere ao modo como a sociedade compreende a confiabilidade e sossego para estar em um local. Nesse sentido, ao tratar do tema segurança pública vislumbra-se a ótica de um país e sua população.

Cumpre destacar que a Constituição da República Federativa do Brasil, datada de 1988 - CRFB/88 contém os princípios e fundamentos para as leis brasileiras. Explica-se, a constituição é basilar, possui normativas iniciais para todas as leis que surjam no país, portanto, ao adentrar em temas nacionais, faz-se necessário conhecer o que a Carta Magna dispõe sobre o tema.

Salienta-se que o artigo 144 da CRFB/88 dispõe que a segurança pública é dever do estado e responsabilidade de todos, que no que lhe concerne, deve ser exercida com o fim de preservar a ordem pública, incolumidade das pessoas e dos bens patrimoniais.

Em se tratando do artigo supracitado, destaca-se o § 7º por este prever que a lei disciplinará a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública. Percebe que a Carta Magna pré-dispõe sobre a existência de leis a ser criadas com o fim de garantir a segurança da população.

Dito isso, nota-se que no Brasil a segurança não é somente um dever do estado, mas de todos conjuntamente. Pode-se olhar esse assunto de diversos aspectos, cita-se dois pontos, a população que almeja a proteção do estado e a população defronte a sentir-se seguro com os demais.

Pois bem, para melhor ilustrar a relação que a sociedade possui com àqueles que cometem crimes e observar a motivação dos infratores, mostra-se importante a oportunidade de refletir uma teoria que apresenta essas realidades, denominada "The Broken Windows Theory", em português conhecida com a Teoria das Janelas Quebradas.

Desta forma, apresenta-se o experimento que antecedeu a criação da teoria. Segundo Valle, Misaka e Freitas (2018), em 1969 o psicólogo de Stanford Philip Zimbardo constatou a seguinte situação: dois automóveis idênticos deixados em bairros diferentes, um considerado pobre e outro rico. Cerca de 30 minutos depois o automóvel deixado no bairro considerado pobre foi destruído, enquanto no mesmo tempo o automóvel deixado no bairro rico manteve-se sem qualquer arranhão.

Devido a esse experimento se refletiram as razões pelas quais um automóvel com iguais características ter sido aparentemente abandonado pelo mesmo período, diferenciando apenas pelo local, ter resultados extremamente opostos, sendo a sua manutenção e destruição.

Freitas e Moura (2022) explicam que os escritores George Kelling e James Wilson concluíram haver nexos causais entre o estado de desordem e a criminalidade. Ou seja, que o meio onde a população está inserida pode influir nas ações delas mesmas.

Portanto, a Teoria das Janelas Quebradas, consiste na demonstração de que o meio influencia as ações da população. Visto que, nas localidades que haviam desordem e caos ocorreu a atração de uma maior taxa de criminalidade, por outro lado, nos locais em que a preservação foi mantida, o cometimento de crimes não ocorreu.

Dito isso, importa apresentar outra teoria que manifesta a relação da sociedade com aqueles que cometem crimes. De acordo com Nucci (2021), o direito penal do inimigo é uma teoria que denomina as pessoas que infringem as leis como inimigas da população, tendo como principal característica o rigor excessivo.

Complementando a teoria, Estefam (2022) enuncia que a pedra angular do direito penal do inimigo é a divergência na classificação de seres humanos ao diferenciar entre cidadão e inimigos, tratamento desigual sem garantias e direitos para aqueles tidos como inimigos.

Apresentados dois pontos de vista, qual seja, a primeira teoria busca compreender as razões que conduzem ao cometimento de crimes, pressupõe-se que a figura do criminoso é um fruto do meio, dado que a desordem social influencia na prática delituosa.

No que diz respeito à segunda teoria, sequer se preocupa em conhecer o perfil da pessoa que cometeu o crime ou as razões que induziram ao cometimento do delito, pelo contrário, separa-o da sociedade intitulando-os de inimigos que não merecem ter seus direitos respeitados.

Nesse ínterim, ao comparar as teorias aplicadas a sociedade atual, percebe-se uma divisão entre aqueles que compreendem o fator dignidade da pessoa humana a todos sem distinção de cor, raça, sexo, ações sociais e há aqueles que distinguem os demais pelas mesmas razões. Isto posto, justifica-se a importância da existência de um Direito, leis e princípios que não estão baseados nos sentimentos da sociedade.

Nesta perspectiva, Nucci (2021), aduz que o direito penal serve para tutelar os principais bens jurídicos, estabelecer como sanção a pena, e aplicar de forma objetiva, isto é, conforme a

conjuntura de leis previamente elaboradas. Vislumbra-se que as penalidades aplicadas na atualidade são uma condição estatal para a proteção da população.

O fator segurança pública está relacionado ao modo aplicado ao direito penal, pois este possui o papel garantidor. Ademais, destaca-se ser o estado o único instrumento de controle à criminalidade, não sendo permitido, por exemplo, a justiça pelas próprias mãos. Por tudo isso, consolida-se a base do estudo o respeito à essencialidade do direito penal, sendo a proteção da sociedade.

3 A PENALIZAÇÃO DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES

No Brasil, estado de direito, pelo qual há a existências de leis para reger o país, é justo esclarecer que os crimes como são conhecidos na atualidade estão pré-determinados pela lei com o objetivo de que não haja arbitrariedade diante do cometimento de independentemente das infrações.

Destaca-se que a população é o filtro do direito criminal, pois este tutela os bens e direitos considerados essenciais para uma sociedade. Além disso, há os direitos considerados essenciais, que, no que lhe concerne, não dependem da demonstração de necessidades da sociedade para tutelá-los como infracionais, como a vida e a liberdade.

A criminalização e o processo de penalização àqueles que cometem atos contrários à lei e à sociedade devem respeitar as leis vigentes no país. Ao abordar especificamente os atos infracionais cometidos por crianças e adolescentes, há leis específicas.

Salienta-se que o direito penal aplicado aos maiores de 18 anos tem a previsão legal no Decreto-Lei nº2.848/1940, conhecido popularmente como Código Penal. Acontece que ao falar de crianças e adolescentes não é dado o mesmo tratamento que as pessoas maiores de 18 anos.

Destaca-se que a existência de uma lei específica para os menores de idade, devido às condições biológicas e psicológicas, aplica-se, portanto, a Lei nº8.069, de 13 de julho de 1990, conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente.

Importa destacar que até ocorrer o advento de uma lei específica para as crianças adolescentes, eles nem sequer eram considerados seres de direito. Segundo Zapater (2019), para crianças e adolescentes havia o status de não pessoa, incapacidade e necessidade da tutela do mundo adulto.

Acerca disso, Paes (2013) diz que o primeiro código voltado exclusivamente às crianças e adolescentes foi elaborado em 1927, Código de Menores, também conhecido como Código de Mello Mattos o autor do projeto, bem como que a sua criação se deu em razão da preocupação com a criminalidade juvenil.

O Decreto-Lei nº 17.943-A de 12 de outubro de 1927, leia-se, o Código do Menor, apesar de ser uma lei específica para crianças e adolescentes, não os considerava como sujeitos de direitos, pois as autoridades responsáveis pelos menores tinham o poder absoluto.

Dito isso, destaca-se que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 introduziu uma nova perspectiva sobre as crianças e adolescentes. Destaca-se em seu primeiro artigo, que a constituição declara como fundamental a dignidade da pessoa humana.

Ademais, o artigo 227 da Carta Magna prevê ser dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, adolescente e jovem dignidade, respeito, liberdade, assim como os colocar a salvo de toda forma de negligência, crueldade e opressão. Nessa senda foi elaborado o Estatuto da Criança e do Adolescente, incorporado dessa ótica de direitos.

O primeiro artigo desta lei específica dispõe que ocorrerá a proteção integral à criança e ao adolescente. Segundo Nucci (2021), significa que além de todos os direitos assegurados aos adultos, bem como todas as garantias, as crianças e adolescentes terão uma completa e indisponível tutela estatal.

Apresentada a ótica adotada para o tratamento à criança e adolescente, questiona-se o que a legislação brasileira pré-estabeleceu nas hipóteses em que crimes e atos infracionais são cometidos por esses. Destaca-se, segundo o artigo 2º da Lei nº 8.069/1990 criança é aquela até 12 anos incompletos e adolescente aquele entre 12 e 18 anos.

Pois bem, diante de eventos criminosos, o Estatuto da Criança e do Adolescente introduziu formas de penalização diversas, no entanto, de forma específica, sob a fundamentação da idade e condições dos mesmos. Ressalta-se que as penalizações são direcionadas, não ocorrendo a penalização em branco.

Importa esclarecer que em razão de o direito à liberdade ser essencial para o ser humano, ao aplicar leis que o restringem há todo um amparo legal com o fim de evitar que sejam aplicadas indevidamente. Por este fato que as leis são mais detalhadas e específicas quantos as ações tidas como infracionais e suas penas proporcionais à gravidade.

Conforme Zapater (2019) há uma diferença entre as penalidades aplicadas, as medidas de proteção aplicadas às crianças e adolescentes e há as medidas socioeducativas aplicadas apenas aos adolescentes, explica que ainda que a primeira não possui o mesmo conteúdo e rigor de penalização como da última.

Essa diferenciação decorre da responsabilização relacionada ao nível de conhecimento daqueles que cometem a infração. No Brasil, o legislador promoveu intencionalmente por considerar que as formas de prevenir e tratar devem concordar com aqueles que o cometeram.

Além disso, Nucci (2021) aduz que as medidas socioeducativas estão adequadas ao princípio da excepcionalidade, qual seja, inserido na proteção integral, por isso, a aplicação de medida privativa de liberdade deve ser a última opção, "ultima ratio".

Significar a aplicação do direito como última opção e de forma excepcional é demonstrativo que a prioridade está em evitar que o estado esteja na função de limitar a liberdade individual dos infratores. Portanto, entende-se que a exequoriedade de medidas legais sejam a opção não almejada pelo estado de direito, porém que se apresentam como necessárias em situações pré-determinadas.

4 A EFICÁCIA DAS PENAS APLICADAS E A REINCIDÊNCIA

Ao pormenorizar o direito aplicado às crianças e adolescentes na atualidade, cumpre mencionar a proteção integral que vige no país. Explica-se ser oposto do entendimento de outrora que considerada o menor como inferior e desprezado como um ser de direitos, nesta visão a criança e adolescentes são detentores de todos os direitos, com destaque ao direito de falar, de expressar-se e de escolha.

Conforme mencionado, no Código do Menor de 1927 os responsáveis legais exerciam o poder de forma soberana, o que impedia as crianças de manifestar as próprias opiniões e de certo modo também vinculam a responsabilização pelas práticas aos seus responsáveis.

Pode-se dizer que a proteção integral ajusta maior autonomia aos menores no que tange aos direitos e aduz consigo maiores responsabilidades quanto aos direitos. Além disso, importa destacar que a proteção integral torna conjunta a responsabilização pelos menores a toda a sociedade que deve resguardá-los de toda forma de negligência, conforme aponta o artigo 227 da CRFB/88.

Nesse ínterim, a aplicação das medidas de proteção e medidas socioeducativas estão interligadas à proteção integral, qual seja, a garantia da dignidade e proteção contra toda forma de negligência. Em função disso, as formas de penalização estatal possuem um objetivo primário, a ressocialização e melhoria do reeducando.

Segundo Costa e Zanutelli (2018), a ressocialização advém da aplicação das medidas legais cabíveis em forma educativa e não de vingança ou punição. Atenta-se que a maneira como as medidas socioeducativas são aplicadas conseguem gerar melhores resultados.

Conforme apontado no capítulo anterior, ao longo do tempo houve uma evolução do Direito Penal tanto nas formas de ver àquele que cometeu crimes, assim como na ótica da criança e do adolescente como detentor de direitos, respeito e dignidade.

Após a Constituição Federal de 1988 sucedeu uma nova era no âmbito do tratamento legal, isto é, garantista. Posto isso, esclarece-se que a Carta Magna preza pela garantia de direitos sobrepondo a ingerência estatal, tornando, portanto, as restrições a exceção.

Dito isso, importa destacar que em coleta de dados realizada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) no período entre janeiro de 2015 e junho de 2019 constatou-se que o percentual daqueles que retornam ao sistema socioeducativo é de 23,9% (vinte e três e nove por cento), enquanto nas prisões para adultos o percentual é de 42,5% (quarenta e dois e cinco por cento).

Ainda na conclusão da coleta de dados, o CNJ aponta uma reflexão, qual seja, a grande diferença entre o retorno para o sistema, uma vez que àqueles que retornam ao sistema prisional na fase adulta são o dobro dos adolescentes, sendo um forte indicador de que pode agravar os níveis de criminalidade no país.

Acerca do percentual supramencionado, importa destacar que apenas considerou os adolescentes que retornaram ao cumprimento de medidas socioeducativas, e não categorizou aqueles que passaram pelo socioeducativo, e ainda assim na fase adulta continuam a cometer crimes.

Nesse íterim, há autores que questionam a eficácia das medidas em sua forma de aplicação e resultados, veja-se:

...uma medida que busca a ressocialização acaba por transformar um menor sem potencial ofensivo em um delinquente de estirpe maior, pois passa a praticar crimes mais graves, como homicídio, praticando os ensinamentos que absorveu dos outros infantes privados de liberdade (COSTA e ZANOTELLI, 2018)

Isto posto, conforme Andrade e Outros (2015) às críticas ao sistema carcerário enquanto uma verdadeira escola do crime, pois as ações voltadas e necessárias à reintegração são limitadas e ínfimas, dificultando a ressocialização e aumentando o percentual de reincidência.

O termo escola do crime é popularmente conhecido e está associado à condição de que por vezes um adolescente que ingressa no sistema por cometer atos de furto ao sair comete roubo, por exemplo, ou ainda, entram em facções que outrora não conheciam.

Segundo Andrade e Outros (2015), um dos fatores que levam as pessoas a piorar e não melhorar após o cumprimento de penas é que não ocorre uma separação por natureza delitiva, além disso, não há um efetivo acompanhamento dos processos judiciais.

A Lei 8.069/1990 que tutela as formas de penalização em suma distingue àqueles que praticaram atos delituosos em razão da idade, porém não em se tratando da natureza delitiva, essa é uma forma de responder à pergunta de quanto tempo ou qual medida alguém cumprirá.

5 AS MEDIDAS DE ENFRENTAMENTO À CRIMINALIDADE

A Constituição da República Federativa do Brasil, lei maior do país, preza pela dignidade da pessoa humana, e no que se refere à criança, adolescente orienta a proteção integral sob todos os aspectos. Nessa senda emerge a importância das políticas de segurança pública.

Segundo Schossler (2015) "educar e oferecer oportunidades de emprego é melhor que punir". O autor cita uma lista de ações que podem auxiliar no combate à criminalidade, como o investimento em educação, geração de empregos, melhor tratamento contra vícios em psicotrópicos, além de melhorar a reinserção social de menores infratores.

O Estado brasileiro fixa a orientação que as autoridades e cidadão devem seguir, o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê quais os crimes e determina as consequências cabíveis, como a privação de liberdade, porém as políticas de segurança públicas são meios de combater, impedir ou ainda conduzir a melhorias futuras àqueles que estão vulneráveis a criminalidade.

Para tanto, destaca-se dois projetos instituídos pelo Estado com o fim de combater a criminalidade entre jovens. São eles, Programa Nacional de Segurança Pública (Pronasci) e Plano Juventude Viva, além de informatizar a agenda prioritária de eleições 2018 focadas no tema segurança pública.

O Pronasci foi desenvolvido pelo Ministério da Justiça no ano de 2006 e publicado em 2007. Menezes (2020) aponta que a criação do Pronasci se deu visando diminuir a criminalidade, assim como diminuir a forte desigualdade social que há no país, além de salientar que através do programa há fonte de subsídios para financiamento de auxílios semelhantes ao bolsa família.

O Programa Nacional de Segurança Pública é composto por 94 ações, dentre elas destacam-se com relação à criminalidade entre os jovens, a formação do preso que conta com projetos educacionais a serem aplicados àqueles que estão privados de liberdade, como o Programa de Educação para Jovens e Adultos que possibilita cursar o ensino médio com curso profissionalizante, além de conceder como forma de incentivo a redução da pena.

Quanto ao Plano Juventude Viva, foi criado em 2012, paralisou em 2015, reativado em 2018. O Secretário Nacional de Juventude, à época, enfatizou que o plano objetiva a transformação de jovens em situação de vulnerabilidade social, sendo a principal meta a diminuição dos índices de violência entre os jovens.

O atendimento prioriza, independentemente da cor/raça, os jovens em situação de exposição à violência, aqueles que se encontram ameaçados de morte, em situação de violência doméstica, em situação de rua, cumprindo medidas socioeducativas, egressos do sistema penitenciário e usuários de crack e outras drogas. (LIMA, 2000 pág. 25)

Vislumbra-se que esse Plano do Governo Federal é focalizado em situações de violência estrutural, qual seja, jovens em condições de vulnerabilidades físicas, sejam àqueles que foram vítimas e se tornando futuramente possíveis agressores, além dos viciados em psicotrópicos, portanto, um plano específico direcionado ao público-alvo que sofre todos os tipos de violências.

No que diz respeito à terceira abordagem mencionada, isto é, a agenda prioritária de eleições 2018 focadas no tema segurança pública, apontou duas prioridades, a redução e prevenção dos crimes violentos, e o enfraquecimento das estruturas do crime organizado.

Para isso, determinaram-se eixos programáticos e propostas à aplicabilidade de tais prioridades. Desse modo, foram apresentados alguns dos programas criados pelo Governo Federal

do Brasil necessário que objetivam a redução da criminalidade e das mazelas sociais existentes no país.

Após informar sobre esses projetos, sustenta-se que o combate a criminalidade como um dever do estado e de todos perpassa pela instrumentalização de projetos e meios que consigam obter o fim almejado, qual seja, a prevenção em primeira opção, o cuidado e atenção se aplicadas as medidas socioeducativas e penalizações e por fim como última aplicação a ressocialização e combate para o evitamento de reincidências.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto, compreende-se que no Brasil há fundamentos previstos na constituição federal e que no que lhe concerne funcionam como um norteador das leis existentes no país, destacam-se a segurança pública e resguardam os direitos das crianças e adolescentes como um dever de todos.

A evolução legal na tratativa de crianças e adolescente, pela qual deixou de ser tutelada pelo Código do Menor com visibilidade apenas para o ato infracional e passou a considerá-los como sujeitos de direitos e ter a proteção integral como prioridade, é um marco importante na história.

Além disso, conforme apontado, a segurança pública é almejada por toda população e está prevista como uma responsabilização de todos. Pode-se refletir desta situação que embora este dever também seja do estado, a população tem papel fundamental. Ora, após a aplicação de medidas legais àqueles que cometem infrações ou até mesmo tiveram o apoio de projetos estatais, é para a sociedade que aquele menor retorna.

O destaque para a perspectiva de que a existência de leis e projetos são necessárias a definição do que é considerado ato infracional, para o evitamento de arbitrariedades do estado é importante e amplamente debatido, porém o segundo viés de que a sociedade também se inclui nesses passos deve ser apreciada como uma trajetória de evolução.

Por fim, é justo reafirmar que a consolidação de leis aplicadas a criança e adolescentes que cometem infrações estão voltadas para a proteção integral, que há políticas públicas intencionadas a prevenção e combate a criminalidade, no entanto, apesar de tudo isso, faz-se necessária a participação da sociedade como elo capaz de auxiliar na ressocialização e diligenciar os cuidados com as crianças e adolescentes.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. In: Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 07 de março de 2022.

BRASIL. **Decreto nº 17.943-a de 12 de outubro de 1927**. In: Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, 10 de outubro de 1979. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 02 de março de 2022.

BRASIL. **Decreto Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. In: Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, 7 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 04 de março de 2022.

BRASIL. **Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979**. In: Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, 10 de outubro de 1979. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 02 de março de 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. In: Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, 13 de julho de 1990. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 20 de abril de 2022.

CNJ. **Reentradas e reiterações infracionais - Um olhar sobre os sistemas socioeducativos e prisional brasileiros**. Brasília: CNJ, 2019.

COSTA, Magna Tavares; ZANOTELLI, Luciana Avila. **Medidas socioeducativas na ressocialização do menor infrator**. Conteúdo Jurídico, 22/11/2018. Disponível em: Acesso em: 20 de abril de 2022.

ESTEFAM, André. **Direito penal contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2022.

ANDRADE, Carla Coelho e OUTROS. **O desafio da reintegração social do preso: uma pesquisa em estabelecimentos prisionais**. Instituto de Pesquisa Aplicada, Brasília, maio de 2015. Disponível em: Acesso em: 12 de abril de 2022.

FREITAS, Juliana Rodrigues; MOURA, Bruna Vitoria Queiroz. **Teoria das janelas quebradas e tolerância zero: uma análise sobre a incidência de medidas punitivistas no Brasil**. Revista Contemporânea, vol. 2, n. 1, 2022. Disponível em:
<http://www.revistacontemporanea.com/index.php/home/article/view/82> Acesso em: 16 de março de 2022.

LIMA, Wânia Cláudia Gomes Di Lorenzo. **Políticas Públicas para a Juventude: trajetória e desafios do combate à criminalidade como estratégia do direito ao desenvolvimento**. Direitos Sociais e Políticas Públicas III: XXIII Congresso Nacional do CONPENDI realizado de 05 a 08 de novembro de 2014. Florianópolis : CONPENDI, 2014.

MENEZES, Marcela. **Pronasci 2022 - Inscrição, pagamento. Diário de Natal - Economia, Direitos e Educação**, publicado em 21/07/2020. Disponível em:
<https://www.diariodenatal.com.br/pronasci-2022/> Acesso em: 03 de maio de 2022.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Pronasci - Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania**. 2ª edição, Brasília/DF. Assessoria de Comunicação Social do Ministério da Justiça 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Direito Penal - Partes Geral e Especial - Esquemas & Sistemas**. 7ª edição, Rio de Janeiro: Forense: MÉTODO, 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Estatuto da Criança e do Adolescente - Comentado**. 5ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2021.

PAES, Janiere Portela Leite. **O Código de Menores e o Estatuto da Criança e do Adolescente: avanços e retrocessos**. Revista Conteúdo Jurídico, 20/05/2013. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/35183/o-codigo-de-menores-e-o-estatuto-da-crianca-e-do-adolescente-avancos-e-retrocessos> Acesso em: 02 de março de 2022.

SCHOSSLER, Alexandre. **Seis propostas contra a criminalidade juvenil**. Made for Minds, publicado 01/07/2015. Disponível em: <https://www.dw.com/pt-br/seis-propostas-contr-a-criminalidade-juvenil/a-18556874> Acesso em: 3 de maio de 2022.

VALLE, Nathália do; MISAKA, Marcelo Yukio; FREITAS, Renato Alexandre da Silva. **Uma reflexão crítica aos movimentos de lei e ordem - teoria das janelas quebradas**. Revista Juris UniToledo, Araçatuba, SP, v. 03, n. 04, p.146-162, out./dez. 2018

ZAPATER, Maira. **Direito da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Sairava Educação, 2019.

DIREITOS DA PERSONALIDADE NA ERA DIGITAL: A PRÁTICA DO OVERSHARENTING E A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DOS PAIS QUANTO A SUPEREXPOSIÇÃO DOS FILHOS NAS REDES SOCIAIS

MONALISA SOUSA ALVES:
acadêmica de Bacharelado em Direito,
Universidade de Gurupi – UNIRG.

ALEXANDRE ORION REGINATO⁷
(orientador)

RESUMO: A era digital em que a sociedade atual se encontra trouxe consigo uma revolução nas relações interpessoais. Com a internet e o advento das redes sociais, diversas mudanças na vida social dos indivíduos e em como estes compartilham sua vida pessoal podem ser observadas. O presente artigo tem o escopo de tratar sobre o fenômeno oversharenting, que corresponde à prática do compartilhamento em excesso da imagem do filho menor por seus pais e como estes podem ser responsabilizados civilmente pela violação dos direitos da personalidade, em especial o direito à privacidade. Ademais, será analisado também o direito a imagem e a intimidade. O método de pesquisa consiste em uma minuciosa pesquisa documental, realizada em legislações, doutrinas e por meio de pesquisas bibliográficas.

Palavras-chave: Redes sociais; oversharenting; pais; filho; responsabilidade.

ABSTRACT: The digital era in which today's society finds itself has brought with it a revolution in interpersonal relationships. With the Internet and the advent of social networks, several changes in the social life of individuals and in how they share their personal lives can be observed. This article aims to discuss the oversharenting phenomenon, which corresponds to the practice of oversharing the image of a minor child by his parents and how they can be held civilly liable for the violation of personality rights, especially the right to privacy. In addition, the right to image and intimacy will also be analyzed. The research method consists of a thorough documental research, carried out in legislations, doctrines and through bibliographical research.

Keywords: Social networking; oversharenting; parenting; child, responsibility.

INTRODUÇÃO

A era digital vivida pela sociedade atual trouxe uma grande expansão nas redes sociais, é possível observa-las cada vez mais presentes no dia-a-dia da sociedade. Através delas as pessoas expõem sua vida, seus hábitos, os lugares que frequentam, etc.

⁷ graduado em Direito pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, Mestre em Direito Processual e Cidadania pela Universidade Paranaense, Doutrou em Direito pela Universidade de São Paulo.

Com essa exibição da vida privada e a divulgação de informações e imagens nas redes sociais, os usuários acabam expondo não apenas eles mesmos, mas também sua família, que muitas vezes é composta por menores de idade, que são expostos demasiadamente por seus pais, fenômeno este que recebe o nome de oversharenting.

Esta nova realidade fez surgir uma preocupação em relação à violação dos direitos da personalidade desses menores, especialmente o direito a privacidade, intimidade e a imagem. Isto acontece, pois diversas vezes essa exposição é exagerada e feita por aqueles aos quais é atribuída a autoridade parental e que deveriam resguardar estes menores e proteger seus direitos.

O presente estudo tem o escopo de contribuir como forma de informação e de sanar dúvidas acerca a responsabilidade civil dos pais quanto a violação ao direito da personalidade dos filhos.

Ademais, mostra-se relevante, pois faz surgir um questionamento sobre o limite da autoridade parental e como o menor impúbere deve ter seus direitos resguardados.

É esperado que a partir deste estudo, outras pesquisas possam ser desenvolvidas no intuito de proporcionar reflexões acerca do tema.

Desta forma, por meio de pesquisa bibliográfica pretende-se avaliar como e a partir de quando crianças e adolescentes têm seus direitos da personalidade violados por seus pais devido a exposição de sua imagem e privacidade nas redes sociais e avaliar até onde vai a autoridade parental nesses casos.

1. DIREITO À IMAGEM, PRIVACIDADE E INTIMIDADE DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.

Primordialmente, faz-se necessário analisar os direitos da personalidade, que estão ligados ao íntimo do indivíduo e tem o escopo de proteger direitos que são indispensáveis para a preservação da dignidade e integridade da pessoa humana.

O doutrinador Carlos Roberto Gonçalves conceitua os direitos da personalidade como prerrogativas individuais, que são inerentes à pessoa humana, reconhecidas pela doutrina, jurisprudência e ordenamento jurídico. Eles são inalienáveis e carecem de proteção legal. Gonçalves, (2008, p. 153) leciona:

Certas prerrogativas individuais, inerentes à pessoa humana, aos poucos foram reconhecidas pela doutrina e pelo ordenamento jurídico, bem como protegidas pela jurisprudência. São direitos inalienáveis, que se encontram fora do comércio, e que merecem a proteção legal. (Gonçalves, 2008, p. 153)

Conforme Orlando Gomes, os direitos da personalidade são essenciais ao desenvolvimento do ser humano, eles são disciplinados pela doutrina atual no Código Civil como direitos absolutos.

São destinados a conservar a dignidade da pessoa humana, preservando-os das ofensas que pode sofrer por parte de outros indivíduos. (GOMES, 2001).

Para Fiuza (2009, p. 172), esses direitos tutelam os atributos da personalidade, Vejamos:

Concluindo, a personalidade é composta de atributos, tais como a vida, a honra, o nome, a capacidade, o estado, o corpo físico, a psique, a dignidade, etc. Atributos são elementos componentes, em outras palavras, o material de que é composto um objeto. A pessoa humana é composta de todo esse material, ou seja, de todos esses atributos. O que se chama de direitos da personalidade são, na verdade, direitos decorrentes desses atributos, visando à proteção e à promoção da pessoa humana e de sua dignidade. Essa visão moderna de que a honra, o nome, a vida etc. integram a pessoa é fundamental para a positivação da proteção e da promoção do ser humano e para a compreensão e a garantia da igualdade, pelo menos em termos formais. (Fiuza, 2009, p. 172).

Dito isto, mostra-se essencial a tutela desses direitos, que são intrinsecamente ligados ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, disposto no art. 1, III, da CF/88.

1.1 DIREITO À IMAGEM

A proteção das crianças e adolescentes é assegurada pela nossa Constituição Federal de 1988, pelo Código Civil Brasileiro de 2002 e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990.

A respeito do direito a imagem, faz-se necessário salientar que este encontra-se no rol dos direitos da personalidade, que tem como objetivo a proteção dos direitos a dignidade da pessoa humana. Bittar (2015, p. 94) conceitua o direito de imagem como “direito que a pessoa tem sobre a sua forma plástica e respectivos componentes distintos que a individualizam no seio da coletividade”.

O direito de imagem especificamente de crianças e adolescentes, fica sob responsabilidade dos pais, tendo em vista que eles detém o poder familiar e também o dever de proteger e cuidar de seus filhos, conforme o que dispõe o art. 1634 do Código Civil de 2002. Vale ressaltar que o poder familiar é um dever dos pais, que objetiva garantir a devida proteção dos interesses dos filhos.

O direito a imagem dos menores impúberes é expressamente tutelado pelo estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo 17:

Art. 17, ECA. O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, ideias e crenças, dos espaços e objetos pessoais. (BRASIL, 1990).

Deve ser considerado que os menores só poderão assimilar a repercussão da exposição de sua imagem nas redes sociais quando já forem capazes de entender do que se trata, então cabe aos pais obter o discernimento de não expor excessivamente a imagem de seus filhos de forma que não sejam constrangidos.

A disposição da imagem e da privacidade dos filhos pelos pais deve ser temperada pela prudência na forma, frequência e finalidade com que as imagens sejam postadas, recomendando-se que permitam o mínimo de identificação da criança. (WAQUIM, 2015, p. 206).

Portanto, a problemática aqui se mostra quanto aos limites para o exercício desse direito da imagem das crianças por parte de seus pais e quando há demasiada exposição, tornando-se inadequada.

1.2 DIREITO A PRIVACIDADE E INTIMIDADE

O direito a privacidade é abrangente e está extremamente ligado a todas as formas da esfera íntima dos indivíduos. Nele está integrado o direito ao sigilo, a intimidade, a inviolabilidade de domicílio, entre outros.

Conforme pontuado por Silva J. (2017), o direito à intimidade diversas vezes é considerado sinônimo de direito à vida privada, mas que baseada na nossa Constituição é possível fazer a sua distinção. De modo a caracterizar a intimidade como uma esfera secreta da vida pessoal do indivíduo que tem o poder de evitar a convivência com terceiros, inserido nesta definição se enquadram direitos como a inviolabilidade do domicílio, sigilo de correspondências e segredo profissional. E em relação à privacidade o autor cita que a constituição destacou esse conceito por ser algo mais global, chamado de conjunto de modos de ser e viver, o direito do indivíduo de viver sua própria vida.

Com o acelerado desenvolvimento das tecnologias, as redes sociais tornaram-se cada vez mais inerentes na vida dos indivíduos, nelas são compartilhadas diariamente informações de todos os tipos, inclusive sobre suas vidas pessoais. Ocorre que essas postagens muitas vezes não envolvem apenas o usuário da rede social abrangendo também menores, que geralmente são expostos pelos próprios genitores que não percebem como isso fere os direitos da personalidade de seus filhos.

O ECA/1990 protege o direito à privacidade dos menores, segundo o art. 15º do dispositivo legal citado, crianças e adolescentes têm o direito à liberdade, ao respeito e à dignidade da pessoa humana na particularidade de serem pessoas que ainda estão em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, sociais e humanos em garantia pelas leis e pela Constituição.

Nas mídias sociais, especialmente no Instagram, o ramo dos influenciadores digitais vem crescendo cada vez mais. São pessoas que através de suas redes sociais mostram seu dia-a-dia e colecionam milhares de seguidores. Sendo em diversos casos, crianças ainda, que não tem a menor dimensão do alcance da exposição deles nas redes sociais, que são gerenciadas por seus genitores.

É desta forma que o público adentra a intimidade e a vida privada dos usuários das redes sociais. No que diz respeito ao direito à privacidade de crianças, estes adquiriram novas formas, tendo variadas implicações e alterando as relações privadas, deixando sensíveis direitos como o de imagem e de honra (AFFONSO, 2019).

Segundo o disposto no art. 16 da Convenção sobre os Direitos da Criança e do Adolescente: "1. Nenhuma criança será objeto de interferências arbitrárias ou ilegais em sua vida particular, sua família, seu domicílio ou sua correspondência, nem de atentados ilegais a sua honra e a sua reputação. 2. A criança tem direito à proteção da lei contra essas interferências ou atentados". Isto é:

Nem mesmo aos pais é franqueada a faculdade da interferência arbitrária ou ilegal na vida particular de seus filhos menores, haja vista a dramática ruptura com o antigo conceito de pátrio poder, no qual a autoridade parental possuía uma espécie de direito subjetivo sobre a pessoa do filho. Atualmente a autoridade parental é instrumental, funcionalizada para a promoção da personalidade dos filhos. Eventual interferência paterno-materna na esfera privada do filho há que ser motivada pelo especial dever de cuidar e de promover sua segurança e a sua personalidade. A função estabelecida pelo ordenamento jurídico para a autoridade parental somente merece tutela se e quando for exercida como um múnus, um complexo de direitos e deveres visando ao melhor interesse dos filhos, da sua emancipação como pessoa, na perspectiva de sua futura independência (MENEZES; MORAES, 2013, p.517).

Ao expor demasiadamente a imagem e privacidade de seus filhos, os pais não levam em conta os seus direitos e o que realmente lhes farão bem, sendo movidos apenas pelo benefício econômico decorrente da exposição exacerbada e pela sensação de aceitação social. Esse fenômeno atualmente é chamado de oversharenting, sobre o qual será tratado mais profundamente no decorrer deste artigo..

2. O FENÔMENO DO OVERSHARENTING

O "Oversharenting" ou apenas "Sharenting" é uma expressão da língua inglesa, que deriva da junção das palavras "share" (compartilhar) + "parenting" (parentalidade), ou seja, o excesso de compartilhamento da imagem de seus filhos nas mídias sociais realizado pelos genitores.

Constantemente, o alvo dessas publicações no oversharenting, são crianças que têm sua rotina compartilhada em excesso pelos seus pais, sem a menor análise dos riscos e consequências futuros que trarão para a criança (TURRA, 2016).

Através de uma pesquisa feita pela AVG constatou-se que:

81% das crianças de até dois anos de idade no Brasil já têm algum tipo de postagem a seu respeito em alguma rede social”, ou seja, é cada vez mais crescente a presença dos bebês no ambiente digital, ainda segundo a mesma pesquisa “cerca de 23% das crianças iniciam a vida digital quando os pais postam exames de pré-natal na internet. 5% dos bebês até 2 anos tem perfil em Rede Social. 7% crianças pequenas têm um endereço de e-mail criado pelos pais. 70% disseram que o objetivo da exposição é compartilhar momentos com amigos e familiares (GASPARINO, 2021, p. 9).

As redes sociais estão cada vez mais presentes nas relações familiares, desta forma, tornou-se corriqueira a exposição da imagem e intimidade dos filhos mesmo antes de seu nascimento, através do compartilhamento das ultrassonografias, por exemplo, e até mesmo são criados perfis no Instagram para esses infantes que sequer nasceram. Acerca do tema, a pesquisa realizada pela AVG nos traz questionamentos importantes:

Será que essa exposição intrauterina – antes tão íntima e sagrada – não pode trazer consequências indesejáveis para o futuro cidadão? E quando seu filho estiver na fase da adolescência (daqui a uns 15 anos) e for vítima de uma brincadeira maldosa dos colegas, com o arquivo de ultrassom que você postou no Facebook dele? O que você pensará? O que sentirá? O que ele lhe dirá? [...] Frente a um ponto de vista muito prático, você está antecipando as coisas construindo um perfil no Facebook para seu filho que nem nasceu. Que tipo de vantagem está dando para ele com essa atitude? (GASPARINO, 2021, p.6)

A superexposição dessas crianças pode contribuir para que eles sofram cyberbullying no futuro. Nessa circunstância Souza et al (2015) ressalta que “a agressão do cyberbullying pode trazer consequências graves como trauma psicológico, isolamento social e em casos mais graves a vítima pode se suicidar pelo bullying virtual sofrido”.

Desta forma, mostra-se necessária uma análise dos pais quanto ao conteúdo que postam nas redes sociais, para que a saúde mental de seus filhos, bem como sua segurança sejam preservadas.

3. POSSÍVEIS CONSEQUÊNCIAS JÚRÍDICAS DO OVERSHARENTING E O LIMITE DA AUTORIDADE PARENTAL

No que diz respeito a responsabilidade civil Tartuce (2017), preceitua que esta provém do descumprimento obrigacional, seja por desobediência a uma regra estabelecida em contrato, ou pela não observância de um preceito normativo que regula a vida. À vista disso, a responsabilidade civil é dividida em contratual ou negocial, na qual se refere ao inadimplemento de uma obrigação positiva ou negativa, com fundamento nos artigos 389º a 391º do Código Civil de 2002. A segunda forma é denominada de responsabilidade civil também chamada de responsabilidade civil aquilina, que se fundamenta no ato ilícito (art. 186º do Código Civil de 2002) e no abuso de direito (art. 187º do Código Civil de 2002).

São diversas as situações em que crianças e adolescentes são expostas na internet, ocasionando a necessidade de aplicação das regras que dizem respeito a responsabilidade civil, para que aos danos aos seus direitos causados pela prática do oversharenting sejam reparados.

É necessária uma delimitação de extensão da responsabilidade civil dos pais pela excessiva exposição da imagem e privacidade dos filhos nas mídias sociais e para isso é indispensável a que identifiquemos os fundamentos da responsabilidade civil

Tartuce (2017) traz um debate a respeito da estrutura dos elementos que compõe a responsabilidade civil, ele apresenta variados entendimentos doutrinários, visto que, não há unanimidade a respeito do assunto. Entre eles podemos observar observamos a forma de classificação de Maria Helena Diniz que aponta a existência de três elementos: a) Ocorrência de uma ação, sendo ela comissiva ou omissiva, que se qualifica como ato ilícito ou lícito; b) Ocorrência de dano moral ou patrimonial à vítima; c) Nexo causal existente entre a ação e o dano constituinte de um fato gerador da responsabilidade civil.

Esses pressupostos podem ser observados na prática o oversharenting a partir da livre exposição de forma contínua e excessiva do menor, violando seu direito a privacidade e intimidade, bem como seu direito de imagem. Neste cenário o dano moral é devido pela ofensa a seus direitos de personalidade.

Por essa razão é de grande importância a redação do artigo 187 do Código Civil, que diz: “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico e social, pela boa fé ou pelos bons costumes”. Este dispositivo está inovando a visualização da responsabilidade civil, resultando em uma nova modalidade de ilícito. (TARTUCE, 2017).

A Constituição Federal de 1988, em art. 5º, V 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: [...]

V -É assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

Como visto no dispositivo supracitado, o direito a indenização por danos morais, materiais e à imagem é previsto na CF/88, concedendo ao ofendido a reparação dos danos sofridos, seja por meio de ressarcimento econômico ou de outras formas.

Destaca-se que a responsabilidade parental alcança seus limites nos direitos fundamentais e de personalidade dos próprios filhos. Dessa forma “[...] o princípio da autonomia familiar proporciona aos pais a liberdade no exercício do poder familiar, a legitimidade desse exercício está condicionada ao respeito dos direitos fundamentais dos filhos” (DELGADO, 2005, p. 42).

Nos casos em que há abuso do poder parental, será aplicada pela autoridade judicial medida de proteção cabível, a requerimento de algum parente ou do Ministério Público. Podendo ocorrer a suspensão ou destituição do poder familiar (art.1637 e inciso II do art. 1638 do Código Civil).

Crianças e adolescentes também são sujeitos de direitos, portanto, os genitores não podem considerar as publicações sobre seus filhos como um direito próprio, podendo ser responsabilizados civilmente por tal prática, tendo em vista que vai em desconformidade com a lei.

Neste sentido faz-se necessário que os genitores pensem sobre as consequências da exposição excessiva de seus filhos antes de realizar qualquer tipo de postagem, visando sempre o bem da criança seus direitos personalíssimos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante o exposto constatou-se que na era digital em que vivemos as redes sociais assumiram um papel muito presente dentro de nossa sociedade, modificando o modo de interagir dos indivíduos, atingindo até mesmo a esfera familiar.

Tornou-se comum o uso imoderado das redes sociais para divulgação da imagem dos filhos por seus pais, originando o fenômeno denominado de oversharenting, que pode ocasionar inúmeras consequências negativas para os menores, comprometendo seu desenvolvimento saudável e o deixando vulnerável ao cyberbullying.

Foi demonstrado que a personalidade é uma característica essencial do ser humano e que crianças e adolescentes são sujeitos de direito, dotados de personalidade, o que confere a elas outros direitos, tais como a privacidade e intimidade e imagem, que devem ser integralmente protegidos.

Constatou-se que diante da inobservância dos direitos das crianças seus pais podem responder por abuso de direito, sendo responsabilizados civilmente, ocasionando até mesmo a perda da autoridade parental, tendo em vista que este não é um poder ilimitado.

É responsabilidade e dever dos genitores utilizar-se das redes sociais de maneira prudente, objetivando o melhor interesse de seus filhos e a proteção de sua imagem e privacidade.

O presente estudo tem o escopo de contribuir como forma de informação e de sanar dúvidas acerca a responsabilidade civil dos pais quanto à violação ao direito da personalidade dos filhos.

É esperado que a partir deste estudo, outras pesquisas possam ser desenvolvidas no intuito de proporcionar reflexões acerca do tema, tendo em vista que não há consolidação nas doutrinas e jurisprudências.

REFERÊNCIAL TEÓRICO

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**.1988. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 16 nov. de 2022.

BRASIL, **Decreto n. 99.710, de 21 de novembro de 1990**. Dispõe sobre a convenção sobre os direitos da criança. Brasília/DF, novembro de 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm. Acesso em: 14 nov. 2022.

BRASIL. **Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília/DF, julho de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm. Acesso em: 13 nov. 2022.

DELGADO, M. L. **Direitos da personalidade nas relações familiares**. In: Congresso Brasileiro de Direito de Família, 5, 2005, Belo Horizonte. Anais [...]. Belo Horizonte: Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), 2005, p. 1-57. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/34.pdf. Acesso em: 17 de nov. de 2022

FIUZA, César. **Direito civil: curso completo**. 13. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

GASPARINO. L. (ORG.). **Proteja nossas Crianças e Jovens**. 2021. Disponível em: <<https://doczz.com.br/doc/245821/proteja-nossas-crian%C3%A7as-e-jovens>> acesso em 15 de nov. de 2022.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume I: parte geral**. 6 ed. rev.e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENEZES, J. B. de. **A família e o direito de personalidade: a cláusula geral de tutela na promoção da autonomia e da vida privada**. 2013. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/download/5456/3462>>. 1 ref

SOUZA, Nathalia Rodrigues de et al. **Cyberbullying –uma abordagem reflexiva**. In: CONGRESSO DE CIÊNCIAS DA COMUNICAÇÃO NA REGIÃO CENTRO-OESTE. 2015, Campina Grande. Intercom – Sociedade Brasileira de Estudos Interdisciplinares da Comunicação. Campina Grande: Intercom, 2015. p. 1-10. Disponível em: <https://www.portalintercom.org.br/anais/centrooeste2015/resumos/R46-0324-1.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2022.

TARTUCE, F. **Manual de direito civil: volume único**. Flávio Tartuce. 7. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

TURRA, K. K. **Seria o “oversharenting” uma violação ao Direito à Privacidade e à Imagem da Criança?** Alethes: Per. Cien. Grad. Dir. UFJF, v. 06, n. 10, pp. 105-122, jan./abr., 2016. Disponível em:

< <https://www.ufjf.br/periodicoalethes/files/2018/07/periodico-alethes-edicao-10.pdf#page=106>
> Acesso em 15 de nov. de 2022.

WAQUIM, B. B. **A Proteção à imagem das crianças em redes sociais: diálogos entre a proteção integral, a liberdade de expressão dos pais e o dever de colaboração da sociedade em geral.** INTERTEMAS, Presidente Prudente, v. 20, p. 195-204, 2015. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/INTERTEMAS/article/view/6646>. Acesso em: 13 nov. 2022.

AS PRERROGATIVAS DE ACESSO DO ADVOGADO NO ACOMPANHAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL.

CLEICIELE MELO TOME:

Graduada em Direito pelo
Centro Universitário FAMETRO.

RESUMO: O presente artigo objetiva analisar prerrogativas de acesso do advogado no acompanhamento do inquérito policial atrelados as alterações trazidas pela Lei n. 13.245/2016, a qual alterou o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei n. 8.906/1994), em específico no que tange a participação do advogado em procedimentos investigatórios, abrangendo os pontos positivos e negativos referentes ao princípio do contraditório e ampla defesa. Para o presente artigo, utiliza-se de pesquisa qualitativa de método dedutivo, partindo da generalidade, considerações gerais a respeito do sistema processual penal brasileiro, para o tema específico, qual seja, a participação do advogado no inquérito policial. Com aporte bibliográfico na legislação específica, doutrina e jurisprudências pertinentes aplicáveis ao problema da pesquisa. O inquérito policial, considerado majoritariamente pelos doutrinadores brasileiros, como sendo de natureza inquisitiva, necessita ser alçado como um instrumento de garantias fundamentais. Nesta senda, verifica-se que as alterações do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil se equiparam às evoluções do ordenamento jurídico brasileiro, causando um impacto direto na relação entre advogados e a condução dos procedimentos investigatórios. Dessa forma, proporciona ao profissional do direito uma maior atuação no inquérito policial, sendo necessário se observar as garantias fundamentais que norteiam a ampla defesa, visando evitar equívocos nos procedimentos, assegurando a integridade do investigado, mantendo a coesão de uma estratégia defensiva. Assim questiona-se: O sigilo do inquérito policial limita o acesso do advogado?

PALAVRAS-CHAVE: Inquérito Policial. Contraditório. Ampla defesa. Direitos do advogados. Sigilo. Estatuto da OAB.

ABSTRACT: This article aims to analyze access prerogatives of the lawyer in monitoring the police investigation linked to the changes brought by Law n. 13,245/2016, which amended the Statute of the Brazilian Bar Association (Law n. 8,906/1994), specifically with regard to the lawyer's participation in investigative procedures, covering the positive and negative points related to the adversarial principle and broad defense. For this article, qualitative research using a deductive method is used, starting from generality, general considerations regarding the Brazilian criminal procedural system, for the specific theme, that is, the participation of the lawyer in the police investigation. With bibliographic support in specific legislation, doctrine and relevant jurisprudence applicable to the research problem. The police inquiry, considered mostly by Brazilian scholars, as being of an inquisitive nature, needs to be raised as an instrument of fundamental guarantees. In this path, it appears that the changes to the Statute of the Brazilian Bar Association are equivalent to the evolution of the Brazilian legal system, causing a direct impact on the relationship between lawyers and the conduct of investigative procedures. In this way, it provides the legal professional with a greater role in the police investigation, being necessary to observe the fundamental guarantees that guide the broad defense, aiming to avoid

misunderstandings in the procedures, ensuring the integrity of the investigated, maintaining the cohesion of a defensive strategy. So the question is: Does the secrecy of the police investigation limit the access of the lawyer?

KEYWORDS: Police Inquiry. Contradictory. Broad defense. Lawyers' rights. Secrecy. Statute of the OAB.

1 INTRODUÇÃO

No fulcro de qualquer sociedade democrática atual e avançada existem valores que lhe são característicos e muitos deles universais. Ao mesmo tempo, em cada uma, é indispensável a confiança de que ações e atitudes enviesadas, proibidas porque não são corretas ao olhar da generalidade dos seus cidadãos, proibidas porque a lei assim o efetivamente determina, são prevenidas. Interessa pois saber que valores merecem reconhecimento jurídico, que podem estar sob tal ameaça e que ganham proteção devida quando em crise por não poder ser feita tábua rasa pelo Direito.

Toda esta epítome anterior iniciará, entre tanto, uma problemática maior, no mínimo pormenorizada, que não podia deixar de ser exposta e é ela a sede desta construção acadêmica: As prerrogativas de acesso do advogado no acompanhamento do inquérito policial. Em análise estará uma matéria que diz respeito a direitos do advogado, bem como do seu cliente, suscetível de lesar o ser humano principalmente aos que se encontram como acusados em alguma fase processual.

A temática do presente projeto de pesquisa, embasa-se na importância que o tema possui para os advogados e o exercício de sua profissão para o judiciário penal. Sendo considerado um tema essencial e necessário. Podendo desta forma, corroborar e reafirmar que o estudo do Direito Penal influencia por certo nas sentenças proferidas e em suas revisões.

A principal motivação para a decisão de tal tema vem da grande busca pelo aperfeiçoamento do processo penal e seus procedimentos aos quais podem gerar nulidades processuais e causar desgaste do judiciário.

A Lei 13.245/2016 estabelece em seu texto modificações expansivas do texto do art. 7º do Estatuto da OAB, com ênfase na atuação do advogado no procedimento criminal, aumentando substancialmente suas prerrogativas. Não estando mais restrita às repartições policiais, a procuração deixou de ser imprescindível, podendo o advogado ter acesso até aos autos sigilosos e os que tratem de organizações criminosas, dentre as demais prerrogativas.

Em um primeiro momento da pesquisa, conceitua-se o inquérito policial e a sua natureza inquisitória, frente as normas vigentes, especialmente a Constituição da República Federativa do Brasil e o Código de Processo Penal Brasileiro.

Na sequência, a identificação das alterações arroladas pela Lei n. 13.245/16, as quais modificaram o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil e a importância da participação do

advogado no inquérito policial, sob a égide do artigo 7º da referida Lei 13.245/16, na garantia do controle de legalidade e integridade do investigado.

Tem-se como intuito também observar as garantias constitucionais que norteiam a ampla defesa, a importância de uma nova visão do inquérito policial à luz dos direitos fundamentais, assegurando a integridade do investigado contra coações em sede policial, mantendo a coesão de uma estratégia defensiva, bem como demonstrar a vital relevância da presença do advogado nos procedimentos investigatórios, com seu acesso às diligências, aos documentos acostados, bem como a presença durante as oitivas de seus clientes em sede policial.

2 OS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

Em que pese o objeto central do presente artigo ter como foco a realização de uma análise direcionada para a efetividade do sistema acusatório no processo penal brasileiro, não há como iniciar essa análise sem introduzir, ainda que brevemente, sobre o conteúdo dos principais sistemas processuais penais tradicionalmente estudados pela doutrina, ou seja, os sistemas acusatório, inquisitório e misto. Entretanto, antes de adentrar na análise destes sistemas normativos, resta imperioso elucidar qual o viés que, no presente artigo, atribui-se à palavra “sistema”.

No Dicionário de Ciências Sociais da Fundação Getúlio Vargas (1986, p. 1127), define-se sistema como um “Conjunto de coisas que ordenadamente entrelaçadas contribuem para determinado fim; trata-se portanto de um todo coerente cujos diferentes elementos são interdependentes e constituem uma unidade completa”

Etimologicamente falando, portanto, um sistema jurídico compreende um conjunto de normas e de fundamentos interligados, e que funcionam como uma só estrutura normativa que dita as diretrizes a serem seguidas para a aplicação do direito. Um sistema não é um conjunto de normas esparsas e desarticuladas, ao contrário, se trata de um “conjunto de normas jurídicas acomodadas numa justaposição que se associam e permitem o movimento harmônico e permanente do regramento pela interpretação e aplicação de suas disposições” (ROCHA, 1990, p. 18). Assim, um sistema processual deve deter um conjunto de normas que funcionem em sintonia, de forma coerente e uníssona, baseada sempre sob uma mesma base principiológica. E é esta base principiológica que difere os sistemas processuais idealizados pela doutrina.

Como bem observa Prado (2005, p. 111/112), a compreensão de um fenômeno jurídico guarda extrema ligação com o contexto espaço-temporal em que o referido fenômeno se encontra inserido. Explica o autor, que “o conhecimento do Direito seria impossível sem o conhecimento do lugar que ocupa no estudo da evolução jurídica.”

Ou seja, reconhecidamente, para se compreender os sistemas processuais penais em toda sua amplitude, é preciso também realizar uma análise histórica e social acerca do contexto social que os referidos sistemas foram criados e estiveram ou estão inseridos. Certamente que, dada a limitação do presente estudo, o foco do artigo será direcionado basicamente à estrutura dos

sistemas, buscando ressaltar os aspectos processuais característicos em cada um deles, para então passar à análise crítica da questão no Brasil.

Assim, seguindo uma linha de evolução cronológica e iniciando pelo sistema acusatório, este foi o sistema processual predominante na antiguidade e no início da idade média, perdurando como sistema processual penal dominante até meados do século XII, quando passou a ser gradativamente substituído pelo sistema inquisitório, que restou em plena vigência até meados do séculos XVIII. A partir de então, como explica Lopes Jr (2018, p. 41), passou-se a verificar uma mescla cada vez maior nos sistemas processuais mundo afora, passando-se, daí, a utilizar-se a afirmação de que um sistema processual poderia ser "misto". Como se verá a seguir, de forma geral, tradicionalmente, a distinção entre os sistemas acusatório e inquisitório é traçada com base na titularidade do órgão acusatório, sendo que no Sistema Inquisitório, as funções de acusação e de julgamento estariam centralizadas em um só indivíduo, já no Sistema Acusatório, o papel de acusação e o de julgamento são exercidos por pessoas ou órgãos distintos.

3 CONCEITO DE INQUÉRITO POLICIAL

A interpretação dos artigos 4º e 6º do citado diploma é possível dizer compreender o inquérito policial como, a atividade desenvolvida pela polícia judicial com a finalidade de apurar a materialidade e autoria de um delito.

Os dispositivos acima referidos assim preceituam:

Art. 4º A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria.(Redação dada pela Lei nº 9.043, de 9.5.1995) Parágrafo único. A competência definida neste artigo não excluirá a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função.

Art.6º Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá: I - dirigir-se ao local, providenciando para que não se alterem o estado e conservação das coisas, até a chegada dos peritos criminais;(Redação dada pela Lei nº 8.862, de 28.3.1994) (Vide Lei nº5.970, de 1973). II - apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais;(Redação dada pela Lei nº 8.862, de 28.3.1994) III- colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias; IV -ouvir o ofendido; V-ouvir o indiciado, com observância, no que for aplicável, do disposto no Capítulo III do Título VII, deste Livro, devendo o respectivo termo ser assinado por duas testemunhas que lhe tenham ouvido a leitura; VI-proceder a reconhecimento de pessoas e coisas e a acareações; VII-determinar, se for caso, que se proceda a exame de corpo de delito e a quaisquer outras perícias; VIII- ordenar a identificação do indiciado pelo processo datiloscópico, se possível, e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes; IX- averiguar a vida pregressa do indiciado, sob o ponto de vista individual, familiar e social, sua condição

econômica, sua atitude e estado de ânimo antes e depois do crime e durante ele, e quaisquer outros elementos que contribuïrem para a apreciação do seu temperamento e caráter. X- colher informações sobre a existência de filhos, respectivas idades e se possuem alguma deficiência e o nome e o contato de eventual responsável pelos cuidados dos filhos, indicado pela pessoa presa. (Incluído pela Lei nº 13.257, de 2016).

A partir da análise das disposições legais, é possível compreender ao inquérito policial como investigação preliminar, cujas atividades são realizadas por órgãos do Estado, a partir de uma notícia-crime ou atividade de ofício; com caráter prévio e de natureza preparatória em relação ao processo penal; com intuito de averiguar a autoria e as circunstâncias de um fato aparentemente delitivo, que poderá justificar o exercício da ação penal ou o arquivamento, neste caso, não haverá processo (LOPES JUNIOR, 2014).

Nesse sentido, preceitua Mirabete (2000, p. 76):

Inquérito policial é todo o procedimento policial destinado a reunir os elementos necessários à apuração da prática de uma infração penal e de sua autoria. Trata-se de uma instrução provisória, preparatória, informativa, em que se colhem elementos por vezes difíceis de obter na instrução judiciária, como auto de flagrante, exame periciais etc. Seu destinatário imediato é o Ministério Público (no caso de crime que se apura mediante ação penal pública) ou o ofendido (na hipótese de ação penal privada), que com ele formam sua opinião delicti para a propositura da denúncia ou queixa. O destinatário mediato é o juiz, que nele também pode encontrar fundamentos para julgar.

Para Lima, esse momento procedimental viabiliza somente a apuração dos fatos e delitos, de forma investigativa e informativa, a ensejar o nascimento da ação penal. Segundo o citado autor, “nesse momento, ainda não há o exercício de pretensão acusatória. Logo, não se pode falar em partes *stricto sensu*, já que não existe uma estrutura processual dialética, sob a garantia do contraditório e da ampla defesa” (LIMA, 2016, p.112).

Seguindo essa mesma linha de pensamento, verifica-se que a estrutura do processo penal brasileiro é dividida entre a fase investigativa e acusatória. A primeira, como se pode observar:

[...] comporta uma importante fase pré-processual investigatória de natureza inquisitiva, de atribuição da Polícia Judiciária, que possui, entre suas funções, a tarefa de levantar indícios de autoria e materialidade delitiva viabilizando (ou não) os elementos de justa causa a justificar eventual ação penal (LIMA FILHO, 2017).

4 NATUREZA DO INQUÉRITO POLICIAL

O inquérito policial, como visto, tem natureza de procedimento persecutório administrativo. É também um procedimento inquisitório, pois traz como característica da inquisição a ausência de contraditório e ampla defesa; informativo, pois sua essência é de reunir e expor informações, e preparatório, pois sua finalidade é justamente preparar a ação penal. É, ademais, prévio ao processo.

Por ser um procedimento administrativo, parte da doutrina afirma que eventuais vícios na estrutura inquiritorial não contaminam a ação penal! Para essa corrente, defeitos encontrados na investigação policial consistem em meras irregularidades que não afetam a substância nem atingem o processo penal. Esse é um fato interessante, porém a respeito do qual há divergência.

O inquérito policial tem por objetivo identificar e colher elementos de informação, que visam a oferecer norteamento acerca da autoria e materialidade da infração penal. Dentre esses elementos, destaquemos as fontes de prova: pessoas ou coisas que possam vir a oferecer as provas propriamente ditas. É pacífico na doutrina que não se produz prova no inquérito policial, mas, identificar e colher elementos de informação, podemos reconhecer que o inquérito policial tem finalidade de revelar a verdade dos fatos como forma de promover a justiça criminal.

Nota-se os três tipos de provas que o inquérito pode produzir: as provas cautelares, que são aquelas que correm risco de serem alteradas ou de desaparecerem ao longo do tempo; as provas não repetíveis, que, uma vez produzidas, não se podem produzir novamente, e as provas antecipadas, que são colhidas o quanto antes em casos de possível perecimento da testemunha.

5 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA

O princípio do contraditório e da ampla defesa decorre do art. 5º, LV, da Constituição Federal, que determina que “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”.

O contraditório e a ampla defesa estão intimamente relacionados com o princípio do devido processo legal. Em verdade, alguns autores os consideram eles subprincípios deste. O devido processo legal está previsto no art. 5º, LIV, CF, nos seguintes termos: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. Por esse princípio, a autoridade administrativa deve atuar, material e formalmente, nos termos que o direito determinar, impedindo que o processo de decisão do Poder Público ocorra de maneira arbitrária.

O contraditório se refere ao direito que o interessado possui de tomar conhecimento das alegações da parte contrária e contra eles poder se contrapor, podendo, assim, influenciar no convencimento do julgador. A ampla defesa, por outro lado, confere ao cidadão o direito de alegar, podendo se valer de todos os meios e recursos juridicamente válidos, vedando, por conseguinte, o cerceamento do direito de defesa.

Assim, pode-se dizer que o princípio do contraditório e ampla defesa estabelece a possibilidade de contrariar, de forma a discutir os possíveis fatos, e interação entre ambas as partes,

com possível acesso às informações, e reação às desfavoráveis, trazendo ao processo uma forma de justiça, com a possibilidade de controversa (LIMA, 2016, p. 117).

Entrou em vigência, no ano de 2021, a Lei nº 13.245, que modificou a redação do artigo 7º do Estatuto da OAB, trazendo grandes mudanças nas prerrogativas dos advogados, os quais passaram a ter maior atuação no procedimento administrativo do inquérito policial, a fim de garantir ao cidadão, de forma ampla, princípios fundamentais e a ordem jurídica.

A redação do art. 7º, dada pela Lei 8.906/94 – Estatuto da OAB, estabelecia:

Art. 7º São direitos do advogado:

(...)

XIV- examinar em qualquer repartição policial, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de inquérito, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos (BRASIL, 1994).

6 AS APLICAÇÕES DA LEI 13.245/16

Com o advento da Lei nº 13.245/16, a redação do mencionado art. 7º passou a ter a seguinte redação:

Art. 7º São direitos do advogado:

(...)

XIV- examinar, em qualquer instituição responsável por conduzir investigação, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de investigações de qualquer natureza, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital;

XXI- assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração: (Incluído pela Lei nº 13.245, de 2016).
apresentar razões e quesitos;

a) VETADO)

§ 10. Nos autos sujeitos a sigilo, deve o advogado apresentar procuração para o exercício dos direitos de que trata o inciso XIV. (Incluído pela Lei nº 13.245, de 2016)

§ 11. No caso previsto no inciso XIV, a autoridade competente poderá delimitar o acesso do advogado aos elementos de prova relacionados a diligências em andamento e ainda não documentados nos autos, quando houver risco de comprometimento da eficiência, da eficácia ou da finalidade das diligências. (Incluído pela Lei nº 13.245, de 2016)

§ 12. A inobservância aos direitos estabelecidos no inciso XIV, o fornecimento incompleto de autos ou o fornecimento de autos em que houve a retirada de peças já incluídas no caderno investigativo implicará responsabilização criminal e funcional por abuso de autoridade do responsável que impedir o acesso do advogado com o intuito de prejudicar o exercício da defesa, sem prejuízo do direito subjetivo do advogado de requerer acesso aos autos ao juiz competente.” (NR). (Incluído pela Lei nº 13.245, de 2016).

Como se pode observar, a Lei nº 13.245/16 alterou a redação do art.7º, XIV, acrescentando o inciso XXI e os parágrafos 10, 11 e 12, essas mudanças e inovações possuem o intuito de permitir uma participação mais efetiva do advogado na fase preliminar.

Conforme leciona Lobo (2017, p.82):

A Lei n. 13.245/2016 ampliou o elenco de direitos privativos dos advogados, ao incluir o de assistir aos seus clientes que estejam submetidos a investigações, durante a apuração das infrações. Trata-se de explicitação da garantia do amplo direito de defesa, “com os meios e recursos a ela inerentes” (Constituição, art. 5º, LV).

Além da nulidade absoluta nas situações em que o advogado é impedido de assistir seus clientes no interrogatório, a lei estabeleceu, ainda, que os atos subsequentes, ocasionados pela falta da presença do causídico, devem ser anulados, aplicando-se a teoria da nulidade derivada. Assim, as provas ilícitas por derivação “são os meios probatórios que, não obstante produzidos, validamente, em momento posterior, encontram-se afetados pelo vício da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os: por efeito de repercussão causal” (LIMA, 2016, p. 613).

É o que garante a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que ligou o viés da publicidade e do sigilo na investigação, garantindo ao advogado e seu cliente o acesso aos autos da investigação, desde que já formalizadas e documentadas (STF, HC 88190). Ademais, o Agravo Regimental Reclamação 22.062 dispõe no sentido de não possibilitar ao advogado as diligências que estão em andamento, ou seja, que ainda não foram documentadas, para fins de comprometimento dos resultados, ficando limitadas por meio do delegado.

Mediante estes apontamentos, é possível compreender:

Segundo se extrai da leitura da Súmula Vinculante 14, o Defensor pode ter acesso às diligências já documentadas no inquérito policial. No entanto, a diligência à qual o reclamante pleiteia acesso ainda está em andamento e, em virtude disto, a súmula vinculante não é aplicável ao presente caso. (Rcl 10110, rel. Min. Ricardo Lewandowski. Decisão: A Turma negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator. Unânime. Presidência do Senhor Ministro Luís Roberto Barroso. 1ª Turma, 15.3.2016).

Ou seja, está garantido na Súmula Vinculante 14 que os autos conclusos podem ser acessados pelo advogado a qualquer tempo e instituição, e aos em andamento poderão sobre limitação por meio do delegado, caso haja a possibilidade de comprometer a sua produção ou eficácia. A Súmula Vinculante 14 estabelece, ainda, que:

É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

A Lei nº 13.245, de 12 de janeiro de 2016, que altera o artigo 7º, XIV, § 11, da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil), diz que são direitos do advogado:

Artigo 7º

(...)

XIV - examinar, em qualquer instituição responsável por conduzir investigação, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de investigações de qualquer natureza, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital; (...)

§ 11. No caso previsto no inciso XIV, a autoridade competente poderá delimitar o acesso do advogado aos elementos de prova relacionados a diligências em andamento e ainda não documentados nos autos, quando houver risco de comprometimento da eficiência, da eficácia ou da finalidade das diligências.

Além do que já foi dito, sobre o acesso amplo às diligências realizadas, é possível que o advogado tenha acesso aos autos que necessitam de sigilo, mediante procuração, e há jurisprudências que afirmam isso.

O Relator da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, o Ministro Celso de Mello, em uma decisão monocrática sobre as informações referentes ao regime de sigilo da lei das organizações criminosas, se posicionou no sentido de que:

A postulação em causa, que tem suporte jurídico na Súmula Vinculante 14/STF, mostra-se acolhível, pois, mesmo tratando-se de procedimento em regime de sigilo, instaurado com apoio em depoimento prestado por agente colaborador na forma da Lei 12.850/2013, revela-se plenamente legítima a pretensão de acesso aos autos daquele cuja suposta participação em alegada prática delituosa constitui objeto da delação manifestada ao Ministério Público e/ou à Polícia Judiciária, cabendo ao Poder Judiciário garantir-lhe a possibilidade de conhecimento das peças (inclusive das declarações do agente colaborador) a ele referentes. Ao assim decidir, garantindo ao delatado, por intermédio de seu advogado, o direito ao pleno conhecimento dos dados informativos já formalmente incorporados aos autos, faço-o com apoio em precedentes desta Corte (...). O sistema normativo brasileiro assegura ao advogado regularmente constituído pelo indiciado (ou pelo réu) o direito de pleno acesso aos autos de persecução penal, mesmo que sujeita, em juízo ou fora dele, a regime de sigilo (necessariamente excepcional), limitando-se, no entanto, tal prerrogativa jurídica às provas já produzidas e formalmente incorporadas ao procedimento investigatório, excluídas, conseqüentemente, as informações e providências investigatórias ainda em curso de execução e, por isso mesmo, não documentadas no próprio inquérito ou processo judicial. [Pet 5.700, rel. min. Celso de Mello, dec. monocrática, j. 22-9-2015, DJE 190 de 24-9-2015.]

Nesse sentido, é perceptível que essas mudanças são importantes para a garantia de um estado democrático de direito, evitando infringência dos direitos e garantias constitucionais em nome de uma pretensa segurança pública, o que demonstra à sociedade a inadequação dos abusos policiais e práticas não ortodoxas, como indispensáveis para trazer a paz e o sossego social (NUCCI, 2016, p. 331).

Para Silva (2016, p. 24), “[...] o direito do investigado/indiciado de se fazer acompanhar por advogado ou defensor público é evidente. O que não se exige é a indispensabilidade da presença do causídico.”

Por fim, a nova redação do Estatuto da OAB, dada pela Lei n. 13.245/16, ainda que não tenha promovido uma revolução na fase pré-processual, salientou que a presença do advogado é de fundamental importância em toda a persecução penal, até mesmo na fase inquisitorial, atuando como mais uma garantia de credibilidade do procedimento policial.

7 AMPLIAÇÕES DAS PRERROGATIVAS NA PERSECUÇÃO PENAL

Em 13 de janeiro de 2016, a Lei n. 13.245 amplia substancialmente as prerrogativas do advogado. Altera especificamente o artigo 7º da Lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil). Aprovada em regime de “urgência” pelo Congresso Nacional, realizada no curso das investigações da operação Lava Jato (SOUZA, 2018, p. 78).

Deste modo, a Lei nº. 13.245/2016 inclui o direito do advogado de assistir aos seus clientes que estejam submetidos a investigações, durante a apuração das infrações. Trata-se de explicitação da garantia do amplo direito de defesa, “com os meios e recursos a ela inerentes”, de acordo com a Constituição Federal de 1988 em seu art. 5º, 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; (BRASIL, 1988)

As modificações legislativas ocasionam maior envolvimento do advogado na fase preliminar das investigações, possibilitando o acesso aos autos, objetivando a concretização de princípios e valores constitucionais ao investigado.

Dentre as mutações, destaca-se primeiramente, a do inciso XIV do artigo 7º do Estatuto da OAB, que faz alusão ao acesso dos autos de prisão em flagrante delito e de investigações de qualquer natureza. Sendo necessário verificar para melhor compreensão, a antiga redação frente a atual, vejamos:

Anterior a alteração do inciso XIV do artigo 7º da Lei n. 8.906/94, a redação perfazia-se da seguinte forma:

Art. 7º São direitos do advogado:

[...]

XVI – examinar repartição policial, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de inquérito, findo ou em andamento, ainda que conclusos, podendo copiar peças e tomar apontamentos (BRASIL, 1994).

A prática do advogado limitava-se apenas as repartições públicas policiais antes das alterações no inciso. Atualmente o teor da redação do inciso XIV do referido Estatuto:

Art. 7º São direitos do advogado:

[...]

XVI – examinar em qualquer instituição responsável por conduzir investigação, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de investigações de qualquer natureza, findos ou em andamento, ainda que conclusos à

autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital (BRASIL, 1994).

Indiscutivelmente, nota-se que houve uma ampliação do acesso do advogado aos autos de investigação. Estendendo as prerrogativas do advogado a outras repartições, alcançando até mesmo as investigações promovidas pelo Ministério Público, as Casas Legislativas, Receita Federal e Estadual e o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (ROSA NETO, 2019, p.151).

Assim, o advogado pode acompanhar, se assim for solicitado por seu cliente, todos os procedimentos de apuração das infrações, assim consideradas em lei, de quaisquer naturezas, incluindo depoimentos, interrogatórios e formação probatória. Como consequência, pode, no curso da apuração, apresentar razões e quesitos à autoridade competente. Essa específica assistência ao cliente investigado, protege-o do arbítrio e de eventual abuso na produção das provas (LOBO, 2020 p. 97).

Conforme ponderação doutrinária, explana Gonzaga (2020, p. 39):

O conhecimento técnico do advogado é adquirido nos anos em que estuda o Curso de Direito e, principalmente, quando sai da sala de aula e no dia a dia passa a trabalhar com todas as situações que, até então, somente lhe haviam sido apresentadas de maneira hipotética, ou mesmo com os cursos de especialização que porventura comece após o término da graduação. Seu conhecimento dos fatos, porém, advém não apenas das partes que seu cliente relata ao contratá-lo, mas também tomando ciência daquilo que a outra parte alega, formando seu juízo de valor sobre o todo e exercendo com base nesses princípios a advocacia.

Assim, os incisos XIII e XIV garantem ao advogado examinar processos e procedimentos judiciais, do Legislativo ou da Administração Pública, ainda que sem procuração, **em andamento ou findos**, inclusive para obtenção de cópias, valendo o mesmo entendimento para autos de flagrante e de inquérito, desde que não se encontrem sob sigilo.

Segundo Gonzaga (2020, p. 43), deve-se observar três momentos distintos com relação ao direito de vistas, dentro e fora das repartições, de processos por parte dos advogados:

a) Processo Administrativo ou Inquérito Policial: o IP possui natureza administrativa, sendo, portanto, categoria de processo administrativo. O advogado pode ver, anotar ou tirar cópia mesmo sem procuração. Para realizar carga, somente com procuração (regra geral). Sobre os inquéritos policiais, o STF entendeu que os advogados podem ter acesso aos documentos que o instruem, ainda que se encontrem em andamento, por força da Súmula Vinculante nº 14, colocando que "é direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

b) Processo em Andamento: assim como no processo administrativo, o advogado pode ver, anotar ou tirar cópia mesmo sem procuração. Para realizar a carga dos autos, somente com procuração.

c) Processo Findo: o advogado pode ver, anotar, tirar cópia e até mesmo realizar a carga dos autos sem procuração pelo prazo de dez dias. No cotidiano, porém, quando se pede o desarquivamento, o magistrado costuma intimar para regularização da situação processual juntando procuração. Descumpra-se o EAOAB.

Desta maneira, a carga comum dos autos pode ser requerida por advogado com procuração nos autos, de acordo com o que disciplina o art. 107 do Código de Processo Civil, seja pelo prazo legal de cinco dias ou quando tiver que se manifestar por determinação do juiz.

Se o prazo for comum para as partes, os procuradores devem retirar os autos em conjunto ou combinar previamente a forma que se dará a carga e, independentemente de ajuste, poderá retirar os autos para extração de cópias num período entre duas e seis horas, direito este que foi aumentado com o NCPC, isto porque no antigo diploma o prazo máximo para carga nestes casos era de apenas uma hora (GONZAGA, 2020, p.45).

Compreende-se, que no artigo 7º em seu parágrafo 10, a alteração determina que para o acesso à investigação que se encontra em sigilo, o advogado terá que dispor de procuração: “[...] §10. Nos autos sujeitos a sigilo, deve o advogado apresentar procuração para o exercício dos direitos de que trata o inciso XIV” (BRASIL, 2016).

Por conseguinte, aspirando a conservação da intimidade das demais envolvidas no inquérito que tramita em sigilo, a autoridade policial competente somente permitirá o acesso do advogado aos autos se este estiver munido de procuração.

Pois, de acordo com o EAOAB, antigamente no que se referia ao processo em sigilo, ainda assim, não poderia se fazer carga, o que por vezes poderia soar estranho, já que existem processos que a grande mídia tem acesso e o advogado não, conseguindo informações de forma ilícita ao quebrar o sigilo/segredo do processo. Mesmo que findo, não se poderia fazer cópia ou carga, muito menos quebrar o sigilo e mostrar documentos em rede nacional (GONZAGA, 2020, p.46-47).

Assegurada por Brasileiro (2016, p.101), uma amplitude de defesa, ao advogado em assistir seu cliente no inquérito e, possibilitando a defesa apresentar razões e quesitos de forma inovadora ao ordenamento, sob pena de nulidade da prova colhida, com a projeção da derivação de prova ilícita.

O Estatuto da OAB assegura aos advogados o direito de assistir a seus clientes investigado durante a apuração de infrações, podendo até mesmo no curso da apuração apresentar razões e quesitos, nos termos do artigo 7º, XXI, alínea “a” da Lei n. 8.906/94. Além disso, a jurisprudência é

firme no sentido de assegurar ao acusado essa possibilidade de apresentar contrarrazões (BRASILEIRO, 2016, p. 166).

Referente ao acesso amplo aos elementos de prova já instruída, é imprescindível a garantia do sigilo referente aos atos investigatórios que se encontram em andamento ou ainda não realizados, com o desígnio de preservar o prosseguimento do inquérito.

O Conselho Federal da OAB editou o Provimento de nº 188/2018, com objetivando disciplinar e regulamentar o exercício da investigação defensiva por parte do advogado. Em seu art. 1º conceitua o que se pode entender por investigação defensiva, estatuinto que:

Art. 1º. Compreende-se por investigação defensiva o complexo de atividades de natureza investigatória desenvolvido pelo advogado, com ou sem assistência de consultor técnico ou outros profissionais legalmente habilitados, em qualquer fase da persecução penal, procedimento ou grau de jurisdição, visando à obtenção de elementos de prova destinados à constituição de acervo probatório lícito, para a tutela de direitos de seu constituinte (OAB, 2018).

Desta forma, trata-se de típico exercício de atividade investigatória, no caso, exercida pela defesa e nos interesses desta, seja com o auxílio de assistente técnico ou não. É lícito, nesses termos, por exemplo, ao advogado, colher depoimento de testemunha dos fatos investigados em inquérito policial, devendo neste ato empregar todo o zelo e imparcialidade necessários (GONZAGA, 2020, p. 51).

Cumprе salientar, que negar o acesso do advogado aos autos do Inquérito Policial, constitui crime, como discorre o artigo 32 da Lei n. 13.869:

Art. 32. Negar ao interessado, seu defensor ou advogado acesso aos autos de investigação preliminar, ao termo circunstanciado, ao inquérito ou a qualquer outro procedimento investigatório de infração penal, civil ou administrativa, assim como impedir a obtenção de cópias, ressalvado o acesso a peças relativas a diligências em curso, ou que indiquem a realização de diligências futuras, cujo sigilo seja imprescindível:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa (BRASIL, 2019).

Destarte, o propósito do advogado é a defesa e o amparo do investigado, não estando impedido de peticionar nos autos do Inquérito Policial, postulando por uma acertiva produção de prova.

Percebe-se que a Lei n. 13.245/16 trouxe diversas alterações significativas no âmbito do exercício da advocacia, sendo que agora, com a possibilidade do advogado ter maior liberdade para ajudar o acusado no curso da investigação, traz uma maior efetividade do princípio do contraditório e ampla defesa para o réu, vez que o seu defensor possui o direito de acompanhar o processo desde a fase pré-processual.

8 CONCLUSÃO

Diante do exposto, é fundamental que ao encerrar o presente artigo, perceba-se a importância e relevância do tema abordado tanto para a academia jurídica, quanto para o advogado.

O inquérito policial por ser um procedimento inquisitivo, não possui a prerrogativa da ampla defesa e do contraditório. E pelo fato do inquérito policial ser um procedimento administrativo, deve garantir ao interessado que tenha acesso ao seu conteúdo. Foi desta forma que o Supremo Tribunal Federal proferiu a Súmula Vinculante nº. 14, garantindo ao advogado do acusado tenha acesso amplo aos elementos de prova documentados pela autoridade policial.

Deste modo, o presente trabalho teve como intuito demonstrar o quão importante tornaram-se juridicamente as alterações trazidas pela lei 13.245/2016 para a eficaz atuação do advogado, trazendo o enfoque para o âmbito penal em face do Inquérito Policial, visto que os princípios do contraditório e ampla defesa têm como intuito a colaboração para que as dúvidas presentes na investigação sejam sanadas, além de garantir ao acusado o direito de defesa.

Por fim, abordou-se detidamente a Lei n. 13.245/16 e as suas alterações no Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, focando principalmente no artigo 7º da EOAB, que promoveu uma maior atuação do advogado na fase preliminar das investigações, possibilitando assim o acesso aos autos, garantindo a concretização dos princípios do contraditório e ampla defesa. Nota-se ainda a importância da edição do Provimento n. 188/2018 pelo Conselho Federal da OAB, que doutrinou e regulamentou o exercício da investigação defensiva por parte do advogado, conferindo-lhe o exercício de atividade investigatória pela defesa e nos interesses desta.

Assim, concluiu-se que através da edição da Lei n. 13.245/16, da Súmula Vinculante n. 14 e do Provimento n. 188/2018 do Conselho Federal da OAB, a integridade do investigado passou a ser garantida de melhor forma contra coações em relação a autoridade policial e a polícia judiciária, podendo agora, o acusado possuir uma defesa efetiva através de seu advogado. Indubitavelmente, sendo demonstrado a necessidade do acesso a um processo argumentativo para todos, independente da sua camada social, gênero ou idade, o direito ao princípio do contraditório e ampla defesa fundados no devido processo legal, é a garantia de uma investigação pré-processual genuína.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 28 abr. 2022.

BRASIL. **Lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994**. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Brasília, DF: Presidência da República, [1994]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm. Acesso em: 28 abr. 2022

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2015]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 28 abr. 2022.

BRASIL. **Lei n. 13.245, de 12 de janeiro de 2016.** Altera o art. 7º da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil). Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13245.htm. Acesso em: 28 abr. 2022.

BRASIL. **Lei n. 13.869, de 5 de setembro de 2019.** Dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm. Acesso em: 28 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula vinculante n. 14**, de 02 de fevereiro de 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1230>. Acesso em: 09 set. 2022

BRASILEIRO, Renato. **Manual de processo penal.** 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

_____. **Manual de Processo Penal: volume único.** 6. Ed., rev., amp. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. **Dicionário de Ciências Sociais da Fundação Getúlio Vargas.** Rio de Janeiro: FGV, 1986, p. 1127.

GONZAGA, Álvaro de Azevedo. **Estatuto da Advocacia e novo Código de Ética e Disciplina da OAB comentados.** 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020.

LOBO, Paulo. **Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB.** 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LÔBO, Paulo. **Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB.** 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Investigação preliminar no Processo Penal.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Direito Processual Penal.** 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Direito Processual Penal.** 15 ed. São Paulo: Editora Saraiva Educação, 2018, p. 41.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Conselho Federal. **Provimento nº 188, de 31 de dezembro de 2018.** Regulamenta o exercício da prerrogativa profissional do advogado de realização de diligências investigatórias para instrução em procedimentos administrativos e judiciais. Brasília: DF, 2018. Disponível em: <https://deoab.oab.org.br/pages/materia/19>. Acesso em: 25 jun. 2022.

PACHELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 11 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.4.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório. A conformidade constitucional das Leis Processuais Penais**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 111/112.

ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. **O Princípio Constitucional da Igualdade**. Belo Horizonte: Lê, 1990, p. 18.

ROSA NETO, José. **A atuação do advogado no inquérito policial**. Revista **Artigos.com**, v. 3, 2019. Disponível em: <file:///C:/Users/josiane/AppData/Local/Temp/1004-Artigo-4790-1-10-20190612.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2022.

SOUZA, Karine de Jesus. **A Lei nº 13.245/16 e seus reflexos nos procedimentos investigatórios**. **Revista Jus**, 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/66530/a-lei-n-13-245-16-e-seus-reflexos-nos-procedimentos-investigatorios>. Acesso em: 09 set. 2022.

O ERRO MÉDICO NO BRASIL: UM OLHAR SOBRE A RESPONSABILIDADE PENAL

ANNA BEATRIZ ARAÚJO GOMES:

Graduanda do curso de Direito da Universidade Federal do Tocantins, campus de Palmas.

CRISTIANE DORST MEZZAROB⁸

(orientadora)

RESUMO: Não há dúvidas que os avanços na medicina caracterizam um dos principais fatores responsáveis pela sobrevivência e longevidade da espécie humana. Atualmente não somente na prevenção e cura de doenças, como também para melhorar a autoestima através da estética. Com o aumento de procedimentos e complexidades destes, há mais procedimentos malsucedidos, provocando discussão relacionada à ciência jurídica. Nesse contexto, o presente estudo tem como objetivo geral analisar os contornos do erro médico e as características da conduta profissional inadequada sob a ótica jurídico-penal. Especificamente, conceituar o erro médico no ordenamento jurídico brasileiro; caracterizar a responsabilidade penal decorrente de erro médico; por fim, apresentar exemplos reais de judicializações envolvendo erro médico na seara criminal. A metodologia, de ordem qualitativa, buscou fundamentos na doutrina, jurisprudência e legislação vigente no país. Verificou-se, sob a ótica jurídico-criminal, a possibilidade de responsabilizar a conduta médica de erro médico conforme a lesão causada, considerando a subjetividade penal envolvida, seja culpa ou dolo eventual do médico infrator, com penas de até 30 anos de reclusão. Todavia, mesmo com aumento de demandas judiciais sobre o tema, a Justiça brasileira se mostra extremamente conservadora, reconhecendo apenas como erro médico condenável criminalmente os casos onde a situação é irrefutável.

Palavras-chaves: Erro Médico. Responsabilidade Penal. Direito Médico.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 ERRO MÉDICO: aspectos conceituais; 3 RESPONSABILIDADE PENAL POR ERRO MÉDICO; 3.1. Contextualização histórica da punição penal por Erro Médico; 3.2 Tipificação penal por erro médico no ordenamento brasileiro: conduta culposa ou dolosa; 3.3 RESPONSABILIDADE PENAL: incidência; 4 DEMANDAS JUDICIAIS PARA RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DO MÉDICO; 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS; 6 REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

Nos últimos anos têm aumentado o número de denúncias no judiciário atribuindo ao médico o insucesso de procedimentos envolvendo procedimentos clínicos e, conseqüentemente, a responsabilidade tanto no âmbito criminal, quanto civil, o dano supostamente causado ao paciente, seja por culpa ou mesmo dolo.

⁸ Orientadora: Mestra na Universidade Federal do Tocantins, campus de Palmas. Advogada Criminalista.

É indiscutível que a medicina tem avançado a passos largos ao longo dos anos. Os avanços tecnológicos têm desenvolvido novos procedimentos e aprimorado os antigos, sempre com o objetivo de beneficiar os pacientes, seja na cura de uma doença, seja na correção de pequenas deficiências, seja no ganho estético. Entretanto, por vezes, os procedimentos são complexos e invasivos e, conseqüentemente, mais perigosos sob a ótica de recuperação do paciente pós-procedimento.

Na esfera criminal, a imperícia, classificada juridicamente como conduta comissiva positiva, é aquela em que o médico não possui o conhecimento técnico, teórico e prático para realizar determinada procedimento e mesmo assim o faz. A imprudência, também uma conduta positiva, ocorre quando o médico não observa o seu dever de cuidado, causando um ato lesivo que era previsível, consistindo na prática de um ato perigoso sem os cuidados que o caso requer. Enquanto, a negligência é caracterizada pela conduta negativa, e consiste no ato de deixar de fazer aquilo que a diligência impunha (GRECO, 2021).

Embora, por definição, o erro médico se caracterize essencialmente pela culpa, pode existir situações em que o erro cometido pelo médico seja juridicamente caracterizado pelo dolo, nestes casos, o dolo eventual. Fala-se em dolo eventual quando o médico “embora não querendo diretamente praticar a infração penal, não se abstém de agir e, com isso, assume o risco de produzir um resultado que por ele já havia sido previsto e aceito” (GRECO, 2021).

No que tange a responsabilidade penal, em ambas as situações, o erro médico é criminalmente punível, seja por culpa ou por dolo, a conduta do profissional deve ser apurada e os atos referentes ao dano, autoria, materialidade e causalidade devem ser considerados.

Esse estudo tem como objetivo principal analisar os contornos do erro médico e as características da conduta profissional inadequada sob a ótica jurídico penal. Ademais, pretende-se de forma específica, conceituar o erro médico no ordenamento jurídico brasileiro; caracterizar a responsabilidade penal do médico pelo cometimento de erro médico; por fim, apresentar exemplos reais referentes às judicializações envolvendo erro médico na seara criminal.

Metodologicamente, utilizando-se de um contexto doutrinário, jurisprudencial e legislativo, este estudo será, especialmente, de ordem qualitativa, tendo por premissa analisar e interpretar aspectos mais profundos, descrevendo a complexidade do comportamento humano e ainda fornecendo análises mais detalhadas sobre as investigações, atitudes e tendências de comportamento, ou seja, com ênfase nos processos e nos significados (MARCONI; LAKATOS, 2010).

A discussão sobre o relevante tema se mostra pertinente e indispensável, podendo auxiliar na compreensão dos aspectos judicantes/punitivos da responsabilidade médica diante da sua obrigação no contrato médico e paciente, a partir da análise da trilogia culpa, dano e nexos de causalidade, como forma de fomentar a discussão sobre o valor ético, jurídico e social da saúde e da vida humana.

Buscando atender aos objetivos propostos este estudo está dividido em três capítulos. Além da introdução, o capítulo dois intitula-se erro médico: aspectos conceituais, discorrendo também da evolução histórico-conceitual; o capítulo três trata especificamente da responsabilidade penal por erro médico, sendo dividido contextualização histórica da punição penal por erro médico, tipificação penal por erro médico no ordenamento brasileiro: conduta culposa ou dolosa e, responsabilidade penal: incidência. O quarto e último capítulo é intitulado demandas judiciais para responsabilização penal do médico, no qual o objetivo é apresentar exemplos de demandas judiciais onde se visualiza a responsabilização penal do médico decorrente de erro médico. Por fim, tem-se as considerações finais e as referências utilizadas no desenvolvimento deste estudo.

2 ERRO MÉDICO: aspectos conceituais

A atividade do profissional da área médica é, sem dúvidas, uma atividade de risco, pois diariamente lida com questões relacionadas à saúde e a vida das pessoas, sendo que um ato equivocados nessa atuação pode suscitar em morte do paciente ou no comprometimento de sua integridade física ou de sua saúde, por conduta culposa (negligência, imperícia ou imprudência) ou dolosa, especificamente, em casos de dolo eventual.

Quando o resultado do procedimento não é o esperado pelo paciente, levanta-se a discussão sobre o erro médico ou mesmo a responsabilidade do médico face ao insucesso do procedimento.

Nessa toada, a definição de erro médico também está, de forma mais ampla, no Manual de Orientação Ética e Disciplinar do Conselho Regional de Medicina do Estado de Santa Catarina (2000):

A falha do médico no exercício da profissão. É o mau resultado ou resultado adverso decorrente da ação ou da omissão do médico, por inobservância de conduta técnica, estando o profissional no pleno exercício de suas faculdades mentais. Excluem-se as limitações impostas pela própria natureza da doença, bem como as lesões produzidas deliberadamente pelo médico para tratar um mal maior. Observa-se que todos os casos de erro médico julgados nos Conselhos de Medicina ou na Justiça, em que o médico foi condenado, o foi por erro culposos.

Também a doutrina de Gomes e França (1999, p. 25) conceitua como:

Erro Médico é a conduta profissional inadequada que supõe uma inobservância técnica, capaz de produzir um dano à vida ou à saúde de outrem, caracterizada por imperícia, imprudência ou negligência". O Código de Ética Médica não traz nenhuma definição a respeito do tema, entretanto, o art. 1º do Capítulo III destaca que é vedado ao médico "causar dano ao paciente, por ação ou omissão, caracterizável como imperícia, imprudência ou negligência.

Essas definições têm em comum a atribuição de culpa ao profissional, caracterizada, juridicamente como um ato ilícito cometido pelo médico por imperícia, imprudência ou negligência.

Contudo, se revela uma evolução conceitual acerca do tema, diante do pensamento místico e religioso que revestia o exercício da medicina. Por muitos séculos, perpetuou-se a ideia que atribuía o exercício da função aos desígnios de Deus quanto a saúde e a morte. Como ponderou Reale (1997) se estabeleceu a cultura do “médico da família”, que era o responsável por atuar integralmente junto aos pacientes de uma mesma família, sendo a garantia de um amigo, conselheiro, e figura de uma relação social que não admitia dúvida sobre a qualidade de seus serviços, e, menos ainda, a litigância sobre eles.

O ato médico se resumia na relação entre uma confiança (a do cliente) e uma consciência (a do médico). Por tradição deduz-se que aquele que cura absolve a culpa, desfazendo o erro de origem do semelhante. Por isso, era inconcebível que o médico também poderia errar, especialmente no exercício da cura.

Entretanto, com o passar dos anos, sob a ótica de uma sociedade de consumo, as relações sociais se alteraram, gerando uma distância na relação médico-paciente, de modo que os pacientes se tornaram usuários conscientes de seus direitos, reais ou fictícios, exigindo também mais resultados positivos. Isso se dá, pela consciência de que a população é detentora de direitos, sendo lícito o questionamento, a apuração de responsabilidades, bem como a compensação dos prejuízos que vier a sofrer.

Em contrapartida, ainda que a ciência tenha evoluído de forma consideravelmente prodigiosa, essa mudança trouxe à tona uma onda de demandas judiciais, versando sobre diversos temas, gerando sobrecarga nos serviços judiciários, sendo que há aumento nos litígios a serem resolvidos. Sobretudo, há também casos em que o profissional da medicina se torna alvo de questionamentos e demandado para se responsabilizar por insucessos, sem que o erro médico seja, de fato, configurado.

A ocorrência dos erros médicos tem tomado grandes proporções, principalmente pela influência da mídia, que desencadeia uma forte pressão para se descobrir o culpado e a causa do erro, deixando em segundo plano, ou mesmo de lado, a dimensão experiencial da própria vítima do erro médico.

Grande parte dos estudos desenvolvidos pelos Conselhos Regionais de Medicina (CRMs) está voltada para a análise e levantamento do perfil profissional do denunciado e para características relacionadas com o erro médico, como as especialidades envolvidas, processos disciplinares julgados e penas aplicadas (MENDONÇA E CUSTODIO, 2016).

3 RESPONSABILIDADE PENAL POR ERRO MÉDICO

3.1 Contextualização histórica da punição penal por Erro Médico

A obrigação dos médicos de responderem pelas falhas resultantes do exercício de sua função nem sempre foi aceita como ocorre nos tempos atuais. Por ser a Medicina uma das profissões mais antigas do mundo, a incidência do erro de quem a exerce é igualmente antiga. Inicialmente, cumpre destacar que os povos da Antiguidade e da Idade Média já puniam os médicos que cometiam erros durante seus procedimentos (MENDONÇA E CUSTÓDIO, 2016).

Documentalmente, o primeiro dado histórico acerca do erro médico foi o Código de Hamurabi da Babilônia, no século XVIII a.C, onde se passou a responsabilizar esse tipo de conduta, podendo atribuir também uma compensação. O texto apontava que o médico que matasse alguém livre no tratamento ou cegasse um cidadão livre, teria suas mãos cortadas. Outrora, se morresse o escravo, pagasse seu preço, e se ficasse cego pagaria metade do preço (GOMES, 1994). Certamente, a punição de corte das mãos se refere à aplicação da Lei de Talião, que previa “olho por olho e dente por dente”, pois a mão do médico era considerada o órgão agressor, merecendo ser punida.

Na Mesopotâmia, a medicina arcaica manteve a penalidade de amputação das mãos do médico, em caso de operação resultante na perda de um olho, sendo que em caso de morte de paciente nobre, o médico também teria de perder sua própria vida. Enquanto na Grécia, o médico das campanhas militares gregas que realizasse tratamento sem sucesso em um general ou na cura de um auxiliar favorito pagaria com a própria vida por seu erro (GOMES, 1994).

Em contrapartida, no Antigo Egito, as regras do Livro Sagrado deveriam ser seguidas pelos médicos – que, assim procedendo, estariam livres de qualquer punição, mesmo com a morte do paciente. Os ostrogodos e visigodos entregavam o médico para a família do doente, falecido por suposto erro daquele, para que o justicassem como bem entendessem. Da composição voluntária à critério da vítima, e que envolvia um “resgate” – soma em dinheiro ou entrega de um objeto – passou-se à composição tarifada (CORREIA-LIMA, 2012).

Quanto ao Direito francês, findou-se com a responsabilidade civil dos médicos em 1929, quando foi proclamada a exclusiva responsabilidade moral dos profissionais da medicina. Em 1936, entretanto, firmou-se solidamente nos meios forenses, por meio do arresto de Dupin, a jurisprudência sobre a responsabilidade médica e a possibilidade do erro médico ao afirmar que “cada profissão encerra em seu seio homens dos quais ela se orgulha e outros que ela renega”, o que também foi ratificado nas concepções de Adelon: “O médico e o cirurgião não são indefinidamente responsáveis, porém o são às vezes; não o são sempre, mas não se pode dizer que não o sejam jamais” (CORREIA-LIMA, 2012).

Sobreveio, então, na Roma antiga, a Lei Aquilia, datada de 285 a.C., que traçou os primeiros elementos acerca da responsabilidade dos médicos, prevendo indenizações e abolindo a pena de morte por imperícia e negligência. Exigia, entretanto, que o dano contrariasse o Direito e que fosse derivado de falta *in committendo*, ou seja, com imprudência (CORREIA-LIMA, 2012).

Outrossim, a Lei Aquilia dificultou a responsabilização dos médicos por seus atos, pois, desta feita, eles não eram sancionados, a não ser que por falta grave e essa falta deveria ser comprovada pelos próprios pacientes. Essa necessidade de comprovação tornou a punição quase impossível, pois demandava conhecimentos específicos de medicina que os pacientes não detinham (RIBEIRO, 2012).

Um breve e importante parêntese, é destacar que no ordenamento brasileiro, considerando que os pacientes se enquadravam na categoria de consumidores de um serviço e não detêm conhecimentos técnicos suficientes para construir provas contra os fornecedores do serviço – médicos – o Código de Defesa do Consumidor (1990) instituiu a inversão do ônus da prova, nas questões envolvendo a judicialização pela responsabilidade civil dos médicos.

Em todas as legislações primitivas, é possível identificar a atenção dispensada ao erro médico desde os primórdios da medicina. Atualmente, por óbvio, as penas não são comparadas as de antigamente, mas podem ser atribuídas de acordo com a lesividade causada pela prática médica, se comprovado, que o médico agiu por imprudência, imperícia, negligência e de forma mais severa se comprovada a existência do dolo, contudo sempre respeitando os direitos humanos e reconhecendo que a medicina assim como as demais áreas é suscetível ao erro. Diante disso, é imprescindível a classificação desde o primórdio, do que se trata o erro médico e características que o identificam.

3.2 TIPIFICAÇÃO PENAL POR ERRO MÉDICO NO ORDENAMENTO BRASILEIRO: conduta culposa ou dolosa

Primordialmente, na seara penal faz-se necessário distinguir os crimes dolosos e culposos. O crime é considerado doloso quando o agente prevê objetivamente o resultado e tem intenção de produzir o resultado (dolo direto) ou assume o risco de produzi-lo (dolo eventual), como preceitua o artigo 18, inciso I, do Código Penal. Outrora, crimes culposos consubstanciam-se naqueles onde o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia, de acordo com o artigo 18, inciso II, do Código Penal.

De acordo com Mirabete (1989, p. 148):

A imprudência é uma atitude em que o agente atua com precipitação, inconsideração, com afoiteza, sem cautelas, não usando de seus poderes inibidores. [...] A negligência é a inércia psíquica, a indiferença do agente que, podendo tomar as cautelas exigíveis, não o faz por displicência ou preguiça mental. [...] A imperícia é a incapacidade, a falta de conhecimentos técnicos no exercício da arte ou profissão, não tomando o agente em consideração o que sabe ou deve saber.

Especificamente, no campo da medicina, as três formas possíveis do erro médico são definidas por França (2014, p. 259):

Imprudente é o médico que age sem a cautela necessária. É aquele cujo ato ou conduta são caracterizados pela intempestividade, precipitação, insensatez ou inconsideração. A imprudência tem sempre caráter comissivo. Por exemplo, o cirurgião que, podendo realizar uma operação por um método conhecido, abandona essa técnica e, como consequência, acarreta para o paciente um resultado danoso. [...] A negligência também é

um ato omissivo e caracteriza-se pela inação, indolência, inércia, passividade. É a falta de observância aos deveres que as circunstâncias exigem.

Estritamente na negligência, França (2014) pormenoriza algumas eventualidades nas quais se configura a negligência. A primeira situação seria a de abandono do doente. Esse tipo é o tipo mais clássico de negligência médica, pois quando estabelecida a relação médico-paciente, a obrigação da continuidade de tratamento é absoluta, a não ser em casos especiais, como no acordo mútuo entre as partes ou por força maior. O conceito de abandono deve ficar bem claro, como no exemplo, em que o médico é certificado de que o paciente ainda necessita de tratamento, e, mesmo assim, deixa de atendê-lo.

Outra modalidade de negligência ainda citada por França (2014) seria a omissão de tratamento, pois o médico que omite um tratamento ou retarda o encaminhamento de seu doente a outro colega para os cuidados necessários comete uma negligência. Um exemplo comum desse evento é se um clínico ao tratar de um enfermo portador de apendicite não o transfere de imediato para um cirurgião, preferindo fazer o tratamento conservador, ou o faz tardiamente, quando as complicações estão presentes.

Há também a negligência de um médico pela omissão de outro. Para França (2014) isso ocorre quando certas tarefas de exclusiva responsabilidade de um são entregues a outros, e o resultado não é satisfeito. Um exemplo seria quando um médico deixa o plantão confiando na certeza da pontualidade de um colega, o que não vem a se verificar. Em consequência, um paciente vem a sofrer graves danos pela ausência de um profissional naquele local de trabalho. Nessa situação, o Código de Ética Médica atual considera que ambos os médicos são infratores.

Outro exemplo de negligência bastante comum é referente a letra do médico. Popularmente, em geral, atribui-se aos médicos a característica de possuir escrita que os médicos têm letra ilegível. Esse fato pode resultar, na verdade, na troca de medicamentos, com risco de o paciente tomar um remédio diferente daquele prescrito. E, se dessa situação resultar um prejuízo ao paciente, a responsabilidade seria do médico e do farmacêutico. Do farmacêutico, por imprudência, pois não devia fornecer um medicamento quando não tem certeza do que se trata. Do médico, por negligência e imprudência, pela previsibilidade de seu ato poder acarretar dano ao seu paciente (FRANÇA, 2014).

Por fim, França (2014) ainda expõe o exemplo de esquecimento de corpo estranho em cirurgia. Destaca que o simples fato de esquecimento de um corpo estranho num ato operatório por si só não constitui, moral ou penalmente, um fato imputável, a menos que essas situações se repitam em relação a um determinado profissional, configurando-se negligência médica. Tal fato é imprevisível e, até certo ponto, impossível de ser evitado, ainda que se empreguem os mais modernos meios e as maiores atenções. Inclusive, porque esses cuidados não dependem apenas do cirurgião e de sua habilidade, mas, também, dos participantes direta ou indiretamente do ato operatório, e inclusive do tipo de material utilizado nessa forma de trabalho.

A terceira forma possível de erro médico na modalidade culposa, além de imprudência e negligência, trata-se da imperícia é também chamada de culpa profissional, pois somente pode ser

praticada no exercício de arte, profissão ou ofício, sendo que se ocorrer fora destes âmbitos, deverá ser tratada, sob o ponto de vista jurídico, como imprudência ou negligência. Assim, por exemplo, se um médico, realizando um parto, causa a morte da gestante, será imperito. Entretanto, se a morte for provocada pelo parto mal efetuado por um curandeiro, não há falar em imperícia, mas em imprudência (MASSON, 2020, p. 257).

De maneira diversa, há também o erro médico por dolo eventual, onde o médico assume o risco de produzir o resultado danoso. De acordo com Masson (2020, p. 244):

Dolo eventual é a modalidade em que o agente não quer o resultado, por ele previsto, mas assume o risco de produzi-lo. É possível a sua existência em decorrência do acolhimento pelo Código Penal da teoria do assentimento, na expressão “assumi o risco de produzi-lo”, contida no artigo 18, I, do Código Penal. [...] Prevalece no Brasil o entendimento favorável ao cabimento da tentativa nos crimes cometidos com dolo eventual, equiparado pelo art. 18, I, do Código Penal, no tocante ao seu tratamento, ao dolo direto.

Milanez (2014) afirma ainda que:

No dolo eventual, o agente prevê a ocorrência de um resultado típico e não o deseja, mas se conforma com a sua eventual ocorrência. O Supremo Tribunal Federal entendeu haver indícios de dolo eventual em hipótese na qual o único médico plantonista de um posto de saúde se recusou, reiteradas vezes, a atender uma criança que veio a falecer, sob a escusa de que não era pediatra.

Contudo, embora haja em todo ato operatório uma responsabilidade que é de todos, a tendência atual é dividir o ônus dos cuidados por determinados agentes, aos quais cabe a tarefa de supervisionar e a responsabilidade em cada procedimento, atribuindo a cada indivíduo um tipo de compromisso e um grau de responsabilidade. A compreensão que se tem no momento é que sempre há uma culpa a ser declarada.

3.3 RESPONSABILIDADE PENAL: incidência

Responsabilidade é a obrigação de reparar o dano que uma pessoa causa a outra. A palavra responsabilidade deve ser entendida como restituição ou compensação de algo que foi retirado de alguém. No âmbito penal, essa responsabilidade é o dever jurídico de responder pela ação delituosa que recai sobre o agente imputável.

De acordo com França (2014), não existe no momento, no mundo inteiro, outra atividade mais vulnerável que a medicina, chegando a ser uma das mais difíceis de se exercer do ponto de vista legal. Todavia, o médico, como qualquer cidadão, responde penalmente quando produz um dano ao seu paciente, a não ser que prove que não houve conduta culpável.

Outrora, alguns doutrinadores entendem que não é fácil identificar um erro médico quando ele ocorre. De acordo com Kfoury Neto (2010), nas ações judiciais que envolvem indenização por erro médico, percebe-se que, de um lado há a tentativa de evidenciar a prática negativa do médico e, por outro, o apoio em laudos técnicos que afaste aquilo que está sendo questionado. Ainda, conforme o doutrinador:

Delineia-se, após, o problema: a existência do dano – lesão, aleijão, morte, etc. - é irrefutável; a intervenção médica realizou-se, e isso também é indubitável. A ocorrência da culpa e o estabelecimento do nexo de causalidade, então, passam a desafiar a argúcia do julgador, que se valerá, nessa etapa final, de tudo quanto as partes trouxeram aos autos e das informações que o próprio juízo determinou fossem prestadas pelas partes e peritos.

França (2014) afirma ainda que na doutrina penal a teoria subjetivista da culpa tem prevalecido, onde o agente não quer o resultado nem assume o risco de produzi-lo, existindo, apenas, uma previsibilidade de dano. Como essa previsão é eminentemente subjetiva, torna-se difícil atribuir ao médico uma responsabilidade criminal.

De forma geral, a Justiça tem se mostrado sempre muito prudente diante de uma suposta culpa, exceto diante de uma situação indiscutível onde se possa impor o princípio da *res ipsa loquitur*, ou seja, onde a situação fala por si mesma.

Sobretudo, é importante o entendimento de que nem sempre quando um procedimento não obtém o resultado esperado o erro é médico. As péssimas condições dos hospitais públicos favorecem os resultados ruins de qualquer profissional de medicina. Quando o resultado é diverso das expectativas do paciente, não é necessariamente um erro médico. É importante que as pessoas que acreditam terem sido vítimas de erro médico consultem outros especialistas, uma vez que a visão de outro profissional da área é extremamente importante para se ter a confirmação, momento em que se poderá adotar a medida adequada.

Diante da confirmação, há a obrigatoriedade de reparação de danos, que no que se refere às atividades do médico, está expressa no artigo 1.545, do Código Civil, onde estabelece: “Os médicos, cirurgiões, farmacêuticos, parteiras e dentistas são obrigados a satisfazer o dano, sempre que da imprudência, negligência ou imperícia, em atos profissionais, resultar morte, inabilitação de servir, ou ferimentos”.

Na mesma toada, o artigo 14 do Código do Consumidor (Lei 8.078/90) dispõe que “o fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação de serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos”.

De antemão, incluem-se nas verbas de indenização possíveis, os danos pessoais, materiais e morais, consoante previsão constitucional (artigo 5º, X, da Constituição Federal), cuidando-se, ainda, de matéria sumulada (Súmula 37, do STJ).

Acerca dos danos materiais, são estes aqueles sofridos financeiramente. Ou seja, é o gasto financeiro com a cirurgia que não deu certo, ou o gasto com a cirurgia de reparo, com o psicólogo, dependendo do dano estético sofrido, com medicamentos. Nesse ínterim, os danos morais se referem a algo subjetivo, é quando não existe a possibilidade de demonstrar o seu valor, como no caso da honra, dor, sofrimento, saudade, humilhação, vergonha e outras coisas.

Entretanto, urge a necessidade de abordar sobre o aumento das cirurgias estéticas no Brasil. Segundo JORGE (2022), um relatório da Sociedade Internacional de Cirurgia Plástica Estética (ISAPS) revelou que no ano de 2020, foram realizados 1.306.962 procedimentos de cirurgia plástica estética. Isso coloca o país em segundo lugar no ranking global da entidade, atrás apenas dos Estados Unidos. Em razão dessa alta, surgem também os danos estéticos, que são caracterizados quando há uma lesão à fisionomia do paciente. Seja uma cicatriz, uma seqüela estética ou outros. No entanto, existe uma grande dificuldade em quantificar esse tipo de dano, considerando que a beleza é algo extremamente subjetivo.

Por outro lado, especificamente na esfera criminal, no exercício da Medicina os erros médicos por condutas culposas são os que têm maiores possibilidades de ocorrer. Os crimes mais comuns são homicídio culposo e as lesões corporais culposas, que integram uma agravante se realizados por médicos no exercício da sua profissão, conforme consta no Código Penal (1940):

Homicídio - artigo 121: Matar alguém

(...)

§ 3º: se o homicídio é culposo

Pena: detenção, de 1 a 3 anos

§ 4º: no homicídio culposo, a pena é aumentada de um terço, se o crime resulta de inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício (...).

Lesões corporais - artigo 129: Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem

(...)

§ 6º: se a lesão é culposa

Pena: detenção, de 2 meses a 1 ano

§ 7º: aumenta-se a pena de um terço, se ocorrer qualquer das hipóteses do artigo 121, § 4º.

Consoante, se da prática de um ato médico resultar a morte ou lesão corporal do paciente, tendo o médico agido com imprudência, negligência ou imperícia, o profissional incorrerá nas penas acima.

Todavia, também é possível a responsabilização do médico pela prática da conduta em dolo eventual, ou seja, quando dolosamente, assumindo o risco do resultado, o médico comete erro médico. Um exemplo dessa possibilidade é o médico habilitado como cirurgião geral realizar cirurgia estética, que exige habilitação específica como cirurgião estético. Nesse caso, não há que se falar em negligência, imprudência ou imperícia, vez que o médico, consciente de suas limitações profissionais, realiza procedimentos não autorizados, colocando a integridade física ou a vida do paciente em risco.

Nesses casos, o médico será responsabilizado com penas muito maiores, chegando a até 30 anos, por exemplo:

Homicídio simples

Art. 121. Matar alguém:

Pena - reclusão, de seis a vinte anos.

Homicídio qualificado

(...)

§ 2º Se o homicídio é cometido:

(...)

IV – (...) outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido;

(...)

Pena - reclusão, de doze a trinta anos.

Lesão corporal

Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:

(...)

§ 2º Se resulta:

(...)

IV - deformidade permanente;

Pena - reclusão, de dois a oito anos.

À vista do que afirma Martins (1998), caso do resultado de um procedimento médico, surja uma lesão, uma incapacitação, ou mesmo o óbito do paciente, desde que exista indicação de um possível atendimento equivocado, poder-se-á cogitar de um crime. E no caso de lesão corporal culposa, a investigação dependerá, da manifestação de vontade da vítima (art. 88, da Lei 9.099/95), naquilo que se denomina representação. Via de regra, a apuração de eventual ocorrência do crime ocorrerá perante o Juizado Especial Criminal, onde se verificarão as tentativas de conciliação ou de transação penal, por se tratar de crime de menor potencial ofensivo.

Por outro lado, na hipótese de homicídio culposo, Martins (1998) preconiza que, diferentemente do procedimento anterior, presentes os requisitos legais, será apresentada a denúncia e, concomitantemente, a proposta de suspensão condicional do processo, conforme o art. 61 do Código Penal. Caso não seja aceita ou não se concretize pela ausência da reparação do dano, terá seguimento a ação penal, que tramita no juízo comum. Podendo ser utilizadas como prova na apuração de tais delitos o exame de corpo de delito (verificação da lesão ou comprovação da morte do paciente), na coleta das declarações do acusado, na oitiva de testemunhas, em prova documental, consistente nos documentos elaborados pelo médico durante o período de atendimento (anamnese, prontuário), receituário e outros, como os escritos por médicos assistentes, enfermeiros, anotações da sala cirúrgica, além de perícias.

Além das consequências criminais, ou seja, as penas de detenção ou reclusão impostas, pode ainda ser reclamado na justiça cível o ressarcimento ou responsabilização financeiramente pelo dano causado, na modalidade que for necessária (dano moral, material, estético).

É necessário destacar também que, em matéria penal, só podem ser réus as pessoas físicas, ou seja, o médico em questão, não cabendo processo contra o hospital, seguro saúde ou a empresa que emprega o médico. E também, o acusado só pode ser condenado quando a acusação ficou provada plenamente, porque só a prova plena é que pode gerar certeza.

4 DEMANDAS JUDICIAIS PARA RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DO MÉDICO

De acordo com o médico perito da Justiça Federal, Herberth Marçal Chaves Moreira (2022), nos últimos dez anos, têm se observado um aumento considerável no número de demandas judiciais contra os médicos, dentistas e hospitais, tornando necessária a discussão acerca desses dados. Tendo em vista que o crescimento do número de processos éticos-profissionais nos Conselhos Regionais e Federal de Medicina, foi em torno de 250% em apenas uma década. Não obstante, 60% dos casos sejam julgados improcedentes, existe a obrigação de responder à ação judicial e custear honorários advocatícios, periciais e afins.

MILANEZ (2014) afirma que no dolo eventual, o agente prevê a ocorrência de um resultado típico e não o deseja, mas se conforma com a sua eventual ocorrência. Além de que o Supremo Tribunal Federal possui entendimento jurisprudencial de haver indícios de dolo eventual em

hipótese na qual o único médico plantonista de um posto de saúde se recusou, reiteradas vezes, a atender uma criança que veio a falecer, sob a escusa de que não era pediatra.

No caso, conforme aponta MILANEZ (2014), em julgamento do STF, presidido pela Relatora Ministra Ellen Gracie, com número HC 92.304, e, restou consignado que:

[...] para a configuração do dolo eventual não é necessário o consentimento explícito do agente (em relação ao resultado), nem sua consciência reflexiva em relação às circunstâncias do evento. [...] descreveu-se a conduta do médico haver se recusado, por duas vezes, em dias consecutivos, a atender a vítima que já apresentava sérios problemas de saúde, limitando-se a dizer para a avó da vítima que a levasse de volta para casa, e somente retornasse quando o médico pediatra tivesse retornado de viagem. Em tese, o único médico plantonista, procurado mais de uma vez durante o exercício de sua atividade profissional na unidade de saúde, cientificado da gravidade da doença apresentada pelo paciente que lhe é apresentado (com risco de vida), ao se recusar a atendê-lo, determinando o retorno para casa, sem ao menos ministrar qualquer atendimento ou tratamento, pode haver deixado impedir a ocorrência da morte da vítima, sendo tal conduta omissiva penalmente relevante devido à sua condição de garante. [...]

Ato contínuo, um estudo denominado “Judicialização da saúde no Brasil: Perfil das demandas, causas e propostas de solução” realizado pelo Instituto de Ensino e Pesquisa – INSPER e divulgado pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ no ano de 2021, apresentou que entre 2008 e 2017, houve um crescimento de 130% no número de demandas judiciais relacionadas à saúde, sendo que em 2017 havia 95.752 processos de saúde judicializados.

Recentemente, em maio de 2022, o Jornal da Justiça, vinculado à rede de televisão TV Justiça, apresentou em edição do jornal que o Conselho Nacional de Justiça – CNJ registrou quase 35 mil novos processos por erro médico no país no ano passado - 2021, entre os casos: violência obstétrica, cirurgias malfeitas ou no lugar errado, diagnósticos incorretos, infecções hospitalares, radiações inapropriadas e medicamentos errados.

Ainda neste viés, é necessário destacar que a justiça tem tido maior atuação em relação a condenações na esfera cível, nas chamadas ações indenizatórias, do que na esfera penal, ou seja, poucos ainda são os casos de criminalização da conduta médica por erro médico. Por exemplo, no ano de 2022, como noticiou Lima (2022), o Supremo Tribunal de Justiça – STJ condenou uma médica do Rio de Janeiro, pela prática de erro médico, mais especificamente violência obstétrica, durante um parto ocorrido em 2007. O caso de violência no momento do parto fez com que o bebê nascesse com lesão cerebral irreversível. Sendo que em decorrência das sequelas, o bebê faleceu aos três anos de idade. A médica, que ainda exerce a função de pediatra, foi condenada a indenizar a família em R\$100.000,00 (cem mil reais).

Nessa toada, vale ressaltar que esse tipo de indenização possui entendimento do STJ, referente à prescrição:

Direito do consumidor – Prescrição. Prescrição. Ação de indenização por erro médico. "[...] a ação proposta para cobrança de indenização por erro médico está submetida ao prazo prescricional de cinco anos, conforme estabelecido no art. 27 do Código de Defesa do Consumidor. Nesse sentido, os seguintes julgados: AgRg no AREsp n. 626.816/SP, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 07/06/2016, DJe 10/06/2016; AgRg no AREsp n. 792.009/DF, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 1º/03/2016, DJe 7/3/2016." AgInt no AREsp 1.381.799/SP, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 06/06/2019, DJe 14/06/2019.

O Ministério Público de Santa Catarina – MPSC, no ano de 2021, também tornou público o caso em que, após uma denúncia do MPSC, protocolada pela Promotoria de Justiça de São Carlos, um médico foi condenado por homicídio culposo, cometido por negligência, imprudência e imperícia em uma cirurgia para corrigir uma obstrução de intestino. No caso, específico, o médico não observou as regras técnicas da profissão e não prestou os atendimentos necessários à paciente, tendo causado a morte dela.

Segundo o MPSC (2021), o falecimento da vítima ocorreu em 2015. E segundo depoimentos, a paciente foi atendida pelo médico após sentir dores abdominais. Depois de dois dias internada, foi liberada e encaminhada para fazer uma colonoscopia, mas o exame não pôde ser feito, pois ela não conseguia ingerir os medicamentos necessários. Em uma nova consulta, o médico informou aos familiares da paciente que Maria tinha uma obstrução no intestino e precisaria passar por uma cirurgia. O réu se baseou apenas em um exame de raios X para definir a necessidade do procedimento.

A cirurgia necessária foi realizada, conforme consta na notícia do MPSC (2021), a paciente ficou internada sem apresentar melhoras, recebeu alta e foi internada mais duas vezes com fortes dores, e os depoimentos de familiares demonstraram que o médico, durante todos os atendimentos, sempre minimizou a gravidade do quadro da paciente. Na sentença, o magistrado enfatizou que o procedimento ocorreu sem problemas, mas que "fora realizado sem que exigidos exames investigativos. Pois, sequer fora coletado hemograma pré-operatório". Considerou, ainda, que a conduta do médico não pode ser analisada como normal, pois atualmente ele é réu em pelo menos outros dez processos judiciais - criminais, de responsabilidade civil e por atos ímprobos.

Diante dos elementos apresentados na denúncia e comprovados no processo judicial, o Juízo da Comarca de São Carlos entendeu que não restaram dúvidas de que o médico foi responsável pela morte da paciente, e o condenou a 2 anos, 7 meses e 3 dias de detenção, em regime inicialmente aberto. Entretanto, a pena foi substituída por serviços à comunidade de uma hora por dia e pelo pagamento de 100 salários-mínimos, no valor vigente à época do fato, para os dependentes da vítima. A sentença foi juntada a um processo ético-profissional do Conselho Regional de Medicina do Estado de Santa Catarina, que também apura a conduta do médico.

Como enfatizado ao longo deste estudo, as condutas médicas no exercício profissional extrapolaram os muros dos julgamentos administrativos dos Conselhos Regionais de Medicina e estão batendo na porta do Poder Judiciário. Contudo, o tema ainda é nebuloso, o acervo probatório de difícil produção, especialmente na esfera criminal, o que acaba por prejudicar a resposta estatal e a efetiva punição de médicos que cometem erros nos procedimentos, acarretando danos à saúde do paciente, muitas vezes de forma irreversível. Ainda é muito tênue a linha que separa a fatalidade do erro médico e, conseqüentemente, a responsabilização criminal da conduta médica.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo deste artigo foram abordados os contornos do erro médico, desde a conceituação de erro médico e evolução histórico-conceitual, até exemplos desse tipo de conduta profissional inadequada sob a ótica jurídico penal.

Desse modo, caracterizando também a tipificação penal no ordenamento jurídico brasileiro, além da incidência penal decorrente de conduta culposa ou dolosa (eventual) de erro médico. Apresentando também a situação do Brasil quanto às demandas judiciais referentes ao erro médico e percentual de casos registrados anualmente em pesquisas jurídicas.

Entretanto, um ponto necessário a se ressaltar é a necessidade de ponderamento e distinção do que é erro médico, tendo em vista que nem todo resultado adverso na assistência à saúde individual ou coletiva é sinônimo de erro médico. Por isso, o presente trabalho trouxe conceitos, características e exemplificações, visando que o leitor tenha consciência do que é inadequado na conduta profissional, durante relação médico-paciente.

Por outro lado, é fundamental notar que muito se exige dos médicos, mesmo sabendo que sua ciência é inexata e que sua obrigação é de meios e não de resultados. Muitas situações são judicializadas, mas não são procedentes, por ausência de erro ou de comprovação, em decorrência do ônus da prova dado ao paciente.

Desta feita, esse estudo também teve o objetivo de elucidar os direitos do paciente/cliente e tipos de condutas inadequadas do profissional da medicina, visando também que as possíveis alegações de erro médico carreguem um valor jurídico e fundamentado, para que não se configurem apenas em denúncia inepta, gerando prejuízo ao autor da ação.

Diante do exposto, conclui-se que o tema em questão explorado ainda se encontra em contexto atual e relevante, diante do expressivo aumento de demandas judiciais acerca do tema. Demonstra a necessidade de informação, por parte de médico e de paciente, de forma que essa relação recupere o seu caráter humano médico-paciente e não haja somente um vínculo entre prestador de serviços e cliente, para que ambas as partes tenham ciência de forma clara acerca dos ônus e benefícios possíveis de ocorrer em cada procedimento, de modo que se diminuam os desentendimentos e danos oriundos dessa relação.

6 REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código de defesa do consumidor**. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm> Acesso em: 22 ago. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Demandas judiciais relativas à saúde crescem 130% em dez anos**. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/demandas-judiciais-relativas-a-saude-crescem-130-em-dez-anos/>>. Acesso em 10 out. 2022.

BRASIL. Conselho Regional de Medicina do Estado de Santa Catarina. **Manual de orientação ética e disciplinar**. 2. ed. Florianópolis: Cremesc, 2000.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 22 ago. 2022.

BRASIL. Ministério Público de Santa Catarina. **Médico denunciado pelo MPSC é condenado por homicídio culposo**. Santa Catarina, 2022. Disponível em: <<https://www.mpsc.mp.br/noticias/medico-denunciado-pelo-mpsc-e-condenado-por-homicidio-culposo>>. Acesso em: 17 out. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). **Súmula n.º 37**. São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato. Brasília: Diário de Justiça, 1992. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?b=SUMU&sumula=37>>. Acesso em: 26 set. 2022.

BRASIL. **Código Civil**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 22 ago. 2022.

BRASIL. **Código Penal**. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 22 ago. 2022.

CORREIA-LIMA, Fernando Gomes. **Erro médico e responsabilidade civil**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, Conselho Regional de Medicina do Estado do Piauí, 2012. Disponível em: <<https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/erromedicoresponsabilidadecivil.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2022.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito médico**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

GOMES, Júlio César Meirelles. **Erro médico: Reflexões**. Brasília: Revista Bioética, 1994. Disponível em: <https://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewFile/459/342>. Acesso em: 26 set. 2022.

GOMES, Júlio César Meirelles; FRANÇA, Genival Veloso de. **Erro médico: um enfoque sobre sua origem e consequências**. Montes Claros: Unimontes, 1999.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 23. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2021.

JORGE, Marcos do Amaral. **No Brasil, procedimentos de estética facial realizados por pessoas sem treinamento médico têm mais chances de gerar complicações, mostra estudo feito em 19 estados**. Jornal da Unesp, 2022. Disponível em: <<https://jornal.unesp.br/2022/04/29/no-brasil-procedimentos-de-estetica-facial-realizados-por-pessoas-sem-treinamento-medico-tem-mais-chances-de-gerar-complicacoes-mostra-estudo-feito-em-19-estados/>>. Acesso em: 03 out. 2022.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

LIMA, Bruna. **STJ condena médica por violência obstétrica no Rio de Janeiro**. Brasília: Metrôpoles, 2022. Disponível em: <<https://www.metropoles.com/colunas/guilherme-amado/stj-condena-medica-por-violencia-obstetrica-no-rio-de-janeiro>>. Acesso em: 17 out. 2022.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de metodologia científica**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MARTINS, Jorge Henrique. **A responsabilidade penal por erro médico**. Palestra proferida no I Fórum Regional de Direito Médico – promovido pelo Conselho Regional de Medicina de Santa Catarina – CREMESC – Blumenau, 1998. Disponível em: <http://tjsc25.tjsc.jus.br/academia/cejur/arquivos/responsabilidade_erromedico_jorge_schaefer.pdf>. Acesso em: 12 set. 2022.

MASSON, Cleber. **Direito Penal: parte geral (arts. 1º a 120)**. 14. Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020.

MENDONÇA, Vitor Silva; CUSTODIO, Eda Marconi. **O erro médico e o respeito às vítimas**. São Paulo: Boletim de Psicologia, 2016. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0006-59432016000200002&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 17 out. 2022.

MILANEZ, Bruno Augusto Vigo. **Apontamentos penais e processuais no direito médico: limites entre o erro médico e a responsabilidade criminal**. Curitiba: Ius Gentium, 2014. Disponível em: <<https://www.revistasuninter.com/iusgentium/index.php/iusgentium/article/view/151>>. Acesso em: 12 set. 2022.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**, 4. ed. São Paulo: Atlas, 1989.

MOREIRA, Herberth Marçal Chaves. **Judicialização da medicina: o aumento das demandas judiciais**. Disponível em: <<https://medicinas.com.br/judicializacao-da-medicina/>>. Acesso em: 12 set. 2022.

REALE, Miguel. **Código de ética médica (parecer)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

RIBEIRO, Diaulas Costa. **Erro Médico**. Brasília: Revista de Medicina e Saúde, 2012. Disponível em: <<https://portalrevistas.ucb.br/index.php/rmsbr/article/view/4315>>. Acesso em 09 set. 2022.

TV JUSTIÇA OFICIAL. **JJ2 – CNJ registra quase 35 mil novos processos por erro médico no país**. Brasília: TV JUSTIÇA, 2022. 1 vídeo (2 min e 43 seg). Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=XcOtwZP2iq4&t=163s>>. Acesso em: 03 out. 2022

IMPLICAÇÕES DO TOTALITARISMO NAZIFASCISTA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

ISADORA CRISTINE DE ARAUJO ALENCAR:

Graduando do Curso de Direito do Centro
Universitário Santo Agostinho (UNIFSA).

WABNY DE ASSIS SILVA REIS⁹

(autor)

SAMILA MARQUES LEÃO¹⁰

(orientadora)

RESUMO: O cenário hostil pós primeira guerra mundial abalou consideravelmente o ânimo político social dos países vencidos, como a Alemanha, por isso, mostrou-se um ambiente propício para as autoridades intelectuais da época insurgirem com ideais por vezes radicais, aproveitando-se da fragilidade de um povo vencido e desajustado politicamente, fazendo-o ressurgir com ideais que propagavam a unificação e aparente solução, mas que culminou em verdadeiro enfraquecimento de toda a construção de um processo civilizatório. Nesses termos, este estudo se propõe a analisar os aspectos bibliográficos e os científicos acerca da incidência do nazifascismo dentro do âmbito social brasileiro, e atualmente como os institutos sociojurídicos podem intervir para tutelar os direitos fundamentais violados dentro de um sistema supremacista. Assim, concluiu-se que o indivíduo tem suas convicções religiosas, filosóficas e sociais guarnecidas pelo Estado brasileiro, e por isso qualquer retrocesso no constante processo civilizatório atenta contra a dignidade de se desenvolver na esfera pública de forma harmoniosa.

Palavras-chave: Nazismo. Estado. Psicanálise. Dignidade da Pessoa Humana. Processo Civilizatório.

Sumário: 1. Introdução – 2. História Geral do Nazifascismo. 3. O Indivíduo e a Coletividade Totalitária. 4. Bases Princiológicas do Autoritarismo Nazifascista; 4.1. Uniformidade; 4.2. Hierarquia; 4.3. Política de Exclusão. 5. Essência do Estado de Direito e o Totalitarismo. 6. Considerações Finais. 7. Referências

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como escopo observar a influência dos ideais do Totalitarismo, principalmente o nazifascismo, na sua desenvoltura na esfera pública, bem como examinar através dos mecanismos oferecidos pela Psicologia social e Psicanálise a problemática do totalitarismo nazifascista, movimento que ganhou impulso maior no início do século XX onde as circunstâncias de um abalo econômico, social e político causados principalmente pela Primeira Guerra Mundial

⁹ Graduando do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho (UNIFSA).

¹⁰ Mestre em Psicologia pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Professora do Centro Universitário Santo Agostinho.

aos países vencidos, a saber, Alemanha e a Áustria-Hungria, tornaram um espaço hostil o suficiente para os líderes intelectuais do radicalismo eugênico insuflarem na população a matriz comum de toda a contenda que estavam sofrendo.

Desse modo, houve um processo de enfraquecimento de toda a essência de um processo civilizatório até então, pois a influência autoritária dentro de uma sociedade humilhada, desajustada politicamente, parecia o remédio mais emergente e adequado para sanar esses problemas, haja visto a falsa segurança que era trazida dentro de seus discursos com alto teor de domínio político absoluto.

A forma que esta ideologia política autoritária emerge de situações de instabilidades e o menosprezo excessivo da fórmula democrática, utilizando-se desta como uma possível resposta para tal, é certamente um perigo inicial, pois a ambição de centralização do poder em uma figura que transparece uma segurança fraterna tende a evoluir a ponto de suprimir direitos políticos e civis a comunidades minoritárias, juntamente com a condição de "inimigos do estado são aqueles que tentarem exercer seu direito de oposição baseado na liberdade de expressão, consciência e crença".

Entretanto, basta analisar as bases principiológicas e históricas que ocorreram para sedimentar garantias e direitos (vida, liberdade e propriedade) individuais que se confunde até mesmo com a Dignidade da Pessoa Humana, que entende-se como uma limitação contra o Estado (Direitos Individuais Negativos) como bem esclarece Magalhães Filho (2014) para notar a incompatibilidade essencial entre os regimes tão antagônicos.

Ocorre que no plano social, incluindo o âmbito político, vemos uma crescente de flertes com práticas de matrizes autoritárias, sendo notório a ânsia de um estado mais punitivista, menos garantidor no plano processual penal que está em sua matriz fundamental um procedimento que têm incidência direta na liberdade humana, e cada vez mais arbitrário para elevar uma falsa sensação de estabilidade pública, pois os métodos convencionais que têm como base a educação e conhecimento social científico e burocrático é considerado defasado.

Certamente, no âmbito espacial que nos referimos é o Brasil, que se destaca negativamente pelo seu histórico como nazismo, sendo o país que se comportou como a maior agremiação nazista fora da Alemanha com incríveis 2.900 membros associados.

Ainda em busca de elementos numéricos que possam trazer uma breve noção da análise do problema, é importante reforçar que a incidência do nazifascismo no Brasil não se limita apenas no seu plano histórico, dados da Polícia Federal demonstram que no período de 2011 a 2020, os casos de apologia ao nazismo cresceram em 900% (ARAÚJO; BRITO; NETO, 2021).

Nesse sentido, o estudo tem uma grande relevância no âmbito social, visto que, recentemente, essa temática se tornou alvo de discussão na seara política. Com isso, esses aspectos autoritários disseminados atualmente vêm dando margem para que muitas pessoas desenvolvam comportamentos intolerantes. Nesse viés, o Direito, vem por meio de suas ferramentas resguardar os direitos fundamentais que são violados em detrimento de tais atitudes que desrespeitam a liberdade de expressão.

Concomitantemente, é de suma importância destacar a perspectiva que essa temática traz para sociedade, apontando, dessa forma, questionamentos que podem influenciar no desenvolvimento psicopedagógico dos seres humanos. Essa problemática ainda é motivo de debates tanto para estudiosos quanto para a política e até mesmo para os magistrados.

Desta maneira, um instrumento que será bastante utilizado para fim de que consigamos entender os meandros do autoritarismo e seu impacto dentro da subjetividade social – e a busca do seu ideal – culminando na decadência de um Estado Democrático de Direito, haja vista a incompatibilidade principiológica de tais sistemas, será o da psicologia jurídica, que elucidará como que a dinâmica do Homem como ser político, segundo a interessante análise aristotélica e as instituições jurídicas se relacionam em um movimento condicionado a forças externas, e até mesmo internas, como veremos no decorrer da presente exposição.

Assim sendo, a determinação do presente trabalho é analisar os aspectos bibliográficos e os científicos acerca da incidência do nazifascismo dentro do âmbito social brasileiro, e atualmente como os institutos sociojurídicos pode intervir para tutelar os direitos fundamentais violados dentro de um sistema supremacista.

Acreditamos ainda, que os institutos democráticos que nos são garantidos por um arcabouço jurídico garantista, bem como os puramente sociais, são uma muralha natural para a crescente autoritária que nosso país vem sofrendo. Não obstante, as meras tipificações penais infelizmente não são suficientes.

2 HISTÓRIA GERAL DO NAZIFASCISMO

O século XX foi certamente um dos períodos mais controversos e importantes da história do processo civilizacional, não apenas pelo fato de ter acontecido nesse lapso temporal centenário as duas maiores guerras da história da humanidade – 1º Guerra Mundial (1914-1918) e 2º Guerra Mundial (1939-1945) pois estas hecatombes foram antes de tudo um resultado gravoso que a humanidade teve que suportar e até mesmo sacrificar-se por consequência de um fervoroso ânimo ideológico-político-econômico entre as principais nações da época.

Isso se deu pela mudança drástica de matriz econômica que as nações europeias começaram a desenvolver, o capitalismo industrial em sua fase principiante impulsionou aos países que se engrandeceram pelo processo das Revoluções Industriais referentes aos séculos passados a uma expansão territorial (principalmente na Ásia e África) em busca de matérias-primas que agregassem sua intensiva produção.¹¹

Essa passagem histórica ficou conhecida como neocolonialismo ou imperialismo, marcado pela busca intensiva de recursos pelos países com soberania política mais frágeis para sanar uma

¹¹FERNANDES, Cláudio. Primeira Guerra Mundial: A Grande Guerra. **História do mundo**. Disponível em: <https://www.historiadomundo.com.br/idade-contemporanea/primeira-guerra-mundial.htm>. Acesso em: 10 maio. 2022.

produção que estava de forma extraordinária se expandindo, não mais sendo suficientes os elementos internos.

Ocorre que a Itália e a Alemanha ficaram estagnadas nesse processo industrial em razão das inconsistências de política interna, as unificações que esses países passaram no século XIX por meio de sangrentas guerras obstou de maneira significativa o emparelhamento socioeconômico que outros países vizinhos estavam protagonizando.

Não apenas isso, há de se considerar que o fator geopolítico que esses dois países se limitavam era insanamente estranho e precário em termos de matéria-prima, somado com um subdesenvolvimento industrial e fracassos em expansões principalmente na África, o fator bélico tornou-se um instrumento indispensável para uma relativa soberania internacional.

Diante das tensões cada vez mais hostis, houve uma tentativa de manobrar a situação através de um acordo formal, envolvendo 14 países - Bélgica, França, Portugal e Inglaterra - e também Alemanha, Holanda, Espanha, Áustria-Hungria, Suécia, Dinamarca, Itália, Rússia, Turquia otomana e Estados Unidos - que ficou conhecida como a Conferência de Berlim, onde a partilha do continente africano evidentemente não estava expressamente nos dispositivos acordados, mas a sua generalização e vaguidade deram espaço para que isso acontecesse (DOMINGUES, 2019).

Ocorre que a própria história demonstra que tal acerto formal entre as nações passou longe de uma "solução consensual pacífica" e ocasionou na catastrófica primeira guerra mundial (1914-1918) protagonizados por blocos rivais entre a tríplice Aliança (formada por Alemanha e Áustria-Hungria) e Tríplice Entente (formada por Reino Unido, França e Rússia). A Itália inicialmente incorpora-se no bloco da Tríplice Aliança no advento da guerra, mas passa para a Entente em 1915 (ALTMAN, 2014).

Acontece que no fim da guerra as potências centrais saem derrotadas, Reino Unido e França estabelecem-se relativamente sua autonomia depois de uma vitória na maior guerra que o mundo já viu, mas as promessas que persuadiram a Itália para a mudança de bloco não foram cumpridas, deixando-a a cargo da própria sorte para resolver os mesmos problemas internos que já existiam antes de uma guerra.

Não foi difícil utilizar-se de uma nação traída e aos farrapos de uma pós-guerra mundial a sentimentos de identitários e de extremismo, segundo Gregor (2021) existiu um intensivo apelo ideológico aos jovens que haviam participado da guerra, fervorosos pelas constantes práticas de violência necessárias a sobrevivência de uma guerra, esse elemento era imprescindível para uma relativa ideologia que estava despontando na península Itálica.

Os germânicos também se sentiram humilhados pela derrota, pelas limitações militares e perdas de territórios formalizados através do Tratado de Versalhes, o que segundo Marques (2017) gerou a necessidade de um movimento de soberania popular, contribuindo para elementos que seriam utilizados no movimento Nazista. Nesta oportunidade nasce um grupo extremista liderado

por um fanático que seria preso em 11 de novembro de 1923 e que escreveu o asqueroso livro conhecido como *Mein Kampf*¹²

Em um lapso temporal dos entreguerras, as ideologias de cunho autoritário varreram a Europa, em uma precisa e minuciosa análise de Gregor (2021) os simpatizantes fascistas anunciavam um arcabouço político centralizador que era entendido como sinônimo de estabilidade, e a sua sobreposição entre as manifestações públicas. O que de imediato já fora rebatido pelos opositores, alegando que tal sistema político era demasiadamente centralizador e radical.

Dessa maneira, o nazifascismo é uma conjuntura de ideologias políticas de cunho autoritário que encontrou bastante apoio principalmente nas décadas de 20 e 30, liderados por Adolf Hitler, líder exponencial do nazismo e Benito Mussolini, do fascismo Italiano, sendo terríveis protagonistas de uma das maiores atrocidades da história da humanidade e da Segunda guerra mundial, que segundo Matthews (2013) inicia-se com a invasão em 1º de setembro de 1939 quando o líder alemão invade a Polônia. através de suas ideias mirabolantes e desumanas, que ocasionaram na morte de mais de 60 milhões de judeus, sendo também alvo dessas políticas extermínio os Ciganos, Testemunhas de Jeová e Cristãos Confessantes.

O termo tem um cunho integrado, pois além de terem sido parceiros na época da maior guerra da história das nações, também existem princípios que se equiparam, baseados em um perigoso passado mítico glorioso que excluem a participação dos chamados *Untermensch* para um futuro áureo. Ocorre que este liame temporal entre um passado miraculoso e um futuro parecido com o Éden Bíblico, foi certamente um desastre, a perseguição intensificada em cada país que esse rolo compressor autoritário varria a Europa, encontrou resistência por parte dos Aliados – um bloco organizado principalmente por União Soviética, Reino Unido e Estados Unidos – que resultou na queda de ambos os regimes, onde Mussolini e sua esposa Claretta Petacci foram mortos e hasteados em praça pública, e Hitler, segundo fontes mais conservadoras, cometeu suicídio em um bunker em Berlim (GREGOR, 2021).

3 O INDIVÍDUO E A COLETIVIDADE TOTALITÁRIA

O advento do movimento totalitarista conquistou simpatizantes entre várias nações como poucas vezes fora visto antes, principalmente no início do conturbado século XX, que, como já sabido e explorado no capítulo anterior, certamente decorreu de fatores externos de caráter econômico, geopolítico e até mesmo de hostilidades históricas ligadas a um passado recente. Oportunidade em que os líderes revolucionários como Hitler e Mussolini, jovens entusiastas de sistemas políticos semelhantes perceberam que poderiam utilizar elementos de cultura, língua,

¹² Hitler começou a escrever *Mein Kampf* em 1924, quando estava preso em Landsberg, pela condenação por alta traição. O livro foi dividido em dois volumes, sendo o primeiro originalmente publicado em 1925 e o segundo em 1926. O texto é marcado pelo radicalismo e pela violência, colocando os judeus e os comunistas como inimigos do povo alemão e de seu progresso. Ainda pregava a volta do império e uma retomada no sentimento de orgulho alemão, além de um ódio pelo liberalismo e sua consequente modernidade democrática.

costumes, religião, o que Stanley (2020) soma a estes também a invocação de um “passado mítico” em comum para pregar a sua ideologia ultranacionalista a fim de agregar uma população desnorteadada pelas catástrofes que ainda assolavam suas mentes.

Ocorre que tais empreitadas fatídicas que de maneira direta e também indireta aceleraram o processo de uma vanguarda política de um sistema centralizador e opressor, na maioria das vezes é analisada sob seu aspecto sócio-histórico, deixando a par da psicanálise a competência de estabelecer um liame subjetivo comum entre os indivíduos componentes das “massas”, Freud (2011) em sua Obra que será intensivamente explorada no presente artigo utiliza o termo “massas” para se referir a multidão, aglomeração, grupo e contingentes coletivos e a figura da submissão exagerada a um líder que também será objeto do presente estudo.

A abordagem do indivíduo nos meandros da esfera pública é interessante para analisar como o meio que ele está inserido, dotado de uma dinâmica cultural em comum entre os outros sujeitos podem influenciar em suas tendências morais, éticas e valorativas acerca do exercício crítico, como também das atitudes conscientes externalizadas.

Nessa toada, Freud (2011) estabelece de antemão que a psicologia social pode ser um instrumento fundamental para investigar as interações entre a coletividade grupal e sua influência sobre o indivíduo, mesmo diante das particularidades complexas que o compõe. O fator estimulante do estudo para o pai da psicanálise em sua Obra “Psicologia das massas e análise do eu” é disposto justamente pela compreensão do sujeito inserido em uma organização coletiva, que por sua dinâmica ambivalente gera o que ele denomina de Instinto Social.

Assim destacado, cumpre salientar que o movimento totalitarista tem um elemento intrínseco de ser exacerbadamente populista, utilizando-se de um olhar sócio-histórico do movimento Fascista é observável como bem salienta Gregor (2021) que o seu início era caracterizado pela convocação da população “comum” para o enfrentamento em face de burgueses e privilegiados, a fim de alcançar uma “nova sociedade”.

Em sentido parecido, segundo Marques (2017) o movimento do Partido-Nacional Socialista assentava a sua base em laços comunitários que restringiam apenas os alemães arianos, estabelecendo-se um liame comum entre o indivíduo-comunidade-Estado através de laços sanguíneos e culturais.

Não se deve desse modo, estabelecer uma frágil associação empírica entre movimentos populistas realizados em determinado espaço-tempo com uma assimilação ao totalitarismo puro e simples, ora, antes de tudo, o que caracteriza uma democracia como regime político e justamente o fator da vontade dos cidadãos que conjugadas ao interesse comum da maioria estabelece um objetivo que mais se parece um compromisso entre Estado e população, observando sempre os limites da dignidade, razoabilidade e isonomia, que são princípios basilares do estado democrático de direito para com as minorias.

Ora, em situações em que a imaginação totalitária toma conta de suas matrizes e estabelece na política como um meio de reivindicar seus objetivos, quase sempre caracterizados pela violência e exclusão. Assim sendo, o indivíduo agrupado em um movimento de massa radical, estabelece

como atitudes comuns tendências antidemocráticas e que certamente prejudicam a saúde de um Estado Garantista.

Sobre o fenômeno da imaginação totalitária no indivíduo, Razzo (2016, p. 31) assevera que “O exercício da imaginação tem o poder de transfigurar o ator no personagem a tal ponto que já não somos capazes de distinguir um do outro. O ator já está diluído em suas máscaras ideológicas”. Assim sendo, o excessivo apego as facetas ideológicas dentro de uma comunidade tendem a tornar o indivíduo como um mero reproduzidor acrítico e irracional do real, ou até mesmo do irreal, o que se pode averiguar o que Stanley (2020) denuncia como movimento comum de políticas fascistas, a saber, o intensivo apego ao conspiratório cujo a finalidade é que a realidade seja posta em dúvida.

Surge então uma problemática na hipótese em que o Indivíduo se encontra dentro de uma Massa caracterizada por tendências totalitárias, ora, conforme o Psicanalista Fromm (1984) membro do Instituto de Pesquisa Social de Frankfurt, a maior receio do homem é o ostracismo, ou seja, o isolamento diante do dinamismo intersubjetivo social, impelindo-o a se submeter nas exigências coletivas. Ora, diante de tal cenário, o destaque que as nações que se esforçam para manter um Estado democrático de Direito sadio, de maneira principiológica, se preza pelo pluralismo político e ideológico, o Brasil, a título de exemplo, na Constituição Federal em seu Art. 3º, IV institui como objetivo fundamental da República Democrática do Brasil a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (BRASIL, 1988).

Certamente, uma das maiores implicações que um Estado democrático garantista estabelece ao indivíduo, é a capacidade-liberdade que este tem de se desenvolver na esfera pública da maneira que julgar necessário, desde que seja por meio de mecanismos como religião, cultura, ideologias políticas. Evidentemente que tais atributos não são absolutos tendo em vista que estes mesmos mecanismos podem ser utilizados para tirar a autonomia de outros indivíduos, o que ocorre em coletividades totalitárias.

De forma totalmente contrária, o sistema jurídico nazista era caracterizado pela ausência dos valores da justiça e exclusão, em um sistema totalitário, o arcabouço normativo é um instrumento para servir os propósitos do regime, a título de exemplo histórico, Marques (2017) traz à tona a asquerosa “ Lei para Prevenção de Enfermidades hereditárias” de 1933, que tratava sobre a esterilização forçada aos indivíduos com problemas genéticos – debilidade mental, esquizofrenia e deformidades físicas graves.

Diante da exposição referida acima, o questionamento lógico necessário pode ser organizado da seguinte forma “Como a massa adquire uma capacidade persuadível tão grandiosa sobre o indivíduo?” Essa dúvida imperiosa é necessária para se compreender como o Eu desfalece-se em detrimento das Massas alvoroçadas.

Para tentar elaborar ao menos uma formulação de uma resposta, é necessário o retorno a Freud (2011) oportunidade em que esclarece que na massa o indivíduo tem o espaço necessário para eximir-se de seus impulsos instintuais reprimidos no inconsciente, manifestando-se, em boa

parte das vezes, o que é maligno na essência humana. Desse modo, é congruente asseverar que em um movimento de Massas o indivíduo perde sua autonomia de seus atos, o que é bom e mau é relativizado pela necessidade emergente, visto que o raciocínio crítico é tido como fraqueza.

Em análise não mais sobre o indivíduo e redirecionado propriamente sobre as Massas, Freud estabelece atributos a esta como:

Para julgar corretamente a moralidade das massas, deve-se levar em consideração que, ao se reunirem os indivíduos numa massa, todas as inibições individuais caem por terra e todos os instintos cruéis, brutais, destrutivos, que dormitam no ser humano, como vestígios dos primórdios do tempo, são despertados para a livre satisfação instintiva (FREUD, 2011, p. 27).

Desse modo, a implicação que as Massas infere no indivíduo é a retirada quase que total de sua reflexão crítica do ambiente onde está inserido, somando-se com a oportunidade de livrar-se das limitações dos impulsos reprimidos, que de forma extravagante será exaurida, podendo consubstanciar-se em atos de violência e extremismo, bastante comuns em regimes totalitários, isso de alguma forma explica a passividade em relações às transgressões contra a humanidade que o Nazismo protagonizou no século XX, visto que a comunidade ariana era vista como uma unidade racial em busca de um futuro áureo, que pressuponha a destruição de outras raças consideradas indignas e ultrajantes, conforme análise de Reich (2001 *apud* MARQUES, 2017) os nazistas apontava às misturas entre as diferentes raças como fator fundamental como fator do declínio da cultura.

Ainda em análise das possíveis causas que ocasionaram a ascensão do nazifascismo no tumultuado século XX, Hannah Arendt (1951) assevera que as condições econômicas díspares entre as classes e a burguesia, ocasionaram na derrocada de identificação pessoal, influenciando de forma direta para que o povo comum alemão tentasse se incorporar em uma nova comunidade coletiva por traços sanguíneos.

Assim sendo, o indivíduo pertencente a uma Massa totalitária encontra-se em um contexto de alteração anímica grave, onde os processos de legitimação de uma ideologia não são formados por um processo longo e duradouro de reflexão críticas de seus elementos, isto porque a relação intersubjetiva entre seus membros é marcada por uma identificação rasa, que pode ser a fonte legitimadora de atentados e atos de agressão a outras comunidades heterogêneas. O sociólogo Bauman (2021) afirma que os laços de identificação mais comuns são os de natureza étnica, visto que permite uma sensibilidade de pertencimento a um povo de "destino comum" – termo utilizado vorazmente por fascistas no pós-primeira guerra mundial – e por consequência disto, não há que medir esforços para preservá-la.

Há certamente uma implicação grave quando o indivíduo se desvirtua em favor dos anseios anímicos das Massas, como preleciona Razzo (2016, p.48) "Quando o homem é reduzido a um objeto de ciência, despreza-se o caráter subjetivo e pessoal que acompanha e lhe confere dignidade por toda vida desde a concepção até a derradeira hora da morte". O elemento científico acima citado, remonta a característica metodologicamente científica – ou ao menos tenta ser – das ideologias políticas, que objetiva delimitar as ações humanas em mecanismos deterministas e

previsíveis por ocasião do ambiente econômico, político, social, religioso ou de qualquer outra espécie.

Assim sendo, deve-se prezar por um ambiente harmônico entre comunidades com interesses heterogêneos, a tentativa de destruição do “diferente” deve sempre ser excluído em face da solução consensual dos conflitos, comuns em países que prezam um regime democrático, onde a conciliação de interesses se dar pelo meio representativo político. Em razão da natureza sádica do homem e também do alvoroço irracional das massas o ambiente garantista deve ser preservado, para fim do melhor desenvolvimento do homem na esfera pública.

Ora, não se deve desprezar a cultura, religião, língua, etnias e raças de um povo por ocasião de um histórico negativo desses elementos que em algum momento foram utilizados para fins subversivos, é razoável lembrar a importância desses mesmos para o processo civilizacional e até mesmos para os regimes mais modernos, conforme Beatty (2014) esclarece, que a religião foi fundamentalmente importante para a construção do que se chama hoje de Dignidade da Pessoa Humana.

Por fim, a gênese do totalitarismo nazifascista tem características elementares em comum que subverte o ideal de comunidade e de regime político garantista, interessante notar que existe um arcabouço fundamental que dão uma falsa legitimidade para o nazifascismo, que sem a sua análise não se pode entender as motivações que levam tantas pessoas a aderirem o movimento que como já brevemente relatado, levou a mortandade e crimes contra a humanidade.

4 BASES PRINCIPIOLÓGICAS DO AUTORITARISMO NAZIFASCISTA

É interessante notar que existe um arcabouço fundamental que dão uma falsa legitimidade para o nazifascismo, que sem a sua análise não se pode entender as motivações que levam tantas pessoas a aderirem o movimento que como já brevemente relatado, levou a mortandade e crimes contra a humanidade. Ocorre que os seus princípios como Uniformidade, Hierarquia, Políticas de exclusão são referências para entendermos os possíveis impactos de tal ideologia na subjetividade social, que é deveras importante, visto que o imaginário democrático liberal não acolhe e nem deve acolher qualquer tipo de finalidade destrutiva.

No entanto, há de se destacar de antemão que existe uma resistência doutrinária em relação ao reconhecimento ideológico entre o movimento Nazista e o Fascista, o que é sustentado pelo escritor e grande pesquisador do tema James Gregor, que é e será bastante utilizado no presente estudo.

Gregor (2021) sintetiza seu entendimento nesse sentido sustentando que essa associação automática se dar puramente através de uma simplista análise histórica do que ocorreu na Segunda Guerra Mundial em 1939-1945, pelo fato de ambos os países onde esses regimes de governo se instalaram – Itália e Alemanha – fazerem parte do mesmo bloco bélico, o Eixo. Dessa forma há uma conjunção automática de caráter militar e de política internacional interiorizando-se até mesmo a concepções ideológicas.

O que ele bem sustenta afirmando que este posicionamento é ideologicamente precipitado. Há importantes divergências entre os dois movimentos, inclusive no que o movimento nazista centralizou a matriz de todas as suas ideias, em que é elevado ao aspecto biológico de raça o principal elemento para o processo civilizacional humano, o que nunca foi recepcionado pelo fascismo, logicamente pelo fato de que Italianos não eram Arianos, mas não apenas esse fator, Gregor (2021) faz uma citação histórica de uma análise negativa do próprio Benito Mussolini em relação ao racismo sádico do nazismo.

Não há o que negar nessa afirmativa, claramente existe desvios ideológicos entre o Nazismo e o Fascismo, principalmente no aspecto biológico de raça, em que pese o próprio movimento italiano na prática perseguiu e se opôs a Judeus, homossexuais, e acreditava em uma espécie de “seleção natural” em seu caráter econômico, onde as diferenças sociais entre os homens era visto como previsível e espontâneo.

Ocorre, que por mais que exista essa importante divergência, há também de se destacar a semelhança entre os movimentos, e é justamente essa base principiológica que também motiva a fácil associação entre eles. Principalmente no regime de governo, que está conscientemente longe de ter algum aspecto democrático, e nunca foi uma prioridade sê-lo. Assim sendo, o totalitarismo em comum dos partidos, a forma isonômica de ver política, o desprezo a participação direta da população na construção e desenvolvimento do Estado faz correto a coligação, e essa característica é demasiadamente estruturante.

O que ficou proposto na relação entre Indivíduo e Estado em regimes totalitários é a exclusão da autonomia e manifestação particular na esfera pública, e está também sofre uma alteração essencial pelo fato de o próprio partido reivindicar sua plena “representação”. Assim sendo, o Estado totalitário usa seu próprio partido para fim de representar o povo.

Isso historicamente ocorreu compulsoriamente através do unipartidarismo que caracterizou o Nazifascismo, os meios de comunicação foram controlados diretamente por servidores do partido, qualquer tipo de exercício de manifestação ou liberdade de opinião foram severamente reprimidos.

Dessa forma, a mera divergência ideológica é de maneira esporádicas em alguns aspectos importantes, no entanto, fica mantido o arcabouço totalitário que impõe a primazia do Estado sobre o indivíduo, e quando retira-se a autonomia do eu de se desenvolver no ambiente social, certamente a conformidade indivíduo-sociedade-Estado fica prejudicada em detrimento da estabilidade de uma ideologia.

Há um esforço da psicanálise de tentar compreender a finalidade da supressão do indivíduo em regimes totalitários, após esse exercício reflexivo, começa a surgir a seguinte e razoável resposta: para a manutenção da ordem política. No entanto essa resposta parece ser insuficiente quando se verifica a profundidade das implicações psíquicas do totalitarismo no imaginário social.

E é exatamente importante para a compreensão do movimento autocrático a sua base principiológica, porque existe seu fator psíquico, como será elaborado a seguir, a utilização de

mecanismos culturais, valorativos e éticos nada mais são do que uma tentativa sádica de controle, relacionando-se com os indivíduos através da imposição de deveres, sob a justificativa de “bem-estar social”.

4.1 Uniformidade

A homogeneidade autoritária é chamativa, pois a demonstração de uma sociedade organizada, estável e próspera não é cultivada através de uma óbvia heterogeneidade social, que se traduz em uma nação multiétnica, orientações sexuais à livre escolha e também viés religioso multifacetário. A título de exemplo são apenas comuns em democracias liberais dentro de um estado de direito.

Ora, a uniformização cultural, religiosa, sexual, ideológica e linguística de todo um povo é um instrumento de uma falsa fraternidade interpessoal que se acomoda de uma forma ilusória para uma “autodefesa” de toda uma nação. Segundo Stanley (2020) Hitler não tinha receio algum de expor o seu ódio e o fato desse estar intrinsecamente ligado a capital austríaca, Viena, exatamente porque tratava-se da cidade mais cosmopolita de seu país e que, desse modo, abrigava pessoas de várias raças e costumes diferentes. O incômodo se dava principalmente em relação aos judeus, mas outros grupos certamente era alvo de seu ódio; de maneira estranha, o amor camponês que os líderes nazifascistas pregavam era no sentido de que a fidelidade cultural e única daquelas pessoas era um bom exemplo para uma nação seguir, visto que os laços em comum tornavam uma comunidade sustentável.

O exemplo camponês de uma vida sem contato com o diferente nada mais passa do que uma visão autoritária de utilizar o estado e a sociedade como um meio para a preservação de uma raça, que na visão de Bauman (2021) os membros estavam intimamente ligados por laços consanguíneos e territoriais, e históricos. E esse fator é destacado pelo referido autor como a utilização do povo para a preservação da própria história, o que lhes é dissemelhante é considerado subversivo e deve ser erradicado.

Nesse sentido, não é forçoso asseverar que a relação imposta pelo totalitarismo a comunidade se dar através da identificação coletiva, não sendo admitido a convivência com o que é diferente, pois na imaginação totalitária como bem destaca Razzo (2016) acredita-se em um futuro civilizacional áureo e glorioso, e que o seu devido processo deve se dar através da preservação de um povo, os indivíduos que se opõe a ideia totalizante ou não estão inseridos nesta por questões de raça, cor, etnia, religião são atribuídos ao fator primordial do insucesso ou precariedade moral.

Desse modo, intelectuais totalitários utilizaram-se de mecanismos psíquicos para legitimar toda essa justificativa sádica, por um fator que Fromm (1979) vai demonstrar através da base que induz o indivíduo a conectar-se com a sociedade, que é o receio do ostracismo, ou seja, da equidistância entre as relações interpessoais. Dessa forma o maior pavor do eu é justamente não encontrar jazida e apoio no ambiente onde está inserido, e isso possivelmente explica o fervoroso apoio das massas aos movimentos totalitários.

Dessa forma, o Estado traz para si a incumbência de gerenciar o povo para um futuro brilhante, utilizando-se dos meios necessários para a convalidação de seus atos violentos como necessários para a “ordem pública”. O perigo desse maniqueísmo político estabelece o estado totalitário como um instrumento benéfico em detrimento das forças maledicentes que nada mais são que a imaginação contrária.

A coesão uniforme de regimes totalizantes é primordial para sua sobrevivência, dessa forma, na doutrina nazifascista, não deve ser pregado qualquer forma de diferenciação entre sociedade e Estado. Na verdade, o que ocorre é uma união indissolúvel entre essas esferas, para que sejam representados pelo partido Nacional-Socialista.

4.2 Hierarquia

Conforme já foi explanado, inexistia qualquer forma de intenção de diferenciação entre sociedade e estado, para justamente transparecer a ideia de um todo harmônico, ou seja, a unificação de um povo através da exclusão daqueles que não se acomodavam por suas condições peculiares. No entanto, o modo como isso se deu no período histórico de ascensão do nazifascismo, teve sempre a utilização da figura de um líder demagogo, que preza o oportunismo econômico, social, jurídico e até mesmo psíquico das massas para introduzir sua ideologia.

Mussolini teve um início de vida humilde, vivendo na província de Forlì, no nordeste da Itália. Filho de um ferreiro e uma professora, sempre utilizou de sua origem para estimular uma espécie de envolvimento interpessoal com seus partidários. O que deu certo, visto que boa parte da classe média italiana, assim como a classe média e zona camponesa alemã apoiou assiduamente Hitler, demonstravam um método sempre eficiente para a manipulação das Massas. O que é sempre necessário, visto que para justificar uma hierarquia, segundo Stanley (2020) era necessário transparecer algo conjuntural e fraterno, compartilhando assim, não apenas fatores econômicos, como também o ódio a certas comunidades, para auferir o que a é conhecido na Psicologia Social como “mitos da legitimação”.

Acontece que os líderes demagogos autocráticos analisam um aspecto da sociedade que tem uma estrutura assemelhada com o modelo de hierarquia pretendida, que era a família em seu modelo patriarcal, que instituía o homem como *pater família*, tendo este a decisão unilateral das questões mais relevantes, bem como passava a ideia de que aqueles que estavam sob sua guarda eram privilegiados. Observando isso, a doutrina nazista apontava a estrutura familiar que colocavam as mulheres com mais autonomia, de prática comum judaica e, portanto, falha e inoperante. A observação astuta dos nazifascistas eram de tal modo que procuram analisar “artefatos” na esfera pública que seja utilizado para confirmar a atuação superior do soberano.

Nesse mesmo sentido, é interessante a seguinte análise de Razzo (2016, p. 99) sobre as tendências totalitárias do indivíduo:

Nunca nos damos conta de um pequeno detalhe: o problema da instauração de regimes totalitários, que seria o ponto extremo da realização de ideias totalizantes, não está só na força opressora e na coerção do Estado agindo de cima pra baixo. Muito antes, a força de submissão está

na cabeça das pessoas – ou na cabeça de cada membro dos grupos que domesticam a experiência totalitária – suscetíveis a crer nas promessas desse tipo de sistema político.

As lideranças autocráticas procuram formas naturais de estabelecerem a sua hierarquia, bem como sedimentar o povo para uma jornada ao esplêndido futuro. Assim sendo, conforme Marques (2017) bem analisa que o meio instituído por Hitler para utilizar-se da submissão do povo tinha como finalidade a estabilidade confortante do *Führer* e da cúpula política nazista.

Assim estabelecido, o apego ao líder se dar internamente através do que Freud (2011) vai diferenciar em: eu ideal e ideal do eu; o eu ideal seria o objeto interno consciente e autossuficiente em que não é atribuído a nenhum outro elemento a plena satisfação, de outra maneira, o ideal do eu seria um objeto externo de satisfação imediata através de sua possível realização. Passando para o âmbito social, em regimes totalitários é atribuído ao líder todos os elementos benéficos necessários para a sua garantia no poder, enquanto o indivíduo passivo, receptor de regras e determinações, ver o líder como um ideal, sendo louvável a sua cega submissão.

Atualmente a evolução da filosofia do direito entende por Dignidade da pessoa humana, consagrada amplamente na Constituição da república federativa do Brasil de 1988, onde é atribuído ao Indivíduo a capacidade de se desenvolver na esfera privada e pública sem a necessária obstrução dos exercícios de seus direitos inerentes pelo fato de ser sujeito de garantias, tais como a vida, liberdade, propriedade privada.

Certamente Estados Totalitários menosprezam esses conceitos e relativizam a autonomia do Indivíduo na ordem social, isso demonstra a natural hostilidade para a Democracia e a forma de governo que pressupõe em sua essência a representação pública.

4.3 Políticas de Exclusão

Excluir politicamente falando, é o ato de retirar algo ou alguém da esfera pública, e principalmente da participação política e outros exercícios comuns inerentes à cidadania. Dentro da seara ideológica em análise, ela é um vetor fundamental para separar e melhor identificar a raça que deve ser protegida, e aquela que deve ser expulsa, ou aniquilada dentro de um espaço territorial que com certeza é trazida com um vínculo sagrado para tentar justificar um absurdo, que conforme Stanley (2020) é a política de intensidade exagerada do “nós” e “eles”.

A forma intuitiva que os pregadores nazifascistas utilizavam para acender uma chama de apoio dentro de um público-alvo específico, era através da afirmação de que eles eram a raça superior, e que com a sua liderança assim como em um passado mítico, levaram a humanidade em seu tempo áureo. A afirmação que se baseia em relação a uma origem comum, ela tem como objetivo a Lei e Ordem futura, pois, a exclusão é apenas um meio para chegar ao nível desejado de austeridade. Então, aqueles que são denominados de “outros” não eram enxergados com tal capacidade, na verdade eram empecilhos, justificação da desordem e caos.

De acordo com a análise de Stanley (2020), em sua obra sobre a temática fascista, ele menciona que estudos feitos por psicólogos de viés linguístico intergrupais, tendenciosamente perceberam que, quando daqueles considerados de um grupo x comenta um ato negativo do grupo y, o faz de maneira bem mais potencialmente depreciativa, de modo que quando o mesmo grupo x analisa um ato considerado negativo de um membro do próprio grupo, o faz de maneira mais acentuada e branda.

Dessa maneira, a justificação utilizada já tinha surtido efeito nas massas e agora as intensificações de exclusão apenas começavam. Dos campos de concentrações, que eram as medidas mais desumanas e graves, que chegaram ao incrível número de 900, incluindo os campos menores, até mesmo a famigerada Lei que foi aprovada em 14 de julho de 1933, que obrigava a esterilização em pessoas com doenças hereditárias e mais tarde, começando a executar os deficientes. Outra notável forma de exclusão era através de uma política de tendência sexual imposta que observava a existência de uma íntima ligação entre a mistura dos arianos com os outros povos, que ocasionaram na derrocada da civilização.

Não deve causar estranheza a utilização de movimentos de representação democrática dentro de regimes autoritários, uma vez que o próprio Hitler defendia uma espécie de Democracia Alemã, para ser utilizada como forma de escolher um líder, porém, após a escolha, não existia lapso temporal definido para a reeleição ou outras eleições. O que se deve notar é a exclusão de representação política daqueles que são considerados dessemelhantes na esfera política.

Dessa forma, é preciso reivindicar a essência do Estado Democrático de Direito e seus pilares para fim de que se reconheça a incompatibilidade grave entre regimes Totalitários e um Regime garantista, de modo, que a tentativa de subversão é gravosa para o indivíduo no âmbito social, e esta, fica rasurada pelos ditames da imaginação totalitária, que pressupõe a perda de muitos em benefício de poucos.

5 A ESSÊNCIA DO ESTADO DE DIREITO E O TOTALITARISMO

Enquanto nos regimes totalitários preza-se pela primazia do Estado sobre a manifestação pública, utilizando-se dos poderes estruturantes do Governo – Judiciário e Legislativo – de uma forma extravagante, visto que o a liderança autocrática retira a sua autonomia e elabora no plano jurídico criação de Leis sem a efetiva participação pública e um judiciário frágil e emparelhado com as intenções políticas.

Em outro aspecto, o Estado de Direito organiza-se e rege-se axiologicamente de uma forma dissemelhante, em razão da limitação do Estado na esfera pública, por reconhecimento de direitos que são naturalmente inerentes ao ser humano em razão de sua dignidade, que lhe acompanha até mesmo antes do nascimento, o indivíduo encontra-se em uma relativa liberdade de consciência na ordem social, visto que, como veremos a seguir, a retirada do absolutismo estatal também impõe ao sujeito a abstenção de interferência em relação ao terceiro.

Desse modo, faz necessária a elucidação dos elementos intrínsecos do Estado de Direito, na visão de Magalhães Filho (2014, p. 147):

As principais características do Estado de Direito são: a primazia da lei, principalmente no âmbito da Administração Pública, a separação de poderes, o reconhecimento da personalidade jurídica do Estado, a declaração dos direitos e garantias fundamentais na ordem constitucional e, em alguns casos, a adoção do controle de constitucionalidade da lei como forma de impedir arbitrariedades do Legislativo.

Ocorre que o processo histórico do Estado impôs a sua elaboração em vertentes filosóficas diferentes, de antemão, cabe destacar duas vertentes, que diante do cenário do século XX por ocasião do ambiente hostil que acompanhava a Europa em um pós-Guerra, e fatores econômicos e sociais suscitaram novamente a discussão da finalidade e limite do Governo na vida das pessoas.

Em primeira análise, é importante fazer o necessário retorno ao filósofo John Locke (1632-1702) que idealizou o Estado Liberal de direito. Na sua visão os indivíduos encontravam-se livres e dispersos no início do estágio civilizacional, não existindo submissão a nenhum ente, por conseguinte, o meio de preservação do indivíduo era através da Autotutela, que pode ser definida da seguinte forma.

Esta forma de resolução dos conflitos é apontada como a mais primitiva, quando ainda não existia, acima dos indivíduos, uma autoridade capaz de decidir e impor a sua decisão aos contendores, pelo que o único meio de defesa do indivíduo ou do grupo era o emprego da força bruta contra o adversário para vencer a sua resistência (ALVIM, 2014, p. 08).

No entanto, havia uma disparidade entre os meios instrumentais para exercer a proteção individual ou grupal – de modo bem primitivo – em face da ameaça de outros indivíduos, então, daí surge a necessidade do pacto entre os homens para a criação do Estado.

Assim sendo, daí surge o contrato social liberal, onde os indivíduos fizeram um pacto e que atribuíram ao Ente superior a capacidade da resolução de conflitos da maneira mais racional possível, de modo que este, também deveria abster-se de introduzir no âmbito da vida privada, na liberdade e propriedade privada.

Então, observa-se que é atribuído ao Ente Estatal nessa visão filosófica uma atitude de certa forma passiva, visto que, existem garantias fundamentais onde o Estado, não pode de forma arbitrária interferir, apenas, assegurar que os indivíduos não sofram a obstrução e ameaça por parte de terceiros.

Atualmente essa fase de reconhecimento de direitos diante de uma inércia do Estado, é conhecida na Doutrina como Direitos Humanos de primeira geração – Vida, Liberdade e Propriedade privada – podendo ser assim conceituado para a melhor identificação.

O Estado desempenha um papel de “polícia administrativa” por meio do Poder Executivo, e de controle, prevenção e repressão de ameaça ou lesão pelo Judiciário. Contudo, deve-se ressaltar que o papel do Estado na defesa dos direitos de primeira geração se manifesta tanto em seu tradicional papel passivo (abstenção de violar os direitos humanos, ou seja, as famosas prestações negativas) quanto no papel ativo, pois há se de exigir ações do Estado para garantia da segurança pública, administração da justiça etc (GUERRA, 2022, p.115).

Dessa forma, a finalidade do Estado na visão Lockeaniana era a proteção de direitos inerentes aos indivíduos em razão da garantia que lhes era atribuída pelo fato de serem sujeitos de prerrogativas, podendo ser elucidado da seguinte forma.

Nesse sentido, o uso da expressão “direito natural” revela a opção pelo reconhecimento de que esses direitos são inerentes à natureza do homem. Esse conceito e terminologia foram ultrapassados ao se constatar a historicidade de cada um destes direitos, sendo os direitos humanos verdadeiros direitos “conquistados” (RAMOS, 2022, p. 119).

Sendo assim, é manifesta a principal contraposição ideológica com os estados totalitários, visto que estes, apresentam-se como finalidade do Estado a própria preservação, visto que na imaginação totalizante, o Estado é o único instrumento necessário para a preservação da sociedade, e desse modo, não existirão limites para a sua interferência na vida privada do indivíduo. A asquerosa frase de Benito Mussolini preconiza bem a autossuficiência do Estado em relação a sociedade “Tudo no estado, nada contra o Estado, e nada fora do Estado”.

Já foi visto que o Nazismo surge como uma ideologia autoritária que se incorpora no poderio político utilizando-se da narrativa biogenética de raça para a suposta “preservação do processo civilizatório” em face da ameaça externa. Ocorre que no Nazismo, existia uma seletividade entre os indivíduos sujeitos de direitos, apenas a raçaariana era dotada dessa capacidade, de modo que judeus, ciganos, eslavos a título de exemplo eram hostilizados, submetidos a perseguição, suas propriedades foram confiscadas e a partir de 1934 começou um processo facinoroso de destruição desses povos.

Inexiste no cerne do Estado de Direito a seleção arbitrária entre sujeitos que são detentores de garantias de direitos e deveres na ordem civil, do contrário, principalmente a partir do século XVIII após o advento das revoluções industriais que ocorreram na Europa, foi exigido uma atuação ativa do Estado, entendendo que a proteção a dignidade da pessoa humana impõe ao Ente governamental a proposição de medidas sociais positivas, tais como educação, lazer e cultura.

Dessa forma, insurge o que é proclamado na filosofia do direito como o Estado Social de Direito, que segundo Magalhães Filho (2014) é caracterizado pela elevação dos direitos sociais em patamar dos direitos individuais, exigindo-se do Ente Estatal a preservação da sociedade através de políticas públicas.

E esse é o espaço mais delicado quando se discute o tema, visto que os movimentos totalitários do século XX todos empenharam-se em serem mais ativos na vida pública possível, e utilizaram-se da narrativa social ética para promover suas ideologias.

Ocorre que quando se proclama os direitos sociais que são a matriz do Estado Social de direito, que visa a inclusão social das camadas mais prejudicadas pela disparidade social, é em referência aos chamados Direitos Humanos de Segunda geração, que assim pode ser definido

Assim, os direitos sociais seriam aqueles necessários à participação plena na vida da sociedade, incluindo o direito à educação, a instituir e manter a família, à proteção à maternidade e à infância, ao lazer e à saúde etc. Os direitos econômicos destinam-se a garantir um padrão mínimo de vida e segurança material, de modo que cada pessoa desenvolva suas potencialidades. Os direitos culturais dizem respeito ao resgate, estímulo e preservação das formas de reprodução cultural das comunidades, bem como à participação de todos nas riquezas espirituais comunitárias (GUERRA, 2022, p.117).

Desse modo, quando a sociedade proclama uma atuação mais ativa do Estado, logicamente não está se referindo a supressão dos direitos individuais seja qual for a finalidade que justificava o possível ato possa se apossar. De modo que o direito surge independentemente do Estado, este, tem apenas o ônus de cumprir com as necessidades emergentes da população.

O que no sistema fascista era certamente o contrário, uma cosmovisão de direitos e garantias eram totalmente relativizadas, visto que a relação entre Indivíduo-Sociedade-Estado era colocada de forma autoritária, atribuindo ao Ente Estatal a faculdade de estabelecer os seus limites e abrangências, conforme a minuciosa lição de Maluf.

Embora surgisse do oportunismo, sem doutrina, o fascismo, depois de consolidado no poder, passou a teorizar um sistema peculiar: o Estado é criador exclusivo do direito e da moral; os homens não têm mais do que o direito que o Estado lhes concede; o Estado é personificado no partido fascista, e este não encontra limites morais ou materiais à sua autoridade; todos os cidadãos e seus bens lhe pertencem; os opositores são considerados como traidores e sujeitos à justiça que é controlada pelo órgão executivo (MALUF, 2019, p. 329).

Em um modo parecido, no entanto com peculiaridades, o movimento nazista destacou-se por dar um outro entendimento ao princípio da igualdade.

(...) princípio da igualdade perante a lei, no Estado nazista, foi substituído pelo da igualdade de deveres e pelo de prevalência do bem comum sobre o bem individual. Sectário e intolerante como todas as ditaduras, a ditadura

nazista absorveu inteiramente a personalidade humana e anulou todos os valores individuais (MALUF, 2019, p. 341).

O que é característico em movimentos totalitários, necessário utilizar-se de conceitos da psique humana para uma análise mais profunda, e que segundo Marques (2020) existe uma manifesta tendência destrutiva em relação ao nazismo, um impulso sádico de destruição, e até mesmo uma relação de afinidade com esse sentimento, em que pese, o cultivo das boas relações entre povos e entre pessoas de diferentes raças era visto com uma certa hostilidade, o cosmopolitismo cultural era manifestamente repudiável.

Dessa forma o totalitarismo como regime de governo desvirtua-se da finalidade axiológica de Estado, sendo autofágica, ou seja, o que os indivíduos afirmaram no passado para a preservação de direitos e garantias, desfalece em face da imposição Estatal em desfavor dos sujeitos, sendo tal análise organizada da seguinte forma|:

O poder absoluto arbitrário, ou governo sem leis estabelecidas e permanentes, é absolutamente incompatível com as finalidades da sociedade e do governo, aos quais os homens não se submeteriam à custa da liberdade do estado de natureza, senão para preservar suas vidas, liberdades e bens (LOCKE, 1994, p.165).

Por fim, deve-se prezar pela construção de uma sociedade harmoniosa, bem como o respeito aos indivíduos em suas peculiaridades, e que por mais exista, de fato, uma multiculturalidade entre as nações, esta deve ser preservada, na medida de seu respeito às instituições democráticas e em respeito a grupos étnicos alheios, como de costume em uma democracia respeitável e sadia. A breve demonstração perigosa que encontramos, bem parecidas com épocas que floresceram o nazifascismo, tais como crise econômica, insegurança jurídica e uma sociedade que se divide cada vez mais por aspectos ideológicos, pode ser um barril de pólvora para a ascensão de um líder demagogo.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em vista dos argumentos apresentados, foi destacado inicialmente o ambiente sócio-histórico em que se encontravam os países que foram protagonistas pelos principais partidos totalitários da Europa no Século XX, onde o fator econômico defasado pela subindustrialização fez com que o apelo pelo retorno a um passado mítico fomentasse manifestações legitimadoras de violência, o que é louvável em movimentos de tais proporções, ato de afinidade máxima com a ideologia.

Desse modo, na sociedade liderada pelo Estado Autoritário, impõe-se na relação entre Indivíduo e Sociedade a pactuação de valores, crenças, cultura e raça como instrumentos de diferenciação e motivação para a opressão em desfavor de indivíduos que não adentram essas características. A psicologia entende que tal fator se desenvolve em razão da esfera psíquica sádica do indivíduo, conforme demonstrado.

Existe assim, um arcabouço principiológico comum no movimento nazifascista, tais como: *Uniformidade* caracterizada pela união interpessoal em razão de raça, cor, cultura, religião e etnia, o que sofre uma asquerosa limitação, principalmente na doutrina Nazista, devidamente demonstrado que era exclusivamente direcionada a raça Ariana; Hierarquia fomentada em razão da elevação do sujeito que se autointitula “portador da verdade absoluta do regime” não sendo um representante do povo, mas sim, um verdadeiro guia demagogo; Políticas de exclusão que é um mecanismo de controle político autocrático desenvolvido para a preservação do regime, em virtude da centralização dos poderes no amago do partido autoritário, existe uma negativa liberdade de desfavorecer grupos minoritários ou considerados inimigos do Estado, destacado a motivação Nazista onde o indivíduo poderia ser rebaixado sordidamente a condições desumanas.

Foi assim apresentado as bases fundantes do Estado Democrático de Direito, metodologicamente necessário logo após a tensa análise dos princípios do Autoritarismo, a discrepância é louvavelmente considerável, em razão do reconhecimento natural do homem como sujeito de direitos e garantias, colocando em primeiro momento histórico, conforme devidamente demonstrado, a equidistância do Estado em relação a vida individual e a liberdade do homem, após isso, foi reivindicado uma função proativa do Estado, através da promoção do acesso a alimentação, moradia, educação, como exemplos.

Desse modo, cumpre frisar a importância do espaço democrático para a preservação do indivíduo e das relações sociais. isso pode-se dar através de medidas de conscientização por intermédio de uma educação inclusiva e abrangente, onde terá o principal escopo o respeito aos elementos que caracterizam um grupo, principalmente aqueles que carecem de representatividade no seio político e na esfera pública.

Outro mecanismo certamente seria a preservação das instituições democráticas que integram o sistema jurídico brasileiro, a saber o Legislativo, Executivo e Judiciário, sendo estes poderes independentes e fiscalizadores um do outro para que não haja arbítrio autoritário por parte de qualquer um deles, ocorrendo assim a legítima Administração Pública em favor da sociedade.

Dessa forma o indivíduo tem suas convicções religiosas, filosóficas e sociais guarnecidas pelo Estado, entendendo como retrocesso desumano na constância do processo civilizacional a sujeição do Indivíduo aos arbítrios de forças externas, retirando-lhe a dignidade de se desenvolver na esfera pública de maneira harmoniosa.

7 REFERÊNCIAS

ALMANAQUE ABRIL. **Coleção II Guerra mundial**: o mundo sob Hitler. v.2. São Paulo: abril, 2007.

ALTMAN, Max. Hoje na história: 1915 – Itália assina tratado secreto com Inglaterra e França, 26 abril. 2014. Disponível em: <https://operamundi.uol.com.br/historia/34991/hoje-na-historia-1915-italia-assina-tratado-secreto-com-inglaterra-e-franca>. Acesso em: 10 maio. 2022.

ARAÚJO, Beatriz; BRITO, José; NETO, Vital. Casos de apologia ao nazismo aumentam 900% em dez anos de acordo. **CNN BRASIL**, 25 out. 2021. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/casos-de-apologia-ao-nazismo-aumentam-900-em-dez-anos-de-acordo-a-pf/>. Acesso em: 3 maio. 2022.

ARREGUY, Juliana. Brasil teve maior partido nazista fora da Alemanha, apontam historiadores. **UOL**, 8 fev. 2022. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2022/02/08/historia-partido-nazista-no-brasil.htm>. Acesso em: 3 maio. 2022.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. 1.ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2021.

BEATTY, David M. A essência do Estado de direito. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 03 maio. 2022.

DOMINGUES, Joelza Ester. A conferência de Berlim (1884 – 1885) e o destino da África. **Ensinar História**, 10 fev. 2022. Disponível em: <https://ensinarhistoria.com.br/a-conferencia-de-berlim-e-o-destino-da-africa/>. Acesso em: 7 maio. 2022.

FANTÁSTICO. Grupos neonazistas crescem 270% no Brasil em 3 anos; estudiosos temem que presença online transborde para ataques violentos. **Portal G1**, 16 jan. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/fantastico/noticia/2022/01/16/grupos-neonazistas-crescem-270percent-no-brasil-em-3-anos-estudiosos-temem-que-presenca-online-transborde-para-ataques-violentos.ghtml>. Acesso em: 3 de maio de 2022.

FERNANDES, C. Primeira Guerra Mundial: A Grande Guerra. **Revista História do Mundo**. Disponível em: <https://www.historiadomundo.com.br/idade-contemporanea/primeira-guerra-mundial.htm>. Acesso em: 5 maio 2022.

GREGOR, A. J. Marxismo, fascismo e totalitarismo: Capítulos na história intelectual do radicalismo. Campinas, São Paulo: Vide Editorial, 2021.

GUERRA, S. **Curso de direitos humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos**. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 1994.

MAGALHÃES FILHO, G.B. **A reforma protestante e o estado de direito**. Fonte editorial, 2014.

MALUF, S. Teoria geral do estado. 35. Ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MARQUES, O.H. **Contribuições para a compreensão do nazismo: a psicanálise e Erich Fromm**. 1.ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2017.

MATTHEWS, M.R. Segunda Guerra Mundial: Stalingrado. A resistência heroica que destruiu o sonho de Hitler dominar o mundo. São Paulo: M. Books do Brasil Editora Ltda, 2013.

RAMOS, A. D. C. Curso de direitos humanos. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

SIGMUND, Freud. **Psicologia das massas e análise do eu e outros textos**. São Paulo: Companhia das letras, 2011.

STANLEY, J.S. **Como funciona o fascismo**: a política do “nós” e “eles”. 6. ed. Porto Alegre: L&PM, 2020.

A VIABILIDADE DA PENHORA ESCALONADA DO SALÁRIO NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

MARCELO GUIMARÃES BUCAR:
Graduando em Direito pela
Universidade Estadual do Tocantins -
UNITINS

PAULO BELI MOURA STAKOVIK JÚNIOR

(coautor)

Resumo: O presente artigo possui como pano de fundo a discussão sobre a possibilidade de execução pela penhora de verba salarial para a satisfação de créditos de natureza civil, bem como a mitigação ao art. 835 do Código Processual Civil de 2015, que destaca os bens não passíveis de constrição judicial, cujas decisões recentes dos Tribunais Superiores vêm admitindo a viabilidade de ser utilizado o instrumento da penhor de forma gradual e escalonada para alcançar parte das verbas salariais do devedor, objetivando a garantia do pagamento de eventual débito oriundo do processo de execução. O assunto vem se mostrando cada vez mais pertinente, ante a satisfatoriedade da execução por meio da penhora, mecanismo tido como um dos meios mais eficazes à garantia da satisfação da pretensão do credor, assegurando o efetivo cumprimento da decisão judicial, sem prejuízo de garantir a proteção ao mínimo existencial ao devedor.

Palavras-chave: Penhora. Escalonamento. Créditos civis. Verbas salariais.

Abstract: This article has as a background the discussion about the possibility of execution by garnishment of the salary amount to satisfy civil claims, as well as the mitigation of art. 835 of the Civil Procedure of 2015, which highlights the assets not subject to judicial constriction, whose most recent decisions of the Superior Courts have admitted the feasibility of using the pledge instrument in a gradual and staggered way to reach the debtor's verbal part, aiming at the guarantee of payment of any debt arising from the execution process. The matter comes to be confirmed more and more pertinent to the execution through the half-hour, guaranteeing the fulfillment of the creditor's promise, ensuring the effectiveness of the judicial decision, without guaranteeing the protection to the existential minimum to the debtor.

Keywords: Attachment. Scaling. Civil credits. Salary sums.

Introdução

O Código de Processo Civil de 1973 (Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973) previa em seu conteúdo um rol de situações insuscetíveis de execução pela penhora. Dentre elas, destacam-se os vencimentos dos magistrados, dos professores e dos funcionários públicos, o soldo e os salários, salvo para pagamento de prestação alimentícia (art. 840, IV do CPC/1973). Por conseguinte, alteração dada pela lei nº 11.382/2006 relativizou a impenhorabilidade para fins de pagamento de pensão alimentícia, estabelecendo a previsão no § 2º do mesmo dispositivo.

O Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015) manteve inalterada a impossibilidade de se penhorar as verbas salariais, seja qual for a origem do crédito.

Em contrapartida, admitiu, de igual forma, a mitigação da impenhorabilidade para fins de pagamento de pensão alimentícia, acrescentando no mesmo diploma legal a possibilidade da mesma constrição para atingir verbas mensais que superem o montante de 50 (cinquenta) salários mínimos.

Em recentes julgados, os Tribunais Superiores vêm admitindo a possibilidade de compatibilização da execução pela penhora de verba salarial para garantir a satisfação da pretensão do credor, assegurando o cumprimento de obrigações estabelecidas e englobando valores inferiores àquele estabelecido em lei. Por conseguinte, outros precedentes judiciais estabelecem entendimento no sentido de que é possível a constrição gradual e escalonada de verbas salariais para o adimplemento de dívidas decorrentes de outra natureza, que não a alimentar, observados os princípios da dignidade humana e do mínimo existencial do devedor.

Com vistas à efetividade da execução, a regra da impenhorabilidade de verbas salariais percebidas pelo devedor se revela como um dos mais eficientes instrumentos à satisfação do direito definido em sede de cognição, protegendo, sobretudo, os direitos reconhecidamente legítimos do credor, também inserido na relação jurídica processual, ao passo que resta protegida a manutenção da dignidade do devedor, assegurada em caráter absoluto no ordenamento jurídico brasileiro.

No presente trabalho, será analisada a admissibilidade da penhora de créditos de natureza civil, alimentar e não alimentar, sob a ótica do entendimento e da aplicação nos Tribunais Superiores e na doutrina processualista. Ademais, serão trazidas disposições atinentes ao Direito Comparado, uma vez que este serviu como um farol para a mudança, ainda que paulatina, ao entendimento jurisprudencial a despeito da regra da impenhorabilidade prevista no art. 833, IV e § 2º do Novo Código Processual Civil.

Dito isso, destaque-se que o presente artigo será estruturado da seguinte forma. Na seção seguinte, serão expostas as características e a força constitucional dada à proteção alimentar. Por conseguinte, apresentar-se-á a eficácia do instrumento da penhora como objeto de satisfação do direito do credor. Posteriormente, a proteção dos créditos de natureza não alimentar sob a ótica do Superior Tribunal de Justiça, a apresentação da perspectiva do Tribunal Superior do Trabalho e, por fim, decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins.

1.A proteção constitucional aos créditos de natureza alimentar

É indiscutível que os alimentos são meios vitais capazes de satisfazer as necessidades do indivíduo. O direito aos alimentos é, na verdade, corolário da própria dignidade humana, fundamento da República Federativa do Brasil previsto no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988. Aos que invariavelmente se encontram impossibilitados de assegurar seus alimentos por si mesmos, seja por incapacidade, seja pela imposição legal, possuem respaldo legal e podem recorrer à esfera judicial para os exigir.

O Professor Flávio Tartuce (TARTUCE, 2019, p. 1.038), citando Orlando Gomes e Maria Helena Diniz, afirma que os alimentos podem ser considerados como as prestações devidas para a satisfação das necessidades pessoais daqueles que não podem provê-las pelo próprio trabalho. Aquele que pleiteia os alimentos é o alimentando ou credor; o que os deve pagar é o alimentante ou devedor. (TARTUCE, 2019, p. 1.038).

Dessa forma, quem se encontra impossibilitado de garantir o seu mínimo existencial terá a prestação alimentícia garantida por quem é legitimado para tal, consoante diferentes diplomas legais, como o Código Civil (Lei nº 10.406/02), a Lei de Alimentos (Lei nº 5.478/68), a Lei de Alimentos Gravídicos (Lei nº 11.804/08), o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), o Estatuto da Pessoa Idosa (Lei nº 10.741/03) e a Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/06).

A importância da prestação alimentar é tamanha que a própria Constituição Federal de 1988 a qualifica como um direito fundamental, nos termos do art. 6º, *caput* e outros e, à luz do que ensina a doutrina, a sua abrangência deve ser interpretada de forma mais abrangente possível, não sendo considerado apenas o direito à nutrição, isoladamente, mas todos aqueles elementos atinentes às necessidades humanas, cujo objetivo é a manutenção de sua existência. O professor Flávio Tartuce (TARTUCE, 2020, p. 1.336) explica:

O pagamento desses alimentos visa à pacificação social, estando amparado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade familiar, ambos de índole constitucional. No plano conceitual e em sentido amplo, os alimentos devem compreender as necessidades vitais da pessoa, cujo objetivo é a manutenção da sua dignidade: a alimentação, a saúde, a moradia, o vestuário, o lazer, a educação, entre outros. Em suma, os alimentos devem ser concebidos dentro da ideia de patrimônio mínimo.

Sobre o tema, decisões de tribunais de todo o país seguem a mesma linha do entendimento doutrinário, evidenciando a dimensão abstrata e fundamental do direito à prestação alimentar, consoante Agravo de Instrumento 0013816-41.2021.8.27.2700¹³, de Relatoria do Des. José Ribamar Mendes Júnior, do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins[1].

¹³ Sobre o tema: AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO DE FAMÍLIA. PEDIDO DE GUARDA UNILATERAL. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS AUTORIZADORES. ALIMENTOS PROVISÓRIOS. O FILHO MENOR. BINÔMIO NECESSIDADE/POSSIBILIDADE. CAPACIDADE FINANCEIRA DO ALIMENTANTE. PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO. 1. Como salientado na decisão de evento n. 10, a agravante busca a guarda unilateral do filho, que é medida excepcional, ao argumento de que o pai da criança não possui condições emocionais e psíquicas para conviver com o filho. Ocorre que as provas carreadas aos autos não demonstram tal situação. Em não havendo provas de que o agravado tenha sido negligente com o filho, inexistem motivos para afastá-lo do menor. **2. O menor possui necessidades que se presumem próprias da idade, devendo-se registrar que a pensão alimentícia não se restringe à alimentação, abrangendo também educação, saúde, vestuário, lazer, enfim, tudo o que for preciso para atender às necessidades do alimentado.** 3. Entendo que o valor de um salário-mínimo vigente dos alimentos fixados provisoriamente em favor do menor alimentante atende perfeitamente ao trinômio necessidade do alimentado, possibilidade do alimentante e proporcionalidade. 4. A fixação da pensão alimentícia não faz coisa julgada material, podendo ser revista a qualquer tempo, de acordo com as condições do alimentante e do alimentando, verificando-se alteração na condição financeira "de quem os supre, ou na de quem os recebe". 5. Recurso parcialmente provido. (TJ-TO. Agravo de Instrumento 0013816-41.2021.8.27.2700, Rel. JOSÉ RIBAMAR

Certo é que, em relação aos alimentos, a sua garantia é um direito absoluto e independe de aceitação do titular, que não pode dispor desse direito ou da sua titularidade. Carlos Roberto Gonçalves (2012, p 146) explica que os alimentos assumem a característica de irrenunciáveis devido ao fato de que tal direito constitui uma modalidade do direito à vida e a ela é inerente e, por isso, o Estado o protege com normas de ordem pública.

Nos termos do art. 1.694 do Código Civil, observa-se que as obrigações alimentares surgem do próprio parentesco (ou da aquisição de união estável ou matrimônio):

Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

Frisa-se que aquele que hoje presta alimentos, poderá, se preenchidos os requisitos legais, um dia ser o credor da relação jurídica, ante a presença da reciprocidade prevista em lei e reconhecida amplamente pela doutrina e pela jurisprudência. "Assim, já é possível afirmar a característica da reciprocidade nos alimentos, pois todo aquele que potencialmente, tem direito a recebê-los, da mesma forma, pode vir a juízo exigir-los para si, se incidir em situação de necessidade." (GAGLIANO; PAMPLONA, p. 716).

No tocante à pessoa idosa, o Estatuto da Pessoa Idosa (Lei nº 10.741/2003) prevê em seu art. 12 que, quando o credor de alimentos for pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, a obrigação de prestar alimentos é solidária, podendo o titular optar por quem os irá prestar. Destarte, o dispositivo frisou a possibilidade de a pessoa idosa poder escolher, dentre os possíveis prestadores, quem irá prestar a obrigação alimentar.

Em que pese a expressa garantia constitucional, nem sempre foi assim. A Carta de 1824, primeira Constituição Brasileira, por exemplo, trouxe alguns direitos sociais, como o direito "aos socorros públicos", mas não mencionou a garantia alimentar.

A Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 1934, por sua vez, foi vista pelos constitucionalistas como a "inauguração do constitucionalismo social no Brasil" (Souza Neto; Sarmiento, 2012, p. 92), já que trouxe à baila uma série de disposições que não eram tratadas nas Constituições anteriores, integrando na norma questões de ordem econômica, relações de trabalho, família, educação e cultura e garantiu, sobretudo, a reserva de parte dos fundos da União, Estados e Distrito Federal à aplicação em assistência alimentar. "A partir dela, pelo menos sob o ângulo jurídico, a questão social não poderia mais ser tratada no Brasil como caso de polícia, como se dizia na República Velha." (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, p. 93).

MENDES JÚNIOR, GAB. DO JUIZ CONVOCADO JOSÉ RIBAMAR MENDES JÚNIOR, julgado em 09/03/2022, DJe 24/03/2022 15:18:40. (Grifo não original).

Sobre o tema, vejam-se disposições relativas contidas na Constituição de 1934:

Art. 157 - A União, os Estados e o Distrito Federal reservarão uma parte dos seus patrimônios territoriais para a formação dos respectivos fundos de educação.

[...]

§ 2º - Parte dos mesmos fundos se aplicará em auxílios a alunos necessitados, mediante fornecimento gratuito de material escolar, bolsas de estudo, assistência alimentar, dentária e médica, e para vilegiaturas. (BRASIL, 1934).

Em razão do autoritarismo que circundava o regime político à época, a Constituição de 1937 foi omissa em dispor sobre diversos direitos anteriormente protegidos. Porém, corroborando com a política assecuratória à subsistência humana, manteve a previsão, ainda que implicitamente, de prestação alimentícia, ao prever que "aos pais miseráveis assiste o direito de invocar o auxílio e proteção do Estado para a subsistência e educação da sua prole." (BRASIL, 1937).

Em contrapartida, a Constituição de 1946, promulgada após a queda do Estado Novo em 1945, a primeira constituição brasileira após o fim de um período republicano autoritário, restabeleceu os direitos básicos de liberdade, propriedade e segurança individual. A propósito, o Estado passou a dever assistência à maternidade, à infância, à adolescência e às famílias numerosas (art. 164) e a garantir o direito à educação (art. 168, I e II) e o amparo à cultura (art. 174), entre outros. Embora não se vislumbre expressamente a menção ao direito aos alimentos, cristalino era o caminhar a passos largos à efetivação do direito à alimentação.

Com a tomada do poder pelos militares, a Constituição de 1967 promoveu mudanças no cenário político-social da época. Porém, de igual forma, frisando a importância de garantir a dignidade humana, não se olvidou em assegurar a extração hermenêutica do direito humano à alimentação adequada e de estar livre da fome. A única previsão expressa atinente à alimentação era a possibilidade da prisão civil por dívida alimentar e do depositário infiel:

Art. 150

(...)

§ 17 - Não haverá prisão civil por dívida, multa ou custas, salvo o caso do depositário infiel, ou do responsável pelo inadimplemento de obrigação alimentar na forma da lei. (BRASIL, 1967).

Com a Constituição Federal de 1988, os alimentos passaram a ter força de direito fundamental, abstraindo um conceito cabal para o termo na seara jurídica, restando evidente que a Carta Magna, suprassumo de todo o ordenamento jurídico brasileiro e que norteia as demais normas de caráter infraconstitucional, ampara em caráter absoluto o mínimo existencial do ser humano – dentre eles a garantia de alimentos (art. 208, VII), trazendo à baila garantias que

compõem uma vida digna. A propósito, a máxima "tratar igualmente os desiguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades (SILVA, J. A., 2009, p. 213)", é suficiente para demonstrar a prevalência da garantia do mínimo existencial como um verdadeiro objetivo do constituinte.

2.A penhora como um instrumento eficaz à satisfação de créditos de natureza civil

A busca pela satisfação do direito se dá através do processo de execução - uma das modalidades de procedimento no âmbito do Direito Processual Civil no ordenamento jurídico brasileiro. A propósito, a execução, na seara do instituto da penhora, deve ser analisada a partir das modificações realizadas ainda no Código de Processo Civil de 1973 (Lei nº 5.869/1973), que foram introduzidas pela Lei nº 11.382/2006 e alteraram diversos de seus dispositivos, trazendo à baila dois novos princípios que são triviais à execução: os princípios da efetividade da execução e da menor onerosidade da execução.

Destaque-se que, com o advento do Código de Processo Civil de 2015 (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015), os dispositivos introduzidos pela Lei nº 11.382/2006 foram adaptados à redação original do NCPC, reafirmando a efetividade dos princípios alhures.

Por conseguinte, consigna-se que o princípio da efetividade da execução sinaliza que o juiz deve empreender todos os meios necessários para efetivar a satisfação do titular do crédito (credor), sobretudo de natureza alimentar. Dessa forma, objetivando a garantia eficaz da execução, poderá, dentre outros meios, determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento da decisão, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária (art. 139, IV do CPC).

Sobre o tema, Humberto Theodoro Júnior (1997, p. 302) adverte que o devedor, ao assumir uma obrigação, "contrai para si uma dívida e para seu patrimônio uma responsabilidade". Completa Fredie Didier Jr. (2012, p. 253), que a responsabilidade patrimonial (ou responsabilidade executiva) seria, segundo doutrina maciça, o estado de sujeição do patrimônio do devedor, ou de terceiros responsáveis (art. 592, CPC), às providências executivas voltadas à satisfação da prestação devida".

Por conseguinte, Humberto Theodoro Júnior (2002, p. 167) explica que a penhora é, em síntese, o primeiro ato executivo e coativo do processo de execução por quantia certa. Diz, outrossim, que a penhora é um ato de afetação, porque sua imediata consequência de ordem prática e jurídica é sujeitar os bens por ela alcançados aos fins da execução. Assim, os bens penhorados são colocados à disposição do órgão judicial para realizar o objetivo da execução, que é a função pública de satisfazer a obrigação em prol do credor.

Para Daniel Amorim (2018, p. 1249), "por meio da penhora se individualiza determinado bem do patrimônio do executado, que passa, a partir desse ato de constrição, a se sujeitar diretamente à execução." Com a individualização do bem, por sinal, possibilita-se ao credor uma maior satisfação de sua pretensão, assegurando o efetivo cumprimento da obrigação. O processualista menciona (2018, p. 1251) que, "com a penhora, a execução deixa uma condição

abstrata que é a responsabilidade patrimonial - a totalidade do patrimônio do devedor responde pela satisfação do crédito - e passa a uma condição concreta, com a determinação exata de qual bem será futuramente expropriado para a satisfação do direito do exequente”.

A penhora é um dos temas mais importantes dentro da execução por quantia certa, por ser o principal ato executivo a conferir efetividade ao comando judicial. Desse modo, poder-se-ão ser aplicadas sanções ao devedor do crédito que se encontra inadimplente, com fulcro no estímulo ao cumprimento da obrigação fixada. Caso o cumprimento não ocorra, ao credor é permitido, através do processo de execução, adotar meios eficazes de coerção à satisfação de seu direito garantido na fase de conhecimento.

Em contrapartida, o princípio da menor onerosidade da execução visa à proteção ao devedor, já que objetiva o menor dispêndio possível a este, consoante previsão no art. 805 do CPC, que determina ao juízo a execução pelo meio menos oneroso ao executado, quando por vários meios o exequente puder promover a execução. Além disso, prevê a lei processual uma ordem preferencial para a penhora dos bens, nos termos do art. 835 do CPC¹⁴.

Sobre o tema, imperioso destacar que, ainda no CPC de 1973, já se fazia presente a determinação de observância da menor onerosidade da execução, segundo a qual, quando por vários meios puder o credor promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo meio menos gravoso para o devedor (art. 620 do CPC/1973). Desse modo, há necessidade de compatibilizar ambos os princípios acima referidos, que visam a proteger os interesses do credor (efetividade da execução) e do devedor (menor onerosidade):

O estrito respeito ao princípio da menor onerosidade não pode sacrificar a efetividade da tutela executiva. Tratando-se de princípios conflitantes, cada qual voltado à proteção de uma das partes da execução, caberá ao juiz no caso concreto, em aplicação das regras da razoabilidade e proporcionalidade, encontrar um "meio-termo" que evite sacrifícios exagerados tanto ao exequente como ao executado". O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento consolidado no sentido de inexistir preponderância, em abstrato, do princípio da menor onerosidade para o devedor sobre o da efetividade da tutela executiva. (AMORIM, 2019, p. 1.069)

¹⁴ Art. 835. A penhora observará, preferencialmente, a seguinte ordem: I - dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira; II - títulos da dívida pública da União, dos Estados e do Distrito Federal com cotação em mercado; III - títulos e valores mobiliários com cotação em mercado; IV - veículos de via terrestre; V - bens imóveis; VI - bens móveis em geral; VII - semoventes; VIII - navios e aeronaves; IX - ações e quotas de sociedades simples e empresárias; X - percentual do faturamento de empresa devedora; XI - pedras e metais preciosos; XII - direitos aquisitivos derivados de promessa de compra e venda e de alienação fiduciária em garantia; XIII - outros direitos. § 1º É prioritária a penhora em dinheiro, podendo o juiz, nas demais hipóteses, alterar a ordem prevista no caput de acordo com as circunstâncias do caso concreto. § 2º Para fins de substituição da penhora, equiparam-se a dinheiro a fiança bancária e o seguro garantia judicial, desde que em valor não inferior ao do débito constante da inicial, acrescido de trinta por cento. § 3º Na execução de crédito com garantia real, a penhora recairá sobre a coisa dada em garantia, e, se a coisa pertencer a terceiro garantidor, este também será intimado da penhora.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça¹⁵ sempre interpretou restritivamente o art. 833 do CPC, firmando entendimento no sentido de que a possibilidade da penhora de tais importes salariais só seria possível em situações que envolvessem crédito de natureza alimentar.

Nos autos do processo, julgado ainda em 2009, houve recurso da parte autora pleiteando a revisão da decisão de primeiro grau que determinou o bloqueio de verba salarial em saldo de conta-poupança, sabidamente impenhorável até o limite de 40 (quarenta) salários-mínimos (art. 833, X do CPC/2015). O relator, Ministro Sérgio Bittencourt, proferiu voto no sentido de que os créditos de natureza salarial não podem ser objeto de constrição judicial, na medida em que havia expressa vedação legal no CPC de 1973 (art. 649, IV do CPC, *in verbis*: são absolutamente impenhoráveis “os vencimentos dos magistrados, dos professores e dos funcionários públicos, o soldo e os salários, salvo para pagamento de prestação alimentícia”). Sendo assim, de acordo com o magistrado de forma que não caberia ao Judiciário mitigar os efeitos do que foi expressamente vedado pela lei, sob pena de invadir competência do Poder Legislativo.

No Código de Processo Civil de 2015, repetiu-se a referida hipótese de impenhorabilidade, com a reprodução do texto do art. 649, IV do CPC/1973, mas com a supressão da palavra “absolutamente”. Nesse sentido, o art. 833, IV do CPC/2015 prevê que são impenhoráveis, dentre outros, os vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, as remunerações, os proventos de aposentadoria, as pensões, os pecúlios e os montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal.

Uma das exceções à possibilidade de penhora salarial trazida pela própria lei se refere às dívidas decorrentes de prestação alimentícia, sejam oriundas de vínculo de parentesco, de relação conjugal (casamento ou união estável), da prática de ato ilícito ou, por fim, relativas a honorários. Sobre esses últimos, o STF sumulou o entendimento de que os honorários incluídos na condenação ou destacados do montante principal devido ao credor consubstanciam verba de natureza alimentar, cuja satisfação ocorrerá com a expedição de precatório ou requisição de pequeno valor, observada a ordem especial restrita aos créditos dessa natureza (Súmula Vinculante nº 47).

É imperioso destacar a natureza dos honorários percebidos por profissionais liberais (que abarca, dentre outros, os advocatícios), seja contratuais ou sucumbenciais. Por constituírem verba de natureza alimentar, inclusive possuindo prioridade especial na expedição de precatório ou requisição de pequeno valor, tais verbas também têm proteção contra a penhora. Nos termos do art. 833, IV do CPC/2015, os honorários destinam-se ao sustento do advogado e de sua família,

¹⁵AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO - PENHORA - SALÁRIO A QUALQUER TÍTULO - DEPÓSITO EM CONTA-CORRENTE. **NOS TERMOS DO ART. 649, INCISO IV, DO CPC, SÃO ABSOLUTAMENTE IMPENHORÁVEIS OS SALÁRIOS, VENCIMENTOS OU PROVENTOS DO DEVEDOR, AINDA QUE DEPOSITADOS EM SUA CONTA-CORRENTE BANCÁRIA. SE O LEGISLADOR OPTOU POR CONCEDER TOTAL PROTEÇÃO A ESSAS VERBAS, NÃO CABE AO JUDICIÁRIO MITIGÁ-LA, SOB PENA DE INVADIR COMPETÊNCIA DE OUTRO PODER**, AINDA QUE PATENTE A INTENÇÃO DO EXECUTADO EM FURTAR-SE AO PAGAMENTO DE SEU DÉBITO (TJ-DF. AI 0006603-11.2009.807.0000 DF 0006603-11.2009.807.0000. Relator: Min. Sérgio Bittencourt: 4ª Turma Cível. Julgamento: 15/7/2009. Publicação: 3/8/2009). (Grifo não original).

sendo insuscetíveis de penhora. A propósito, tal disposição foi repetida pelo novo diploma processual, com previsão correspondente no art. 649, IV do CPC/1973.

Uma segunda exceção à impenhorabilidade se dá quando o salário mensal exceder 50 (cinquenta) vezes o valor do salário mínimo. A regra, neste caso, é a penhora do excedente. O STJ, a propósito, na vigência do NCPC, possui precedentes nesse sentido¹⁶.

3.A proteção aos créditos de natureza não alimentar e o posicionamento do STJ

Neste trabalho, já se discorreu sobre a importância dos alimentos no ordenamento jurídico brasileiro; a sua garantia constitucional; o dever de prestá-los por aqueles que têm obrigação legal; e, por fim, a possibilidade de atingir o salário do devedor para a garantia da satisfação de tal direito. Todavia, a controvérsia cinge-se no que tange a créditos de natureza não alimentar: há a possibilidade de ser estendida a permissão da penhora do salário para pagamento dos créditos dessa natureza?

Em razão de diversos fatores, pesquisa recente do site Brasil de Fato¹⁷ aponta que, no Brasil, quatro a cada dez adultos (41% da população adulta) estão inadimplentes. As restrições do CPF atingem 66,6 milhões de pessoas. Com o objetivo de se adimplir a dívida e garantir o direito do credor, o STJ tem tomado decisões que vão em contramão à literalidade do NCPC.

Sobre o tema, recentes julgados do Superior Tribunal de Justiça vêm admitindo a possibilidade de atingir verbas salariais pelo instituto da penhora para o adimplemento de créditos de natureza não alimentar, desde que de forma gradual e escalonada e que tal constrição não afete a dignidade do devedor.

Vários são os dispositivos que serviram de farol à aplicabilidade da penhora escalonada, como a *Ley de Enjuiciamiento Civil*, no Direito Espanhol, que dispõe, em seu art. 607, a respeito das normas atinentes à impenhorabilidade do salário. Na normativa, os valores inferiores ao “salário mínimo interprofissional”, que se refere a um salário máximo, regulamentado por lei, são

¹⁶ PROCESSUAL CIVIL. CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. CONTRATO DE MÚTUO. INADIMPLEMENTO. PENHORA DE SALÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO. 1. A jurisprudência desta Corte Superior firmou-se no sentido de que a regra geral da impenhorabilidade dos vencimentos, dos subsídios, dos soldos, dos salários, das remunerações, dos proventos de aposentadoria, das pensões, dos pecúlios e dos montepios, bem como das quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, dos ganhos de trabalhador autônomo e dos honorários de profissional liberal, poderá ser excepcionada, nos termos do art. 833, IV, § 2º, do CPC/2015, para o pagamento: I) de prestação alimentícia, de qualquer origem, independentemente do valor da verba remuneratória recebida; e II) de qualquer outra dívida não alimentar, quando os valores recebidos pelo executado forem superiores a 50 salários mínimos mensais, ressalvando-se eventuais particularidades do caso concreto. Precedentes. 2. No caso, trata-se de execução de débito decorrente de contrato de mútuo, situação não enquadrável nas exceções à impenhorabilidade, sendo, portanto, indevida a penhora sobre o salário do devedor. 3. Agravo interno desprovido. (Superior Tribunal de Justiça STJ - AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL: AgInt no AREsp 1874841 SP 2021/0108875-6).

¹⁷Disponível em: <<https://www.brasildefato.com.br/2022/08/22/quatro-a-cada-dez-brasileiros-adultos-estao-com-nome-sujo-por-inadimplencia>>. Acesso em 02/11/2022.

absolutamente impenhoráveis. Por conseguinte, todos os valores que excedam essa quantia são penhoráveis.

A normativa fixa uma escala obrigatória e crescente que deve ser observada pelo operador, de acordo com o montante recebido pelo devedor a título salarial, de modo que, quanto maior for o valor percebido por aquele que se encontrar na condição de devedor, maior será o percentual da verba salarial passível de penhora. Segundo a previsão legal, o percentual em questão pode variar entre 30%, 40%, 50%, 60%, 75% e 90%:

1.º Para la primera cuantía adicional hasta la que suponga el importe del doble del salario mínimo interprofesional, el 30 por 100. 2.º Para la cuantía adicional hasta el importe equivalente a un tercer salario mínimo interprofesional, el 50 por 100. Para la cuantía adicional hasta el importe equivalente a un cuarto salario mínimo interprofesional, el 60 por 100. Para la cuantía adicional hasta el importe equivalente a un quinto salario mínimo interprofesional, el 75 por 100. 5.º Para cualquier cantidad que exceda de la anterior cuantía, el 90 por 100. 3. Si el ejecutado es beneficiario de más de una percepción, se acumularán todas ellas para deducir una sola vez la parte inembargable. Igualmente serán acumulables los salarios, sueldos y pensiones, retribuciones o equivalentes de los cónyuges cuando el régimen económico que les rija no sea el de separación de bienes y rentas de toda clase, circunstancia que habrán de acreditar al Secretario judicial.» 4. En atención a las cargas familiares del ejecutado, el Secretario judicial podrá aplicar una rebaja de entre un 10 a un 15 por ciento en los porcentajes establecidos en los números 1.º, 2.º, 3.º y 4.º del apartado 2 del presente artículo.

A legislação espanhola prevê, ainda, a possibilidade de acumulação de todos os valores percebidos pelo devedor - caso tenha mais de uma fonte de renda -, para fins de dedução em uma única vez. Observa-se que o legislador espanhol prestigiou a penhora gradual dos rendimentos percebidos pelo devedor, considerando o dever de ser cumprida a obrigação por ele.

Em uma das primeiras decisões do STJ sobre o tema, consubstanciada no REsp 1658069, julgado em 14/11/2017 sob relatoria da Ministra Nancy Andrighi, foi admitida a relativização da impenhorabilidade do salário para o pagamento de dívida de natureza não alimentar, a fim de alcançar a remuneração do devedor para a satisfação do débito. Vejam-se:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. PENHORA DE PERCENTUAL DE SALÁRIO. RELATIVIZAÇÃO DA REGRA DE IMPENHORABILIDADE. POSSIBILIDADE. 1. Ação ajuizada em 25/05/2015. Recurso especial concluso ao gabinete em 25/08/2016. Julgamento: CPC/73. 2. O propósito recursal é definir se, na hipótese, é possível a penhora de 30% (trinta por cento) do salário do recorrente para o pagamento de dívida de natureza não

alimentar. 3. **Em situações excepcionais, admite-se a relativização da regra de impenhorabilidade das verbas salariais prevista no art. 649, IV, do CPC/73, a fim de alcançar parte da remuneração do devedor para a satisfação do crédito não alimentar, preservando-se o suficiente para garantir a sua subsistência digna e a de sua família. Precedentes.** 4. Na espécie, em tendo a Corte local expressamente reconhecido que a constrição de percentual de salário do recorrente não comprometeria a sua subsistência digna, inviável mostra-se a alteração do julgado, uma vez que, para tal mister, seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos, inviável a esta Corte em virtude do óbice da Súmula 7/STJ. 5. Recurso especial conhecido e não provido. (STJ - REsp: 1658069 GO 2016/0015806-6, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 14/11/2017, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 20/11/2017). (Grifo não original).

É possível inferir que o Superior Tribunal de Justiça passou a admitir, paulatinamente, a relativização da impenhorabilidade contida no art. 833, inciso IV do CPC de 2015, sendo impositiva a observância do mínimo existencial e dignidade do devedor, consoante pode-se observar através do AgI 0726879-70.2019.8.07.0000, de Relatoria do Des. Álvaro Ciarlini, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.

Entendendo pela análise processual por meio da máxima da efetividade da execução e considerando a possibilidade da penhora sem comprometer a subsistência do devedor, os novos precedentes consolidaram o entendimento no sentido de que a regra geral de impenhorabilidade de vencimentos pode ser excepcionada com a finalidade de garantir a efetividade da tutela jurisdicional, desde que, repisa-se, seja observado percentual suficiente para assegurar a dignidade do devedor e de sua família.

Pelo entendimento da Corte, "a interpretação dos preceitos legais deve ser feita a partir da Constituição da República, que veda a supressão injustificada de qualquer direito fundamental". A impenhorabilidade de salários, vencimentos, proventos etc. tem por fundamento a proteção à dignidade do devedor, com a manutenção do mínimo existencial e de um padrão de vida digno em favor de si e de seus dependentes. Por outro lado, o credor tem direito ao recebimento de tutela jurisdicional capaz de dar efetividade, na medida do possível e do proporcional, a seus direitos materiais¹⁸."

Sobre a necessidade de se estabelecer condições mínimas à subsistência do devedor, o princípio do mínimo existencial decorre da proteção da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988). Na esteira de Ricardo Torres (TORRES, 1989), o mínimo existencial é condição de liberdade, configurando uma proteção do indivíduo contra a ingerência indevida do legislador em ações e bens que possibilitem a

¹⁸ EREsp n. 1.582.475/MG, Relator Ministro BENEDITO GONÇALVES, CORTE ESPECIAL, julgado em 3/10/2018, REP DJe 19/3/2019, DJe 16/10/2018.

sobrevivência digna (*status negativus*), bem como consiste no direito a prestações estatais básicas para o alcance dessa sobrevivência digna (*status positivus libertatis*).

Para Sarlet (2012, p. 251), é importante diferenciar o mínimo existencial de mínimo vital. Este último está associado à garantia de existência física do indivíduo, corolário do seu direito à vida – alimentação, atendimento médico de urgência e assistência social. O mínimo existencial, contudo, é mais abrangente, já que, além disso, também assegura um padrão de inclusão social, cultural e político mínimo (decorrente do Estado Social), como o direito à educação.

Sendo assim, o mínimo existencial é uma garantia avalizada a todos os indivíduos para que, inseridos em uma sociedade, possam gozar de direitos mínimos à satisfação de sua dignidade, de forma que o Estado possa assegurar as suas prestações. Sob a ótica da penhora, a efetividade do instituto garante a satisfação do direito, especialmente o concernente à prestação alimentar.

Certo é que a jurisprudência pátria¹⁹ vem reconhecendo, nas mais diversas matérias, a existência de um mínimo existencial que deve ser garantido à pessoa para que esta possa ter uma vida digna, sob pena de invalidar a constrição judicial por inobservância de preceitos de ordem constitucional.

4.A perspectiva do Tribunal Superior do Trabalho sobre a matéria

Sob a ótica da Corte Trabalhista, por sua vez, em decisões anteriores à vigência do CPC de 2015, sempre caminhou no sentido do entendimento da OJ nº 153 da SDI-2²⁰, que não admitia a ordem de penhora sobre valores existentes em conta salário, sob o fundamento de que ofende direito líquido e certo, sobretudo por não encontrar amparo legal. A propósito, o TRT-18 tem sumulado entendimento consolidando a possibilidade de penhorar o salário na hipótese exclusiva de importâncias vultosas. Veja-se o teor da Súmula nº 14 do referido tribunal:

¹⁹APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. PENHORA NULA. IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA. DEMONSTRAÇÃO. ART. 1º, LEI 8.009/90. MÍNIMO EXISTENCIAL. 1. O tema em debate, no âmbito do recurso interposto pelos embargantes, diz respeito à suposta nulidade da penhora realizada sobre imóvel residencial, em clara violação ao disposto no art. 1º, da Lei nº 8.009/90, ou seja, a impenhorabilidade do bem de família. 2. (...) **3. Não há dúvida quanto à incidência do disposto no art. 1º, da Lei nº 8.009/90, relativamente à impenhorabilidade do bem de família, eis que, em última análise, vem a tutelar o mínimo existencial da pessoa humana na dimensão relacionada à sua moradia. Não poderia ter sido penhorado o bem imóvel residencial, o que demonstra a nulidade do ato de penhora, razão pela qual efetivamente deveriam ter sido acolhidos os embargos à execução, com a declaração de nulidade da penhora.** 4. Apelação provida.” (AC 139684, Proc. Nº 9702168341, Rel. Des. Guilherme Calmon Nogueira da Gama, TRF 2, 6ª T. Esp., DJU 25/03/2009, p. 261). (Grifo não original).

²⁰MANDADO DE SEGURANÇA. EXECUÇÃO. ORDEM DE PENHORA SOBRE VALORES EXISTENTES EM CONTA SALÁRIO. ART. 649, IV, DO CPC DE 1973. ILEGALIDADE. (atualizada em decorrência do CPC de 2015) - Res. 220/2017, DEJT divulgado em 21, 22 e 25.09.2017. Ofende direito líquido e certo decisão que determina o bloqueio de numerário existente em conta salário, para satisfação de crédito trabalhista, ainda que seja limitado a determinado percentual dos valores recebidos ou avalor revertido para fundo de aplicação ou poupança, visto que o art. 649, IV, do CPC de 1973 contém norma imperativa que não admite interpretação ampliativa, sendo a exceção prevista no art. 649, § 2º, do CPC de 1973 espécie e não gênero de crédito de natureza alimentícia, não englobando o crédito trabalhista.

SALÁRIOS E OUTRAS ESPÉCIES SEMELHANTES. POSSIBILIDADE DE PENHORA. ART. 833, IV, §2º DO CPC. A impenhorabilidade de salários e outras espécies semelhantes, prevista no artigo 833, IV, do CPC, deve ser excepcionada somente nas hipóteses em que as importâncias excedam a 50 (cinquenta) salários-mínimos mensais.

Todavia, de igual forma, com as inovações advindas do CPC de 2015, delineadas oportunamente, a interpretação do dispositivo também tem sido relativizada na Corte Trabalhista. Embora haja o nítido intuito do legislador em garantir e proteger os direitos e interesses do credor sem retirar do devedor as condições de viver de forma digna, em circunstâncias específicas, cujo montante percebido seja considerado desmedido em relação ao usual, a verba percebida perde o caráter alimentar e se torna passível de constrição judicial.

Acompanhando o entendimento, ensinam Rafael Guimarães, Ricardo Calcini e Richard Wilson Jamberg (2021, pág. 224 e 225):

É bem de ver que a proteção legal da impenhorabilidade do salário não pode constituir uma blindagem patrimonial do executado, notadamente quando este percebe a título de salário quantias significativas, devendo ser adotado o critério da proporcionalidade, de modo a manter o devedor a quantia suficiente para a manutenção de sua subsistência e ao mesmo tempo permitir, ao menos, a quitação, ainda que parcial, da dívida trabalhista, de natureza alimentar, mediante penhora de parte do salário. Assim, como em decorrência da observância do direito fundamental à tutela efetiva e da razoabilidade, e observando a natureza alimentar do crédito trabalhista, é possível a penhora de determinado percentual do salário que não comprometa a subsistência digna do devedor — que não inclui uma vida luxuosa — até, por que a parcela do rendimento que excede às despesas mensais da subsistência vai ser destinado a investimentos (aplicações, aquisições de bens etc.), não se justificando a impenhorabilidade de tal parcela, assim como a penhora de valores mais elevados para aqueles que auferem renda muito acima da média da população e que se recusam a cumprir a sentença judicial.

Consoante o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho, as verbas salariais percebidas pelo empregado estão inseridas na exceção contida no §2º do art. 833 do CPC, inadmitindo a possibilidade de constrição judicial pelo instrumento da penhora, salvo se para pagamento de pensão alimentícia ou em recebendo valor superior a 50 (cinquenta) vezes o salário mínimo.

Em que pese os argumentos firmados no presente tópico, imperioso destacar que o próprio TST admitiu Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, suscitado pelo desembargador Wellington Luis Peixoto e admitido pelo Pleno do Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região (TRT-18), para avaliar a possibilidade (ou não) de penhora de salário para pagamento de dívida trabalhista, provocado em razão de entendimentos divergentes das turmas em relação à penhora

salarial, ora em favor da impenhorabilidade dos salários, ora sobre penhorabilidade de apenas um percentual ou apenas de remunerações acima de 50 (cinquenta) salários mínimos.

Com a admissão do incidente processual, em fiel observância ao art. 982, I do CPC, todos os processos pendentes que tramitam naquele tribunal ficam suspensos até o julgamento final do incidente.

Considerações Finais

Como restou demonstrado, a admissão da utilização do instrumento da penhora, gradual e escalonadamente, vem sendo constantemente admitida nos Tribunais Superiores, trazendo à baila uma nova interpretação jurisprudencial do art. 835 do Código de Processo Civil de 2015.

O Superior Tribunal de Justiça, especialmente, diante da eficácia trazida pela penhora e a conseqüente garantia da satisfação da pretensão do credor, não se olvida em determinar a constrição de verbas salariais para além de adimplemento de verbas alimentícias, sem prejuízo da manutenção da dignidade e subsistência do devedor.

A propósito, a Corte Tocantinense, baseando-se na interpretação dada ao artigo pelo STJ, caminha na mesma linha, com observância a efetividade da execução e onerando minimamente o devedor, de modo a fazer valer as determinações em sede cognitiva, o que demonstra a tendência à relativização da impenhorabilidade salarial.

Em contrapartida, o Tribunal Superior do Trabalho caminha timidamente aos anteriores, sobretudo diante da proteção dada ao salário do devedor, o que demonstra uma certa resistência ao tema abordado. Todavia, é certo que em um futuro próximo, com a Tese definida em sede de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, a provável mitigação se dará, de igual forma, no âmbito da Corte Trabalhista.

Referências Bibliográficas

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil Brasileiro**. Brasília: Diário Oficial da União, 1916.

BRASIL. Código de Processo Civil (1973). **Código de Processo Civil Brasileiro**. Brasília, DF: Senado, 1973.

BRASIL. Código de Processo Civil (2015). **Código de Processo Civil Brasileiro**. Brasília, DF: Senado, 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Constituição (1934). Lex: **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, de 16 de julho de 1934.

BRASIL. Constituição (1946). Lex: **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, de 18 de setembro de 1946.

BRASIL. Constituição (1969). Lex: **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 1967.

BRASIL. Constituição (1988). Lex: **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 1988.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios - TJDF. **Agravo de Instrumento nº 0006603-11.2009.807.0000**. Relator(a): Min. Sérgio Bittencourt: 4ª Turma Cível. Julgamento: 15/7/2009. Publicação: 3/8/2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios - TJDF. **Agravo de Instrumento nº 0726879-70.2019.8.07.0000**. Relator(a): Alvaro Ciarlini. Julgamento: 1/6/2021. Publicação: 23/6/2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins. **Agravo de Instrumento nº 0013816-41.2021.8.27.2700**. Relator(a): José Ribamar Mendes Júnior. Julgado em 09/03/2022, DJe 24/03/2022 15:18:40.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil anotado**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. Novo curso de direito civil. **Direito de família: As famílias em perspectiva constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOMES, Orlando. **Direito de família**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12 ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: Direito de família** – 14. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

TORRES, Ricardo Lobo. **O mínimo existencial e os direitos fundamentais**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n.177, jul/set. 1989.

A PSICOPATIA FRENTE À EXECUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE E DA MEDIDA DE SEGURANÇA NO DIREITO BRASILEIRO.

SARAH POLLYANNE DIAS FERREIRA:

Graduanda em Direito pelo Centro
Universitário UNA de BETIM/MG

GIOVANNA KETLEN ALVES DE SOUSA

(coautora)

JOÃO JUCATELLI

(orientador)

RESUMO: O presente artigo focaliza apresentar a medida a ser aplicada ao psicopata frente a execução da pena privativa de liberdade e à medida de segurança. Para isso, será introduzido o conceito e as características dominantes do indivíduo com transtorno mental antissocial, partindo de uma visão geral de doutrinadores e especialistas da área da psiquiatria. Na oportunidade, é importante a distinção dos inimputáveis, semimputáveis e dos imputáveis para que seja compreendido de forma clara qual será o enquadramento de cada um diante à aplicação da pena privativa de liberdade. Será abordado também, a possibilidade de ressocialização do psicopata e analisado os entendimentos doutrinários do STF e STJ sobre o prazo máximo de duração da medida de segurança. Ademais, como forma de exemplificação, o caso real de Francisco Costa Rocha, conhecido como “Chico Picadinho” será examinado sobre a ótica jurídica a fim de identificar se existe a possibilidade de cura e ressocialização do psicopata e sobre a probabilidade de reincidência ao serem submetidos o sistema penal elaborado para “criminosos comuns”.

Palavras-chaves: Psicopata. Medida de Segurança. Pena Privativa de Liberdade. Ressocialização. Chico Picadinho. Punibilidade.

ABSTRACT: This article focuses on introducing the measure to be implemented to psychopathic during the enforcement of a custodial sentence and the detention order. In order to get this, it will be introduced the concept and the dominant characteristics of the antisocial mental disorder individual, by a general vision of doctrinators and specialists from the psychiatry field. Therefore, is important the distinction between not imputable, semi imputable and imputable, to allow understand which frame will be apply in the custodial sentence. It will be, also, approach the possibility of the psychopath re-socialization, as well as the doctrinal understandings from STF and STJ about the duration of the detention order. Furthermore, as exemplification method, it will be reviewed, from the legal point, the real case Francisco Costa Rocha, known as “Chico Picadinho”, in order to identify if there is the possibility of psychopath recovery and re-socialize. Also, it will be analyzing the possibility of the recidivism when they are submitted into the penal system, made for “common criminals”.

KEYWORDS: Psychopath. Detention order. Enforcement of a custodial sentence. Resocialization. "Chico Picadinho". Punishment.

1. INTRODUÇÃO

A psicopatia é considerada como um transtorno de personalidade antissocial, estando presente na Classificação Internacional de Doenças (CID-10), o indivíduo que detém tal condição possui uma anormalidade na psique, na qual o impede de sentir emoções e sentimentos alheios (AGUIAR, 2015).

Atualmente no Brasil existem três classificações para as penas, sendo elas privativas de liberdade, restritivas de direitos e multa. A pena privativa de liberdade, na qual falaremos neste artigo, possui como objetivo a ressocialização do indivíduo, sendo ele submetido ao sistema prisional evitando a sua reincidência delituosa e integração do condenado à sociedade.

Quando indivíduos portadores de psicopatia cometem ilícito penal o Código Penal Brasileiro dispõe em seu art. 26, que por possuírem doença mental ou desenvolvimento mental incompleto estes estarão isentos de pena. Dessa forma, em casos de comprometimento da capacidade cognitiva do indivíduo psicopata esse será declarado semi-imputável, podendo o juiz converter sua pena em medida de segurança (MORANA, 2006).

Já as medidas de segurança, de acordo com Juarez Cirino dos Santos (2012), são fundadas no grau de periculosidade do autor do fato delituoso e possui como objetivo o tratamento individual e a proteção social.

Atualmente no Brasil há entendimento consolidado no Supremo Tribunal Federal (STF), através do julgamento do *habeas corpus* nº 107432/RS, na qual a medida de segurança não poderá ultrapassar o tempo da pena cominada em abstrato ou não poderá ser superior a 30 anos, posteriormente dilatado para 40 anos pela Lei 13.964/19, sendo que após tal período o indivíduo deve ser posto em liberdade.

Todavia, os indivíduos diagnosticados com psicopatia possuem uma característica peculiar, esses não podem ser curados, pois não possuem sensibilidade a sentimentos e emoções (PALOMBA, 2010).

Conforme Ana Beatriz Barbosa Silva, renomada psiquiatra, em entrevista para o Correio Braziliense em 2012, o Código Penal é falho ao aplicar sanções para pessoas portadoras da psicopatia.

O Brasil está muito ultrapassado em questão de Código Penal e de Código de Execução Penal. Por conta de a Constituição dizer que a lei tem que ser igual para todos, a gente não distingue o criminoso psicopata do não psicopata. Os psicopatas representam cerca de 25% da população

carcerária e os outros 75% não são psicopatas. Ou seja, três quartos dos criminosos são recuperáveis. Em países como a Austrália e o Canadá, e em alguns estados americanos, há diferenciação dos criminosos psicopatas e dos não psicopatas. Nesses lugares, não importa o ato em si, mas se aquela pessoa é uma psicopata ou não. Se houver esse diagnóstico, os códigos Penal e o de Execuções Penais são totalmente diferentes. O autor de determinados crimes com certo grau de perversidade tende a repetir. Um exemplo clássico é o pedófilo. Não existe pedófilo que não seja psicopata, ele fica maquinando de forma maquiavélica o ataque ao que há de mais puro e usa a criança como objeto de poder e diversão. E ele sempre volta a cometer o mesmo crime. (SILVA, 2012).

Nesse contexto, é possível observar que a aplicação da pena privativa de liberdade perde sua finalidade de ressocialização e a limitação de tempo máximo da medida de segurança não garante o tratamento individual e a proteção social.

2. DA PSICOPATIA

Indivíduos psicopatas são aqueles que detêm transtorno de personalidade antissocial na qual as impedem de sentir sensibilidade a sentimentos alheios, tal conceito é levantado pela DSM-V (Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais) do ano de 2013.

A palavra psicopatia significa doença da mente, sendo do grego, *psyche* (mente) e *pathos* (doença), no entanto, o conceito dessa palavra sofreu diversas modificações, sendo no século XIX caracterizado como apenas um transtorno mental, sendo aperfeiçoado no século XX para um transtorno de personalidade, até chegar ao conceito atual de um transtorno de personalidade antissocial específico e persistente (AGUIAR, 2015), ou seja, pessoas detentoras de psicopatia possuem pensamentos padronizados e indiferentes diante das consequências da violação dos direitos dos indivíduos e descaso com seus sentimentos.

Em 1941 o psiquiatra estadunidense Hevey Cleckley, em seu livro "*The Mask of Sanity*" (A Mascara da Sanidade) a fim de traçar definições mais concisas a respeito das características dos psicopatas, enumerou as particularidades desses indivíduos, sendo: (1) Atração superficial e boa inteligência; (2) Inexistência de delírios e de outras manifestações de pensamento irracional; (3) Ausência de nervosismo ou de manifestações psiconeuróticas; (4) Falta de confiabilidade; (5) Ser inverdadeiro e não sincero; (6) Falta de remorso ou vergonha; (7) Comportamento antissocial inadequado; (8) Raciocínio pobre e falha em aprender com as experiências; (9) Egocentrismo patológico e incapacidade para amar; (10) Pobreza geral nas principais relações afetivas; (11) Perda específica de intuição; (12) Incapacidade para responder às relações interpessoais em geral; (13) Comportamento fantasioso e pouco convidativo independente de ingestão de bebidas alcoólicas;

(14) Ameaças de suicídio raramente cumpridas; (15) Vida sexual impessoal, trivial e pouco integrada e (16) Incapacidade para seguir qualquer plano de vida (Livre tradução).

Já para Robert D. Hare (2013) o conceito de psicopatia estaria ligado a um "conjunto de traços de personalidade e também de comportamentos sociais desviantes" e diante disso, os psicopatas possuem um transtorno emocional e de afetividade na qual os impedem de sentir qualquer tipo de remorso ou culpa.

Tal divergência no conceito entendido por Hare o levou, em 1991, à criação do teste PCL-R (*Psychopathy Checklist-Revised*), também chamado de Escala de Hare, sendo aprovada sua utilização no Brasil pelo Conselho Federal de Psicologia em 2005, através da adaptação, tradução e validação da renomada psiquiatra forense Hilda Morana.

O teste possui uma série de vinte itens que abrange a vida pessoal e interpessoal do indivíduo, sendo utilizado atualmente na caracterização desses indivíduos quando cometem ilícito penal, uma vez que os psicopatas são estratégicos, inteligentes e conseguem facilmente mascarar e manipular os fatos, possuindo um forte poder de convencimento.

É importante destacar que os psicopatas não se enquadram como portadores de doença mental, uma vez de suas características principais é a inexistência de delírios e de outras manifestações de pensamento irracional, possuindo perfeito conhecimento de suas infrações praticadas e das suas possíveis consequências, no entanto, não lhe é gerado qualquer sentimento de culpa e piedade, além disso, por possuírem níveis de ansiedade abaixo do normal, agem com naturalidade diante de tais ações.

Segundo Silva, (2008):

Os psicopatas em geral são indivíduos frios, calculistas, inescrupulosos, dissimulados, mentirosos, sedutores e que visam apenas o próprio benefício. Eles são incapazes de estabelecer vínculos afetivos ou de se colocar no lugar do outro. São desprovidos de culpa ou remorso e, muitas vezes, revelam-se agressivos e violentos. Em maior ou menor nível de gravidade e com formas diferentes de manifestarem os seus atos transgressores, os psicopatas são verdadeiros "predadores sociais", em cujas veias e artérias corre um sangue gélido. (SILVA, 2008, p. 32).

Os psicopatas, para a maior parte dos pesquisadores, adquirem tal transtorno através de um conjunto de fatores genéticos, psicológicos e biológicos, diferenciando-se dos sociopatas que são levados pelos meios sociais em que vivem e pelas suas experiências na infância. No entanto, para Hare, nos casos dos psicopatas, tanto o lado genético e biológico, quanto o meio social em que o indivíduo é inserido contribuem para modelar a expressão do transtorno (HARE, 2013).

Conforme Silva (2008), a região de tomadas de decisão morais do cérebro humano é dividida em três partes, sendo a amígdala (neurônios responsáveis pela resposta emocional dadas pelo comportamento social, também presente no sistema límbico), córtex dorsolateral pré-frontal (relacionadas a ações corriqueiras) e córtex anterior cingulado (possui mais atividade quando é necessário a resolução de um problema mais difícil). Nos psicopatas, o funcionamento cerebral sofre alterações, sendo que para esses indivíduos o sistema límbico, onde há o processamento de emoções, e o córtex pré-frontal possui baixa conexão entre si, gerando assim um comportamento antissocial.

Ainda nessa temática, indivíduos com psicopatia são seres impossíveis de serem ressocializados ou curados uma vez que seus atos, sentimentos e sensações imorais são justificados por seus próprios prazeres, dotados de seu comportamento narcisista, não possuindo qualquer tipo de arrependimento ao mal gerado ao outro (SILVA, 2008, p. 159).

Uma das características dos psicopatas citadas acima, é que eles possuem raciocínio pobre e falha em aprender com as experiências, desse modo, são resistentes aos tratamentos e terapias, se torna impossível a cura e a devida ressocialização dos criminosos portadores desse transtorno.

Concomitante a isso, Silva (2008) dispõe que:

Sem conteúdo emocional em seus pensamentos e em suas ações, os psicopatas são incapazes de considerar os sentimentos do outro em suas relações e de se arrependerem por seus atos imorais ou antiéticos. Dessa forma, eles são incapazes de aprender através da experiência e por isso são intratáveis sob o ponto de vista da ressocialização. (SILVA, 2008, p. 158).

Ainda através do *Psychopathy Checklist*, é possível comprovar que o nível de reincidência, isso é, capacidade de cometerem novos crimes, das pessoas com psicopatia são duas vezes maior que os demais criminosos normais. Já se tratando de crimes cometidos com violência, tal nível de reincidência aumenta para três vezes, quando comparados com os demais detentos, firmando ainda mais a impossibilidade das pessoas portadoras desse transtorno de conviverem pacificamente em sociedade.

3. DAS PENAS NO DIREITO BRASILEIRO

Rogério Greco (GRECO, 2021, p.105) cita o artigo 59 do Código Penal ao descrever a finalidade das penas no direito brasileiro, levantando o entendimento de seu caráter de reprovação e prevenção do crime frente à má conduta do agente.

Conforme expresso no artigo 32 do Código Penal, o direito penal brasileiro é abrangido por três espécies de pena (BRASIL, 1940): I - privativa de liberdade, II - restritivas de direito, III- multa.

Porém, para fins de conhecimento do presente artigo, será abordado apenas a pena privativa de liberdade.

No atual Código Penal, o sistema adotado é o vicariante, em respaldo ao princípio do *ne bis in idem*, que estabelece que ninguém poderá ser julgado duas vezes pelo mesmo delito, situação que era recorrente na vigência do sistema do duplo binário.

Antes da reforma da Parte Geral do Código Penal, pela lei 7.209/1984, o agente que havia cometido um crime e que era considerado perigoso, deveria ser submetido à pena de privação de liberdade, e após o cumprimento, à medida de segurança também poderia ser aplicada.

Segundo Guilherme de Souza Nucci, (2021):

Afinal, o sistema do duplo binário (aplicação de pena e medida de segurança) foi abolido em 1984, de forma que, se o réu foi condenado, por ter sido considerado imputável à época do crime, recebendo a reprimenda cabível, por tempo determinado, não pode ficar o resto dos seus dias submetido a uma medida de segurança penal. (NUCCI, 2021, p. 349).

Atualmente, prevalecendo o sistema vicariante (“que faz as vezes de outra coisa”), o juiz somente pode aplicar pena ou medida de segurança. Caso o réu seja considerado imputável à época do crime, receberá pena; se for inimputável, caberá medida de segurança. (NUCCI, 2021, p. 556).

Para que uma pessoa possa ser punida deverá apresentar em sua conduta os elementos da tipicidade, ilicitude e da culpabilidade (ROSSETTO, 2014). Para Busato (2020), a punibilidade se confirma através de uma sentença condenatória, que no caso concreto não há razões para afastar a aplicação da pena.

Neste diapasão, a pena privativa de liberdade será aplicada ao agente imputável que praticar um crime e à medida de segurança para os agentes inimputáveis. Veja a seguir.

3.1 DA IMPUTABILIDADE, INIMPUTABILIDADE E SEMI-IMPUTABILIDADE

A imputabilidade é à regra, sendo caracterizada pela capacidade de atribuir fato típico e ilícito ao agente (GRECO, 2020). Nesse sentido, Mirabete (2021), atribui a teoria da imputabilidade moral (livre-arbítrio), pois o homem é livre e inteligente para distinguir entre o certo e o errado. Por isso, pode responder penalmente pelo fato antijurídico praticado, possuindo grau de capacidade psíquica que lhe permita compreender sobre os atos ilícitos com aptidão para ser culpável.

Em outro viés, Bitencourt (2019), esclarece que quando o indivíduo é ausente de sanidade mental, ou seja, incapaz de discernir e avaliar os próprios atos frente à norma jurídica poderá ser reconhecido a inimputabilidade, uma vez descaracterizada sua culpabilidade.

Ademais, a inimputabilidade é prevista no Código Penal, se presumindo da ausência total ou parcial de sanidade mental do agente. Consoante à isso, há causas de exclusão da culpabilidade, sendo: I- doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado; II-menoridade penal, III-embriaguez, proveniente de caso fortuito ou força maior (BRASIL, 1940). *In verbis*:

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. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

Além do supracitado, segundo NUCCI (2021, p.271) existem três critérios para avaliar à inimputabilidade, quais são: I- biológico; II- psicológico; III- biopsicológico. Veja:

Os critérios para averiguar a inimputabilidade, quanto à higidez mental, são os seguintes: a) biológico: leva-se em conta exclusivamente a saúde mental do agente, isto é, se o agente é ou não doente mental ou possui ou não um desenvolvimento mental incompleto ou retardado. A adoção restrita desse critério faz com que o juiz fique absolutamente dependente do laudo pericial; b) psicológico: leva-se em consideração unicamente a capacidade que o agente possui para apreciar o caráter ilícito do fato ou de comportar-se de acordo com esse entendimento. Acolhido esse critério de maneira exclusiva, torna-se o juiz a figura de destaque nesse contexto, podendo apreciar a imputabilidade penal com imenso arbítrio; c) biopsicológico: levam-se em conta os dois critérios anteriores unidos, ou seja, verifica-se se o agente é mentalmente são e se possui capacidade de entender a ilicitude do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. (NUCCI, 2021, p. 271).

Por fim, a semi-imputabilidade tem o agente como relativamente culpado, uma vez que não era inteiramente incapaz de entender a ilicitude do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. (GRECO, 2020).

Nesse viés, o artigo 26, parágrafo único do Código Penal (BRASIL, 1940), possibilita à redução da pena de um a dois terços caso constatada a perturbação de saúde mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado.

Diante disso, o psicopata poderá ter sua pena substituída pela medida de segurança, caso assim o juiz entenda, uma vez que o agente semi-imputável pratica um fato típico, ilícito e culpável (GRECO, 2020, p.87), sendo condenado, e não absolvido como no caput do artigo 26 do Código Penal.

3.2 DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

Há três tipos de pena privativa de liberdade na legislação penal. No tocante, duas das espécies têm previsibilidade no artigo 33, caput do Código Penal (BRASIL, 1940), sendo: reclusão e detenção. Ademais, à terceira espécie, com fulcro no Decreto-lei nº 3.688/41, art.5º, é denominada como prisão simples, aplicada aos casos de contravenção penal, sem rigor penitenciário.

Bitencourt (2019) explica em sua obra que à pena de reclusão é aplicada aos crimes mais graves, podendo ser iniciado o cumprimento em regime fechado, sendo o mais rigoroso do sistema penal brasileiro, considerando que a execução da pena ocorre em estabelecimento de segurança máxima ou média. Ademais, também poderá ter o cumprimento iniciado em regime semiaberto ou aberto.

Por conseguinte, há previsão legal no artigo 33, §1º, "b" e "c" do Código Penal que destina a execução da pena do regime semiaberto ao cumprido em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar e o regime aberto em casa de albergado ou estabelecimento adequado. (BRASIL, 1940).

Em contrapartida, diferente da reclusão, em regra a detenção será iniciada em regime semiaberto ou aberto, regime este, destinado a crimes de menor gravidade, podendo ser convertido em regime fechado apenas através da regressão (BITENCOURT, 2019, p.149).

Nesse sentido, veja o artigo 118 da Lei de Execução Penal - LEP, *in verbis*:

Art. 118. A execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita à forma regressiva, com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos, quando o condenado:

I - praticar fato definido como crime doloso ou falta grave;

II - sofrer condenação, por crime anterior, cuja pena, somada ao restante da pena em execução, torne incabível o regime (artigo 111). (BRASIL, 1984).

Ainda, consoante ao entendimento doutrinário de Rossetto (2014), sobre à incapacidade de reeducar o agente submetido ao cumprimento de pena privativa de liberdade, tem-se que:

São multifários os problemas que enfrenta a pena privativa de liberdade: a incapacidade de reeducar, a ineficácia do poder de intimidar, a

inconveniência de retirar o réu do meio em que vive e os estigmas que a prisão causa no egresso. A pena privativa de liberdade está em crise quanto ao objetivo ressocializador, não se mostra idônea para prevenir delitos dado o caráter criminógeno das prisões, que funcionam como escolas de delinquência e de recrutamento da criminalidade organizada. (ROSSETTO, 2014, p. 119).

Por tanto, os criminosos com grau de psicopatia, no qual possuem transtorno mental antissocial que necessitam de apoio psiquiátrico, impossibilitando seu cumprimento de pena com presos comuns, uma vez que o papel da pena é retributivo, não cumprindo um caráter curativo.

3.3 DA MEDIDA DE SEGURANÇA

Para Nucci (2021, p.556), a medida de segurança é uma espécie de sanção penal aplicada ao agente que cometeu conduta criminosa, mas que não pode cumprir pena, sendo ele inimputável ou semi-imputável, dessa forma receberá tratamento adequado ao caráter preventivo e curativo da sanção imposta.

O Código Penal (Brasil, 1940), em seu artigo 96, I e II estabelece duas espécies de medidas de segurança: internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou tratamento ambulatorial.

Segundo Juarez (2012), tanto a internação em hospital de custódia, quanto o tratamento ambulatorial, objetivam proteger a sociedade contra ações antissociais futuras de doentes mentais graves, autores de fato previsto como crime. A grande diferença ao determinar qual o tratamento adequado se funda, no primeiro caso, na cominação de pena de reclusão (fatos puníveis com grave violência ou ameaça) e no segundo caso na aplicação de detenção (criminalidade de bagatela).

De acordo com a Lei n° 10.216/2001, artigo 6°, à internação psiquiátrica poderá ser atestada por laudo médico, podendo ser considerada como internação voluntária, internação involuntária ou internação compulsória. *In verbis*:

Art. 6°- A internação psiquiátrica somente será realizada mediante laudo médico circunstanciado que caracterize os seus motivos.

Parágrafo único. São considerados os seguintes tipos de internação psiquiátrica:

I - internação voluntária: aquela que se dá com o consentimento do usuário;

II - internação involuntária: aquela que se dá sem o consentimento do usuário e a pedido de terceiro; e

III - internação compulsória: aquela determinada pela Justiça. (BRASIL, 2001).

Tal medida do artigo 6º, III, da lei 10.216/2001, se dá após observância do artigo 26 do Código Penal, sobre a impossibilidade de punir o agente incapaz que não compreenda o caráter ilícito do fato em que atuou ou em que foi omissivo. (BRASIL, 1940).

Nesse sentido, Rossetto (2014), expõe que:

A expressão contida no art. 26, caput, CP, o inimputável é isento de pena designa que a sentença que aplica a medida de segurança tem natureza absolutória (art. 386, V, CPP). A doutrina a denomina de sentença absolutória imprópria, pois absolve e impõe medida de segurança, que é uma espécie de sanção penal. (ROSSETTO, 2014, p. 298).

Deste modo, à medida de segurança é aplicada com base no grau de periculosidade do agente (art.97,§1, CP), sendo adotada por um prazo mínimo de 1(um) a 3(três) anos, por tempo indeterminado e perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação de periculosidade (BRASIL, 1940).

É de suma importância ressaltar que apesar de estar expresso no Código Penal de 1940 sobre o prazo indeterminado da medida de segurança para o cumprimento do caráter curativo do sentenciado/paciente, há diversos posicionamentos doutrinários e entendimentos consolidados do Supremo Tribunal Federal - STF e do Superior Tribunal de Justiça - STJ que afirmam sua inconstitucionalidade, uma vez que fere o artigo 5º, XLVII da Constituição Federal, da proibição de penas de caráter perpétuo.

Segundo Rossetto (2014) em sua obra "Teoria e Aplicação da Pena":

A questão a ser enfrentada é que, como a CF no art. 5o, XLVII, "b", garante não haver penas de caráter perpétuo, se tal garantia - proibição alcança as medidas de segurança? Ademais disso, as medidas de segurança estão submetidas aos princípios da dignidade da pessoa humana e da proporcionalidade,³¹ os quais impõem limite na duração máxima da pena privativa de liberdade. Daí existirem entendimentos favoráveis à limitação da duração das medidas de segurança. (ROSSETTO, 2014, p. 301).

Nesse diapasão, o Supremo Tribunal Federal fixou entendimento que o prazo máximo de duração da medida de segurança terá respaldo no artigo 75 do Código Penal, ou seja, quarenta anos, frente às modificações promovidas pelo "Pacote Anticrime" através da Lei 13.964/2019. (STF - HC 84219).

Em outra vertente, o Superior Tribunal de Justiça defende que ao substituir a pena de prisão por medida de segurança, o tempo máximo de cumprimento da pena será estabelecido consoante ao prazo determinado na sentença transitada em julgado. (STJ - HC 130.162).

Congruente ao entendimento de Nucci (2021), após o prazo mínimo fixado pelo juiz, o sentenciado será submetido à uma perícia médica para averiguar se ocorreu a cessação da periculosidade, possibilitando a desinternação ou liberação do tratamento ambulatorial.

4. DA ANÁLISE DO CASO “CHICO PICADINHO”

Francisco Costa Rocha ficou nacionalmente conhecido como “Chico Picadinho” em 1976 quando cometeu seu segundo homicídio.

Ele nasceu em 27 de abril de 1942 na cidade de Vila Velha no estado do Espírito Santa, era filho de um exportador de café chamado Francisco e sua amante Nancy. Chico passou grande parte da infância em um sítio onde era constantemente rejeitado por ser fruto de relações extraconjugais, além disso, de acordo com Sacramento (2012) era conhecido na escola como “briguento, desatento, dispersivo, irrequieto, indisciplinado e displicente” e possuía comportamento cruéis com os animais, maltratando, principalmente, gatos.

Aos 16 anos mudou-se para Rio de Janeiro, ingressando no grupo “senta puá” sofrendo então abusos sexuais. Aos 23 anos, mudou-se para São Paulo, exercendo diversas profissões como vendedor, paraquedista e até mesmo corretor de imóveis, passando a frequentar constantemente bares e boates noturnas, abusando das drogas e prostituição tanto feminina, quanto masculina, sendo que o que lhe dava prazer era a agressividade sexual (SACRAMENTO, 2012).

Em 1966, em uma dessas festas noturnas, Chico Picadinho conheceu sua primeira vítima, Margareth Suida, a levando para seu apartamento que há época dividia com seu amigo, para terem relação sexual concedida, porém durante o ato ele a estrangulou. Após, levou o corpo da vítima até a banheira onde a esartejou com giletes (TJSP, 2016).

Em perícia foi confirmado, através do Tribunal de Justiça de São Paulo (2016) que “ela foi atingida nas regiões dorsal direita, glútea direita, perianal, parte anterior do pescoço, torácica, abdominal, pubiana, coxa esquerda, braço e antebraço esquerdo”. Após o crime, Francisco dormiu no sofá e no outro dia contou o que tinha feito ao seu amigo, pedindo tempo para viajar para ver sua mãe.

Após três dias, nos dia 5 de agosto de 1996, quando retornava da viagem, foi denunciado por seu amigo e preso, confessando o crime, não sabendo descrever os motivos pelos quais o levou ao homicídio.

Em análise ao caso, Sacramento (2012) se posiciona:

Mais uma vez, percebemos que a personalidade dele enquadra-se nos critérios diagnósticos propostos pela CID – 10 para o Transtorno de Personalidade Antissocial: insensibilidade aos sentimentos alheios; atitude flagrante e persistente de irresponsabilidade e desrespeito por normas, regras e obrigações sociais; incapacidade de manter relacionamentos, embora não haja dificuldades em estabelecê-los; baixa tolerância à frustração e um baixo limiar para descarga de agressão, incluindo violência; além de apresentar uma conduta antissocial inadequadamente motivada. (SACRAMENTO, 2012).

Francisco foi julgado e condenado pelo crime de homicídio qualificado e por destruição de cadáver em uma pena de reclusão de 18 anos, posteriormente, alterada para 14 anos de reclusão. Teve a liberdade decretada em junho de 1974, cumprindo um total de 8 anos de prisão, recebendo um diagnóstico de personalidade não caracterizado com psicopatia.

Após um tempo em liberdade, com dois filhos e dois casamentos frustrados, novamente começou a frequentar a vida de bares, baladas, drogas e prostituição.

Em 15 de outubro de 1976, Chico Picadinho cometeu seu segundo homicídio, desta vez, em face de Ângela de Souza da Silva, utilizando do mesmo *modus operandi* do crime anterior. Após o retalhamento do corpo, Chico adormeceu no sofá, fugindo do local no dia seguinte e preso pela polícia 28 dias após o crime.

De acordo com o Tribunal de Justiça de São Paulo, a defesa alegou que Francisco sofria de insanidade mental, sendo caracterizado através do laudo pericial elaborado por Wagner Farid Gattaz e Antonio José Eça, como portador de psicopatia e considerado semi-imputável. Diante disso, foi condenado a 22 anos e 6 meses de reclusão pelo Juiz Nilton Vieira de Mello.

Após 18 anos, Francisco foi novamente submetido a exames psiquiátricos e encaminhado para Casa de Custódia e Tratamento de Taubaté. Em 1998 foi decretado o alvará de soltura, no entanto, foi lhe decretado a interdição por força liminar.

A defesa de Francisco ingressou com recurso pedido para sua desinternação, sendo o julgado improcedente sob o argumento de que “a interdição de doente mental com gravíssima patologia não se iguala à prisão perpétua, uma vez que não busca punir pela prática de infrações, mas, sim, privar do convívio social aquele que sofre gravíssima doença mental” (TJSP, 2016).

Francisco Costa Rocha encontra-se internado até o momento, gerando bastante repercussão jurídica, uma vez que, como mencionado acima, os psicopatas não são considerados doentes mentais, pois não possuem existência de delírios e de outras manifestações de pensamento irracional, sendo que sua mentalidade quanto à imoralidade do ato delituoso e suas

eventuais consequências se encontram intactos, sendo motivado apenas pelos seus prazeres e insensibilidade aos sentimentos alheios.

5. DA RESSOCIALIZAÇÃO

Acerca da cura do indivíduo psicopata, visando a sua efetiva ressocialização, até o momento é uma alternativa impossível, uma vez que, as terapias, medicamentos e psicoterapia, não geraram resultados positivos, uma vez que não foi possível a introdução do sentimento de culpa em suas consciências (SILVA, 2008).

Ao longo da abordagem do presente artigo podemos observar que o psicopata é um individual que possui raciocínio pobre e falha em aprender com as experiências e são egocêntricos e incapazes de amar, desse modo, conforme Ana Beatriz Barbosa Silva (2008), não há um tratamento que possa retirar tais sentimentos, uma vez que esses indivíduos não possuem remorso e agem conforme suas vontades.

Já para Robert D. Hare (2013, p. 202), as terapias em grupos para os psicopatas apenas lhes fornecem uma oportunidade para desenvolverem “novas desculpas e racionalização para seus comportamentos e novos modos de compreensão da vulnerabilidade humana”.

Devido essa impossibilidade de cura e ressocialização Silva (2008) sustenta:

É no mínimo curioso, embora dramático, pensar que os psicopatas são portadores de um grave problema, mas quem de fato sofre é a sociedade como um todo. Em função disso, pouquíssimos profissionais se arriscam a essa "empreitada". Quando o fazem, chegam à triste constatação de que contribuíram com uma ínfima parcela ou com absolutamente nada. É importante lembrar que de uma forma geral todos nós estamos vulneráveis às ações desses predadores sociais. Assim, é mais sensato falarmos em ajuda e tratamento para as vítimas dos psicopatas do que para eles mesmos. De mais a mais, só é possível ajudar aqueles que de fato querem e procuram ajuda. Os psicopatas, além de acharem que não têm problemas, não esboçam nenhum desejo de mudanças para se ajustarem a um padrão socialmente aceito. Julgam-se autossuficientes, são egocêntricos e suas ações predatórias são absolutamente satisfatórias e recompensadoras para eles mesmos. (SILVA, 2008, p. 164 e 165).

Em entrevista para a revista Super Interessante (2011), Roberto Oliveira-Souza afirma que é quase impossível curar um psicopata, exceto nos casos em que o tratamento se desenvolva precocemente antes dos 3 anos de vida, nesses casos específicos, o funcionamento cerebral de uma criança pode ser propício para reversão do transtorno de personalidade antissocial.

Nesse sentido, é certo que a psicopatia é um transtorno de personalidade antissocial e não uma doença mental, sendo impossível a sua cura e conseqüentemente a ressocialização dos criminosos psicopatas, uma vez que mesmo que tal indivíduo seja posto em tratamento e em seguida seja inserido novamente no convívio social, ele voltará a prática de novos crimes.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base no conteúdo abordado ao longo do artigo foi possível observar as características peculiares dos indivíduos portadores de psicopatia, caracterizada como um transtorno de personalidade antissocial.

Além disso, identificamos o despreparo da justiça brasileira ao lidar com indivíduos psicopatas que cometem ilícitos penais puníveis de reclusão, uma vez que o sistema penal foi elaborado somente para "criminosos comuns", não abrangendo aqueles diagnosticados com tal transtorno, visto que quando sentenciados à pena privativa de liberdade, essa perde seu caráter de ressocialização, pois são impossíveis de gerarem sentimento de culpa e remorso, impossibilitando sua cura, sendo certo que quando colocados em liberdade voltarão a cometer os mesmos crimes, podendo ser ainda piores.

Tal fato se comprova pelas estatísticas de reincidência dos psicopatas trazidos ao longo do artigo e pelo caso analisado de Francisco Costa Rocha, conhecido como "Chico Picadinho", que sendo um indivíduo portador de psicopatia, sentenciado pela prática do crime de homicídio qualificado e por destruição de cadáver, após cumprir a pena em regime fechado e posto em liberdade, voltou à prática e *modus operandi* do crime anterior.

É certo que os psicopatas não possuem doença mental e por isso quando cometem crimes possuem conhecimento, no mínimo em parte, da conduta ilícita e das suas conseqüências, mas o faz para satisfação de suas vontades próprias. Com isso, no momento da prática do ilícito, tais indivíduos não podem ser considerados inimputáveis, sendo conceituado por entendimento majoritário como semimputáveis, isso é, não são inteiramente incapazes de entenderem a ilicitude do fato, podendo ser puníveis pelos crimes cometidos.

Para os criminosos semimputáveis o juiz poderá substituir a pena privativa de liberdade pela medida de segurança, podendo assim gerar um tratamento adequado a tais indivíduos.

No entanto, é possível observar que mais uma vez, o ordenamento jurídico brasileiro foi omissivo quanto às particularidades dos psicopatas, porquanto, para eles não deveria ser dado a faculdade ao juiz de substituir a pena privativa de liberdade pela medida de segurança, e sim uma obrigação, resguardando tanto a vida dos demais detentos em presídios e garantindo o tratamento adequado para estabilizar e controlar tal transtorno de personalidade antissocial.

Ademais, a medida de segurança para indivíduos portadores de psicopatia também necessita de uma interpretação singular, pois através do entendimento do Superior Tribunal de

Justiça, a substituição por tal medida deve-se observar e respeitar, o tempo máximo de cumprimento da pena, sendo consoante ao prazo determinado na sentença transitada em julgado, garantindo assim a não aplicação de sanções em caráter perpétuo. (STJ - HC 130.162).

Não obstante, a medida de segurança para os psicopatas, seja ela internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou tratamento ambulatorial, é coordenada pelos profissionais da saúde, principalmente psiquiatras, que possuem conhecimento técnico para administrar o tratamento adequado de tais indivíduos, sendo eles encarregados pelo acompanhamento e diagnóstico do grau de periculosidade.

Diante disso, caberia modificação do texto constitucional que proíbe penas de caráter perpétuo e da Lei 13.964/19 que prevê o tempo máximo de 40 anos da pena, aplicáveis por analogia à medida de segurança, sendo possível adotar exceções para os psicopatas, tendo em vista a impossibilidade de cura desses indivíduos e o perigo que eles apresentam à sociedade.

É de se ressaltar que levando em consideração o despreparado sistema jurídico brasileiro em face dos psicopatas e o grau de periculosidade, se faz necessário a elaboração de leis que abrangem tal condição mental, sendo certo que, o número de reincidência desses indivíduos diminuirá.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código penal comentado**. 10ª edição. São Paulo: Editora Saraiva Educação, 2019.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

BRASIL. Decreto-Lei 3.688, de 03 de outubro de 1941. **Lei das Contravenções Penais**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 3 de out.de 1941.

BRASIL. Lei 7.210, de 11 de julho de 1984. **Lei de Execução Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 13 de jul. 1984.

BRASIL. Lei 10.216, de 06 de abril de 2001. **Proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental**. Brasília, 6 de abril de 2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 107432/RS**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 24 de maio de 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 84219**. Relator: Ministro Marco Aurélio. São Paulo, 23 de setembro de 2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 130162/SP**. Relatora: Ministra Maria Thereza De Assis Moura. São Paulo, 02 de agosto de 2012.

BRASIL. Tribunal De Justiça De São Paulo. **Condenados ou Absolvidos? O fascínio causado pelos processos julgados pelo Tribunal do Júri**. São Paulo, 2016.

BUSATO, Paulo César. **Direito Penal - Parte Geral** - Vol. 1. 5ª edição. São Paulo: Editora Atlas, Grupo GEN, 2020.

CARVALHO, Salo De. **Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro**. 3ª Edição. Editora Saraiva, 2020.

CLECKLEY, Hervey Milton. **The Mask of Sanity**. St. Louis: The C.V. Mosby Company, 1941.

GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. 15 edição. São Paulo: Editora Forense, Grupo GEN, 2021.

HARE, Robert D. **Sem consciência: o mundo perturbador dos psicopatas que vivem entre nós**. Tradução de Denise Regina de Sales. Porto Alegre: Artmed, 2013.

MADER, Helena. **Psiquiatra Autora de Best-Seller Defende Prisão Perpétua Para Psicopatas**. Revista Correio Braziliense, Brasília, 2012.

MASSON, Cleber. **Direito Penal: parte geral (arts. 4º a 120)** - v. 1. 14, ed.— Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal - Parte Geral** - Vol. 1. 35ª edição. São Paulo: Editora Atlas, Grupo GEN, 2021.

MORANA, Hilda Clotilde Penteadó. **Transtornos de personalidade, psicopatia e serial killers**. Revista Brasileira de Psiquiatria, São Paulo, 2006.

MORANA, Hilda Clotilde Penteadó. **Reincidência criminal: é possível prevenir?**. São Paulo. 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 21 edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, Grupo GEN, 2021.

OLIVEIRA-SOUZA, Ricardo. **Todos nós somos um pouco psicopatas**. Entrevistadora: Mariana Sgarioni. Super Interessantes, São Paulo, 2011.

PALOMBA, Guido. **'É impossível curar um psicopata', diz psiquiatra forense Guido Palomba**. São Paulo. Revista G1, 2010.

ROSSETTO, Enio Luiz. **Teoria e Aplicação da Pena**. 1ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

SACRAMENTO, Lívia de Tartari. **Psicopatologia Forense e o caso de Chico Picadinho: estória pregressa e primeiro assassinato**. Rede Psi. 21 de junho de 2012.

SACRAMENTO, Lívia de Tartari. **Psicopatologia Forense e o caso de Chico Picadinho: segundo assassinato e relação com a Personalidade Psicopática**. Rede Psi. 16 de julho de 2012

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal - Parte Geral**. 5ª Edição. Florianópolis. Editora: Conceito Editorial. 2012.

SILVA, Ana Beatriz Barbosa. **Mentes Perigosas: O Psicopata mora ao lado**. Editora: Fontanar; Rio de Janeiro, 2008.

A CRIMINOLOGIA E A MULHER ENQUANTO VÍTIMA DO CRIME DE ESTUPRO

FERNANDA GOMES DE BRITO:

Graduada em Direito pelo Centro
Universitário de Belo Horizonte.

RESUMO: O presente estudo tem como objetivo analisar a correlação entre o direito penal, os crimes sexuais e a vitimologia. Serão explanados os conceitos ligados ao tema de forma individual e posteriormente de forma a correlacioná-los. Imperioso destacar que os crimes sexuais são práticas antigas da humanidade, desde os tempos mais remotos a sua prática já ocorria. Estando presente nas mais variadas culturas, e, muitas vezes, nem mesmo são considerados como crime. Entretanto, nos tempos atuais, esses crimes têm tido um papel relevante diante da sociedade, uma vez que a mesma se mobiliza diariamente para que esses delitos sejam erradicados, dada a repulsa que o mesmo causa. No que se refere aos crimes sexuais, percebe-se que no cerne de toda problemática encontra-se a vítima e que para esta é imperioso que se tenha um olhar mais solícito. Posto isso, temos a seguinte questão de partida: Diante do pensamento criminológico a mulher vítima de crime sexual pode ser considerada culpada? O presente estudo foi desenvolvido através de uma revisão de literatura e por meio de análises jurisprudenciais e de legislações. O método de abordagem do tema é o dedutivo e o procedimento é o de artigo científico.

Palavras-chaves: Vítima; Crimes Sexuais; Vitimologia; Direito Penal.

ABSTRACT: This study aims to analyze the correlation between criminal law, sexual crimes and victimology. The concepts related to the theme will be explained individually and later in order to correlate them. It is imperative to highlight that sexual crimes are ancient practices of humanity, since the most remote times their practice already occurred. Being present in the most varied cultures, and, many times, they are not even considered as a crime. However, in current times, these crimes have played a relevant role in society, since it mobilizes daily so that these crimes are eradicated, given the repulsion that it causes. With regard to sexual crimes, it is clear that at the heart of every problem is the victim and that it is imperative for them to have a more solicitous look. That said, we have the following starting question: In the face of criminological thinking, can a woman victim of a sexual crime be considered guilty? The present study was developed through a literature review and through analysis of jurisprudence and legislation. The method of approaching the theme is deductive and the procedure is that of a scientific article.

Keywords: Victim; Sexual Crimes; Victimology; Criminal Law.

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como objetivo analisar a correlação entre o direito penal, os crimes sexuais e a vitimologia. Serão explanados os conceitos ligados ao tema de forma individual e posteriormente de forma a correlacioná-los. Analisando de que forma a ciência da vitimologia tem sido aplicada aos crimes sexuais no direito penal.

Imperioso destacar que os crimes sexuais são práticas antigas da humanidade, desde os tempos mais remotos a sua prática já ocorria. Estando presente nas mais variadas culturas, e, muitas

vezes, nem mesmo são considerados como crime. Entretanto, nos tempos atuais, esses crimes têm tido um papel relevante diante da sociedade, uma vez que a mesma se mobiliza diariamente para que esses delitos sejam erradicados, dada a repulsa que o mesmo causa.

Os crimes sexuais estão presentes no Código Penal Brasileiro, previstos nos artigos 213 a 226, e possuem como objeto jurídico protegido a liberdade sexual e a dignidade sexual, uma vez que ninguém deve ser obrigado a ter ou manter relações sexuais ou de qualquer outro ato libidinoso de forma forçada ou mediante fraude. No ano de 2009, foi regulamentada a Lei nº 12.015 que alterou todo o título relacionado aos crimes sexuais, visto que, o Código Penal, tinha como objeto protegido o comportamento sexual perante a sociedade.

Para entender os crimes sexuais, o direito penal e a vitimologia, primeiramente deve-se analisar o comportamento da vítima, para compreender o que gerou um crime sexual. Por vezes algumas atitudes da pessoa agredida são interpretadas pelo criminoso como se fosse um meio de lhe provocar, como a utilização de roupas curtas, danças sensuais, o consumo excessivo de bebidas alcoólicas, entre outras.

Diante dessas justificativas muitas vezes dadas pelos agressores, vislumbra-se que a vítima poderia influenciar a conduta do autor. Nesse sentido há quem defenda que a vítima pode trazer consigo, voluntária ou involuntariamente, uma natureza provocadora.

Contudo, essa corrente de pensamento gerada por essa ciência deve ser combatida, sendo ao máximo reduzida ou até mesmo extinta, isso porque, ao analisar a situação por essa ótica, as vítimas de crimes sexuais, estes que são cada vez mais repudiados pela população, receberiam algum grau de culpabilidade. O Direito Penal tem buscado se aliar a outras ciências com o intuito de melhor desempenhar o seu papel. No que se refere aos crimes sexuais, percebe-se que no cerne de toda problemática encontra-se a vítima e que para esta é imperioso que se tenha um olhar mais solícito. O estudo possui como objetivo principal: analisar a correlação entre o direito penal os crimes sexuais e a vitimologia. E como objetivos específicos:

- a) Analisar se o comportamento da vítima influencia ou não para a ocorrência de um crime sexual;
- b) Compreender as fases de culpabilização da vítima descritas pela Criminologia;
- c) Analisar as classificações das vítimas sob o viés criminológico.

A escolha da temática se justifica pela sua relevância por se tratar de um assunto polêmico e que envolve questões sensíveis, como a ocorrência de um crime de violência sexual, que por si só já causa grande fervor em toda a sociedade dada a repulsa que a sua ocorrência causa. O presente trabalho tem o objetivo de demonstrar a correlação entre o direito penal, os crimes sexuais e a vitimologia. Assim como tem o objetivo de discutir sob a ótica da doutrina majoritária a aplicação desses três ramos do direito, e a sua repercussão diante da sociedade.

A sociedade tem o poder de desconstruir a vítima, ainda mais nos casos de crimes sexuais,

isso porque os costumes a atos do agredido são postos em evidência. Muitas vezes a própria vítima passa por situações em que se questiona quanto ao merecimento e o induzimento ao ato, contudo, há que salientar que a vítima não possui culpa do ato letivo.

O peso em que o agressor é observado e julgado é contrário aos olhares lançados às vítimas, contudo a vitimologia no que tange aos crimes sexuais tenta compreender o porquê aquela pessoa é propícia a ser lesionada pelos criminosos. Posto isso, temos a seguinte questão de partida: Diante do pensamento criminológico a mulher vítima de crime sexual pode ser considerada culpada?

Em suma, os crimes sexuais só serão sanados quando a sociedade deixar de justificar tudo o que cerca a vítima e o agressor individualmente e observar o problema como um todo, onde a educação deve ser modificada, uma vez que os direitos dos homens e das mulheres são os mesmos, onde a igualdade deve ser exercida de maneira justa e eficaz. O presente artigo, busca discutir o tema, mas sem o intuito de tratar de todas as suas nuances, tendo em vista as inúmeras correntes de discussão e as possibilidades de se tratar do mesmo.

2. METODOLOGIA

No presente estudo, realizou-se uma revisão bibliográfica, realizada a partir de uma abordagem de pesquisa qualitativa. Em termos de tipo de fonte de pesquisa, trabalhou-se com artigo científico publicado em periódico. Essa modalidade de produção, além de ser comumente a mais valorizada no conjunto da produção bibliográfica, é a mais facilmente acessada.

Seguindo as orientações metodológicas de Severino (2002), o presente estudo será desenvolvido por meio de pesquisas bibliográficas. Segundo Lakatos e Marconi (2001) trata-se do levantamento de toda bibliografia já publicada em forma de livros, revistas, publicações avulsas em imprensa escrita (documentos eletrônicos). A metodologia utilizada para o trabalho em questão foi a Revisão de Literatura, que segundo Lakatos e Marconi:

[...] trata-se do levantamento de toda bibliografia já publicada em forma de livros, revistas, publicações avulsas em imprensa escrita [documentos eletrônicos]. Sua finalidade é colocar o pesquisador em contato direto com tudo aquilo que foi escrito sobre determinado assunto, com o objetivo de permitir ao cientista o reforço paralelo para na análise de suas pesquisas ou manipulação de suas informações. (LAKATOS; MARCONI, 2001, p. 43-44).²¹

Foi realizada consulta a livros, dissertações e por artigos científicos selecionados através de busca nas seguintes bases de dados *Scientific Electronic Library Online* (SciELO), *Google Acadêmico*, Periódicos Portal CAPES entre outros disponíveis online. Para realizá-la foram levados em consideração trabalhos e obras realizados entre 1993-2022, portanto os trabalhos publicados nos últimos 29 anos (exceto para livros clássicos), sendo os idiomas definidos português e inglês.

Para busca de informações sobre a temática foram utilizados os seguintes termos: "vítima"

²¹ LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. Fundamentos da Metodologia Científica. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2001.

e “mulher” ou “prisão” ou “crimes sexuais”. associando a seus termos sinônimos e uma lista de termos sensíveis para a busca. Foram excluídos trabalhos encontrados em mais de uma base de dados, sem uma boa estrutura metodológica e que não se enquadrem nos objetivos do estudo.

Em síntese, basicamente, foram percorridos os seguintes passos de análise: (a) leitura exaustiva de cada artigo, doutrina, legislação e documentos jurídicos, visando a uma compreensão global e à descoberta da abordagem utilizada pelos seus autores; (b) identificação das ideias centrais de cada artigo, livro ou texto; (b) classificação das ideias em torno de núcleos de sentido; (c) comparação entre os diferentes núcleos de sentido presentes nos materiais estudados; (d) classificação dos núcleos de sentido em eixos mais abrangentes (temas) em torno dos quais giravam as discussões dos autores e (e) redação das sínteses interpretativas de cada tema.

3. DESENVOLVIMENTO

3.1 SURGIMENTO DA VITIMOLOGIA E O SEU CONCEITO

A vitimologia encontra precedentes bem remotos, ainda que a alcunha que foi conferida a esta ciência criminal seja recente, remontando ao século XX. Desde a antiguidade, ainda que de forma tímida, já era possível observar uma preocupação no que tange a reparação do dano injusto, que se constitui em um dos alicerces da vitimologia contemporânea, nesse sentido sustenta Piedade Júnior:

Os antigos, bem certo, ainda não trabalhavam, com clareza, com os conceitos de personalidade, de características biológicas, psicológicas, de tendências vitimizantes, de comportamento desviante, menos ainda de culpabilidade (conceito moderno) ou de conduta social, atitudes e motivações, estímulos e respostas, consciência ou inconsciência etc., mas tinham, com absoluta nitidez, a noção de justiça e conseqüente “reparação do dano” causado injustamente, fundamental preocupação moderna Vitimologia. (PIEADADE JÚNIOR, 1993, p. 22)22.

O surgimento das escolas penais no século XVIII, merece destaque, principalmente quanto a Escola Clássica e a Escola positivista que surgiu ao fim do século XIX. Estas escolas sistematizaram pensamentos filosóficos e políticos de matérias criminais. A Escola Clássica, em oposição ao sistema penal medieval, para Piedade Júnior:

Constata-se, destarte, a preocupação vitimológica dessa escola, de maneira ainda bastante embrionária, quando cuida da violência, da opressão e iniquidade a que chegara a justiça penal na Idade Média e séculos que se seguiram e que fizera, por fim, a consciência comum da época lutar por um regime de ordem, justiça e segurança, pretendendo-se por um basta ao

22 PIEADADE JÚNIOR, Heitor. Vitimologia, evolução no tempo e no espaço. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1993.

cruel e arbitrário direito punitivo. (...) cumpriu o seu ciclo histórico, lutando pelo empenho da liberdade, através do exercício da justiça. E a plenitude da liberdade afasta qualquer processo de vitimização, de vez que só existe vitimização quando não há justiça e esta só se impõe, quando existe liberdade. (PIEDADE JÚNIOR, 1993, p. 55).²³

De acordo com Nucci:

A Escola Clássica fundamentalmente via o criminoso como a pessoa que, por livre-arbítrio, infringiu as regras impostas pelo Estado, merecendo o castigo denominado pena. Visualizava primordialmente o fato cometido, razão pela qual consagrou o princípio da proporcionalidade, evitando-se as penas de toda ordem (NUCCI, 2008, p. 69).²⁴

Ao se tratar da Escola Clássica é extremamente necessário ressaltar a importância de Cesare Bonesana (Marquês de Beccaria) e Francesco Carrara. Beccaria é o autor da obra "Dos delitos e das penas" (1764), o qual se destacou pelo estudo dos reflexos da pena e pelo combate às penas cruéis, e Carrara, por defender a tese de que o homem deve ser submetido às leis penais por sua natureza moral. O autor foi criador do Programa de Direito Criminal e defendia que a finalidade do direito criminal é a prevenção quanto aos abusos perpetrados pela autoridade que definiu o que o crime é uma entidade de direito.

Noutro giro a Escola Positivista (século XIX), embora tenha conferido destaque ao estudo da criminologia sobre o prisma do delinquente, evidenciou, ainda que de maneira rasa, a necessidade do estudo da vítima, bem como sua proteção. Dentre os estudiosos desta escola destacam-se: Cesare Lombroso, Enrico Ferri, Rafael Garafolo, Franz Von Liszt e Gabriel Tarde.

Cesare Lombroso, foi um médico italiano e instituidor da escola positivista, atribuía aos fatores biológicos a origem da criminalidade, sustentando ainda a ideia de um criminoso nato. Sobre esse aspecto da criminologia e seus reflexos sobre a vitimologia, Piedade Júnior entende que:

A criminologia, fruto da escola positiva, procurando definir um conceito naturalístico de crime, conceituando-o como "comportamento desviante", e vendo no seu ator uma realidade social e biológica, e sempre psicologicamente, dizia-se, um anormal, de forma temporária ou permanente, aproximou-se seus estudiosos e pesquisadores de uma visão voltada para o estudo da vítima. (PIEDADE JÚNIOR, 1993, p. 62)²⁵.

Ainda nesse sentido, é imperioso destacar a contribuição do direito canônico para a

²³ PIEDADE JÚNIOR, Heitor. Vitimologia, evolução no tempo e no espaço. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1993. p. 55.

²⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal: Parte Geral e Especial. São Paulo: RT, 2008. p. 69.

²⁵ PIEDADE JÚNIOR, Heitor. Vitimologia, evolução no tempo e no espaço. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1993. p. 62.

vitimologia moderna. Este que representa um conjunto de leis e regulamentos de natureza eclesial que regem a Igreja Católica e a comunidade eclesial, em seu regramento há uma clara predileção pelo amparo à vítima e reparação do injusto lhe causado. Piedade Júnior (1993, p. 65), “quem quer que prejudique a outros por ato jurídico ilegítimo ou por qualquer ato culposos, é obrigado a reparar o dano causado”²⁶.

Essa reparação poderia ser advinda de uma ação penal ou civil. Entretanto, não se pode omitir que o foco do direito canônico era a recuperação dos criminosos, recuperação esta que se acreditava que seria possível por meio do arrependimento, sendo possível em sua concepção o uso de penas e métodos de punição mais severos.

Dessa forma, considerada como uma ciência relativamente nova, a vitimologia tem como marco a Segunda Guerra Mundial, e surge como resposta ao holocausto que vitimou milhares de judeus, deficientes, poloneses, ciganos, negros, homossexuais e muitas outras minorias que não eram aceitas à época. A doutrina majoritária aponta como sendo pai da vitimologia Benjamim Mendelson. O autor israelita teve a incumbência de realizar a sistematização das pesquisas acerca da participação da vítima na ação criminosa.

Embora etimologicamente possa se definir a Vitimologia como sendo o estudo da vítima, tal conceito se mostra simplório e limitado, uma vez que o estudo da vitimologia não se resume somente a quem sofre os efeitos diretos do delito. Nesse sentido, leciona Piedade Júnior:

A violência é um fenômeno enraizado na sociedade, que atinge a todos, independente de religião, sexo ou classe social. Trata-se de uma temática complexa e preocupante para a sociedade moderna, uma vez que corriqueiramente são registradas práticas criminosas, e os motivos dessas práticas são pouco debatidos e por vezes ignorados pelo Estado. (PIEADADE JÚNIOR, 1993, p. 68).²⁷

Para Piedade Júnior (1993), vitimologia é a “ciência sobre as vítimas e a vitimização”²⁸, ainda sobre o conceito, imperioso trazer à baila os ensinamentos de Mazzuti:

A vitimologia deve ter como meta a orientação para a maior proteção dos indivíduos. O seu propósito deveria contribuir, tanto quanto possível, para tornar a vida humana segura, principalmente a salvo de ataque violento por outro ser humano: 1 – Explorando meios para descobrir vítimas latentes ou em potencial e situações perigosas que levam à morte, lesões e danos à propriedade. 2 – Provendo direitos humanos para os que sofrem em

²⁶ Ibidem. p. 65.

²⁷ PIEADADE JÚNIOR, Heitor. Vitimologia, evolução no tempo e no espaço. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1993. p. 68.

²⁸ Ibidem.

resultado de ato ilegal ou de acidente. 3 – Incentivando as pessoas e as autoridades nos seus esforços para reduzir os perigos e estimulando novos programas para prover condições seguras de vida. 4 – Provendo meios para pesquisa na área de segurança humana, incluindo fatores criminológicos, psicológicos e outros, e desenvolvendo métodos e enfoques inovadores para tratar de segurança humana. 5 – Promovendo um programa efetivo não só para proteger a sociedade de atos ofensivos, através de condenação, castigo e correção, mas também proteger as vítimas reais e em potencial de tais atos. 6 – Facilitando a denúncia de atos vitimizadores, o que contribuirá para atingir o objetivo de prevenção de danos futuros (MAZZUTI, 2012, p. 58).²⁹

Dessa forma, a Vitimologia possui grande importância no que tange à ampliação da rede de proteção de toda a sociedade, seja na identificação de vítimas em potenciais, seja promovendo a justa reparação, incentivando a criação de programas de prevenção, pesquisas e a ampliação de canais de denúncia e redes de apoio a vítimas.

3.2 A VITIMIZAÇÃO

A vitimização é entendida como sendo o processo ou ação de pessoas em se vitimarem ou vitimarem a outrem. Segundo Antônio Garcia-Pablos de Molina, “o processo pelo qual uma pessoa sofre as consequências negativas de um fato traumático, especialmente, de um delito”³⁰. Ainda, de acordo com o que leciona Piedade Júnior:

(...) é o processo mediante o qual alguém (indivíduo ou grupo) vem a ser vítima de sua própria conduta ou da conduta de terceiro (indivíduo ou grupo), ou de fato da Natureza. No processo de vitimização, salvo no caso de autovitimização quando ocorre autolesão, necessariamente, encontra-se a clássica dupla vitimal, ou seja, de um lado o vitimizador (agente) e o outro a vítima (paciente). (PIEADADE JÚNIOR, 1993, p. 107).³¹

Com o resultado dos avanços dos estudos vitimológicos tem se lançado o olhar para a classificação das vítimas, sendo elas: primária, secundária e terciária. Desse modo são examinados o potencial para um indivíduo se tornar uma vítima, assim como os fatores diretos e indiretos desencadeados na vítima de um delito. Na concepção de Molina essas fases são descritas como:

A Vitimização Primária é o processo através do qual um indivíduo sofre direta ou indiretamente os efeitos nocivos ocasionados pelo delito, que

²⁹ MAZZUTTI, Vanessa de Biassio. Vitimologia e Direitos Humanos: o processo penal sob a perspectiva da vítima. Curitiba: Juruá, 2012.

³⁰ MOLINA, Antonio García-Pablos. Criminologia. 8ª Ed. Ciências Criminais v. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais.

³¹ PIEADADE JÚNIOR, Heitor. Vitimologia, evolução no tempo e no espaço. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1993. p. 107.

variam de acordo com o bem jurídico lesionado e podem ser, em regra, materiais ou psíquicos.

A Vitimização Secundária é entendida como o sofrimento suportado pela vítima nas fases do inquérito e do processo, em que muitas vezes deverá reviver o fato criminoso por meio de interrogatórios, declarações e exames de corpo de delito, além de submeter-se a situações como presenciar a argumentação dos defensores do autor sugerindo que deu causa ao fato e o reencontro com o delinquente.

Entende-se por Vitimização Terciária a ausência de receptividade social em relação à vítima, que em diversos casos se vê compelida a alterar sua rotina, os ambientes de convívio e círculos sociais em razão da estigmatização causada pelo delito. São exemplos a segregação social sentida pelas vítimas de crimes sexuais e as consequências da divulgação não autorizada de fotos ou vídeos íntimos nas redes sociais. (MOLINA)³²

Diante dos ensinamentos de Molina, tem-se que a primeira fase da vitimização seria a perigosidade vitimal, em outras palavras, o estímulo pela vítima do agente criminoso, comportamento que instiga ou provoca a ação de seu agressor. A vitimização primária se relaciona às causas diretas do crime resultantes dos danos sofridos pelo ofendido, seja de ordem material, físico ou psicológico. Esses danos podem resultar em mudanças comportamentais da vítima, como a depressão, isolamento social, entre outros.

A vitimização secundária ocorre em sede das instâncias formais de controle social, como exemplo tem-se a Polícia e o Poder Judiciário. Instituições que a vítima muitas vezes ao buscar apoio se depara com um ambiente hostil e profissionais sem preparo ou sem conhecimento específico para seu entendimento e, desse modo, de vítima, por vezes, passa à condição de suspeita.

Quanto a vitimização terciária, entende-se que esta decorre da falta de amparo dos órgãos públicos e da ausência de receptividade social em relação à vítima. Desse processo de vitimização, em especial do secundário e terciário, surgem as conhecidas cifras negras. Rogério Greco quanto à temática esclarece que:

A estatística criminal se confecciona a partir dos dados registrados pelos órgãos de controle social penal. Isso quer dizer que há um grande número de fatos puníveis que por não terem sido registrados não formam parte da estatística criminal. Estes fatos constituem a cifra negra da criminalidade. Com efeito, nem todo delito é denunciado. Nem todos os delitos denunciados são registrados pelo órgão que recebeu a denúncia são objeto

³² MOLINA, Antonio García-Pablos. *Criminologia*. 8ª Ed. Ciências Criminais v. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais.

de investigação e nem todos os investigados acabam sendo condenados. Deste modo, de acordo com o nível do órgão a partir do qual se elaborou a estatística, mais alta será a cifra negra. Dito em outras palavras, não é o mesmo elaborar estatísticas criminais a partir das sentenças condenatórias que dos fatos denunciados a polícia. Entre a comissão do delito e a sentença condenatória atuam uma série de filtros que não permitem contar com dados estatísticos confiáveis. (GRECO, 2015, p. 8).³³

Em outras palavras, as cifras negras representam os casos de subnotificações de crimes por parte das vítimas, e, portanto, infrações penais que não foram objeto de persecução pelo Estado.

Quando se fala sobre a tipificação das vítimas, há várias classificações atribuídas por autores criminalistas, como: Benjamin Mendelsohn, Hans Von Henting, Guaracy Moreira Filho, Jimenez de Asúa, Guglielmo Gulotta. E devido as diversas apresentações sobre as vítimas, existem, pelo menos, onze categorias, "divididas em classes gerais: jovens, mulheres, velhos, doentes mentais, imigrantes, e, os tipos psicológicos: deprimidos, ambiciosos, tarados, provocadores, solitários e os agressivos" Silva (2017, p.260)³⁴. Quanto a classificação das vítimas, imperioso trazer à baila o que leciona Machado na perspectiva de Benjamin Mendelsohn:

1. Vítima completamente inocente ou vítima ideal. Trata-se da vítima completamente estranha à ação do criminoso, não provocando nem colaborando de alguma forma para a realização do delito. Exemplo: uma senhora que tem sua bolsa arrancada pelo bandido na rua.
2. Vítima de culpabilidade menor ou por ignorância. Ocorre quando há um impulso não voluntário ao delito, mas de certa forma existe um grau de culpa que leva essa pessoa à vitimização. Exemplo: um casal de namorados que mantém relação sexual na varanda do vizinho e lá são atacados por ele, por não aceitar esta falta de pudor.
3. Vítima voluntária ou tão culpada quanto o infrator. Ambos podem ser o criminoso ou a vítima. Exemplo: Roleta Russa (um só projétil no tambor do revólver e os contendores giram o tambor até um se matar).
4. Vítima mais culpada que o infrator. Enquadram-se nessa hipótese as vítimas provocadoras, que incitam o autor do crime; as vítimas por imprudência, que ocasionam o acidente por não se controlarem, ainda que haja uma parcela de culpa do autor.
5. Vítima unicamente culpada. Dentro dessa modalidade, as vítimas são classificadas em: a) Vítima infratora, ou seja, a pessoa comete um delito e

³³ GRECO, Rogério. Direito Penal do Equilíbrio. 8ª Ed. Rio de Janeiro: Impetus. 2015. p. 8.

³⁴ SILVA, Monica Antonieta Magalhães da. A culpabilização das vítimas de crimes sexuais: uma questão cultural. Revista a Barriguda, Campina Grande. 2017. p. 260.

no fim se torna vítima, como ocorre no caso do homicídio por legítima defesa;

b) Vítima Simuladora, que através de uma premeditação irresponsável induz um indivíduo a ser acusado de um delito, gerando, dessa forma, um erro judiciário; c) Vítima imaginária, que trata-se de uma pessoa portadora de um grave transtorno mental que, em decorrência de tal distúrbio leva o judiciário à erro, podendo se passar por vítima de um crime, acusando uma pessoa de ser o autor, sendo que tal delito nunca existiu, ou seja, esse fato não passa de uma imaginação da vítima. (MACHADO, 2015, P. 167)³⁵.

A vitimização de acordo com os estudos da Vitimologia está além das instâncias do cometimento do crime em si, havendo manifesta violação dos direitos que poderá causar os danos à vítima. Trata-se das consequências negativas de um fato traumático. O processo vitimizatório versa sobre as agressões que a vítima passa desde o momento em que é acometida pela infração penal até um período indeterminado, a depender do caso em análise.

Dentre as modalidades de vítimas apresentadas podemos constatar que o crime de estupro se enquadraria em muitos dos casos. Não se pode confundir os tipos de vítimas, com os paradigmas da sociedade em que pese ao comportamento da vítima mulher, uma vez que é julgada pela sua forma de vestir ou estilo de vida, jamais poderá utilizar tais argumentos como justificativa para concretização do crime tal argumento.

A mulher não deve ser hostilizada pela sociedade pela forma de se vestir, tão pouco ser vítima de crimes por conta disso. Em suma o estupro não tem um perfil pré-definido de vítimas tornando todas as mulheres vulneráveis.

3.3 VIOLÊNCIA SEXUAL E A IDEIA DE CONTRIBUIÇÃO DA VÍTIMA

Em uma análise superficial, a Organização Mundial da Saúde (1996), define violência como sendo "o uso de força física ou poder, em ameaça ou na prática, contra si próprio, ou outra pessoa ou contra um grupo ou comunidade que resulte ou possa resultar em sofrimento, morte, dano psicológico, desenvolvimento prejudicado ou privação"³⁶.

Imperioso destacar o conceito de violência adotado por Chauí (1985). Para a autora, o fenômeno da violência é representado por uma relação de forças na qual um polo é representado pela dominação e o outro pela coisificação, tendo como escopo a ideia de liberdade baseada na capacidade de autodeterminação para pensar, agir, querer e sentir. De acordo com o pensamento

³⁵ MACHADO, Tadeu Lopes. Violência no cárcere: análise sobre os estupros no IAPEN/AP. PRACS: Revista Eletrônica de Humanidades do Curso de Ciências Sociais da UNIFAP, Macapá, v.7 n. 2, 2014, p. 167.

³⁶ MAZZUTTI, Vanessa de Biassio. Vitimologia e Direitos Humanos: o processo penal sob a perspectiva da vítima. Curitiba: Juruá, 2012.

de Chauí a violência se mostra como:

Em primeiro lugar, como conversão de uma diferença e de uma assimetria numa relação hierárquica de desigualdade, com fins de dominação, de exploração e opressão. Em segundo lugar, como a ação que trata o ser humano não como sujeito, mas como coisa. Esta se caracteriza pela inércia, pela passividade e pelo silêncio, de modo que, quando a atividade e a fala de outrem são impedidas ou anuladas, há violência. (CHAUÍ, 1985, p. 32).³⁷

Em relação ao termo “vítima”, entende-se tratar de alguém que de alguma forma sofreu algum tipo de dano, é a pessoa que sofre as consequências de um ato de outrem. No presente trabalho está sendo abordado a vítima de estupro, sendo ela exclusivamente mulher. De acordo Oliveira e Ferreira (1999), pode-se conceituar vítima como sendo “aquela pessoa que sofre danos de ordem física, mental e econômica”.³⁸

Dentro do conceito etimológico da palavra vítima, ou mesmo do sentido da palavra temos o conceito jurídico de vítima, que apresenta o ofendido, a parte autora de uma ação, é por fatos ocorridos a ela que se mensuram todas as premissas da vítima. Ainda de acordo com Oliveira e Ferreira (1999), “em suma no campo jurídico, a expressão é mais ampla que as outras referidas e estas, portanto, ficam por ala abrangidas. Vítima é, portanto, o sujeito constante ou eventual, principal ou secundário”.³⁹

Os crimes contra a dignidade sexual são considerados os mais ultrajantes pela população, bem como, pela comunidade jurídica por violarem o íntimo da vítima de maneira que não se permita qualquer reação. Entende-se por vítima qualquer indivíduo ofendido ou que tenha algum bem violado. E ainda, aquela pessoa que é lesionada em razão de um comportamento unível pelo Estado.

A violência sexual pode ser definida como toda ação na qual uma pessoa por meio da coerção física ou psicológica obriga outra a qualquer ato sexual contrário à sua vontade, assim sendo definida pela Lei Maria da Penha, em seu artigo 7º, inciso III:

A violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao

³⁷ Chauí, M. (1985). Participando do debate sobre mulher e violência. Em *Perspectivas Antropológicas da Mulher* (pp. 25-62). Rio de Janeiro: Zahar. p. 32.

³⁸ OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de; FERREIRA, IvetteSenise. A vítima e o direito penal: uma abordagem do movimento vitimológico e de seu impacto no direito penal. 1999.Universidade de São Paulo, 1999.

³⁹ OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de; FERREIRA, IvetteSenise. A vítima e o direito penal: uma abordagem do movimento vitimológico e de seu impacto no direito penal. 1999.Universidade de São Paulo, 1999.

matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos; (BRASIL, 2006).⁴⁰

Em suma a violência sexual constitui uma das formas de tentativa de controle social e cultural sobre os corpos das mulheres, levando em consideração que a influência patriarcalista ainda está muito presente na sociedade brasileira. Esse tipo de agressão é um fenômeno que causa danos invisíveis, afetando de forma profunda, boa parte das vezes, o psicológico das vítimas.

Sabe-se que as maiores vítimas da violência sexual são as mulheres e que a maior parte dos agressores são homens, o que coloca a violência sexual como uma violência de gênero, uma forma de menosprezar e diminuir a figura feminina, bem como uma tentativa de dominação de seus corpos.

Dentre as várias consequências podem-se destacar a constante sensação de insegurança, medo de estar em locais públicos, em especial no período noturno, o desenvolvimento de quadros depressivos e transtorno pós traumático, e até mesmo uma profunda mudança na forma como a vítima passa a se enxergar, fato que interfere diretamente na maneira de se relacionar socialmente, profissionalmente, no seio familiar, isso porque, a vítima pode passar a enxergar o mundo externo e as demais pessoas como uma ameaça constante à sua integridade e segurança.

Importante salientar que a dignidade é intrínseca a todo ser humano, uma questão que o faz ser merecedor de respeito e da tutela do Estado e dos demais indivíduos. A dignidade humana garante a todos uma proteção contra todo e qualquer ato degradante, desumano ou que fira a sua subjetividade e autoestima. Segundo Bitencourt (2012):

Conforme afirma Muñoz Conde, "a liberdade sexual tem efetivamente autonomia própria e, embora os ataques violentos ou intimidatórios à mesma sejam igualmente ataques à liberdade que também poderiam ser punidos como tais, sua referência ao exercício da sexualidade dá a sua proteção penal conotações próprias". Assim, a violência física ou moral empregada nos crimes de estupro e estupro de vulnerável, por exemplo, constitui, em si mesma, violação da liberdade individual, mas sua incidência direta e específica na liberdade sexual lhe dá autonomia delitiva, distinguindo-a de outras infrações genéricas, tais como constrangimento ilegal, ameaça, lesão corporal, entre outras, que são afetadas pelo princípio da especialidade. Na verdade, o conteúdo essencial desses crimes não se limita à transgressão da liberdade alheia, mas se concentra na violência ou intimidação com que tais crimes sexuais são praticados contra a vontade

⁴⁰ Decreto - Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal (...). Diário Oficial [da] União, Brasília, 07 ago. 2006. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm. Acesso em: 25 de nov. 2022.

da vítima, caracterizando verdadeiros crimes complexos. (BITENCOURT, 2012, p. 41).⁴¹

O uso do termo “dignidade sexual” na legislação penal, demonstra o surgimento de uma nova corrente de pensamento em relação aos bens jurídicos protegidos pelo Estado, na busca por resguardar a respeitabilidade do ser humano no âmbito de sua liberdade sexual. Dignidade passa a ideia de decência, de respeito, algo ligado a honra. Ao aliar os termos dignidade e sexualidade, compreende condutas relativas à satisfação de um desejo sexual, a volúpia ou até mesmo da sensualidade.

Em outros termos, busca-se proteger a liberdade de escolha e impedir qualquer forma de exploração da sexualidade alheia. Nesse sentido, Bitencourt (2012), destaca a importância da proteção especial da Lei Penal em relação à liberdade sexual:

Os tipos penais que têm como objetivo tutelar o bem jurídica liberdade estão inseridos em capítulo específico do Título I da Parte Especial do Código Penal, que trata “Dos crimes contra a pessoa” (arts. 121 a 154). No entanto, dentro da liberdade geral, como destaca Muñoz Conde, “a liberdade sexual, entendida como aquela parte da liberdade referida ao exercício da própria sexualidade e, de certo modo, a disposição do próprio corpo, aparece como um bem jurídico merecedor de uma proteção penal específica, não sendo suficiente para abranger toda sua dimensão a proteção genérica concedida à liberdade geral. (BITENCOURT, 2012, p. 41).⁴²

A Carta Magna assegura em seu artigo 5º, inciso X, o direito à intimidade, à vida privada e a honra, haja vista que a atividade sexual não é somente uma relação de prazer, mas também, uma necessidade fisiológica do ser humano, razão pela qual a dignidade sexual merece ser tutelada pelo Estado, mais precisamente por meio do direito penal. De acordo com Marcão:

Na Constituição brasileira, como já se disse, a dignidade do ser humano ocupa o terceiro lugar no enunciado de fundamentos do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III), que se proclama “destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos”. Quer dizer que o constituinte nacional a considera verdadeiro valor dos valores, em torno do qual todos estes deverão operar e, sendo assim, segundo já foi interpretado por JOSÉ CELSO DE MELLO FILHO, como valor-fonte de toda a ordem social. (MARCÃO, 2011, p.33).⁴³

Como foi relatado acima é comum que as vítimas escutem que estavam em locais

41 BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal, 4: Parte especial; dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública. 6. Ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 41.

42 BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal, 4: Parte especial; dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública. 6. Ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 41.

43 MARCÃO, Renato. GENTIL, Plínio. Crimes contra a dignidade sexual: comentários ao Título VI do Código Penal. 1. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 33.

inapropriados para mulheres, que estavam usando roupas ou maquiagem indecentes, provocativas ou que seu comportamento incentivou a conduta do criminoso, comentários estão presentes até mesmo nas instituições que deveriam acolher e protegê-las.

Esses fatos somam e fortalecem a cultura de culpabilização da vítima, que tem as suas raízes no patriarcalismo muito presente na sociedade brasileira. Por meio dessa culpabilização, incentiva-se que as vítimas se cale e que a violência sexual continue a ser vista como um tabu pela sociedade, tornando o seu enfrentamento ainda mais difícil por parte das mulheres agredidas.

No ano de 2014 O Instituto IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada⁴⁴, realizou uma pesquisa no Brasil, onde 58,8% dos entrevistados que a vítima possui influência no comportamento de seu agressor e, caso as mulheres se comportassem de forma diferente, talvez houvesse menos estupros. Dentre os entrevistados, 26% acreditavam que as mulheres que usam roupas curtas mereciam ser atacadas. Os dados só reforçam a existência da cultura do estupro no Brasil. Diante disso, a palavra da vítima muitas vezes se mostra insuficiente para que esta veja o autor do crime punido. Nesse sentido Barros, explica que:

Além do quesito credibilidade/confiança cuja mulher deve atender, para que seja comprovado efetivamente que ela foi vítima de estupro, a vítima ainda é submetida a rigorosos “testes de resistência”, tais como longas audiências, confrontações com o agressor, longas esperas nos corredores de delegacia e fórum etc. Todos estes testes ou situações de persistência, muitas vezes criados inconscientemente, tem o intuito de verificar se a vítima poderá levar seu caso adiante, em caso positivo, isto talvez signifique que ela fala a verdade, porque “resistiu” (BARROS, 2009, p. 1195).⁴⁵

A tendência em duvidar da palavra da vítima em crimes sexuais, por si só representa uma violência e uma das facetas da cultura do estupro. Pela lógica da cultura do estupro dentro do estereótipo de criminoso sexual não estaria inserido o homem modelo, aquele que é trabalhador, pai de família, religioso. Logo, ou a suposta vítima teria o provocado a tal ponto de propiciar o cometimento do crime ou estaria apenas por malícia imputando um falso crime, tudo isso como forma de amenizar o fato de que homens cometem estupro. Nesse sentido Andrade sustenta que:

44 IPEA. **Estupro no Brasil**: uma radiografia segundo os dados da saúde, Nota Técnica nº 11, Brasília, 2014. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/140327_notatecnicadiest11. Acesso em: 22 de nov. 2022.

45 BARROS, Lívy R. S. M. de; JORGE-BIROL, Aline P. Crime de Estupro e a Vítima: a discriminação da mulher na aplicação da pena. Revista do Ministério Público de Alagoas. Nº 21, p. 135-156. 2009. p. 1195.

O que ocorre, pois, é que no campo da moral sexual o sistema penal promove, talvez mais do que em qualquer outro, uma inversão de papéis e do ônus da prova. A vítima que acessa o sistema requerendo o julgamento de uma conduta definida como crime – a ação, regra geral é de iniciativa privada – acaba por ver-se ela própria “julgada” (pela visão masculina da lei, da polícia e da justiça) incumbindo-lhe provar que é uma vítima real e não simulada. (ANDRADE, 2006, p. 23).⁴⁶

Evidente que a justiça deve ter o cuidado de não condenar um inocente, verificando todas as questões que envolvem o caso, as incoerências do testemunho da vítima, suas vacilações, a própria retratação, contudo, também, não pode incorrer em injustiça por meio de práticas jurídicas que corriqueiramente transformam a vítima em ré ou que naturalizam e banalizam o estupro.

CONCLUSÃO

O presente trabalho demonstrou que os resquícios de uma sociedade patriarcal dão margem para a violência contra as mulheres, na medida que inferiorizam e subjagam a mulher, de modo que o estupro se apresenta como produto de uma cultura machista que por sua vez é o reflexo da ideologia patriarcal. Tal pensamento ainda está tão presente na sociedade que por meio de pesquisa realizada pelo IPEA sobre a tolerância social acerca da violência contra a mulher restou provado que a maior parte da população culpa a mulher pela violência da qual foi vítima.

O trabalho se aprofundou no estudo da vitimologia e da cultura do estupro, abordando os conceitos de vitimologia, de vítima, de violência, bem como as classificações das vítimas sob a perspectiva da doutrina majoritária. O objetivo do estudo foi analisar e mostrar a importância de se buscar o entendimento acerca da temática da violência sexual contra a mulher, mostrando que na cultura brasileira, na maioria dos casos a mulher vítima de estupro é considerada como culpada, seja pela forma de se vestir ou pelas suas atitudes.

A palavra vítima muitas vezes se mostra como insuficiente para que a mulher que sofreu a agressão veja o autor do crime punido, sua palavra muitas vezes, ou quase sempre, é colocada em questão, um visível descrédito quando o comportamento da agredida não é aceito socialmente, principalmente quando o agressor é visto como um homem de família e trabalhador, embora, seja importante destacar que não existe no crime de estupro um perfil pré-definido do agressor em potencial.

A tendência em colocar a palavra da vítima de crimes sexuais em dúvida, por si só, representa uma das facetas da cultura do estupro que representa a normalização desse crime, justificando a sua ocorrência por conta do comportamento da vítima, da roupa que estava usando, o local em que se encontrava, além de disseminar a ideia de que tal violência se dá em

⁴⁶ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher. Revista Brasileira de Ciências Criminas. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15185/13811>. Acesso em 22 de nov. 2022. p. 23.

consequência de uma suposta provocação da vítima.

Diante de todo o exposto, conclui-se que a mulher enquanto vítima do crime de estupro não pode ser entendida como uma vítima provocadora, ou mais culpada ou tão culpada quanto o seu algoz numa situação de violência sexual, nem as suas vestimentas e/ou o seu comportamento perante a sociedade podem ser utilizados como argumento para tal enquadramento, sendo o único culpado pelo ato o seu agressor, devendo apenas este ser punido e não a vítima.

A construção desse entendimento por parte da sociedade pressupõe a necessidade de se adotar uma prática pedagógica de enfrentamento da ideologia patriarcal do qual a violência contra a mulher é subespécie e da qual o estupro, é uma de suas muitas facetas, para assim romper com a cultura do estupro, é extremamente necessário que o legislador busque resguardar as mulheres, com medidas para coibir a concretização desses crimes, bem como oferecer as mulheres agredidas o devido auxílio. E mais, é necessário que desde a infância as crianças sejam ensinadas sobre o consentimento e a importância de se respeitar a liberdade e o corpo do próximo.

Finalizando, necessário se faz um modelo de Justiça Penal, para que se possam ser alcançados os anseios da sociedade moderna. A análise do fenômeno vitimal permite que a vítima receba tratamento adequado, enquanto parte fragilizada da relação, vítima-delinquente, de modo que busque punir adequadamente o agente, ao mesmo tempo que busque a prevenção de novos delitos. Em síntese, os estudos vitimológicos, associados aos preceitos penais, hão que focar-se na compreensão total do problema da vítima no sistema penal, como meio de obter-se a resposta adequada.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher.** Revista Brasileira de Ciências Criminais. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15185/13811>. Acesso em 22 de nov. 2022.

BARROS, Lívyra R. S. M. de; JORGE-BIROL, Aline P. **Crime de Estupro e a Vítima:** a discriminação da mulher na aplicação da pena. Revista do Ministério Público de Alagoas. Nº 21, p. 135-156. 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal, 4:** Parte especial; dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública. 6. Ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

Chauí, M. (1985). **Participando do debate sobre mulher e violência.** Em Perspectivas Antropológicas da Mulher (pp. 25-62). Rio de Janeiro: Zahar.

_____. Decreto - **Lei nº 11.340**, de 07 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal (...).

Diário Oficial [da] União, Brasília, 07 ago. 2006. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm. Acesso em: 25 de nov. 2022.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio**. 8ª Ed. Rio de Janeiro: Impetus. 2015.

IPEA. **Estupro no Brasil**: uma radiografia segundo os dados da saúde, Nota Técnica nº 11, Brasília, 2014. Disponível em:
https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/140327_notatecnicadiest11. Acesso em: 22 de nov. 2022.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos da Metodologia Científica**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MACHADO, Tadeu Lopes. **Violência no cárcere**: análise sobre os estupros no IAPEN/AP. PRACS: Revista Eletrônica de Humanidades do Curso de Ciências Sociais da UNIFAP, Macapá, v.7 n. 2, 2014, p. 167.

MARCÃO, Renato. GENTIL, Plínio. **Crimes contra a dignidade sexual**: comentários ao Título VI do Código Penal. 1. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MAZZUTTI, Vanessa de Biassio. **Vitimologia e Direitos Humanos**: o processo penal sob a perspectiva da vítima. Curitiba: Juruá, 2012.

MOLINA, Antonio García-Pablos. **Criminologia**. 8ª Ed. Ciências Criminais v. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**: Parte Geral e Especial. São Paulo: RT, 2008.

OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de; FERREIRA, Ivette Senise. **A vítima e o direito penal**: uma abordagem do movimento vitimológico e de seu impacto no direito penal. 1999. Universidade de São Paulo, 1999.

PIEIDADE JÚNIOR, Heitor. **Vitimologia, evolução no tempo e no espaço**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1993.

SILVA, Monica Antonieta Magalhães da. **A culpabilização das vítimas de crimes sexuais: uma questão cultural**. Revista a Barriguda, Campina Grande. 2017.

ANÁLISE DOS CRITÉRIOS LEGAIS PARA A CONCESSÃO DO AUXÍLIO POR INCAPACIDADE TEMPORÁRIA (AUXÍLIO-DOENÇA) NO REGIME GERAL DA NOVA PREVIDÊNCIA SOCIAL

MIRNA KARINA DAS NEVES CORREA:

Graduanda do Curso de Direito do Centro
Universitário Fametro

RESUMO: O presente artigo visa, precipuamente, discutir as mudanças ocorridas na análise dos critérios legais para a concessão do auxílio por incapacidade temporária (auxílio-doença) no regime geral da nova previdência, de suma importância ferramenta de benefício previdenciário que é garantido ao segurado que dele necessite se afastar de suas atividades laborativas, para cuidar de sua doença, uma vez que existe previsão legal para concessão deste benefício aos segurados do regime geral da previdência social. Portando são estudados o histórico do surgimento da previdência e seguridade social no mundo, sua evolução, aspectos e surgimento da previdência social no Brasil. Destaca-se a importância da concessão legal do benefício do auxílio por incapacidade temporária (auxílio – doença), e suas mudanças ocorridas na nova previdência ocorridas nas regras de concessão do benefício, que é de fundamental conhecimento no entendimento dos direitos inerentes ao auxílio por incapacidade temporária (auxílio-doença), assim como, de outras questões relacionadas ao citado benefício. A reforma da previdência ocorreu pela aprovação da Emenda Constitucional 103, de novembro de 2019. Algumas mudanças ocorreram na data da publicação outras no decorrer de 2019 passaram a ser válidas, essas mudanças atingem o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), trabalhadores e empresas do Brasil. Foram diversas modificações realizadas com a reforma da previdência.

PALAVRAS-CHAVE: Previdência social, Benefício, Auxílio por Incapacidade Temporária, Carência, Renda mensal, Suspensão

ABSTRACT: This article aims, in precipuamente, to discuss the changes that occurred in the analysis of the legal criteria for the granting of temporary disability assistance (sickness benefit) in the general regime of the new pension, of paramount importance a social security benefit tool that is guaranteed to the insured who needs to depart from his/her work activities, to take care of his/her illness, since there is a legal provision for granting this benefit to the insured of the general pension scheme. Porting are studied the history of the emergence of social security and social security in the world, its evolution, aspects and emergence of social security in Brazil. We highlight the importance of the legal granting of the benefit of temporary disability assistance (aid – illness), and its changes that occurred in the new pension that occurred in the rules for granting the benefit, which is of fundamental knowledge in understanding the rights inherent to temporary disability assistance (sickness benefit), as well as other issues related to the aforementioned benefit. The pension reform occurred through the approval of Constitutional Amendment 103, of November 2019. Some changes occurred on the date of publication others during 2019 became valid, these changes reach the National Institute of Social Security (INSS), workers and companies in Brazil. There were several modifications made with the pension reform.

KEYWORDS: Social security, Benefit, temporary disability assistance, grace, monthly income, suspension

1 INTRODUÇÃO

O regime Geral da previdência possui caráter contributivo e de filiação obrigatória. Sendo um importante mecanismo de distribuição de renda, na qual possibilita meios para a subsistência com conformidade ao princípio da dignidade da pessoa humana, possibilitando recursos para suprir as necessidades que os segurados necessitam. Com toda a discussão doutrinária a respeito do valor justo, para garantir o mínimo necessário de subsistência, garantindo o suficiente e humanitária, sendo inegável o papel social que os benefícios previdenciários exercem na vida dos segurados e contribuintes.

Dentre esses benefícios, destaca-se o auxílio por incapacidade temporária (auxílio-doença), que assegura ao segurado meios de subsistência quando esse não pode desempenhar as suas funções, ou seja, por alguma enfermidade ou acidente não relacionado ao trabalho. Que seja em razão de sua natureza, o auxílio por incapacidade temporária (auxílio-doença) não garante a estabilidade no emprego de no mínimo 12 (doze) meses assim como, também não é concedida estabilidade ao beneficiário do auxílio por incapacidade temporária.

Enquanto, fazer uso do auxílio por incapacidade temporária pode-se configurar situação ao empregado segurado, pois, no decorrer do seu posto de trabalho de certo será substituído por outro funcionário, que ficará até o final da concessão do benefício, no qual ao retornar para suas atividades no trabalho não terá a proteção de 12 (doze) meses, mesmo como goza de proteção aquele que fizeram uso do auxílio por incapacidade temporária.

Sendo comum a situação de um trabalhador que faz jus ao auxílio por incapacidade temporária (auxílio-doença), não exercer tal direito, preferindo continuar a desempenhar suas atividades, mesmo estando debilitado, pois, teme que no seu retorno do benefício, tenha perdido seu posto de trabalhador.

Assim sendo, a legislação e as atuais regras conferidas a concessão do auxílio por incapacidade temporária protegem o posto de trabalho do segurado de alguma maneira?

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Antes de adentrarmos ao tema proposto e discutido no presente trabalho, análise dos critérios legais para concessão do auxílio doença no regime geral da nova previdência, importante abordarmos, inicialmente, um esboço histórico da Seguridade Social e Previdência Social no Mundo, sua evolução e a Previdência Social no Brasil, dando destaque aos segurados do INSS e os benefícios concedidos, com maior atenção ao benefício de auxílio por incapacidade temporária conhecido como auxílio doença, tanto no Regime Geral como no Regime Próprio de Previdência Social.

A compreensão de seguridade social e preservação do bem estar ligado a direitos fundamentais, garantia de condições dignas de sobrevivência, como expressa na constituição –

art. 60 § 4º CF/88, está intrínseca na humanidade desde os primórdios, desde a idade da pedra que os seres humanos buscam de alguma forma obter garantias para ter condições dignas de sobrevivência, para que caso ocorra alguma coisa que eles não fiquem desamparados ou vulneráveis as adversidades da vida ou mesmo buscando uma forma de preservar a sobrevivência.

Sendo assim, a Seguridade Social não surgiu abruptamente, seja no mundo, seja no Brasil. Ela originou-se na necessidade social de se estabelecer métodos de proteção contra os variados riscos ao ser humano. Em verdade, a elaboração de medidas para reduzir os efeitos das adversidades da vida, como fome, doença, velhice etc. Pode ser considerada como parte da própria teoria evolutiva de Darwin, na parte em que refere à capacidade de adaptação da raça humana para sobreviver. Segundo Ibrahim “não seria exagero rotular esse comportamento de algo instintivo, já que até os animais têm hábito de guardar alimentos para dias mais difíceis. O que talvez nos separe das demais espécies é o grau de complexidade de nosso sistema protetivo” (IBRAHIM, 2010, p.1).

A superação das necessidades, dá-se – ar pelo meio de prestação nas áreas de saúde, previdência e assistência social. Por isso, segundo Miguel Horvatht Júnior diz que: “seguridade social é um sistema em que o Estado garante a liberdade da necessidade”. Foi nesta ideia de estado de necessidade por meio do esforço coletivo que foi impulsionado os primeiros esquemas de proteção.

Foi ainda na Idade Média que se proliferarão as instituições de proteção social, com cunho mutualista, com circunstâncias que determinados grupos, com objetivos de prestar ajuda mútua a seus integrantes.

Porém, somente no ano de 1601, na Inglaterra com a criação da Lei dos Pobres- Poor Law Act, que a seguridade social teve um grande marco, editada pela rainha Isabel I estabelecendo uma contribuição obrigatória, arrecadada da sociedade e administrada pela Igreja (por meio de suas paróquias), que teria como propósito a manutenção de um sistema protetivo em favor dos necessitados e das pessoas carentes, especialmente crianças, velhos, inválidos e desempregados.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, afirma que a seguridade social é direito de todos, semeando assim a universalização do sistema universal.

Em 1883 surgiu na Alemanha o primeiro ponto fundamental para o estudo da previdência. O chanceler Bismarck surgiu com o primeiro sistema de seguro social na qual obteve a aprovação do parlamento para seu projeto de seguro doença, seguro de acidentes de trabalho, seguro invalidez e proteção á velhice.

A primeira Constituição que mencionava o seguro social foi a do México de 1917, deu ao seguro social status constitucional. Juntamente com criação em 1919 da OTI (Organização Internacional do Trabalho), que traz vários dispositivos relativos as normas internacionais referentes ao trabalho e à seguridade social.

Em 1941 foi elaborado o plano Beveridge, que tinha com o objetivo de trazer alternativas para os problemas da reconstituição no período pós-guerra, não visava apenas os trabalhadores, mas sim, toda a sociedade, com a ideia de universalização da seguridade social.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, contemplou a seguridade social como direito de qualquer pessoa.

No Brasil os primeiros indícios que se tem sobre Seguridade Social se deram com a fundação das Santas Casas que custeavam o tratamento de saúde daqueles mais necessitados, porém não há o que se dizer sobre a legislação específica que visava tais atendimentos a época, restava somente o caráter facultativos e beneficente na prestação desses serviços não tendo, o Estado participação direta com algum tipo de legislação ou plano de assistência social.

Somente em 1824, após três séculos de colonização surgiu um dispositivo legal que versava especificamente sobre a Seguridade Social no Brasil, porém de forma superficial e programática, sem muito impacto na sociedade em si e em um caráter específico e não universal, previa os socorros públicos, ação de assistência social sem efeitos práticos.

Em 1988, o Decreto nº 9.912- A regulou o direito à aposentadoria dos empregados dos correios, na qual eram exigidos 30 anos de efetivo serviço e idade mínima de 60 anos

A Constituição de 1891, não avançou muito em comparação a Constituição de 1824 no campo da seguridade social com a promulgação da Constituição de 1891, assegurou sobre a aposentadoria e caso de invalidez dos funcionários públicos.

Contudo a Lei nº. 3.754/19 tornou o seguro contra acidentes do trabalho obrigatório em certas atividades.

Em 1923, foi editada a Lei Eloy Chaves, a qual determinava a criação das caixas de aposentadorias e pensões para os trabalhadores de ferro, por empresa. No mesmo ano foi criado o Decreto nº 16.037, o qual foi criado o conselho nacional do trabalho que tinha atribuições, na qual se incluía decidir sobre questões sobre à previdência social

A Constituição de 1934 trouxe com si a ideia tripartite da contribuição para Previdência Social, semelhante ao modelo inglês de 1911, ressalta-se que já há uma participação maior do Estado no que tange a Seguridade Social no Brasil, deixando de ser de caráter totalmente mutualista e privado, passa a ser de caráter público também.

A Constituição de 1937 não trouxe novidades a não ser a primeira a trazer em seu corpo de lei a expressão "seguro social", como sinônimo de previdência social.

A constituição de 1946 Com os avanços a proteção da vida e dos direitos sociais pelo mundo com o pós-guerra, a foi fortemente influenciada por esse movimento, em seu corpo de lei foi elencado a expressão "previdência social" ao invés de seguro social, teve um avanço significativo nos dispositivos que versavam sobre a previdência social. Durante o período a qual se manteve vigente um importante avanço foi tido em 1960 com a criação da LOPS (Lei orgânica

da previdência social), que trazia em seu texto toda a sistematização e abrangência da previdência social, e estendia seu alcance de assistência social e proteção a uma nova gama de trabalhadores:

Importante conquista legislativa para a evolução da previdência social fora a instituição da Lei Orgânica da Previdência Social (LOPS), Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960, que sistematizava a previdência social, criava e expandia benefícios, estendia o direito à assistência social a outras categorias de trabalhadores, e compunha a disciplina quase completa de todos os direitos e garantias sobre a previdência social. A LOPS vigeu até 1991, quando surgiram as atuais leis previdenciárias, e, assim sendo, temos como a lei antepassada mais próxima do que se afigura hoje como previdência social e mais adiante seguridade social (CUTAIT NETO, 2009, p.32)

Exalta-se que a LOPS a época uniformizou todo um emaranhado de normas, porém somente em 1966 com a criação do Decreto-lei nº 72 de 21 de novembro de 1966 se teve a juntada administrativa de todos os institutos.

A constituição de 1967 estabeleceu a criação do seguro-desemprego. A reforma de 1969 também não inovou na matéria previdenciária. Lei n. 5.316, de 14 de setembro, integrou o seguro de acidentes de trabalho (SAT) à previdência social, fazendo assim desaparecer este seguro como ramo à parte. A constituição de 1988 chamada de constituição "cidadã" instituiu avanços gigantescos no sistema de ações de iniciativa dos poderes e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, previdência e assistência social, a qual aos poucos foi sendo regulamentada.

Seguridade Social e Previdência Social, com uma participação majoritária do Estado em garantir, ampliar e prestar auxílio aos que da Seguridade Social necessitarem, destaca-se ainda o sistema tripartite que engloba Previdência social, Seguridade social e Saúde, sendo os dois últimos de caráter universal e independente de contribuição, a constituição de 1988 traz não somente no que tange especificamente a seguridade social mais em todos os seus dispositivos que versam sobre os direitos sociais dos cidadãos a proteção total do bem estar social e de condições de vida dignas para com todos os cidadãos, a Seguridade Social disposta na constituição de 1988 tem uma abrangência dantesca e conta com orçamento próprio, tendo assim uma autonomia e universalidade nunca vista antes em outras Constituições.

A lei nº 8.029/90 criou o INSS – Instituto Nacional do Seguro Social, autarquia federal, vinculada até hoje ao MPS, por meio da fusão do Instituto Nacional de Previdência Social (INPS) com o Instituto de Administração da Previdência e Assistência Social (IAPAS). Assim sendo unificadas as duas autarquias previdenciária, reunindo custeio e benefício em única entidade o que foi efetivado pelo Decreto Nº 99.350/90. Em 24 de julho de 1991, foram publicadas as Lei Nº 8.212 dispõe sobre a organização da Seguridade Social e Instituiu seu Plano de Custeio e Lei Nº 8.213 instituiu o Plano de Benefícios da Previdência Social. Em 1999, foi publicado o Decreto Nº

3.048, regulamentando a Previdência Social, em vigor até hoje, regulamenta e dispositivos relativos ao custeio da seguridade e aos benefícios da previdência social a previdência social.

3 0 AUXÍLIO POR INCAPACIDADE TEMPORÁRIA (AUXÍLIO-DOENÇA)

O auxílio por incapacidade temporária (auxílio-doença) após a reforma da previdência mudou de nome, passando a ser chamado de auxílio por incapacidade temporária, conforme modificação realizada pela MP 871/2019.

De acordo com Fábio Ibrahim (2016, p.642). O auxílio por incapacidade temporária (auxílio-doença) possui a característica de benefício não programado, decorrente da falta de capacidade laboral temporária do segurado para o desempenho habitual de seu trabalho. Seu exercício é direito de empregados que possuam incapacidade laboral superior a um lapso temporal, fixado em dias e disciplinado em legislação específica. Atualmente, o auxílio por incapacidade temporária é tratado na Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, nos artigos 59 a 63 e no Regulamento da Previdência Social, artigos 71 a 80.

A doença por si só, não é suficiente para a concessão do benefício de auxílio por incapacidade temporária. É necessário que essa doença incapacite o trabalhador para as suas atividades laborais. Essa incapacidade é avaliada de acordo com a atividade desempenhada pelo segurado. Uma hérnia de disco para um segurado que desempenha suas atividades sentado em escritório, certamente não tem a mesma relevância que um estivador que desempenha suas atividades em pé no transporte de cargas utilizando seu próprio corpo como ferramenta de trabalho. (IBRAHIM, 2016, p.643).

Em razão da sua natureza, a duração do pagamento do benefício deve ser de curta duração e renovável a depender da condição laboral do segurado, uma vez que é um benefício pago em razão de incapacidade temporária para o trabalho. (Martins, 2011, p.326).

Conforme ensinamentos de Ibrahim (2016, p.644):

O auxílio-doença é benefício temporário, pois perdura enquanto houver convicção, por parte da perícia médica, da possibilidade de recuperação ou reabilitação do segurado, com o conseqüente retorno à atividade remunerada. A grande diferença entre este benefício e a aposentadoria por invalidez diz respeito, justamente, à natureza temporária da incapacidade protegida pelo auxílio-doença, que não existe, em regra, na aposentadoria por invalidez.

O auxílio por incapacidade temporária será devido ao seguro que, uma vez cumprido, quando for o caso, o período de carência exigido, ficar incapacitado de forma total ou parcial para seu trabalho ou para sua atividade habitual por mais de 15 dias consecutivos, conforme definido em avaliação médico-pericial.

Um aspecto duramente criticado em relação ao auxílio por incapacidade temporária é a chamada alta programada. Com esse sistema, os benefícios de auxílio por incapacidade temporária

(auxílio-doença) são extinguidos após um prazo previamente estabelecidos de acordo com o convencimento do perito. A alta programada ocorre independente de nova perícia-médica que aponte a recuperação ou não, para a capacidade para o trabalho. Apesar do segurado ter a possibilidade de solicitar a prorrogação do seu benefício mediante nova perícia, a cessação do benefício acontece de maneira automática através da alta programada. (Kertzman, 2009, p.395).

Conforme entendimento de Ibrahim (2016, p.649) acerca do tema: "Ademais, o segurado, muitas vezes assintomático, considera-se apto novamente para o trabalho, mas ainda não está verdadeiramente habilitado, trazendo consequências funestas em razão do retorno indevido." Dessa maneira, há situações que não se mostram adequadas para o emprego da alta programada.

4 QUEM TEM DIREITO AO AUXÍLIO POR INCAPACIDADE TEMPORÁRIA (AUXÍLIO-DOENÇA)

Todos os segurados, sendo possível solicitar o auxílio por incapacidade temporária quem estiver incapacitado há 15 dias para o trabalho, necessário ser segurado do INSS, e que tenha mais de 12 meses de contribuição par o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS).

O auxílio por incapacidade temporária será cessado, quando houver recuperação da capacidade do trabalho, pela transformação em aposentadoria por invalidez ou com a morte do segurado. Não existe legislação que discipline prazo máximo para a concessão de auxílio por incapacidade temporária (auxílio-doença). (Martins, 2011, p.328). Não fará jus ao auxílio, o segurado que se filiar ao Regime Geral da Previdência Social (RGPS) já sendo portador de doença ou lesão que configure causa para concessão do benefício, exceto quando essa incapacidade se manifestar por motivo de progressão ou agravamento. Nessa hipótese, mesmo tendo doença ou lesão pré-existente, o segurado poderá obter o benefício do auxílio-doença. (Kertzman, 2009, p.395).

4.1 Requisitos para obtenção do auxílio por incapacidade temporária (auxílio-doença)

Conforme o site oficial do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) consta os seguintes requisitos para obtenção do auxílio por incapacidade temporária:

- Cumprir carência de 12 contribuições mensais – a perícia médica do INSS avaliará a isenção de carência para doenças previstas na Portaria Interministerial MPAS/MS nº 2998/2001, doenças profissionais, acidentes de trabalho e acidentes de qualquer natureza ou causa;
- Possuir qualidade de segurado (caso tenha perdido, deverá cumprir metade da carência de 12 meses a partir da nova filiação à Previdência Social – Lei nº 13.846/2019);
- Comprovar, em perícia médica, doença/acidente que o torne temporariamente incapaz para o seu trabalho;

- **Para o empregado em empresa:** estar afastado do trabalho por mais de 15 dias (corridos ou intercalados dentro do prazo de 60 dias se pela mesma doença).

Não será devido auxílio por incapacidade temporária ao segurado que se filiar ao RGPS já portador de doença ou lesão invocada como causa para a concessão do benefício, exceto quando a incapacidade sobrevier por motivo de prorrogação ou agravamento dessa doença ou lesão.

4.2 Período de carência e renda mensal do benefício

O período de carência do auxílio por incapacidade temporária conforme dispõe o artigo 25, inciso, I, da lei nº 8.213/91 é de, no mínimo, 12 meses de contribuições mensais para o auxílio por incapacidade temporária comum. Já o artigo 26 dispõe dos casos que independe de cumprimento de carência para contribuição acometido por doenças e afecções especificadas em lista elaborada pelos Ministérios da Saúde e da Previdência Social, que é sempre atualizada de acordo com os critérios de estigma, deformação, mutilação, deficiência ou outro fator que lhe confira especificidade e gravidade que mereçam tratamento particularizado, tais como: tuberculose ativa, hanseníase, alienação mental, neoplasia maligna, cegueira, paralisia irreversível e incapacitante, cardiopatia grave, doença de Parkinson, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave, estado avançado de doença de Paget (osteíte deformante), síndrome da deficiência imunológica adquirida (Aids), contaminação por radiação e hepatopatia grave.

Nenhuma carência para o auxílio por incapacidade temporária acidentário, será devido auxílio por incapacidade temporária, independentemente do cumprimento de período de carência, aos segurados obrigatório e facultativo quando sofrerem acidente de qualquer natureza.

O auxílio por incapacidade temporária não pode ser inferior a um salário-mínimo e tem a renda mensal inicial de 91% do salário de benefício. Em consulta ao site do INSS, é possível ter acesso a essa informação e realizar uma simulação. Por sua vez, com a reforma, o salário de benefício consiste na média aritmética de 80% dos maiores salários do período contributivo. O valor correspondente a 91% do salário-de-benefício não pode exceder a média aritmética das 12 (doze) últimas contribuições, senão, o valor a receber pelo segurado será a média aritmética das 12 (doze) últimas contribuições.

4.3 Hipóteses de cumulação com outros benefícios

Conforme fixado dos preceitos fundamentais para compreensão sobre o tema, agora abordaremos sobre hipóteses de cumulação do auxílio por incapacidade temporária, com outros benefícios.

A legislação e a doutrina têm posicionamento alinhado no mesmo sentido. Assim mencionado no art. 124 da lei 8.213/91, onde o legislador dispõe sobre as impossibilidades de cumulatividade.

Art. 124. Salvo no caso de direito adquirido, não é permitido o recebimento conjunto dos seguintes benefícios da Previdência Social:

I – Aposentadoria e auxílio-doença;

II – Mais de uma aposentadoria; (Incluído dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

III – Aposentadoria e abono de permanência em serviço;

IV – Salário-maternidade e auxílio-doença; (Incluído dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

V – Mais de um auxílio-acidente; (Incluído dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

VI – Mais de uma pensão deixada por cônjuge ou companheiro, ressalvado o direito de opção pela mais vantajosa; (Incluído dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

Parágrafo único. É vedado o recebido conjunto do seguro-desemprego com qualquer benefício de prestação continuada da Previdência Social, exceto pensão por morte ou auxílio-acidente. (Incluído dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

O inciso I do art. 124, define o comando relativo à cumulatividade do auxílio por incapacidade temporária com qualquer modalidade de aposentadoria, sendo estes vedado. Vale salientar que deve ser respeitado o disposto no caput do artigo que colaciona a ressalva do direito adquirido.

Foi destacado pelo legislador no inciso IV, a negativa da possibilidade, do recebimento conjunto do auxílio-acidente com auxílio-maternidade, pelo mesmo segurado.

Como também citou no inciso V, o recebimento de mais de um auxílio por incapacidade temporária incluindo auxílio-acidente. Resumindo o auxílio por incapacidade temporária não pode ser cumulado com: aposentadoria de qualquer espécie, salário-maternidade, seguro-desemprego e outro auxílio-doença.

Todavia, não houve qualquer restrição do legislador no que toca ao acúmulo do auxílio por incapacidade temporária com a pensão por morte, por se tratar de um rol taxativo, somente é vedada às disposições descritas na lei. Assim, fica evidente a adequação da pensão por morte com o auxílio por incapacidade temporária. João Batista Lazzari. (2019, p714).

Além disso, a finalidade da pensão por morte visa garantir o sustento do dependente do falecido garantido a estes direitos essenciais previsto na constituição. Já o auxílio por incapacidade temporária, busca amparar o contribuinte impossibilitando de exercer suas funções habituais de

trabalho, deste modo, não há óbice ao acúmulo dos benefícios abordados. Wladimir Martinez, (2017, p.665).

4.4 Hipóteses de suspensão e cessação do benefício

O auxílio por incapacidade temporária cessa pela recuperação da capacidade para o trabalho, pela concessão de aposentadoria por incapacidade permanente ou, na hipótese de o evento causador da redução da capacidade laborativa ser o mesmo que gerou o auxílio por incapacidade temporária, pela concessão do auxílio acidente.

Sempre que possível, o ato de concessão ou de reativação de auxílio por incapacidade temporária, judicial ou administrativo, deverá estabelecer o prazo estimado para a duração do benefício.

Caso o prazo concedido para a recuperação se revele insuficiente, o segurado poderá solicitar a sua prorrogação, na forma estabelecida pelo INSS.

Caso não seja restabelecido o referido prazo, o benefício cessará após o prazo de 120 dias, contado da data da concessão ou de reavaliação do auxílio por incapacidade temporária, exceto se o segurado requerer a sua prorrogação ao INSS.

Todavia, caso o prazo concedido para que o contribuinte se recupere sob o gozo do auxílio por incapacidade temporária seja insuficiente, o segurado deve solicitar a realização de uma nova perícia médica, para que seja concedida a esta dilatação temporal do benefício, para recuperação da doença ou moléstia que o acomete. Ivan Kertzman. (2014, p414).

Contudo o procedimento consta no art. 78, §§ 1º e 2º, do decreto nº 3048/99, acrescido pelo decreto nº 5.844/06. No qual ambos regulamentam a previdência social.

Como menciona Ivan Kertzman (2014, p. 415):

O segurado em gozo de auxílio-doença, está obrigado independentemente de sua idade e sob pena de suspensão do benefício, a submeter-se a exame médico a cargo da previdência social, a processo de reabilitação profissional por ela prescrito e custeado e a tratamento dispensado gratuitamente, exceto o cirúrgico e a transfusão de sangue, que são facultativos.

Pois entende-se que o descumprimento de qualquer um destes encargos poderá acarretar a suspensão do benefício. Exceto os procedimentos de cujo cirúrgicos, como a transfusão de sangue, seja ressalvada à liberdade religiosa.

Ademais, a doutrina elenca algumas hipóteses que irão encerrar o benefício. Deste modo, nos casos em que o segurado se recupera da enfermidade, ou seja, o contribuinte ficar sadio, falecimento do indivíduo e conversão do auxílio-doença em aposentadoria por invalidez. Ivan Kertzman. (2014, p. 415).

Entretanto, o segurado que não seja acometido pela doença deverá imediatamente comunicar ao INSS, sobre seu estado de saúde para não correr o risco de pena na hipótese de fraude previdenciário, pois, o auxílio tem finalidade é amparar o trabalhador enquanto este não poder exercer as suas atividades habituais no labor. A respeito, a migração do auxílio por incapacidade temporária para aposentadoria por invalidez, tendo como base a lei 8.213/91 art. 124, I, que expressamente veda a cumulação de qualquer aposentadoria com auxílio por incapacidade temporária.

4.5 Excepcionalidades relativas ao auxílio por incapacidade de temporário

Podemos ressaltar que é admissível que o segurado, mesmo em gozo do auxílio por incapacidade temporária exerça atividade remunerada, pois, encontra-se suporte na súmula de número 72 da Turma Nacional de Unificação que declara: “é possível o recebimento de benefício por incapacidade durante período em que houve exercício de atividade remunerada quando comprovado que o segurado estava incapaz para as atividades habituais na época em que trabalhou.”

Assim sendo, possível ao segurado receber o auxílio por incapacidade temporária, posso exercer uma atividade remunerada desde que sua atividade seja em área diferente da qual ele deu origem ao referido auxílio.

Desta maneira, um exemplo seria um motorista adquirir uma catarata grave, ponta de impossibilitá-lo de voltar a dirigir, é possível que este exerça outra atividade remunerada em outra área sem que se configure fraude previdenciária.

5 CONCLUSÃO

Com base no que foi apresentado, as questões referentes ao auxílio por incapacidade temporária são amplas e específicas. No que se refere ao tratamento ligadas à desnecessidade de cumprimento de carência para segurados que possuem enfermidades conforme Portaria Interministerial MPAS/MS n 2998/2001, doenças essas profissionais, podendo ser relacionadas a acidente de trabalho e acidentes de qualquer natureza ou causa, sendo evidenciado um tratamento diferenciado para que seja beneficiado aqueles que estão em condições de maior vulnerabilidade. Pois, essa característica visa tornar-se o aspecto social da Previdência em consonância com os princípios constitucionais.

De outra forma, as doutrinas brasileiras é farta sobre discussões relativa à alta programada para os benefícios de auxílio por incapacidade temporária. Ao mesmo tempo que alguns autores defendem a manutenção da sistemática atual, outros avaliam que a alta programada fere direitos e constitui uma afronta à esfera personalíssima do segurado, pois, não leva em consideração os aspectos circunstanciais que podem mudar com o tempo a cessação do benefício, proporcionando que o segurado facultativo no requerimento de extensão do benefício mediante nova perícia médica.

Finalmente, com a legislação atual que não tutela integralmente as relações na qual o segurado empregado, tenha o gozo do auxílio por incapacidade temporária na qual impõe o trabalhador em posição de fragilidade relativamente a relação de emprego, no qual não gozará do benefício de estabilidade no emprego, pelo período de 12 (doze) meses, sendo concedido no gozo do benefício de auxílio-acidente.

Sendo necessário uma reforma para as garantias do segurado empregado que estejam em gozo do auxílio por incapacidade temporária. Devendo tutelar as relações para que se adequem à realidade. Para que não seja contemplado um segurado ter receio de usufruir seus direitos garantidos previdenciários em desvantagem de seus direitos trabalhistas.

6 REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei Nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. DOU de 25.7.1991, republicado 11.4.1996 e republicado em 14.8.1998. Disponível em: [L8213consol \(planalto.gov.br\)](http://L8213consol(planalto.gov.br)). Acesso em: 26 de setembro de 2022

CARVALHO, T.A O auxílio-doença no sistema previdenciário brasileiro. 2019. 12. Trabalho de conclusão de curso (Graduação em Direito). Universalidade do Estado da Bahia – UNEB. Disponível em: <https://revista.laborjuris.com.br/laborjuris>. Acesso em 20 de outubro de 2022

Ministério do Trabalho e Previdência, 05/08/2021, Disponível em: Auxílio-doença — Português (Brasil) (www.gov.br). Acesso em: 23 de setembro de 2022.

ORTIZ, L. Auxílio-doença: Quais doenças dão direito em 2023. Oct 12,2022. Disponível em: Auxílio-Doença 2023 - Como Funciona e Quem tem Direito? (ingraccio.adv.br). Acesso em: 28 de setembro de 2022

WRIGT R. J. Auxílio-doença 2021: veja as regras após a Reforma da Previdência. Rede jornal contábil. Disponível em : Auxílio-doença 2021: Veja as regras após a Reforma da Previdência - Jornal Contábil - Contabilidade, MEI , crédito, INSS, Receita Federal e Auxílios (jornalcontabil.com.br). Acesso em: 10 outubro de 2022.

IBRAHIM.F. Z. Curso de Direito Previdenciário. 20ª edição. Editora Impetus. Niterói, RJ 2015.

VIANNA. J.E.A. Curso de Direito Previdenciário. 7ª edição. Editora Altas S.A – 2014. São Paulo.

TANAKA. E. Direito Previdenciário 4ª edição. Editora Eleva Concursos – 2022 Florianópolis

ADOÇÃO À BRASILEIRA: UM ATO DE AMOR OU CRIME?

FILIFE DINIZ PEDROSA:

Acadêmico do Curso de Direito da UNA Betim.

RESUMO: Registrar uma criança a qual não foi gerada em seu ventre sem passar por todo processo legal instituído na constituição brasileira é um ato ilegal. Um questionamento comum entre as pessoas é se o ato citado pode ser considerado um ato infracional ou um ato de amor. A conduta de adotar de forma irregular configura-se crime e está previsto no artigo 242 do Código Penal – a Lei nº 2.848/1940. Esta modalidade de adoção, considerada ilegal, vem crescendo gradativamente no país, por ser menos burocrática, diferentemente da adoção legal que possui um processo rígido e demorado. Neste artigo, serão apresentados índices e reflexões sobre a recorrência desse ato em nossa sociedade e quais as dificuldades em realizar o processo da forma correta e legal. A metodologia utilizada será bibliográfica onde pretende-se, através de pesquisa, problematizar os meios legais para adoção e mostrar que a adoção ilícita, em partes, poderia ser uma forma de constitui-se uma família em um ato de amor.

Palavras-Chave: Adoção. Violação do Código Penal. Direito de Família.

ABSTRACT: Registering a child who was not generated in your womb without going through all the legal process established in the Brazilian constitution is an illegal act. A common question among people is whether the aforementioned act can be considered an infraction or an act of love. The conduct of adopting in an irregular manner is a crime and is provided for in Article 242 of the Penal Code – Law No. 2,848/1940. This type of adoption, considered illegal, has been gradually growing in the country, as it is less bureaucratic, unlike legal adoption, which has a rigid and time-consuming process. In this article, indexes and reflections will be presented on the recurrence of this act in our society and the difficulties in carrying out the process correctly and legally. The methodology used will be bibliographical where it is intended, through research, to problematize the legal means for adoption and to show that the illicit adoption, in parts, could be a way to constitute a family in an act of love.

Keywords: Adoption. Violation of the Penal Code. Family right.

INTRODUÇÃO

O processo de adoção no Brasil é bastante rígido e demorado, devido à importância de se estudar e se conhecer bem os candidatos que se tornarão responsáveis pelo menor envolvido. Em razão dessa burocratização, no que tange ao processo de adoção, muitos casais acabam praticando o ato da 'adoção à brasileira', que, apesar, de ser uma adoção fora dos padrões autorizados pela constituição brasileira, encurta o caminho a ser traçado até finalizar o ato de adoção.

Embora o ato seja considerado como algo ilegal, é necessário considerar todos os benefícios trazidos à criança e ao adolescente adotado, que se encontra sem um ambiente familiar propício

para seu desenvolvimento. Um dos levantamentos apresentados neste trabalho é mostrar que por trás deste ato ilícito que a adoção à brasileira, também podemos vê-la como um ato de amor considerando o bem-estar do menor envolvido, a dignidade da pessoa humana, a boa-fé e a adequação social ofertada na adoção.

Em análise a situações de conhecimento presenciados em nosso dia a dia, vivenciamos situações em que os genitores da criança não apresentam condições físicas, psicológicas, financeiras ou até mesmo sociais de criar uma criança. Assim, algum outro membro da família, com objetivo de proporcionar os direitos básicos de uma criança, ofertam abrigo, roupa, alimento e amor para a criança abandonada pelos genitores, sem ter ciência se que seu ato genuíno e admirado por muitos, trata-se de uma inflação a constituição do nosso país.

Assim, conclui-se que casos como os citados acima devem ser louvados, apoiados e amparados de alguma forma a ser tratado como algo legal. É preciso, dentro da constituição e da legalidade, adaptar-se formas que permitam a execução deste ato de amor tendo como princípio a integridade física da criança ou do adolescente envolvido, visando que o mesmo é o único e exclusivo beneficiado deste ato.

1. O AMOR POR TRÁS DO CRIME

O código penal não oferece uma definição exata do termo crime, apenas se refere na Lei de introdução ao Código Penal 3.914/41 que, o crime quando praticado, deve ser punido com pena de reclusão, detenção, alternativa ou cumulativamente com a pena de multa, conforme exposto em seu artigo 1º:

Art 1º Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas alternativa ou cumulativamente. (BRASIL, 1941).

Porém, alguns autores estabelecem entendimentos que conceituam o crime como uma ação típica, ilícita e culpável, nesse sentido afirma o autor Rogério Greco:

A função do conceito analítico é a de analisar todos os elementos ou características que integram o conceito de infração penal sem que com isso se queira fragmentá-lo. O crime é, certamente, um todo unitário e indivisível. Ou o agente comete o delito (fato típico, ilícito e culpável), ou o fato por ele praticado será considerado um indiferente penal. O estudo estratificado ou analítico permite-nos, com clareza, verificar a existência ou não da infração penal; daí sua importância. (GRECO, 2012, p. 142).

Por sua vez, existem doutrinadores que definem o conceito crime de uma forma mais objetiva, como por exemplo, Ricardo Antônio Andreucci que traz uma noção simplificada classificando o crime da seguinte forma:

O crime pode ser conceituado sob o aspecto material (considerando o conteúdo do fato punível), sob o aspecto formal e sob o aspecto analítico. Conceito material de crime. Violação de um bem penalmente protegido. Conceito formal de crime. Conduta proibida por lei, com ameaça de pena criminal. Conceito analítico de crime: fato típico, antijurídico e culpável. (ANDREUCCI, 2010, p. 71).

Assim, diante os conceitos apresentados, não existe uma definição exata do termo crime na legislação brasileira, sendo esse conceito formado por entendimentos doutrinários, portanto, por se tratar de pensamentos e opiniões de autores distintos, nunca haverá apenas uma definição para a palavra crime, e sim uma grande maioria de autores que entendem que crime é uma conduta ilícita, típica e cabível de punição.

Como as demais coisas, o conceito de família foi atualizado ao longo dos anos. Amor é um sentimento de carinho e demonstração de afeto que se desenvolve entre seres que possuem a capacidade de o demonstrar.

Segundo Calderón (2017, p. 32) a sociedade aos poucos passou a adotar o aspecto afetivo como suficiente, sendo um dos fatores de maior relevância para adoção. Através deste olhar, é possível perceber a centralidade que a afetividade assumiu em grande parte dos relacionamentos.

Foi de tal ordem a alteração que resta possível afirmar que houve uma verdadeira transição paradigmática na família brasileira contemporânea, pela qual a afetividade assumiu o papel de vetor destas relações.

Dessa forma, se faz necessário analisar a adoção à brasileira além da ilegalidade, mas como uma prática que envolve amor, afeto, interesse da criança e a vontade de constituir uma família que na maioria das situações se torna um processo doloroso diante todas as formalidades impostas pelo judiciário.

2. ADOÇÃO DO ÂNGULO LEGAL

Atualmente, existe um programa chamado 'Cadastro Nacional de Adoção' (CNA), criado em 2008, sob a responsabilidade do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), tendo como principal função manter atualizado os dados de pessoas habilitadas e de crianças disponíveis para adoção no país. Segundo o art. 50, § 13, incisos I, II e III da Lei 8.069/90, somente será possível a adoção para os candidatos inscritos e aprovados no CNA, com exceção de apenas três situações previstas, que são: I- Se tratar de pedido de adoção unilateral; II - for formulada por parente com o qual a criança ou adolescente mantenha vínculos de afinidade e afetividade; III- O pedido seja de quem detém a tutela ou guarda legal de criança maior de 3 (três) anos ou adolescente, desde que o lapso de tempo de convivência comprove a fixação de laços de afinidade e afetividade.

Para dar abertura ao processo de adoção, é necessário ter idade mínima de 18 anos e dirigir-se à Vara de Infância e Juventude da sua cidade e apresentem todos os documentos solicitados.

Após análise dos documentos apresentados pela parte interessada em adotar uma criança ou adolescente, eles passam por uma das fases mais importantes e esperadas pelos postulantes à adoção, que serão avaliados por uma equipe técnica multidisciplinar do Poder Judiciário. O objetivo desse processo é conhecer as motivações e expectativas dos candidatos à adoção; analisar a realidade sociofamiliar; avaliar, por meio de uma criteriosa análise, se o postulante à adoção pode vir a receber criança/adolescente na condição de filho; identificar qual lugar ela ocupará na dinâmica familiar, bem como orientar os postulantes sobre o processo adotivo.

Todo esse procedimento está disposto no portal do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que visa aperfeiçoar e agilizar o sistema jurídico brasileiro.

Para que o processo de adoção seja efetivado, em sua grande maioria, demora anos. É necessário que se cumpra todas as etapas de forma cautelosa, respeitando todas as regras impostas pela legislação, correndo o risco de ser indeferido o pedido no final por descumprimento ou incompatibilidade com o perfil da família e da criança.

Na intenção de evitar a demora e o risco do pedido ser indeferido, muitas pessoas decidem adotar o meio menos burocrático e mais rápido, porém ilegal, que é a adoção à brasileira.

Um dos pontos analisados durante o processo de adoção é a garantia dos direitos da criança e do adolescente perante a lei. Sabemos que durante o processo de adoção, a parte principal é a criança. Pensando apenas pelo processo legal de adoção, a adoção à brasileira é um ato ilegal cabível de penalidade ou não. O que pode acontecer em alguns casos, quando se trata da penalidade, é analisarmos apenas a parte ilegal do ato cometido pelo adulto, deixando de lado, muitas vezes, os direitos da criança assegurados por lei.

Neste sentido, encontra-se previsto no artigo 227, caput, da Constituição Federal:

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. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010); (BRASIL, 1988).

E a Lei 8069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente, prevê:

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.

Art. 19. É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral. (BRASIL, 1990).

A escolha de adotar vai além de apenas respeitar o regramento jurídico. O ato envolve sentimento de amor, vontade de constituir uma família, condições de proporcionar a criança uma vida melhor do que a ofertada no lar de seus genitores ou do lar em que foi abrigado conforme definição judicial, dando a ela a esperança de ser amada e cuidada por uma família que está pronta para conceder esses benefícios. Embora a “Adoção à Brasileira” não seja um ato legalizado, não indica que aqueles que optam por esse meio de adoção não estão aptos para proporcionar todos estes privilégios ao adotado.

Vale ressaltar que a criança deve ser sempre o centro desse processo, ou seja, o principal beneficiado no ato da adoção, e que, apesar da boa fé do adotante, ao registrar filho alheio como seu filho, buscando possibilitar melhorias na qualidade de vida da criança, esse ato é tipificado como crime no ordenamento jurídico brasileiro, que prevê uma pena como sanção pela conduta ilícita.

Porém, a nova lei 12.010/09 que trata especificamente da Adoção, juntamente com o Estatuto da Criança e do Adolescente, prioriza o vínculo afetivo, visando garantir o direito a convivência familiar do menor, pois considera-se o princípio constitucional do melhor interesse da criança que afirma que uma família pode ser constituída através dos laços de afetividade.

2.1 ARTIGO 242 DO CÓDIGO PENAL

Em 1981, após alteração do Código Penal Brasileiro, a conduta descrita no artigo 242, previa em sua íntegra o crime de parto suposto, considerando que o termo citado se tratava de uma penalidade sendo descrita com o texto: “dar parto alheio como próprio; registrar como seu o filho de outrem; ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil.” No mesmo artigo descrito, ao citar as penalidades do ato, vemos que ele possibilita a redução ou não aplicação da pena se reconhecido o motivo de nobreza por trás do ato inflacionário.

Antes da alteração citada, o crime se dava através do artigo 299 do Código Penal que, consiste na prática de falsidade ideológica em assentamento do registro civil. Porém, como em alguns casos a prática era realizada sem intenção de burlar a legislação, ou seja, com inexistência do dolo, subjetivo exigido pelo artigo 299, houve a alteração do artigo 242 que apresenta a possibilidade de perdão judicial: “Parágrafo único - Se o crime é praticado por motivo de reconhecida nobreza: Pena - detenção, de um a dois anos, podendo o juiz deixar de aplicar a pena”. (BRASIL, 1981.)

2.2 ECA - ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Ao realizar leitura do Estatuto da Criança e do Adolescente nos deparamos com o artigo 20 que assegura que todos as crianças ou adolescente, “filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.” (Estatuto da criança e do adolescente, Art. 20. Do Direito à Convivência Familiar e Comunitária)

Por outro lado, a retirada dos protegidos de seus adotantes, após a criação de laços afetivos, poderá ferir alguns princípios fundamentais que lhes são de direito, possivelmente ocasionando prejuízos irreparáveis em suas vidas.

Desse modo, em casos de adoção à brasileira, deverá ser discutido se a manutenção dos protegidos junto aos adotantes é a melhor situação para estes, devendo se buscar equilíbrio para solucionar o conflito citado.

Segundo o art. 43 do Estatuto da Criança e do Adolescente, “a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos”. Se de acordo com o próprio ECA que é o que rege o direito, ou seja, o que que seria o melhor para a criança e para o adolescente, diz que a adoção deverá ser deferida a partir das vantagens para o adotante, não temos porquê deixar que toda legalidade e burocracia por trás da adoção sobreponha o valor do amor entre o adotante e o adotado. Ao tirar a criança da família que o acolheu através de um ato de amor, considerado crime perante nossa constituição, também estaríamos indo contra os direitos também regidos pelo ECA.

Sendo assim, é inegável que mesmo a criança ou o adolescente sendo plenamente ou relativamente incapaz, isso não afasta a aplicabilidade de seus direitos, devendo estes serem zelados pelo Estado, pela família e a sociedade que tem o dever de garantir que o menor tenha a faculdade de manifestar seu interesse, assim como, que seus direitos sejam preservados e aplicados para que ocorra a manutenção de sua dignidade humana enquanto menor.

3 CASOS NO BRASIL

No Brasil, o processo de adoção ganhou uma data comemorativa no ano de 2002, 25 de maio. Desde então, em todos os anos, nesta mesma data, comemora-se o “Dia Nacional da Adoção”. A celebração tem objetivo baseado no Estatuto da Criança e do Adolescente, com intuito de promover debates e conscientizar a sociedade sobre o direito de crianças e jovens à convivência familiar e comunitária com dignidade.

Em consulta aos dados do Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em novembro de 2022, existem 30.903 crianças e adolescentes abrigados em casas de acolhimento e instituições públicas no Brasil. Dentro desse quantitativo, 4.271 crianças e adolescentes já estão preparados para serem acolhidos por uma nova família em um novo lar. Jovens com sonho de ter nessa nova família um lar cheio de amor e afeto.

Por outro lado, temos quase 33 mil pretendentes disponíveis para adoção. Em uma conta simples, é possível identificar que o número de crianças e adolescentes prontos para adoção é mais que suficiente para atender todos os adultos candidatos a ser a família dos mesmos. O que

acontece, é que segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, dentre essas mais de 4 mil crianças e adolescentes prontos para adoção, sua grande maioria encontra-se com idade superior a 10 anos, o que não corresponde ao percentual de adultos interessados em adotar crianças acima dessa faixa etária.

Já vimos claramente que o Código Penal, em seu artigo 242º, considera a prática da adoção à brasileira como uma conduta criminosa. Contudo, é possível perceber que os Tribunais estão voltados a analisar e, em alguns casos, priorizar o melhor interesse da criança do que o crime em si.

Para elucidar o entendimento atual dos tribunais em relação à prática da adoção à brasileira, faz-se necessário a análise dos julgados expostos a seguir:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR E ANULAÇÃO DE REGISTRO. ADOÇÃO À BRASILEIRA. Agravo de instrumento interposto da decisão que deferiu o pedido de acolhimento institucional e anulação de registro movida pelo Ministério Público, sob o fundamento de que as Agravantes praticaram o crime conhecido como "adoção a brasileira". Decisão em plantão judicial posteriormente confirmado reformando parcialmente o entendimento do juízo a quo, determinando o retorno da criança ao convívio com as Agravantes haja vista ausência de risco ou ameaça aos direitos da infante. Embora considerada ilegal, atualmente admite-se a mitigação da adoção intuito personae em razão do princípio do melhor interesse da criança. Para tanto, é necessária a presença de vínculo afetivo entre as partes, ainda que este não tenha realizado o procedimento de habilitação e não constem do Cadastro Nacional de Adoção. Trata-se de uma excepcionalidade do sistema, que tem por primazia a valorização da afetividade, permitindo a regularização de uma adoção a princípio ilegal quando comprovado a existência de vínculo afetivo e não havendo indícios de maus-tratos, negligência ou abuso. Entendimento pacífico do Eg. STJ no sentido de que o cabimento de medidas específicas de proteção, tal como o acolhimento institucional, apenas terá aptidão e incidência válida quando houver ameaça ou violação dos direitos reconhecidos pelo Estatuto, consoante exegese extraída do art. 98 do mesmo diploma, que não restou evidenciada até o momento. Dessa forma, não havendo nem sequer indício de risco à integridade física ou psíquica da menor, evidencia-se inadequada a decisão que determinou, em caráter liminar, o seu acolhimento institucional, contrariando o princípio do melhor interesse da criança, sendo imperiosa a reforma parcial da decisão para permitir que a infante permaneça com as Agravantes enquanto perdurar o processo principal. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (TJ-RJ - AI: 00918815820208190000, Relator: Des(a). DENISE NICOLL SIMÕES, Data de Julgamento: 18/05/2021, QUINTA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 21/05/2021)

APELAÇÕES CRIMINAIS. CRIME DE FALSIDADE IDEOLÓGICA. IMPOSSIBILIDADE DE CONCURSO COM O CRIME PREVISTO NO ART. 242 DO CP. ABSORÇÃO DO CRIME PREVISTO NO ART. 299 CP. PARTO SUPOSTO. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. PERDÃO JUDICIAL. VIABILIDADE. CONSTATAÇÃO DA MOTIVAÇÃO NOBRE E ALTRUÍSTA. 1. Merece reparo a sentença recorrida quanto à condenação dos apelantes no crime de falsidade ideológica previsto no art. 299 do Código Penal, tendo em vista que tal conduta já se encontra inserida no tipo penal do art. 242 do Estatuto Repressor. 2. Os elementos de convicção constantes dos autos revelam que os acusados, ao registrarem filho alheio como próprio, agiram amparados por motivação nobre, considerando que pretendiam proporcionar uma vida melhor ao recém-nascido, em vista da precária situação econômica que a família natural enfrentava e do contexto social no qual estava inserida. Nesses moldes, de se conceder o perdão judicial aos agentes, com a extinção de sua punibilidade. APELOS CONHECIDOS E PROVIDOS. DECLARADA EXTINTA A PUNIBILIDADE DOS AGENTES PELO PERDÃO JUDICIAL. (TJ-GO - APR: 03626308920158090091, Relator: DES. ITANEY FRANCISCO CAMPOS, Data de Julgamento: 06/03/2018, 1A CAMARA CRIMINAL, Data de Publicação: DJ 2504 de 14/05/2018)

APELAÇÃO CÍVEL. ANULAÇÃO DE REGISTRO DE NASCIMENTO. DUPLICIDADE. ADOÇÃO A BRASILEIRA. VÍNCULO AFETIVO DEMONSTRADO. POSSIBILIDADE DE ANULAÇÃO DO PRIMEIRO REGISTRO. 1 - Embora o Provimento nº 28 do CNJ, estabeleça que, nos casos de duplicidade de registro, deverá ser anulado o primeiro ato registral, necessário verificar as peculiaridades do caso concreto. 2 - A duplicidade de registro decorre da denominada 'adoção a brasileira' que, apesar de ser reputada ilegal pelo ordenamento jurídico, não pode ser ignorado o fato de que este ato gera efeitos decisivos na vida do adotado. 3 - A jurisprudência tem entendido que, nos casos em que o registro tenha sido realizado nos moldes da conhecida adoção à brasileira, o vínculo socioafetivo é suficiente para afastar o rigor necessário dos procedimentos públicos registrais. 4 - Comprovado o vínculo afetivo existente entre o adotado e o segundo pai registral, bem como o fato de que o adotado utiliza-se do segundo registro para todos os atos de sua vida civil e, ainda, a sua pretensão em cancelar o primeiro assento, a anulação da primeira certidão de nascimento é medida que se impõe. Apelo conhecido e provido. Sentença reformada. (TJ-GO - APL: 00269436820178090087, Relator: ROMÉRIO DO CARMO CORDEIRO, Data de Julgamento: 31/05/2019, 3ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ de 31/05/2019)

Com isso, ainda que a “adoção à brasileira” seja um ato ilegal, conforme nossa constituição, faz necessário não só atender apenas ao requisito legal, mas analisar se aquela circunstância é benéfica há criança, ou seja, ainda que não tenha ocorrido a adoção de forma legal, mas tenha a

existência de vínculo afetivo entre as partes a adoção poderá ser mantida, vez que, justamente em razão da morosidade do ordenamento jurídico é que crianças são impedidas de ter acesso a uma família que esteja disposta a destinar todo amor e cuidado para o adotado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS OU CONCLUSÃO

Considerando a escassez de pesquisas específicas sobre a Adoção à Brasileira, esta pesquisa contribui positivamente para possíveis estudos acerca do tema, bem como, serve para demonstrar os pontos positivos que devem ser considerados na prática da adoção ilegal, que na maioria das vezes, proporciona mais benefícios aos envolvidos, principalmente ao menor que foi abandonado e teve a oportunidade de ser inserido novamente em um ambiente familiar, comprovando a necessidade que os órgãos judiciais possuem de analisar e priorizar sempre o melhor interesse da criança, cumprindo com o dever de garantir que elas tenham acesso aos seus direitos fundamentais para sobrevivência.

É de extrema importância observar quais foram as intenções dos agentes ao praticar o ato da adoção ilegal e quais são os papéis exercidos por eles na vida daquela criança, se eles cumprem com as obrigações, proporcionando um ambiente saudável, com educação, lazer, alimentação, moradia e uma qualidade de vida adequada para que a criança se torne um adulto promissor, com possibilidades de um futuro brilhante pela frente.

Para que haja uma fiscalização sobre a garantia dos direitos da criança e do adolescente, como prescrito no ECA, é preciso união dos diversos órgãos públicos como Conselho Tutelar do município, do CRAS que oferta o Serviço de Proteção e Atendimento Integral à Família (Paif) e o Serviço de Convivência e Fortalecimento de Vínculos (SCFV) e dos membros do Ministério Público com formação e competência voltadas para a criança e a família como psicólogos, pedagogos e assistentes sociais.

Outro ponto facilitador para o processo de adoção legalizado seria a implementação do Projeto de Lei nº31 de 2017 que Altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que "dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências", para estabelecer um prazo máximo para a conclusão do procedimento de adoção após o início do estágio de convivência, conforme citado neste artigo, vem sendo um processo longo e demorado.

Tendo em vista os aspectos observados, foi possível concluir que a inserção do menor em uma família saudável, ainda que, não tenha sido atendido o procedimento legal deve se sobrepor a qualquer norma incriminadora, por conter mais benefícios do que malefícios a criança, levando em consideração que o melhor para a criança é conviver em um ambiente familiar, de amor e cuidados, deixando de considerar a ilegalidade do ato como fator mais importante, e sim a existência de afeto entre as partes.

REFERÊNCIAS

AMOR. Disponível em: < <https://www.significados.com.br/amor/>>. Acesso em 12 de setembro 2022.

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Manual de Direito Penal**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

Barbacena - FADI. **Curso de Graduação em Direito**. Barbacena, 2011. Disponível em: <<http://www.unipac.br/site/bb/tcc/tcc3284b03e0c1df318b636ab3f58cb1065.pdf>>. Acesso em: 20 de Setembro de 2022.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 de Setembro de 2022.

BRASIL, **Lei Federal nº 10.406, de 10 de janeiro 2002**. Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em 12 de Setembro de 2022.

BRASIL, **Lei Federal nº 12.010, de 3 de agosto de 2009**. Lei de Adoção. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm. Acesso em 12 de Setembro de 2022.

BRASIL, **Lei Federal nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 12 de Setembro de 2022.

BRASIL, **Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em 12 de Setembro de 2022.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos, RODRIGUES Raphaela Lopes. **Adoção à Brasileira; crime ou causa nobre**. Janeiro de 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/71148/adocao-a-brasileira-crime-ou-causa-nobre/3#>. Acesso em 06 de Outubro de 2022.

Conselho Nacional de Justiça. **CNA – Cadastro Nacional da Adoção. Relatórios estatísticos**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/cnanovo/pages/publico/index.jsf>. Acesso em 10 de Novembro de 2020.

DIAS, Maria Berenice. **Adoção e a espera do amor**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 04 de junho de 2021. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/16336/adocao-e-a-esperado-amor>. Acesso em: 10 de Outubro de 2022.

Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei 8.069/90. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em 22 de setembro de 2022.

FERNANDO COLLOR, Brasília, 13 de julho de 1990; 169º da Independência e 102º da República.

FRANZIN, Adriana. **Conheça as regras para adotar uma criança no Brasil**. 25 de Maio de 2017. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2017-05/passo-passo-da-adocao-conheca-regras-para-adotar-uma-crianca-no#:~:text=Para%20entrar%20no%20Cadastro%20Nacional,mental%3B%20certid%C3>. Acesso em 10 de Outubro de 2022.

FREITAS, Rose. **Projeto de lei do Senado nº31 de 2017** <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/128186> Acesso em 08 de Novembro de 2022.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal Parte Geral**. 14º ed. Rio de Janeiro: Impetrus, 2012.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 33ª ed. São Paulo. Atlas, 2017.

MOREIRA, Fabrina Aparecida de Araújo. **Adoção à Brasileira**. Universidade Presidente Antônio Carlos - UNIPAC. Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais de Barbacena – FADI. Curso de Graduação em Direito. Barbacena, 2011. Disponível em: <http://www.unipac.br/site/bb/tcc/tcc/3284b03e0c1df318b636ab3f58cb1065.pdf>. Acesso em: 20 de Outubro de 2022.

MOREIRA, Syllas Raniery Martins; UGHINI, Kraemer Maurício. **Processo adotivo; Tramites Legais e etapas desse processo jurídico**. 25 de Dezembro de 2018. Disponível em: <https://www.boletimjuridico.com.br/artigos/direito-civil-familia-e-sucessoes/4200/processo-adotivo-tramites-legais-etapas-desse-processo-juridico>. Acesso em 15 de Outubro de 2022.

NASCIMENTO, Joacinay Fernanda do Carmo. **Adoção à Brasileira**. 01 de Jun. de 2014. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-125/adocao-a-brasileira/>. Acesso em 15 de Outubro de 2022.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro – Parte geral**. Vol. 1. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

Tempo dos processos relacionados à adoção no Brasil – Uma análise sobre os impactos da atuação do poder judiciário. Disponível em: < <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/8aab4515becd037933960ba8e91e1efc.pdf> >. Acesso em 09 de setembro 2022.

Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento. Disponível em: <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=ccd72056-8999-4434-b913-f74b5b5b31a2&sheet=4f1d9435-00b1-4c8c-beb7-8ed9dba4e45a&opt=cursel&select=clearall>. Acesso em 08 de Novembro de 2022.

VICENTE, José Carlos. **Adoção**. 28 de Setembro de 2006. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2918/Adocao#:~:text=CONCEITO%3A&text=A%20a>

[do%20C3%A7%C3%A3o%20C3%A9%20portanto%20um,de%20filho%20de%20outra%20pessoa.&text=A%20ado%20C3%A7.](#) Acesso em 10 de Outubro de 2022.

A EFETIVAÇÃO DA REGULAMENTAÇÃO DO *HOME OFFICE* NO BRASIL: AS CUSTAS DO TRABALHADOR E A GARANTIA DA SEGURANÇA DO TRABALHO

REINALDO MANOEL DE SOUSA FILHO:
Estudante Do Curso de Direito do Centro
Universitário Santo Agostinho (UNIFSA)

RODRIGO ARAÚJO SARAIVA⁴⁷

(orientador)

RESUMO: O presente artigo, visa discorrer de forma nítida, acerca do *Home Office* no Brasil, no tocante a sua efetiva regulamentação sobre as custas e segurança do trabalho, apresentando pontos pertinentes e com a devida argumentação já que a Lei regida pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), não abrange todas as possibilidades sobre o contrato, dessa forma, a implementação de novas regras para acrescentar no entendimento sobre o trabalho remoto, este que ocorrer fora das dependências da empresa e é interpretado por meio de analogias ao teletrabalho, desse modo, não agrega a todas as formas de contrato, deixando o empregado sem os devidos amparos no tocante a equipamentos que deveriam ser fornecidos pelo empregador quando fosse necessária a transição para tal modalidade de trabalho, além de conjunto providenciamento de equipamentos de proteção individual (EPI) em certos casos, a proteção dos direitos do trabalhador é garantida constitucionalmente, sendo de extrema importância o bem estar deste, seja um meio a aplicação de leis mais abrangentes. A pesquisa é bibliográfica e feita por meio de uma abordagem dedutiva, observando o que esta disposto na Lei nº 13.467/2017, onde trata do teletrabalho e todas os demais ordenamentos referentes ao tema.

Palavras-chave: *Home Office*; Teletrabalho; Trabalho Remoto; Segurança do Trabalho.

INTRODUÇÃO

Com o advento da pandemia, no qual sua alta taxa de transmissibilidade do vírus obrigou a todos mudar suas rotinas e maneiras de viver, um dos meios efetivos para se evitar a propagação do vírus COVID - 19 foi o isolamento social, a fim de evitar o contato social e aumentar mais ainda os infectados por tal doença.

Como medida de enfrentamento da pandemia o *Home Office* foi uma das alternativas de trabalho que surgiu durante a pandemia, fazendo com quem os empregados trabalhassem diretamente do conforto de suas casas, mas devido a repentina mudança não houve a efetiva regulamentação acerca do tema.

⁴⁷Professor de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho (UNIFSA). Mestre em Criminologia (UFP), Especialista em Direito do Trabalho, Processo do Trabalho, Direito Civil e Processual Civil.

Importante ressaltar que com a reforma na Consolidação das leis do Trabalho (CLT) que ocorreu em 2017 pela lei nº 13.467, o teletrabalho foi regulamentado no Brasil, trazendo um aparato de leis, a fim de tornar essa modalidade de trabalho, todavia, com a chegada da pandemia no Brasil, não houve a verificação das normas descritas no ordenamento atendiam aos parâmetros da nova modalidade de trabalho *Home Office*.

A definição de *Home Office* não existe na CLT, então o seu entendimento é caracterizado como uma modalidade de teletrabalho em que o empregado executa o trabalho dentro de casa, entretanto, existe uma necessidade de efetiva regulamentação própria, tendo em vista que às custas para efetivação do trabalho muitas vezes quem arcam são os funcionários.

A crise econômica juntamente com a falta de empregos geradas por esse período abriu brechas para excessos praticados por empregadores, gerando uma aceitação em termos e condições de trabalho abusivas para o empregado durante o *Home Office*. Ocorre que não existem garantias e suporte para aquele mais debilitado financeiramente, diante disso, o empregado se vê obrigado a arcar com os custos de produção, seja no equipamento de trabalho utilizado ou nos meios, como internet, energia e espaço para efetuar o serviço.

Pode-se observar que uma das áreas mais afetadas, foi o da docência, que diante da problemática imposta pela pandemia, precisaram se adaptar seu ambiente doméstico para seu local de trabalho, elevando gastos em todos os setores, sem a devida compensação financeira que deveria ser efetuada pelos empregadores. Conforme a alta demanda imposta aos trabalhadores, juntamente com a falta de suporte, se obtém a precarização e a desvalorização do empregado (SOUZA, et al, 2021).

O Poder Legislativo e sua função de confeccionar normas atuais para manter o direito como instrumento atuante diante das novas transformações sociais, devem se atentar sempre a detalhes que favorecem e simplificam os meios sociais de vida, valorizando então o trabalho como fundamento da República Federativa Brasileira, assegurado tais deveres do parlamento e diante da problemática acerca do tema, se faz necessária à manutenção efetiva das leis, de maneira que o trabalhador não seja lesado na relação contratual.

Portanto o trabalho serve para elemento de discussão acerca desses profissionais que trabalham em *Home Office* pra que não estejam desamparados pela legislação, evitando prejuízos futuros, e preservando o bem estar contratual, atendendo então ao caráter protetivo do direito do trabalho e abrindo margem para melhorias e interpretações mais assertivas acerca do tema.

Os meios de regulamentação sobre o *Home Office* se fazem necessária através de uma legislação mais específica e podem ser complementados através acordos no próprio contrato, levando em conta a boa-fé do empregador sob empregado, deixando claro todos os termos do suposto contrato e também por negociações coletivas onde se envolve a questão dos sindicatos.

Com a questão do regulamento acerca do tema, problemas jurídicos sucederiam de maneira menos recorrente, tornando uma jurisprudência mais unificada e simples, possibilitando um entendimento compreensível e interpretável por todos, preservando o bem estar do empregado e

empregador, direitos estes dispostos na Constituição Federal, por fim ocasionando uma segurança jurídica para o país e segurança nos contratos firmado entre as partes da relação contratual.

Diante dessas modalidades de teletrabalho, a flexibilização do espaço de trabalho é algo em comum que todas tem, dessa forma, substitui o trabalho efetuado nas propriedades da empresa pelo uso de ferramentas que são utilizados para efetuar as atividades laborais de maneira remota. A partir de 1990, surgiu os registros consistentes da forma de trabalho a distância, aumentando então sua recorrência no decorrer dos tempos (ROCHA, AMADOR, 2018).

Diante o exposto, o artigo trabalhará no que diz respeito ao contexto histórico do *Home Office* no Brasil, bem como expor como sua regulamentação é um direito constitucional social previsto, além de apresentar fatos sobre o teletrabalho e a reforma trabalhista, trazendo um ponto de vista que reforça a importância da regulamentação do *Home Office* no Brasil quanto às custas laborais do trabalhador e o fornecimento de EPI.

O presente estudo, visa desenvolver e promover debates acerca do tema, afim de promover uma estabilidade jurídica e entendimento simples e unificado, para facilitar os contratos entre empregado e empregador, sendo um texto do tipo narrativo descritivo, usando o método de abordagem indutivo. utilizando criteriosamente argumentos e pesquisas bibliográficas para o entendimento e reflexão do assunto. Desse modo, o método utilizado parte de uma questão mais particular para uma mais ampla e geral, se atendo às pesquisas jurisprudências e doutrinarias acerca do tema (MARCONI; LAKATOS, 2007).

CONTEXTO HISTÓRICO DO *HOME OFFICE* NO BRASIL

É cediço que ao mundo está em constate evolução, a sociedade sempre está buscando novas maneiras de se reinventar e dessa forma buscam seu sustento cada vez de maneira mais pratica, uma das maneiras que existem até hoje para se manter e ter uma vida digna é através do trabalho, onde um empresário tem uma demanda e o trabalhador à executa em troca de algum pagamento, seja em favores ou de valor monetário. Nos primórdios quando se foi implantado a ideia de trabalho e contrapartida, a atividade era executada nas posses do dono, mas conforme o avanço da humanidade, novas modalidades de trabalhos foram criadas para facilitar sua realização, uma dessas espécies foi o trabalho remoto, que contemporaneamente ainda é discutido, buscando sua melhor implementação, bem como sua remuneração e produtividade.

As mudanças originadas pela revolução industrial do século XIX, desencadeou a divisão entre dois polos, o privado e público, bem como as atividades laborais denominadas produtivas, estes praticadas por trabalhadores (trabalho remunerado) e as reprodutivas, efetuadas por trabalhos domésticos e de cuidadores. Dessa forma, diante da problemática do trabalho ser impedido de ser realizado nas dependências da empresa, novas possibilidades foram buscadas, chegando ao próprio lar do empregado. O trabalho que antes era apenas realizado em fabrica, estabeleceu-se em residências, disputando o mesmo espaço e tempo, com o trabalho produtivo (ARAÚJO, LUA, 2021)

O constante desenvolvimento e evolução mundial, deu margem para a criação de desenvolvimento e aperfeiçoamento das práticas de trabalho e das leis que as regulamenta, o conceito de trabalho e suas possibilidades remotas não se deu de forma direta, sua definição se deu partida por meio do trabalho doméstico, sendo este o ponto de reflexão histórica assegurada desde a década de 70, incentivada por pesquisas na França, onde deu norte para novos estudos e ampliação do conceito de trabalho e sua jornada (ARAÚJO, LUA, 2021).

O termo **trabalho remoto**, usado para se referir ao trabalho que acontece fora das dependências do empregador sendo entes vinculados ao uso de TIC (Tecnologia da Informação e Comunicação), surgiu também na década de 1970, apresentando suas primeiras concepções quando o mundo passava pela **crise do petróleo**, a modalidade de trabalho foi priorizada essencialmente pela Europa e nos Estados Unidos da América(EUA), sob influência da crise, bem como pelo uso cada vez mais constante e redução nos preços das TIC (SERRA, 1996).

Segundo Rocha e Amador (2018, p. 153), “na passagem dos anos 1970 para os 1980 surgiram diversas experiências de teletrabalho como alternativa para reduzir o movimento de deslocamento casa-trabalho e trabalho-casa (commuting, em inglês)”.

Com a evolução das telecomunicações em decorrência da terceira revolução industrial na década de 90, os aparelhos eletrônicos ganharam força, principalmente pelo fato da internet se tornar mais acessível a todos, sendo então criadas novas modalidades de trabalho, entre elas, o teletrabalho. Atualmente quase todos os países tem acesso à internet, se tornando um item essencial para o sustento e sobrevivência, justificando então o crescimento no trabalho *Home office*.

No ano de 1997 foi quando surgiu pela primeira vez oficialmente o *Home Office* no Brasil, no decorrer de um seminário sobre Perspectivas de Negócios e de Trabalho para o Terceiro Milênio. No período de 1999 o acesso a tecnologias de comunicação e informação pessoais iniciavam sua ascensão no Brasil, mesmo ano também da criação da Sociedade Brasileira de Teletrabalho e Teleatividade (SOBRAT), mas sem a devida regulamentação do tema. Diante da crise econômica iniciada em 2014 e o impeachment da presidente Dilma Rousseff em 2016, aconteceu grandes mudanças na regulamentação do trabalho.

No ano de 2017 a reforma trabalhista teve grande impacto na regulamentação do trabalho, adotando posturas significativas para o desenvolvimento do mercado, legalizando novas modalidades diversas de trabalho que antes eram consideradas ilegais e proibidas, aumentando as possibilidades de atitudes que podem ser tomadas pelas empresas, atendendo então as suas necessidades específicas (KREIN et al, 2018).

O trabalho remoto/*Home-Office* antes mesmo do COVID-19 já vinha apresentando uma devida crescente, se apresentando então como uma tendencia no Brasil, mas com a chegada do vírus e todas as medidas de isolamento adotadas pelo Ministério da Saúde em 2020, tal modalidade de trabalho foi se tornando cada vez mais utilizada e necessária para o contorno da crise econômica em decorrência da pandemia. A nova modalidade realizada em casa fez com que os trabalhadores tivessem que se adequar das mais diversas formas para praticar suas atividades laborais (BRIDI et al, 2020).

Apesar da legislação trabalhista brasileira fazer citação na sua literatura do trabalho remoto (*Home Office*) à referenciando como “teletrabalho”, as modalidades se diferem, já que o trabalho transferido do estabelecimento empresarial para o domicílio se diferencia dos outros realizados distantes das dependências da empresa já pré-estabelecidas em contrato.

Para krein et al, (2018, p. 20): “não se confunde com as modalidades de trabalho fabris realizados “em domicílio”, oficinas domésticas e de trabalhadores subcontratados por grandes corporações, resultantes da reestruturação produtiva do último quartel do século XX. Nesse caso, no contexto da pandemia, tratam-se de trabalhos realizados e possibilitados pelas tecnologias da informação (TI). Trabalhos que passaram a ser realizados em casa (à distância) mediados por computadores, notebooks, tablets e smartphones com conexão pela Internet.

Conforme a evolução do trabalho no Brasil, suas leis devem seguir no mesmo ritmo, por ser uma modalidade de trabalho que já está a um tempo vigorando e apresenta resultados vantajosos, sendo preferência de várias empresas e empregados, o *Home Office* deve ser regulamentado de maneira que não fique lacunas desvantajosas para o empregado, que se vê obrigado a arcar com todas as exigências da empresa, seja de cunho monetário para adquirir equipamentos ou quanto a segurança do funcionário.

O Trabalho como direito social constitucional previsto

A evolução do trabalho no mundo é constante e o direito segue a mesma linha, no sentido de torná-lo mais efetivo e justo para as duas partes, melhorando então a relação do empregado e empregador. No Brasil existem leis que protegem de maneira geral todos os direitos que os cidadãos devem ter, incluindo direito ao trabalho e seu valor social, não podendo ser violado então por leis infraconstitucionais e devendo ser respeitada por seus acordos e convenções coletivas, que visam aproximar mais ainda o trabalhador de seu patrão.

O *Home Office* é uma modalidade de trabalho remoto, devendo então ser respeitado da mesma forma, a falta da efetiva regulamentação acerca do tema, deixa brechas para a não valorização e o abuso por parte de empresas, indo contra as leis constitucionais e desvalorizando a pessoa humana e sua luta diária em meio a crise que o país vive.

Ao legitimar tal postura de empresas que violam preceitos básicos da constituição, se tem uma quebra e retrocesso no estado democrático de Direito, contrariando dois de seus fundamentos que são o da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho, situada no Art. 1º inciso III e IV (BRASIL, 1988). É cediço que trabalhar não serve apenas para estabilidade financeira, se trata de também em dar um sentido para a vida de todos, então qualquer modalidade de trabalho deve ser devidamente regulamentada e de acordo com os ditames da constituição.

Garantir o desenvolvimento nacional é um dos objetivos fundamentais da República Federativa Brasileira, segundo o Art. 3º inciso IV (BRASIL, 1988). Mas o crescimento está diretamente ligado ao desenvolvimento trabalho, já que com novas espécies e aprimoramentos que facilitam a empregabilidade e sua prática, então as leis trabalhistas devem sempre ser modificadas, usando de

exemplo o trabalho remoto (*Home Office*), que chega como uma novidade bem mais eficiente em alguns empregos, mas não possui um trabalho específico acerca do tema, atrasando sua ampliação e causando inseguranças tanto para o empregador quanto para o empregado.

O Trabalho não é um direito único, em razão disso sua devida valorização deve ser estendida em todas as modalidades vigentes no país, suas raízes se estendem através de outros direitos assegurados na Constituição Federal, como direito a vida, à liberdade, à igualdade e segurança conforme art. 5º (BRASIL, 1988). Visando a congruência dos direitos e o bem estar social, a atualização das leis é necessária, já que os memos estão ligados de alguma maneira.

“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”, conforme o artigo 6º Constituição Federal (BRASIL, 1988, p.18). Apresentando o trabalho como um contexto social, fica mais ainda verificado sua importância, independente se for efetuado dentro das dependências empresariais ou remotamente e em um contexto pandêmico, deve ser tratado com mais seriedade ainda, já que a harmonia das leis com o trabalho, indiretamente afetam outros direitos, como educação, moradia, infância de maneira positiva fazendo com que o país prospere.

A base para a criação de todo de direito decorrer das leis postas na constituição, dessa forma, a construção de uma legislação justa acerca do trabalho, é necessário fazer analogias e interpretações jurídicas, efetivando os ditames jurídicos indispensáveis para o país. Conforme a sociedade evolui, é lógica as atualizações a ser feitas, afim de satisfazer toda a população e com o avanço tecnológico, os meios de trabalho vêm sendo moldados, tornando-os voláteis e simples, o trabalho remoto então se faz presente nos dias atuais e com previsões de só aumentar com o decorrer do tempo, justificando nesses termos, a demanda sobre a efetiva regulamentação do *Home Office*.

A interpretação por analogias, acaba deixando o empregado à mercê dos empregadores, onde o mesmo pode violar direitos já previstos constitucionalmente, mas diante a incertezas jurídicas, acabam prejudicando a proteção de tais direitos, dessa forma, o que tem se mostrado é que a constituição exerce seu poder hierárquico sobre as demais normas, mas ainda sim existem detalhes que só com uma efetiva regulamentação acerca do *Home Office* pode promover uma segurança maior para com o trabalhador.

Conforme entendimento de Delgado (2017, p. 81):

No Brasil, a mesma tendência de constitucionalização verificou-se: começada em 1934, foi mantida em todas Constituições posteriores, mesmo as de natureza autocrática (1937, 1967, 1969). Entretanto, tal tendência adquiriu novo status apenas com a Constituição de 1988. É que esta, em inúmeros de seus preceitos e, até mesmo, na disposição topográfica de suas normas (que se iniciam pela pessoa humana, em vez de pelo Estado), firmou princípios basilares para a ordem jurídica, o Estado e a sociedade — grande parte desses princípios elevando ao ápice o trabalho e o emprego, tal como a matriz do pós-guerra europeu.

A constituição sempre vai estar inserida no trabalho, de forma que a pessoa humana e sua dignidade estejam protegidas, isso reflete diretamente na evolução do emprego, mas a suas espécies sempre devem advim com suas regulamentações específicas.

TELETRABALHO E A REFORMA TRABALHISTA

Conforme o desenvolvimento do Brasil, sua legislação trabalhista não possuía grandes citações e estudos sobre a introdução da tecnologia no trabalho, mas no ano de 2011, ocorreu alterações pela Lei nº 12.551/11, onde discorria que “não se diferencia o trabalho realizado realizados em domicílio e a distância sob aquele que é executado no estabelecimento do empregador” e em seu parágrafo único, reforça que os meios informatizados e telemáticos, são válidos, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego” (BRASIL, 2011).

Para a introdução de novas modalidades de trabalho, foi essencial a flexibilização na relação entre empregado e empregador, formando novos marcos para a concepção de emprego e subordinação. Diante dos termos apresentados na relação de trabalho que se baseavam na subordinação clássica, entendia-se que o trabalhador enquanto executava suas funções do qual foi contratado para fazê-las, o empregador era responsável em supervisionar e avaliar as atividades realizadas, tal modalidade se mostrou falha, já que desaproximava as partes da relação trabalhista, onde o critério avaliado era a obediência (DELGADO, 2017, p. 327).

Hoje com novos entendimentos acerca do trabalho, os critérios para a avaliação da efetiva produção executada pelo empregado, está relacionada a realização do trabalho no qual foi contratado para prestar, seguindo uma série de ditames que favorecem as partes da relação do contrato, onde a subordinação não se matem vinculada a obediência (DELGADO, 2017, p.328).

O trabalhador através da sua atividade prestada, está atrelada a empresa no qual a contratou, podendo assim, considerar o teletrabalho como uma forma de executar as atividades laborais em meio a subordinação sob efeitos de contrato.

Consoante ao entendimento de Piccolo (2018), onde afirma que após a Lei nº 13.467/2017 (Reforma Trabalhista), a regulamentação do teletrabalho começa a está disposto nos termos dos artigos 75-A a 75-E posto na Consolidação das Leis do trabalho. Contudo, já se entendia a termos de equiparação sob o tema, no parágrafo único do artigo 6º da CLT.

O teletrabalho já regulado pela Reforma trabalhista, trás um rol de regulamentos que facilitam o entendimento acerca do tema, além garantir direitos, impedindo a exploração de empregados, garantindo a segurança na hora da construção do contrato.

O desenvolvimento tecnológico e o avanço dos meios digitais de informação fizeram com que as empresas se adequassem de maneira que se habituassem a novas modalidades de trabalho, vendo o crescimento exponencial do trabalho remoto, se viu a necessidade da regulamentação, assim fez o ordenamento Brasileiro com a grande reforma trabalhista, Lei nº 13.467/2017, precisamente nos seu artigo 75 da CLT, onde conceitua e explica o teletrabalho e suas espécies.

O teletrabalho é conceituado como o trabalho prestado fora das dependências do empregador, se utilizando ou não dos meios tecnológicos, para efetuar suas atividades laborais. Sua nomenclatura se dá por conta do trabalho se realizar a distância, convencionalmente em sua residência ou em espaço diverso da empresa, no entanto não possui distinção do trabalho padronizado, que é executado dentro local empresarial.

O crescimento dos meios tecnológicos e contatos virtuais, fez com que o trabalho fosse observado de outra forma, estabelecendo novas modalidades de contrato e de prestação de serviço, se tornando essenciais nos dias atuais em todo mundo. A flexibilização dos mecanismos laborais, facilitaram a vida de todos, mostrando-se menos burocrático e até mais eficiente.

Para (Neto e Cavalcante, 2019) para se alcançar a efetiva prestação de serviços disposto no contrato do empregado, não se faz necessária a presença do trabalhador nas dependências empresariais.

A Importância da regulamentação do Home Office quanto as custas e EPIs

A definição de *Home Office* não está disposta na Consolidação das Leis trabalhistas, por se tornar popular com as medidas de isolamento, apenas em 2020 que apareceram estudos mais profundos acerca do tema, tal modalidade de trabalho além de ser cada vez mais utilizada, se mostrou eficiente, fazendo com que empresas ao final das medidas restritivas de isolamento, continuem mantando a forma de trabalho remoto.

O teletrabalho é muito usado a termo de comparação com o *Home Office*, a diferença é que o teletrabalho já é regulamentado na CLT, mas não existe nenhum ordenamento em que cita a termo de equiparação ou utilização das mesmas leis o *Home Office*. Dessa forma, é importante a regulamentação devida para se diferenciar sem que as duas se confundam para estudos e devida efetivação no uso por partes das empresas.

Segundo a professora Del Padre (2017, p. 5):

os dois problemas semânticos acima referidos, embora não obstem a comunicação realizada no cotidiano, dificultam o desenvolvimento de discurso rigorosamente científico. Nessa hipótese, onde a ambiguidade e a vaguidade representarem empecilhos à precisão terminológica que o conhecimento científico requer, imprescindível um processo de elucidação, esclarecendo o sentido e a extensão atribuídos à palavra.

No decorrer da pandemia da COVID-19 as empresas se renovaram nas suas modalidades de prestação de serviço, passando a adotar, ainda de maneira receosa, a atividade laboral dos empregados em *Home Office*, não sendo necessária a presença física do mesmo para efetuar seu trabalho. Em meio a tal renovação, também houve confusão na distinção dos termos para aparato jurídico dos institutos do *Home Office* e teletrabalho, onde as expressões muitas vezes são usadas para representar o mesmo conteúdo. “No caso, apesar de ambos identificarem a prestação de serviços remota, o teletrabalho é modalidade de contrato, enquanto o *Home Office* é a forma de cumprimento de jornada de trabalho” (JOÃO e GAGGINI, 2020).

Dessa forma o teletrabalho disposto no artigo 75-A da CLT, como já disposto no contrato, desenvolve suas atividades laborais fora das dependências da empresa, sendo então essa a regra, se utilizando das tecnologias de comunicação, para a prestação de serviço. Já o *Home Office* permite como forma de flexibilização a prestação de serviço de livre escolha do empregado, sendo em seu domicílio ou qualquer outro lugar que possa praticar suas atividades, podendo também mesclar entre a prestação pessoal e remota de seu trabalho.

Nos dias atuais, o *Home Office* se mantém sem regulamentação e conceituação objetiva, a diferenciando do teletrabalho já regulamentado, os problemas causados pela falta de aparato jurídico vai muito além das confusões terminológicas, onde deixa o empregado à mercê da sua necessidade de trabalhar, aceitando condições não benéficas para o seu sustento, favorecendo apenas o empregador.

No tocante aos problemas, o empregado diante da grande crise sanitária e econômica do Brasil e o trabalho é cada vez mais escasso, força-o a aceitar condições impostas pelo empregador abusivas, muitas vezes contestadas pelo trabalhador, mas com a negativa da empresa, não resta opções a não ser aceitar os termos para executar suas atividades laborais.

É cediço que no trabalho praticado remotamente, são utilizados em sua grande parte, meios tecnológicos de comunicação e informação, sendo necessário aparelhos cada vez mais atualizados para a boa prestação de serviço, onde a empresa deveria arcar custas de tais equipamentos, mas o que ocorre é que o empregado muitas vezes é quem tem de ir atrás mesmo sem possuir condições monetárias de comprar.

O custo de equipamentos como computadores, celular, telefone, além do gasto com internet e energia se sobressaem ao salário que é recebido, não havendo estorno por parte da empresa, no qual por conta da falta de regulamentação, não está obrigada a arcar com tais despesas, deixando o trabalhador à deriva, obtendo lucro em cima das dificuldades com quem necessita de uma contra partida benéfica, para que as duas partes se mantenham em harmonia e forme um contrato justo de trabalho.

Com a facilitação que o *Home Office* Promove no tocante a prestação de serviços, de forma em que o trabalhador vá praticar as atividades laborais em própria residência, surge o problema no tocante aos acidentes que podem vir a acontecer e como ficaria configurado no contrato de trabalho, já que durante a atividade do empregado possa acontecer algum incidente lesivo, dessa forma, o fornecimento de Equipamentos de segurança individuais são essenciais para evitar todo tipo de circunstancia, além de no caso de acontecer, os danos serão mínimos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O entendimento acerca do *Home Office* vem mudando constantemente por meio de decisões ou leis que se atualizam cada vez mais, entretanto, não existe no uma determinação legal que obriga o empregador a estabelecer a possibilidade de transições entre o trabalho presencial e

o *Home Office* no contrato de trabalho, onde seus Equipamentos de Segurança individuais, que deveriam vir integrados com o determinado tipo de serviço que é prestado, não são fornecidos.

A ajuda de custo sobre os equipamentos de trabalho feitos no período *Home Office*, não estão assegurados de forma devida pelo Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), desamparado o empregado no momento de sua transição para as práticas laborais fora do estabelecimento empresarial ou mesmo no decorrer de sua vigência na forma a distância.

O legislador deve então se atentar ao que ocorre no contrato de trabalho, já que existem possibilidades em que o empregado fica desamparado, dessa forma, a proposição de uma lei onde regulamenta a obrigatoriedade da ajuda de custo sobre o trabalho no período em que este praticar suas atividades laborais em *Home Office*, sendo em equipamentos necessários para o efetivo cumprimento do trabalho, como também nas despesas sobre energia e ambiente adequado, já que o funcionário deve transformar sua residência em um ambiente propenso para trabalhar, e um projeto de lei em complementos com a ajuda de custo, onde os empregadores ficam obrigados a determinar no contrato sobre o fornecimento de equipamentos de segurança individuais, levando em conta o tempo em que o *Home Office* irá durar e a periculosidade que a atividade laboral apresenta, respeitando as normas da CLT, bem como, principalmente, as impostas pela Constituição Federal.

Nessa seara, percebe-se que o contemporâneo trabalho científico pontua questão essencial de discussão legislativa quanto ao direito constitucional trabalhista, vez que alguns direitos previstos na Constituição Federal, como o direito social do trabalho, devem ser incrementados e regulados pela legislação infraconstitucional.

Assim, nota-se que sem a devida regulamentação do trabalho remoto nas contratações trabalhistas estar-se-á diante de uma omissão legislativa em que pode ser suscitada, inclusive, em continuidade dessa discussão temática em pesquisas futuras, uma omissão inconstitucional a ser declarada pelo Supremo Tribunal Federal.

Desse modo, a reflexão legislativa acerca da devida regulamentação dos trabalhadores que laboram no ambiente remoto, em home office, é o pontapé inicial da presente pesquisa, contribuindo, assim, para mais discussões a respeito da temática vergastada, bem como produção de soluções à problemática desenhada e ainda sem resposta completa, uma vez que ainda carece de legislação específica que venha a regular por completo tal camada social de trabalhadores.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Tânia Maria de; LUA, Iracema. **O trabalho mudou-se para casa**: trabalho remoto no contexto da pandemia de COVID-19. Revista Brasileira de Saúde Ocupacional [online]. 2021, v., e27. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/2317-6369000030720>>. Epub 03 de Maio de 2021. ISSN 2317-6369. <https://doi.org/10.1590/2317-6369000030720> . Acesso em: 21 de outubro. 2022

BRASIL. **Constituição** (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em:

https://www2.senado.leg.br/bdsf/bistream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf. Acesso em: 20 de abril. 2022..

_____. **Lei 13.467, de 13 de julho de 2017**, artigo 75-A. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nos 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm Acesso em: 20 de abril. 2022.

_____. **Lei nº 12.551, de 15 de dezembro de 2011**. Altera o art. 6º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, para equiparar os efeitos jurídicos da subordinação exercida por meios telemáticos e informatizados à exercida por meios pessoais e diretos. Brasília, 15 de dezembro de 2011; 190º da Independência e 123º da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12551.htm Acesso: 28 de abril. 2022.

BRIDI, Maria Aparecida *et al.* **O trabalho remoto/home-office no contexto da pandemia covid-19**. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, Grupo de Estudos Trabalho e Sociedade, 2020. Disponível em:

https://www.eco.unicamp.br/remir/images/Artigos_2020/ARTIGO_REMIR.pdf. Acesso em: 18 de abril. 2022.

CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa; JORGE NETO, Francisco Ferreira. **A tecnológica, o teletrabalho e a reforma trabalhista**. Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, v. 8, n. 75, p. 112-124, fev. 2019. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/152291/2019_cavalcante_jouberto_tecnologica_teletrabalho.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 01/05/2022.

DELGADO, Maurício Goldinho. **Curso de direito do trabalho**. 16. São Paulo: Ltr, 2017.

JOÃO, Paulo Sergio; GAGGINI, Natália Biondi. **Home office e teletrabalho: a importância da adequação terminológica**. Revista Consultor Jurídico, 10 de julho de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-10/joao-gaggini-sobre-home-office-teletrabalho>. Acesso em: 03 de maio. 2022.

KREIN, José Dari. *Et al.* **Flexibilização das relações de trabalho: insegurança para os trabalhadores**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, Campinas, n. 52, p. 41-66, jan./jun. 2018. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.1278/141969/2018_krein_jose_dari_flexibilizacao_relacoes.pdf?sequence=1&isAllowed=y Acesso em: 18 de abril. 2022.

PICCOLO, Natália. JusBrasil. **Teletrabalho:** Reforma Trabalhista. Disponível em: <http://nataliapiccolo.jusbrasil.com.br/artigos/549403098/teletrabalho-reforma-trabalhista>. Acesso em: 01 de maio. 2022.

ROCHA, Cháris Telles Martins da; AMADOR, Fernanda Spanier. **O teletrabalho:** conceituação e questões para análise. Cadernos EBAPE.BR [online]. 2018, v. 16, n. 1, pp. 152-162. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/1679-395154516>>. Epub Jan-Mar 2018. ISSN 1679-3951. <https://doi.org/10.1590/1679-395154516> . Acesso em: 15 de outubro. 2022.

SERRA, Paulo. **O teletrabalho:** conceito e implicações. 1996. Disponível em: <Disponível em: http://www.bocc.ubi.pt/pag/jpserra_teletrabalho.pdf >. Acesso em : 08 de outubro. 2022

SOUZA, Katia Reis et al. **Trabalho remoto, saúde docente e greve virtual em cenário de pandemia.** Trab Educ Saúde. 2021;19:e00309141. <http://dx.doi.org/10.1590/1981-7746-sol00309>. Acesso em: 28 de setembro. 2022.

TOMÉ, Fabiana Del Padre. **Linguagem no direito.** Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/68/edicao-1/linguagem-no-direito> Acesso:03 de maio. 2022.

EUTANÁSIA: UMA MORTE DIGNA

SEULISVAN PEREIRA DE SOUSA:

Bacharelado em Direito pela
Universidade de Gurupi – UnirG.

FLÁVIA GONÇALVES BARROS⁴⁸.

(orientadora)

RESUMO: O presente estudo teve como finalidade abordar os aspectos jurídicos e psicológicos acerca da eutanásia, tema cada vez mais estudado, visto os constantes casos apresentados na prática dentro do núcleo familiar, discorrendo também as suas particularidades. Após uma abordagem histórica da modernização do conceito de eutanásia, dissertou-se sobre o atual quadro legislativo a respeito do tema, apresentando novos projetos que incluem a eutanásia no ordenamento jurídico pátrio. Acrescenta-se a isso, a abordagem sobre a legislação em outros países, além das consequências de sua autorização. Na metodologia, tratou-se de uma revisão da literatura, a partir de livros e periódicos, nacionais e internacionais, para melhor descrever, argumentar e delinear os objetivos da pesquisa. Nos resultados, mostrou-se inicialmente que no Brasil o atual Código Penal não tipifica a prática da eutanásia, o mais próximo que chegamos é o tratamento privilegiado tipificado no art. 121, §1º, homicídio privilegiado. Por outro lado, temos os familiares e profissionais de saúde, que convivem com o sofrimento do enfermo em estado terminal, tendo os médicos o dever legal de zelar pela vida, fazendo-se obedecer ao seu juramento.

Palavras-chave: Morte. Dignidade. Eutanásia. Possibilidade Jurídica.

ABSTRACT: The present study aimed to address the legal and psychological aspects of euthanasia, an increasingly studied topic, given the constant cases presented in practice within the family nucleus, also discussing its particularities. After a historical approach to the modernization of the concept of euthanasia, the current legislative framework on the subject was discussed, presenting new projects that include euthanasia in the national legal system. Added to this, the approach to legislation in other countries, in addition to the consequences of its authorization. In terms of methodology, it was a literature review, based on national and international books and periodicals, to better describe, argue and outline the research objectives. In the results, it was initially shown that in Brazil the current Penal Code does not typify the practice of euthanasia, the closest we come is the privileged treatment typified in art. 121, §1, privileged homicide. On the other hand, we have family members and health professionals, who live with the suffering of the terminally ill, and doctors have a legal duty to care for life, making them obey their oath.

Keywords: Death. Dignity. Euthanasia. Legal Possibility.

⁴⁸ Docente do Curso de Direito da Universidade de Gurupi – UnirG.

Sumário: 1. Introdução. 2. Metodologia. 3. Vida e morte: Aspectos gerais. 4. Da eutanásia. 5. A eutanásia no Direito brasileiro: apontamentos. 6. Considerações Finais. 7. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

A vida é o bem mais precioso dos seres humanos. É o maior patrimônio a que se tutela no Direito e no indivíduo. Tal importância se deve pelo simples fato de que sem vida não há existência humana, e, portanto, não há direito. O Direito, enquanto ciência social, em sua natureza jurídica possui o foco no indivíduo, seja ele de forma individualizada ou no meio social (SOUSA, 2019).

Dessa forma, tendo a vida como um dos elementos mais protegidos pelo Direito, é natural que a prática de dispor da própria vida seja algo controverso e polêmico. Nesse sentido, o presente trabalho apresenta a eutanásia, que vem a ser a prática acima mencionada, ou seja, abrir mão de viver (SANTOS, 2019). Entretanto, insta salientar, que a prática da eutanásia estudada, só deve ocorrer em casos extremos, onde o indivíduo já não mais possui condições de continuar a viver, como os terminais, por exemplo.

Ao tratar do tema da eutanásia, discorreu-se não apenas o aspecto positivo e principiológico, mas acima de tudo, o aspecto humano, no olhar ao próximo. Um dos pontos debatidos é as diferentes correntes doutrinárias que guerreiam sobre a eutanásia, onde de um lado estão os que são contrários à sua prática, baseados em conceitos jurídicos e religiosos e do outro os que aceitam a prática como forma de aliviar a dor e o sofrimento do enfermo (OLIVEIRA et al., 2019).

A escolha do tema vem da urgência de tratar as consequências trazidas na esfera física e mental ao paciente que em determinada situação de dor agonizante e de incurável recuperação, já não mais alimenta esperança em continuar vivendo, preferindo a morte, não a vendo como uma sentença, mas como um alento. As consequências dessa situação também respingam na sociedade, principalmente nos familiares e nos médicos.

Dentro do ordenamento jurídico brasileiro, a prática da eutanásia é proibida, ainda que não esteja explícita a sua ação. No regimento pátrio, a mesma é tratada como homicídio, e em alguns casos, como auxílio ao suicídio, sendo penalizados aqueles que direta ou indiretamente concorrem com a sua prática (CUNHA JÚNIOR, 2017).

Diante disso, esse estudo teve o objetivo a seguinte problemática: quais os efeitos jurídicos e sociais da eutanásia no Brasil? Com isso, buscou-se nessa pesquisa analisar as consequências jurídicas e sociais da eutanásia em solo brasileiro.

2. METODOLOGIA

A metodologia utilizada para a realização do presente estudo se pautou no método indutivo e qualitativo. Caracterizada como uma revisão de literatura, a pesquisa bibliográfica foi feita através de leituras das leis, da Constituição Federal, de revistas jurídicas, de livros e artigos científicos relacionados ao tema proposto.

A presente pesquisa foi realizada mediante o levantamento de documentos. Assim, a coleta de dados é resultado de uma busca feita em bases de dados, tais como: Scielo; Google, dentre outros, no mês de novembro de 2022.

3. VIDA E MORTE: ASPECTOS GERAIS

Antes de se adentrar no tema, objetivo desse estudo, é necessário tecer algumas linhas a respeito da vida e seus conceitos. A vida, em termos conceituais, está inteiramente ligada ao ser humano, sem o qual não existiria. É o que dá ao indivíduo toda a gama de possuir diversas experiências. Nesse sentido, cita-se:

Ao se tratar da morte, devemos explanar sobre a vida que pode-se definir fisiologicamente como um aglomerado protéico que se mantém ativo pela queima de Adenosina Tri-Fosfatada [ATP] obtida numa reação química em que o oxigênio é absorvido e o gás carbônico liberado. Outra forma de defini-la seria referir-se aos seres fotossintetizantes que obtêm a energia do sol, absorvem gás carbônico e liberam oxigênio, sendo que nenhuma destas definições, obviamente, é suficiente para definir a vida humana (GUIMARÃES et al., 2018, p. 14).

Não se pode aferir que a vida humana é apenas uma luz em energia, muito menos uma queima de ATP. O seu conceito definitivo não é existente, tendo várias definições espalhadas em várias ciências. Pode ser definido também como um sistema químico autossustentável ou uma evolução darwiniana (TABET; GARRAFA, 2018).

Assim, ao se falar em eutanásia, que está ligada à morte, é necessário antes de tudo, falar da vida, afinal não existe morte sem vida. Todo e qualquer ser humano precisa da vida (esta propriedade ainda não definida plenamente) para fazer tudo o que lhe é característico: andar, respirar, trabalhar, sorrir, pular, etc. sem ela nada se faz, nada se evolui. O contrário da vida é a morte, onde tudo acaba, onde é o fim. Pode-se dizer então que a eutanásia é o antônimo da vida, pois se remete diretamente à morte (MENDES et al., 2020).

Decerto, a vida é um dos valores mais impregnados ao ser humano. Sua origem ainda é desconhecida, mas pode-se dizer que vem da natureza. No âmbito nacional, a Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, *caput*, contempla direitos e garantias fundamentais, como a liberdade, a igualdade, a segurança e principalmente à vida (BRASIL, 1988).

Nota-se que o direito à vida é amplamente difundido em outros artigos da própria Constituição. Isso se deve ao fato de que é pelo direito à vida que derivam todos os demais direitos. Aqui, o direito à vida, não deve ser desrespeitado, pois é regido pelos princípios da inviolabilidade e irrenunciabilidade, também inseridos na Constituição. Martins (2021, p. 10), sob esse aspecto afirma que "o direito à vida tem um conteúdo positivo que impede configurá-lo como o direito de liberdade que inclua o direito à própria morte".

Assim, analisando de forma constitucional, o indivíduo não pode renunciar tal direito e nem almejar a sua morte, visto que o homem tem direito à vida e não sobre a vida. Para Dadalto (2019, p. 08) “o direito à vida, previsto de forma genérica no art. 5º, caput, abrange tanto o direito de não ser morto, privado da vida, portanto, o direito de continuar vivo, como também o direito de ter uma vida digna”. Ao Estado cabe assegurar esse direito, dando subsistência para a sua manutenção.

Acrescenta-se também que nenhum princípio constitucional deve se sobrepor sobre o outro, ou seja, não há hierarquia entre os princípios inseridos na Constituição. É necessário que se tenha a harmonia entre eles. Todavia, em alguns casos, principalmente em relação ao tema aqui estudado, esses direitos e garantias fundamentais, regidos pelos princípios constitucionais, entram em atrito, causando uma desordem principiológica constitucional. Angeluci (2019, p. 22) enfatiza sobre esse aspecto:

Os direitos e garantias fundamentais, algumas vezes, podem apresentar colisão entre si, entretanto sua harmonização deve ser perseguida e para tanto se deve aplicar o princípio da proporcionalidade de forma a que nenhum desses direitos e garantias seja totalmente aniquilado para preservação de outro. As restrições que venham a ser aplicadas em relação a um direito em favor de outro devem ser proporcionais, adequadas e razoáveis.

Nos dias atuais o conceito de vida e a tudo a que se refere a ela, vem se modificando, ao passo que se tem novas interpretações quanto ao seu alcance. Desde que se concebeu a vida como valor, sua lógica passou a ter diversas nuances, sendo caracterizada em acordo com cada povo. Anterior a isso, o que existia era a origem dos seres humanos e a sua sociedade. Não existia o direito à vida, e sim uma proteção natural de cada indivíduo de protegê-la para a sua sobrevivência (GUIMARÃES et al., 2018).

Com a evolução da medicina e da biotecnologia, a visão conceitual sobre a vida foi se modificando, tanto que hoje a vida não é descrita apenas como um simples respirar, andar ou a garantia da “batida do coração”. Vai, além disso, chegando-se às discussões em relação à sua qualidade e dignidade (SOUSA, 2019).

No tempo atual, a vida não está apenas ligada ao sentido biológico do ser humano, mas sim preservando a qualidade de vida do indivíduo. O ser humano, possui diversas dimensões, que não apenas a biológica, de forma que o critério da qualidade de vida vem ajudar não apenas o acesso à vida, mas também da pessoa em sua totalidade (SANTOS, 2019).

Ao expandir o conceito de vida, dá-se ao indivíduo o poder de liberdade e de dignidade em relação a sua própria vida. Para se ter uma vida, no seu sentido maior, é necessário que ela seja plena, o que implica afirmar que se é preciso se ter saúde, se ter condições normais de usufruí-la, caso contrário, não se caracteriza vida e sim um estado vegetativo e degradante de sobrevivência (MENDES et al., 2020).

Como já mencionado, a morte é o contrário da vida, pois com a sua chegada, põe-se fim a vida. O filósofo Hipócrates (500 a. C) definiu o instante da morte em sua obra *De morbis*, 2º livro,

parte 5: “testa enrugada e árida, olhos cavos, nariz saliente, cercado de coloração escura. Têmporas deprimidas, queixo franzido e endurecido, fisionomia nitidamente conturbada e irreconhecível” (*apud* BARROSO; MARTEL, 2018 p. 247).

Em termos conceituais a morte é a paralisação das funções cerebrais (MARTINS, 2021). Porém, em tempos remotos a morte era caracterizada pela paralisação da função cardíaca e respiratória, o que já foi excluído de sua definição. Na grande maioria dos países, o médico é o responsável pela detecção da morte, podendo utilizar critérios já estabelecidos pela Medicina para garantir a sua certeza. Também é preciso se constatar a cessação em definitivo das funções espontâneas cardíacas e respiratórias, além da função cerebral (SANTOS, 2019).

4 DA EUTANÁSIA

A eutanásia passou por diversos períodos históricos. Seja pelos povos celtas, pela Índia e principalmente pelos gregos, de onde vem a sua origem. Nesses locais, era comum a pessoa dispor da própria vida. Filósofos e pensadores como Platão já discutiam sobre o tema. Em sua obra “República”, por exemplo, Platão retrata a eutanásia como um ato justificável, onde inclusive defendia a morte de doentes e de idosos. Sócrates, outro importante pensador, defendia a eutanásia baseado no enorme sofrimento que determinada doença poderia causar (GOMES et al., 2019).

Zanatta et al. (2020) nos explica que a igreja, desde o princípio sempre renegou a prática da eutanásia, pois ia em oposição às leis de Deus, a lei natural. Para a Igreja, a vida deve sempre prevalecer em qualquer circunstância, em qualquer situação, não permitindo tirá-la ou auxiliar a sua retirada. Sendo assim, a Igreja é uma das grandes opositoras da prática da eutanásia.

Ao abordar esse fato, Dadalto (2019) acentua que a Igreja, em especial a Católica, repudia veemente qualquer manifestação de vontade na prática de tal ato. Diversos membros da Igreja Católica inclusive criticam países que permitem a eutanásia em hospitais ou em outros locais, alegando que nenhuma lei pode tornar lícito algo que é intrinsecamente ilícito.

A evolução histórica da eutanásia data do século XVII. Criada pelo filósofo inglês Francis Bacon, em 1623, a palavra é a junção do vocábulo grego *eu* (bem ou boa) com *thanasia* (morte). Assim, a eutanásia significa “boa morte”, que em outras palavras se caracteriza como uma morte calma, piedosa, humanitária e tranquila. Para Francis Bacon a eutanásia é um tratamento para doenças incuráveis (BARBOSA; LOSURDO, 2018).

Posterior a Francis Bacon, diversos autores definiram o significado da eutanásia. Para Martins (2021, p. 12) a eutanásia é aquele ato em virtude do qual “uma pessoa dá morte a outra, enferma e parecendo incurável, ou a seres acidentados que padecem, a seu rogo ou requerimento e sob impulsos de exacerbado sentimento de piedade e humanidade”.

Nas palavras de Zanatta et al. (2020, p. 14) o conceito de eutanásia pode ser entendido como “morte que alguém proporciona a uma pessoa que padece de uma enfermidade incurável ou muito penosa, e a tende a extinguir a agonia demasiada cruel ou prolongada”.

Para Mendes et al. (2020, p. 20) o conceito de eutanásia é “aquela morte que alguém dá a outrem que sofre de uma enfermidade incurável, a seu próprio requerimento, para abreviar a agonia muito grande e dolorosa”.

Em termos gerais, a eutanásia surge a partir de uma situação agravante decorrente de uma doença ou ação (um acidente, por exemplo) em que o indivíduo não mais tem condições de ter uma vida plena. É quando não se tem mais opções para continuar vivendo (ANGELUCI, 2019).

É preciso salientar que a eutanásia é diferente do suicídio. Como explicam Rechmann, Rechmann e Martins (2018) a eutanásia é a destruição da própria vida diretamente pelo sujeito interessado, através de uma ação ou de omissão voluntária, independentemente do seu estado de saúde (pode ser ou não doente terminal). No suicídio o sujeito age pelas próprias mãos, enquanto que na eutanásia o sujeito não age sozinho, solicitando a outra pessoa que o auxilie para ter uma “boa morte” em razão do seu estado de saúde muito débil que o levará inevitavelmente à morte.

Dessa forma, a eutanásia representa o fim consciente da morte de um indivíduo. Não se comete suicídio ou homicídio (apesar de a legislação brasileira o considerar como sendo um), e sim uma ponte mais solidária para a morte frente ao sofrimento humano (SANTOS, 2019).

A prática da eutanásia, ainda que feita em várias localidades, representa um ponto importante de decisão de um enfermo e principalmente pela família. A sua decisão afeta não somente o paciente, mas desencadeia uma série de opiniões, como, além da família, os médicos, a sociedade, entre outros.

Existem diversas classificações e tipos que compõem a eutanásia. Variados autores a ramificam dando uma diferenciação característica a cada uma delas. Para esse estudo, apresenta-se a seguinte classificação:

QUADRO 1 – Classificação da Eutanásia

Quanto ao tipo de ação	<i>Eutanásia ativa:</i> o ato deliberado de provocar a morte sem sofrimento do paciente, por fins misericordiosos.
	<i>Eutanásia passiva ou indireta:</i> a morte do paciente ocorre dentro de um quadro terminal, ou porque não se inicia uma ação médica ou porque há interrupção de uma medida extraordinária, com o objetivo de minorar o sofrimento

	<i>Eutanásia de duplo efeito:</i> a morte é acelerada como uma consequência indireta das ações médicas que são executadas visando ao alívio do sofrimento de um paciente termina.
Quanto ao consentimento do paciente	<i>Eutanásia voluntária:</i> quando a morte é provocada atendendo a uma vontade do paciente.
	<i>Eutanásia involuntária:</i> quando a morte é provocada contra a vontade do paciente.
	<i>Eutanásia não voluntária:</i> quando a morte é provocada sem que o paciente tivesse manifestado sua posição em relação a ela.

Fonte: Oliveira et al. (2019, p. 02).

Grande parte da doutrina faz a ligação da eutanásia passiva ou por omissão com a Ortotanásia. Em linhas conceituais a ortotanásia (orto – correto, tempo certo) é a “deliberada abstenção ou interrupção do emprego dos recursos utilizados para a manutenção artificial das funções vitais do enfermo terminal, deixando assim que ele morra naturalmente” (GUIMARÃES, 2018, p. 14).

Acrescenta-se também que a omissão reside em prolongar a vida do indivíduo utilizando-se de meios para tal tarefa, enquanto que na ortotanásia, reside na discussão da legitimidade de se continuar o tratamento que mantém artificialmente vivo o paciente (GUIMARÃES, 2018).

Além da ortotanásia, encontra-se a Distanásia. Nas palavras de Henrique Viana Bandeira Moraes (2012):

Em franca oposição ao conceito de eutanásia, a distanásia (do grego DIS, afastamento, e THANATOS, morte) consiste no emprego de recursos médicos com o objetivo de prolongar ao máximo a vida humana. Em realidade, a distanásia deve ser entendida como o ato de prostrar o processo de falecimento iminente em que se encontra o paciente terminal, vez que implica um tratamento extraordinário. Assim, à luz das reflexões expostas, pode-se argumentar que enquanto a eutanásia provoca a morte antes da hora, erra a distanásia, por outro lado, por não conseguir discernir o momento em que as intervenções terapêuticas se tornam inúteis e

quando se deve deixar a pessoa abraçar em paz a morte como desfecho natural da vida. Neste comportamento, o grande valor que se procura proteger é a vida humana (MORAES, 2012, p. 04).

Além da Eutanásia, da Ortotanásia e da Distanásia, encontra-se também a Mistanásia. Em suas palavras, conceituam-na Tabet e Garrafa (2018, p. 10) como a morte miserável, fora e antes da hora onde se focaliza as situações: a grande massa de doentes que, "por motivos políticos, sociais e econômicos, não chegam a ser pacientes, pois não conseguem ingressar efetivamente no sistema de atendimento médico, os doentes vítimas de erro médico, etc."

Feitas tais classificações, pode-se resumir a eutanásia como aquela morte que alguém dá a outrem em decorrência de uma enfermidade eterna, incurável e progressiva. O ato de morrer, como mencionado em tópico anterior, é algo certo em qualquer indivíduo, visto que todos irão morrer algum dia. Entretanto, em casos excepcionais, como na eutanásia, a morte é algo não apenas natural, mas necessário.

5. A EUTANÁSIA NO DIREITO BRASILEIRO: APONTAMENTOS

O Direito no que tange ao tema por ora estudado, deve caminhar ao lado do avanço que a eutanásia vem sofrendo, principalmente no aspecto teórico-racional. Apesar de ser um tema polêmico e controverso, existem hoje duas correntes (os que defendem a prática da eutanásia e os que são contrários à sua prática) que não se dialogam para se buscar uma solução imediata.

Os estudiosos que defendem a eutanásia alegam que existem certas situações, certos diagnósticos que são irreversíveis, ou seja, já não se tem chances de mudar. O prolongamento do paciente pode levá-lo a um sofrimento terrível e que não lhe trará nenhum bem e nem irá melhorar a sua qualidade de vida (OLIVEIRA et al., 2019). Nessa corrente, servem as palavras de Cunha Junior (2017) que apoiando a eutanásia, aduz que:

- a) toda vida gravemente tolhida em suas manifestações por padecimento físico ou moral carece de valor;
- b) nessas hipóteses, pode acrescentar gravame injusto para a família e para a sociedade, por exemplo, ocupando leitos hospitalares;
- c) se a situação é irreversível, não há porque lutar contra o que as próprias forças da ciência revelam-se imponentes;
- d) o interessado tem direito à morte condigna;
- e) os que admitem a forma eugênica ainda dizem que a mesma atenuaria, na vida social, a proliferação das mazelas da população eliminada, evitando o "mau exemplo" (no caso dos criminosos) e a propagação genética.

Além desses fatores mencionados acima pelo autor, é preciso também verificar outros, como por exemplo, a realização da eutanásia juntamente com o consentimento do paciente e dos

membros da família, possuir um atestado médico contendo em seu conteúdo a inevitabilidade da morte, entre outros (CUNHA JUNIOR, 2017).

No inverso da corrente favorável, encontram-se aqueles que são absolutamente contrários à prática da eutanásia, alegando que a vida é maior que qualquer conceito ou outra coisa, sendo assim indisponível. Nessa esfera, estão os argumentos de Guilherme de Souza Nucci (2015):

- a) a santidade da vida humana, sob os aspectos religiosos e da convivência social;
- b) a eutanásia voluntária abriria espaço para a involuntária;
- c) poderia haver abuso de médicos e familiares, por interesses escusos;
- d) pode ter havido erro no diagnóstico;
- e) possibilidade de surgimento de novos medicamentos para combater o mal;
- f) possibilidade de reações orgânicas do paciente (tidas como milagres) que restabeleçam o enfermo.

(NUCCI, 2015, p. 494)

Como se verifica, a eutanásia é um tema que ainda causa controvérsias, sendo difícil um entendimento totalitário da sua prática. Insta salientar que a prática da eutanásia só é utilizada quando se encontra um quadro alarmante e irreversível de um paciente, praticando-a a fim de sanar o sofrimento e a dor do próprio paciente (BARBOSA; LOSURDO, 2018).

Licurzi (1934) em sua obra "O Direito de Matar – da Eutanásia à Pena de Morte", defende ferozmente a prática da eutanásia, utilizando argumentos lógicos e citando até as religiões de maneira geral. Em suas palavras:

A última vitória da medicina – frente a sua impotência científica – quando é impossível triunfar sobre o mal incurável, será adormecer o agonizante na tranquila sonolência medicamentosa que leva ao letargo e à morte total, suavemente. Será uma bem triste vitória, em verdade, porém, por seu conteúdo de altruísmo, sua profunda generosidade humana, chega a adquirir o valor das vitórias espirituais de uma religião (LICURZI, 1934 *apud* REIS; OLIVEIRA, 2019, p. 09).

Em contrapartida, Silva e Souza (2022), em posição contrária, argumentam que não existe direito de matar e nem o de morrer. Para os autores, a vida, além de ser um direito inerente ao indivíduo, apresenta também uma função social, não podendo a ciência exterminá-la, mas lutar contra o seu extermínio.

Em que pesem essas correntes diversas, a grande maioria doutrinária vai de acordo com a linha de pensamento apresentado favorável à prática da eutanásia, vide a terrível situação a qual uma pessoa pode chegar, onde em muitos casos o próprio indivíduo pede que a mesma seja realizada, pois reconhece não haver mais solução, tornando-se assim inútil a si mesmo e aos outros. Em casos assim, onde não exista uma solução palpável, é natural que não se queira prolongar uma vida que já não se encontra caracterizada como tal (SANTOS, 2019).

As leis brasileiras não trazem uma tipificação específica acerca da eutanásia. Dessa forma, a eutanásia não é propriamente lecionada no ordenamento jurídico pátrio. Sua ação, porém, pode ser feita analogicamente ao Código Penal que tipificou alguns crimes aos quais a eutanásia pode ser inserida.

Em seu processo histórico legislativo, a prática da eutanásia nunca foi de fato mencionada, mas sempre esteve ligada ao homicídio. Tem-se, por exemplo, o Código Criminal do Império (1830) e o Código Penal Republicano, mediante Decreto 847, de 11 de outubro de 1890, que em seus textos não contempla o *homicídio cariativo*, mas que em seu artigo 26, c, afirma que não se exclui a intenção criminosa, mesmo diante da concordância da vítima.

Na Consolidação das Leis Penais, o atual Código Penal, em nada modificou a posição adotada anteriormente, não especificando a eutanásia em seus artigos. No mesmo Código também não estabeleceu atenuante genérica relacionada ao tema aqui estudado, e nem qualquer outro benefício.

Dessa maneira, a eutanásia no cenário penal atual, é considerada crime, mesmo não se utilizando a sua nomenclatura. É um ilícito penal, tipificado nos artigos, 121, § 1º, art. 13, § 2º, b, art. 122, art. 146, § 3º, I, entre outros, todos inseridos no Código Penal Brasileiro.

Assim, situa a doutrina o ato eutanásico no art. 121, §1º CP ante a omissão do CP em especificá-la, adequando-o ao tipo homicídio privilegiado, quando praticado por motivo piedoso e para o qual o consentimento do paciente não teria relevância, pois não exclui a ilicitude da conduta (MORAES, 2012, p. 08).

Diante disso, mesmo que a vítima concorde com a prática da eutanásia, o agente é penalizado, pois tal consentimento é indiferente e irrelevante, não retirando a ilicitude da conduta do médico, por exemplo, ainda mais porque a manifestação do paciente não tem previsão legal como causa de exclusão da tipicidade da conduta (BARROSO; MARTEL, 2018).

Dadalto (2019, p. 22) explica que as diversas formas de eutanásia recebem tratamento diferenciado na seara penal. Assim é que a eutanásia pura ou genuína é "penalmente atípica, uma vez que se enquadra dentro dos deveres de atuação do médico, já que sua missão não se limita a curar apenas, mas também abrange o dever de aliviar a dor". Em sentido contrário, a omissão de cuidados essenciais por parte do médico implicaria infração do dever de agir derivado da posição de garante por ele ocupada – art. 13, §2º, b do CP.

Como a eutanásia é caracterizada como homicídio, mas capitulada como homicídio privilegiado (art. 121, § 1º), o próprio texto do artigo afirma a possibilidade do crime ser cometido devido à relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção. Sobre o valor moral, comenta Angeluci (2019, p. 12): diz respeito a “sentimentos pessoais do agente aprovados pela moral médica como piedade, compaixão, etc. A própria exposição de motivos do Código Penal cita a eutanásia como exemplo de homicídio cometido por relevante valor moral”.

Ainda sob esse enfoque, apresenta-se a seguinte situação:

Em uma hipótese em que o pai ao ver o sofrimento de seu filho que encontra-se em estado terminal de uma severa patologia, sem qualquer meio para lhe proporcionar um tratamento digno, e ainda, diante da inoperância do estado, que deveria mas não prove de forma eficaz a saúde pública, acaba por praticar a eutanásia em seu filho, poderia esse gozar desta causa de diminuição de pena (ZANATTA et al., 2020, p. 35).

Além disso, a eutanásia pode ser colocada dentro do art. 122 do CP, onde se tem o induzimento, a instigação ou auxílio ao suicídio. Cumpre salientar que não há no ordenamento jurídico brasileiro a previsão de punição para quem tenta, a próprio punho, pôr fim a sua vida. No entanto, para aqueles que auxiliam nessa prática, existe punição na esfera criminal. Ainda, importante referir que nesse crime, quem executa o suicídio é vítima e quem o induz ou auxilia é o autor do delito (CUNHA JUNIOR, 2017).

Sabe-se que existem projetos para a mudança do Código Penal em vigor. Inicialmente, cita-se o Projeto de Lei 125/96, que foi criado desde 1995. O projeto estabelece critérios para a legalização da eutanásia, qualificando-a como uma “morte sem dor”. Ainda no texto do projeto, tem-se a possibilidade de que pessoas que tenham um grande sofrimento físico ou psíquico possam solicitar procedimentos que ajudem a eliminar a dor através da morte (BRASIL, 1996).

Há ainda o Projeto de Lei nº 236/2012 que busca tipificar a eutanásia como um delito autônomo e não mais como forma privilegiada de homicídio. Por meio do seu texto, assim, a prática da eutanásia passará a ser tipificada como uma modalidade autônoma de delito, por meio do art. 122 do novo código, com previsão de pena de prisão de dois a quatro anos ao agente (BRASIL, 2012).

Apesar dessas iniciativas legislativas de regular a eutanásia, até o momento presente não há uma norma específica que regule a sua prática. No entanto, para que esses procedimentos, será necessária a autorização de uma junta médica, formada por pelo menos cinco membros, sendo dois especialistas na causa do problema do paciente. Em caso de impossibilidade por parte do solicitante de extenuar a sua vontade, pode um membro da família ou um amigo pedir autorização judicial para a concessão do procedimento.

No Direito Comparado, países da América Latina, em sua maioria, encaram a eutanásia como forma de homicídio privilegiado. Países como Colômbia, Costa Rica, Cuba, Bolívia e Uruguai

tratam da prática da eutanásia como sendo um ato criminoso, cuja pena não se restringe apenas aos médicos, mas a qualquer pessoa que de alguma forma tenha auxiliado na sua execução (SOUSA, 2019).

Em terras europeias, a realidade encontrada no que se refere à eutanásia é mais avançada, tendo inclusive países permitindo expressamente a sua prática. Em determinados territórios europeus, como a Inglaterra, a Holanda, a Suíça, a Noruega, a Itália, entre outros, pode-se encontrar a liberação da prática da eutanásia ou encontrar penas mais atenuadas e benevolentes (SOUSA, 2019).

A título de exemplo, a Holanda foi pioneira no sentido jurídico no tratamento dado à eutanásia. Este país se tornou em 10 de abril de 2001 na primeira nação mundial a inserir a eutanásia na legislação, dando permissão a sua prática (GOMES et al., 2019).

Um dos casos mais famosos do uso da eutanásia para abreviar a própria vida ocorreu na Espanha, em 1998. A história real de Ramón Sampedro pela luta da sua vontade de morrer percorreu o mundo, tornada em filme, dirigido por Alejandro Amenábar e com atuação do ator Javier Bardem interpretando o protagonista. Sua história é até hoje lembrada como símbolo da eutanásia, a saber:

Trata-se da história real de Ramón Sampedro, interpretado pelo ator Javier Bardem, um jovem marinheiro espanhol, que aos vinte anos de idade já havia viajado por todo o mundo. Ramón era um homem totalmente saudável e inteligente que em decorrência de um mergulho realizado em águas muito rasas, tornou-se paraplégico, perdendo todos os movimentos do pescoço para baixo, tornou-se um símbolo da luta pela morte. Farto de estar há 29 anos preso numa cama, queria morrer, queria que o ajudassem a morrer. Ramón perdeu a batalha contra os tribunais espanhóis para ter o direito de dispor da própria vida, uma vez que precisava de auxílio para tal, em razão de não ter qualquer movimento do pescoço para baixo. Inconformado com a decisão, não desistiu de seu propósito e conseguiu convencer sua amiga, Ramona Maneiro a lhe ajudar a praticar o suicídio. Ramona, por sua vez, lhe alcançou uma dose de cianureto, restando a Ramón, apenas sorver através de um canudo o veneno. Tal fato foi gravado por Ramón. Ramona não sofreu qualquer condenação, uma vez que o código penal espanhol estabelece o prazo prescricional de 5 anos para o caso em tela, uma vez, que o auxílio ao suicídio ocorreu em 1998 e só confessou o crime ao final de 2004 (ROCHA, 2012, p. 03).

Se o caso de Ramón Sampedro ocorresse no Brasil, o seu desfecho seria outro. Ramona Maneiro, sua amiga, poderia ser julgada pela conduta tipificada no art. 122 do Código Penal (auxílio em suicídio). Em caso de condenação, poderia pegar uma pena de reclusão de até 6 anos. Há de se notar o prazo prescricional, com observância do artigo 109 (prescrição antes do trânsito em julgado), tem-se a prescrição em 12 anos para os crimes com pena superior a 4 anos e inferior a 8 anos.

Observe-se que cada país tem a sua própria legislação a respeito da eutanásia, dando margem a várias interpretações para o mesmo caso concreto. Importante frisar, que mesmo sendo um tema ambíguo, a eutanásia é uma prática encontrada em todas as sociedades, sendo feita de forma lícita (autorizada por lei) ou de forma clandestina (ilícita, nos casos em que é proibida a sua prática).

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O evento “morte” é algo complexo, cheio de dilemas éticos e profissionais, carregados de emoções que precisam ser trabalhadas e discutidas a partir de princípios éticos que podem ser resumidos por pequenas palavras, que importam muito ao paciente terminal e a família do paciente, ou seja, palavras estas que significa a dignidade da pessoa humana. A decisão de não prolongar a vida é demasiado complexa, mas o limite para investir está nitidamente ligado à concepção de morte digna.

O norte pelo qual se baseou este estudo é todo referente ao olhar humano, ao olhar do indivíduo em sua totalidade, não ignorando as suas características e seus elementos. Ao lutar pelo direito de dispor da própria existência, o indivíduo em sua essência possui a prerrogativa da liberdade, da igualdade e da escolha, elementos estes também consagrados na Constituição Brasileira.

Ao se deparar com um quadro de imobilidade e penúria, qualquer ser humano desejaria não mais continuar em tal situação. A morte aqui não seria apenas uma coisa natural, seria a solução, seria o fim de muito sofrimento. E quando se fala em sofrimento, se fala em todos os seus aspectos, sendo eles os físicos, os emocionais, os psicológicos, etc.

Ao colocar o tema da eutanásia no centro da discussão, abre-se uma porta para que o debate a seu respeito seja feito de forma consciente, olhando-se para todas as partes envolvidas, e não apenas no sentido egoístico, objetivando apenas a sociedade e a opinião pública. Ninguém melhor que o paciente para compreender a situação que se encontra e os obstáculos dela advindos.

Neste diapasão, mesmo hoje sendo proibida no Brasil, a Eutanásia pode ser considerada uma “morte misericordiosa” e possivelmente aceitável, quando em casos que houve morte cerebral e/ou encefálica.

Essa temática também deve ser vista pelo viés social. Não se pode admitir que um doente em fase terminal, por exemplo, permaneça em sofrimento agonizante e atroz e sem possibilidade ou chance de melhor por tempo indeterminado. Tal situação representa isso sim, um ato desumano e egoístico. A decisão de antecipar a morte está diretamente ligada ao direito de autodeterminação da vida.

Além disso, a realidade da saúde brasileira nos dias de hoje é alarmante e preocupante. Milhares de doentes são excluídos e não tem o devido tratamento adequado e de qualidade, isso

quando conseguem serem atendidos, ficando em muitos casos sem acesso aos sistemas públicos e particulares de saúde.

Diante desse quadro, a prática da eutanásia acaba sendo feita de forma clandestina. Como não é permitida a sua prática, muitos médicos encaram a realidade social fazendo-a de forma velada, mascarada e sem estrutura, visto que os recursos públicos de saúde muitas vezes não chegam ao seu destino final.

Frente a essa realidade, é nítido constatar que a visão que se tem da eutanásia deve ser modificada. Não se mata um indivíduo, pelo contrário. Concede a ele uma morte digna e respeitosa, coerente com a vida que um dia já teve. Não se pratica o homicídio, até porque a intenção primordial, nesses casos, é garantir que o paciente morra com tranquilidade, com respeito e dignidade.

A situação da eutanásia no futuro é incerta, mas caminha a passos lentos para que seja regulada de forma adequada, pois o direito não pode fechar os olhos para essa realidade que sempre bate à sua porta. A autonomia do indivíduo deve ser sempre respeitada, não importando a sua classe social, etnia ou nível de escolaridade.

Estar em um estado vegetativo ou com uma moléstia grave e incurável, impossibilitando qualquer movimento corporal, não é viver de forma digna. Determinar que o indivíduo permaneça nesse quadro de forma prolongada e sem prazo certo, é ainda mais errado, ferindo o princípio da dignidade da pessoa humana, que protege o indivíduo em todas as suas formas.

Não obstante a isso, a eutanásia está intrinsecamente ligada à autonomia da pessoa. Todo indivíduo é um ser autônomo, detentor do poder de escolha, como já estudado aqui. Portanto, todo indivíduo tem o direito de escolher se quer ou não continuar no quadro incurável e sofrível ao qual se encontra.

Desta forma, é possível entender que a Eutanásia possui o intuito de amenizar o sofrimento de pacientes vítimas de doenças incuráveis ou até mesmo em fases terminais de suas vidas, sendo passível o entendimento dos médicos nestas situações quando se trata de findar uma vida "sem vida" para salvar outra vida.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANGELUCI, C. A. **Considerações sobre o existir: as diretivas antecipadas de vontade e a morte digna.** Revista Brasileira de Direito Civil. v. 21, n. 1, 2019.

BARBOSA, Gabriella Sousa da Silva; LOSURDO, Federico. **Eutanásia no Brasil: entre o Código Penal e a dignidade da pessoa humana.** Revista de Investigações Constitucionais. 2018, v. 5, n. 2, pp. 165-186.

BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. **A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida.** Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia, São Paulo, v. 34, n. 1, p. 235-274, 2018.

CUNHA JÚNIOR, D. **Curso de Direito Constitucional**. JusPODIVM, 2017.

DADALTO, Luana. **Morte digna pra quem? O direito fundamental de escolha do próprio fim**. Pensar, Fortaleza, v. 24, n. 3, 2019.

GOMES, André Cruz; SÁ, Bernard Bedim de; SUTANA, Gabriel Moreira; VASCONCELLOS, Higor Amorim de S. **Eutanásia: morte com dignidade x direito a vida**. Jornal Eletrônico Faculdades Integradas Vianna Júnior, 11(1), 17; 2019.

GUIMARÃES, Marcello Ovídio Lopes. **Eutanásia - Novas considerações penais**. 2018. 360 f. Tese (Doutorado do Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

MARTINS, Waléssia Gonçalves. **Eutanásia, distanásia e ortotonásia à luz do direito brasileiro: uma revisão integrativa**. Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande. Sousa – PB, 2021.

MENDES, Ana Cristina; MENDES, Márcio Jean Malheiro; COSTA, Gabriela Hochmuller; PINHEIRO, Valéria Mendes; PIAS, Fagner Cuozzo; SCHMITZ, Amanda Karoline. **A polêmica da Legalização da Eutanásia no Brasil**. Brazilian Journal of Development, 6(10), 2020.

MORAES, Henrique Viana Bandeira. **Da eutanásia no direito comparado e na legislação brasileira**. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23299/da-eutanasia-no-direito-comparado-e-na-legislacao-brasileira#ixzz3E4p0Oqy4>>. Acesso em: 20 nov. 2022.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

OLIVEIRA, Heriberto Brito de Oliveira; OLIVEIRA, Eymard Francisco Brito de; OLIVEIRA, Robertha Zuffo Brito de; OLIVEIRA, Ana Maria Brito de; SANTOS, Maria Elisabeth Rennó de Castro; PAULA E SILVA, João Alfredo de. **Ética e Eutanásia**. J Vasc Br, vol. 2, nº 3, 2019.

RECHMANN, I. S. L.; RECHMANN, I. L.; MARTINS, L.

R. **Algumas situações de terminalidade da vida à luz do direito à morte digna**. Direito Unifacs . n. 211, v.1, p.7, 2018.

REIS, Suelen Agum; OLIVEIRA, Raquel Fonseca. **Os limites entre a defesa do direito à vida e à morte: uma análise atual da eutanásia no Brasil**. Revista de Biodireito e Direito dos Animais. Goiânia, v. 5, n. 1, p. 20-36. Jan/Jun. 2019.

ROCHA, Roger Alves da. **Eutanásia - o direito à boa morte**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 103, ago 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12102&revista_caderno=3>. Acesso em: 20 nov. 2022.

SANTOS, Ingrid. **A eutanásia no Direito Penal brasileiro: a possibilidade da legalização e descriminalização da prática à luz do ordenamento jurídico brasileiro**. 2019. 40f. Monografia (Graduação em Direito). Faculdade de Direito de Vitória, 2019.

SILVA, Antônio José Rodrigues; SOUZA, Paulo Sérgio. **A prática da eutanásia e ordenamento jurídico brasileiro**. Humanidades (Montes Claros), 11(S3); 2022.

SOUSA, Gabriela O. **A eutanásia no Direito Brasileiro: uma análise da legislação mediante a sua prática**. 2019. 52f. Monografia (Graduação em Direito). UFCG, 2019.

TABET, Lívia Penna; GARRAFA, Volnei. **Fim da vida: morte e eutanásia**. Revista Brasileira de Bioética, Brasília. v. 12, p. 116, p. 2018.

ZANATTA, Fernando Nunes et al. **Morte digna: percepção de médicos de hospital de ensino**. Rev. Bioética, v. 28, n. 1, 2020.

UMA ANÁLISE A RESPEITO DO TRABALHO ANÁLOGO AO DE ESCRAVO, ALGUNS MEIOS DE COMBATE E COMO A JUSTIÇA ITINERANTE PODE AUXILIAR SEU ENFRENTAMENTO

MILENA MORAES DA SILVA:

Graduando do Curso de Direito do Centro Universitário FAMETRO.

RESUMO: O trabalho escravo é algo muito antigo no Brasil, porém apesar da escravidão ter sido abolida há 134 anos, infelizmente o trabalho análogo ao de escravo ainda é algo muito presente no Brasil. É a realidade de muitas pessoas que tem seus direitos e garantias, ressaltados na Constituição, totalmente negligenciados e violados. Muitas dessas pessoas entram e saem desse ciclo de escravidão contemporânea. Portanto, a Justiça Itinerante e os outros mecanismos de combate ao trabalho análogo à de escravo são de extrema importância, para o rompimento desse ciclo, bem como a explanação desse tema visando o maior conhecimento da sociedade.

PALAVRAS-CHAVE: Trabalho análogo à de escravo. Escravidão Contemporânea. Acesso à Justiça. Meios de combate. Justiça Itinerante.

ABSTRACT: Slave labor is something very old in Brazil, but despite slavery having been abolished 134 years ago, unfortunately, slave labor is still something very present in Brazil. It is the reality of many people who have their rights and guarantees, set out in the Constitution, totally neglected and violated. Many of these people move in and out of this cycle of contemporary slavery. Therefore, the Itinerant Justice and other mechanisms to combat slave-like labor are extremely important to break this cycle, as well as the explanation of this theme aiming at the greater knowledge of society.

KEYWORDS: Work analogous to slavery. Contemporary Slavery. Access to justice. Combat means. Itinerant Justice.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 O trabalho análogo ao de escravo no Brasil: 2.1 História do trabalho escravo no Brasil: 2.1.1 Início; 2.1.2 Escravização dos povos indígenas; 2.1.3 Escravização da população africana; 2.1.4 O fim a escravidão; 2.2 Diferenças entre as expressões “trabalho escravo” e “trabalho análogo à de escravo”: 2.2.1 Trabalho escravo; 2.2.2 Trabalho análogo à de escravo; 2.2.3 Terminologias que serão utilizadas; 2.3 Tipificação; 2.4 Perfil das vítimas; 2.5 O ciclo do trabalho escravo: 2.5.1 Situação de vulnerabilidade social; 2.5.2 Aliciamento e migração; 2.5.3 Trabalho escravo; 2.5.4 Fuga; 2.5.5 Fiscalização e libertação; 2.5.6 Pagamento referente aos direitos; 2.5.7 O retorno ao ciclo. 3 Da justiça itinerante: 3.1 Do direito ao acesso à justiça; 3.2 História da Justiça Itinerante; 3.3 Tipificação. 4 Os meios de combate: 4.1 A Justiça Itinerante como forma de apoio; 4.2 Do 2º Plano Nacional para Erradicação do Trabalho Escravo: 4.2.1 Ações gerais; 4.2.2 Ações de enfrentamento e repressão; 4.2.3 Ações de reinserção e prevenção; 4.2.4 Ações de informação e capacitação; 4.2.5 Ações específicas de repressão econômica; 4.3 Do Grupo Especial de Fiscalização Móvel – GEFM. 5 Conclusão. 6 Referências.

1 INTRODUÇÃO

Atualmente, quando se pensa em trabalho escravo, muitos projetam em suas memórias os anos de 1550 à 1888, os quais foram os anos em que o Brasil fora um país escravista. Muitos sequer imaginam que isso ainda aconteça e outros não se importam que tal fato ocorra.

Portanto, a importância da realização desse debate acadêmico está em compor subsídios qualificados para que a sociedade entenda melhor e ajude a enfrentar com mais efetividade a questão do trabalho análogo ao de escravo, que muitas vezes parece estar silenciado, porém é a realidade de muitos.

O trabalho análogo à de escravo é claramente uma ofensa à dignidade da pessoa, é uma afronta aos direitos e garantias previstos na Constituição Federal, a prática desse crime está tipificada no art. 149 do Código Penal.

As vítimas, em sua maioria, são de classe baixa, com grau de escolaridade incompleto, em situação de desemprego e em busca de oportunidades de trabalho. Estas, são aliciadas e enganadas, mandadas para longe de suas famílias, geralmente para regiões afastadas e de difícil acesso.

Portanto, a Justiça Itinerante é de vital importância, auxiliando o combate ao trabalho análogo ao de escravo, levando o acesso à justiça aos lugares remotos. Além dela, existem outras formas de combater a prática do trabalho escravo contemporâneo como as medidas tomadas pelo 2º Plano Nacional para Erradicação do Trabalho Escravo e as atuações do Grupo Especial de Fiscalização Móvel – GEFM, os quais tem desempenhado um grande trabalho contra a prática de tal crime.

2 O TRABALHO ANÁLOGO AO DE ESCRAVO NO BRASIL

O trabalho desempenhado pela mão de obra escrava, no Brasil, é algo muito antigo, desde a metade do século XVI existem registros de tal fato. A princípio, os indígenas foram escravizados, porém após alguns anos, devido a diversos conflitos envolvendo esse modelo de escravidão, a compra de escravos vindos da África foi ficando cada vez comum, tornando-se a principal mão de obra durante três séculos.

2.1 História do trabalho escravo no Brasil

2.1.1 Início

A escravidão no Brasil, iniciou na década de 1530, quando os portugueses começaram o período de colonização, antes disso, os colonos exploravam os recursos madeireiros do pau-brasil e comercializavam com os nativos locais. Essa negociação se dava por meio da permuta, os indígenas desmatavam as áreas que haviam pau-brasil e levavam as madeiras para a costa, trocando-as por objetos.

Alguns anos depois, mais precisamente em 1534, o rei de Portugal D. João III implantou na América portuguesa o sistema de capitânicas hereditárias, com isso houve um grande encorajamento ao desenvolvimento de engenhos de fabricação de açúcar. Para época essa

atividade era muito laboriosa e necessitava de muitos trabalhadores e, aos olhos da sociedade portuguesa, o trabalho braçal era considerado algo indigno, então o artifício encontrado foi a escravização dos indígenas, que também eram considerados inferiores perante a sociedade.

2.1.2 Escravização dos povos indígenas

A escravização da população indígena, aos olhos dos colonos, foi muito conturbada e houveram muitas resistências. De acordo com o historiador Stuart Schwartz, um dos fatores da relutância dos indígenas era o trabalho contínuo nas lavouras, segundo ele “Os índios se mostravam relutantes em trabalhar continuamente na roça, pois consideravam este um trabalho de mulher”. Outro motivo, foram os constantes confrontos entre colonizadores e jesuítas, que se desencadeavam pelo fato dos jesuítas não apoiarem a escravidão indígena e acreditarem que essas pessoas deveriam ser catequizadas.

Por volta do ano de 1550, chegavam ao solo brasileiro escravos oriundos da África, no entanto, a população indígena continuou sendo a principal força de trabalho que movia a economia açucareira até o início do século XVII.

2.1.3 Escravização da população africana

Desde o século XV, os portugueses possuíam diversas ligações comerciais com a costa da África, uma delas era a compra de pessoas para escravizá-las. Com o avanço da colonização do Brasil e o progresso dos engenhos de açúcar, a demanda por trabalhadores manuais aumentou significativamente, o que possibilitou a abertura desse comércio para os colonos estabelecidos aqui.

Em meados do século XVII, a compra de escravos africanos foi se tornando cada vez mais trivial, pois até então, era comum e mais barato, a compra de escravos indígenas. Os escravos trabalhavam no campo, nas cidades e nas casas dos seus senhores. Tais, eram submetidos a longas jornadas de trabalho, condições insalubres, constantes violências, má alimentação etc.

No decorrer de mais de 300 anos de escravidão, estima-se que cerca de 4,8 milhões de escravos provindos da África foram trazidos ao Brasil como afirma Alencastro (2018, p. 60), “tomando em conta essas considerações, calculo que o total de africanos desembarcados no Brasil, em cerca de 14.910 viagens transcorridas nos três séculos, atinjam 4,8 milhões”.

2.1.4 O fim a escravidão

Com a declaração de independência do Brasil, começou-se a discutir sobre a abolição do regime escravista, porém, esse pensamento só ganhou força com o decreto de lei Eusébio de Queirós em 1850, que vetou o tráfico negreiro.

Os escravos tiveram uma função significativa na luta pela abolição, contrapondo-se, elaborando fugas, revoltas, criando quilombos etc. Cada vez mais o movimento abolicionista foi obtendo força e muitas associações do país saíram em defesa dessa causa. A pressão popular e as

revoltas contínuas em prol do movimento abolicionista geraram uma situação que impôs o Império a abolir o trabalho escravo.

Em 13 de maio de 1888, foi assinada pela princesa Isabel a Lei 3.353/1888, conhecida como Lei Áurea. O Brasil, foi o último país da América a abolir o regime escravista.

2.2 Diferenças entre as expressões “trabalho escravo” e “trabalho análogo à de escravo”

2.2.1 Trabalho escravo

De acordo com Pinsky (2010, p. 1) “A escravidão se caracteriza por sujeitar um homem ao outro, de forma completa: o escravo não é apenas propriedade do seu senhor, mas também sua vontade está sujeita à autoridade do dono e seu trabalho pode ser obtido até pela força.”

A expressão “trabalho escravo” como forma de se referir ao crime não está convenientemente correta, porém devido a sua melhor alusão a ideia não contém improbidade, conforme afirma Borlido:

O trabalho escravo, como crime, não é a expressão mais adequada de se adotar. A figura delituosa é plágio, que consiste em reduzir alguém a condição análoga à de escravo. A condição de escravo, na verdade, está abolida porque ninguém pode ser juridicamente considerado como tal. Uma coisa é o escravo sobre o qual se exercia o direito de propriedade; outra é o trabalho dele; exercido em condições similares àquelas de tempos idos. Entretanto, a utilização da expressão de forma reduzida – trabalho escravo – não contém improbidade pela abreviação do nome jurídico, em razão da maior facilidade de assimilação da ideia que a expressão léxica abriga. (BORLIDO, 2013, p. 52)

2.2.2 Trabalho análogo à de escravo

O trabalho análogo à de escravo caracteriza-se pelas circunstâncias a seguir, quer ocorram em conjunto quer ocorram de forma isolada: a sujeição do indivíduo a trabalhos forçados, jornada exaustiva, condições degradantes de trabalho, restrição de locomoção por dívida ou por algum artifício que tenha finalidade de aprisioná-lo no local de trabalho, vigília ostensiva, retenção de documentos e objetos pessoais, conforme afirma o site do Governo Federal.

2.2.3 Terminologias que serão utilizadas

Como visto, a expressão “trabalho escravo” não contém improbidade e, em muitos casos, dá ao leitor, uma melhor alusão sobre o tema. Portanto, neste artigo, serão utilizadas as terminologias “trabalho análogo à de escravo”, tendo em vista que esta é a mais convenientemente correta, e é a terminologia que o legislador escolheu para tipificar o crime, e a expressão “trabalho escravo contemporâneo”, considerando que este termo é muito utilizado por doutrinadores que discorrem sobre o tema.

2.3 Tipificação

O artigo 149 do Código Penal Brasileiro criminaliza o trabalho análogo à de escravo como “reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com empregador preposto”.

A prática do trabalho análogo à de escravo é uma ofensa direta à Constituição Federal de 1988, pois viola seus princípios, direitos e garantias fundamentais, tais como dignidade da pessoa humana, igualdade entre todos, não ser submetido a tratamento desumano ou degradante etc., conforme dispõe os artigos a seguir:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III - a dignidade da pessoa humana;

(...)

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;

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante. (Brasil, 1988)

Logo o trabalho análogo à de escravo é caracterizado pela ofensa à liberdade e aos princípios da dignidade da pessoa humana, conforme cita Priscilla e Lillian em relação ao pensamento de Bochenek (2021, p. 287) “O trabalho escravo contemporâneo tem ganhado bastante repercussão na sociedade, haja vista que esse tipo de prática além de restringir a liberdade de indivíduos, fere violentamente o princípio da dignidade da pessoa humana”.

2.4 Perfil das vítimas

De acordo com Karine e Rodrigo, em relação ao pensamento de Simón e Camargo de Melo:

Segundo a Organização Internacional do Trabalho, a principal causa da escravidão é a exploração econômica e os trabalhadores vítimas de trabalho escravo no mundo somam quase oito milhões de pessoas. No Brasil, segundo dados do governo brasileiro, fornecidos através de pesquisa da Comissão Pastoral da Terra, existem cerca de vinte e cinco mil pessoas trabalhando em condições análogas às de escravo. (Karine Cristova; Rodrigo, 2012, p. 569)

Conforme o balanço de 2020 – Atuação da inspeção do trabalho no Brasil para a erradicação do trabalho análogo ao de escravo, realizado pela Subsecretaria de Inspeção do Trabalho (SIT); pela Coordenação-Geral de Fiscalização do Trabalho (CGFIT); e pela Divisão de Fiscalização para Erradicação do Trabalho Escravo (DETRAE), este é o perfil dos trabalhadores resgatados, consoante os dados obtidos das guias de Seguro Desemprego do Trabalhador Resgatado extraídas pelos auditores-fiscais do trabalho no decorrer de 2004 à 2020:

94% dos trabalhadores resgatados são homens, 28% possuíam idade entre 18 e 24 anos, 37% cursaram até o 5º ano de forma incompleta e 30% eram analfabetos. Quanto à origem, historicamente, o Maranhão é o estado com maior naturalidade e residência de trabalhadores no momento do resgate, com 22% nascidos no Maranhão e 17% residentes nesse estado quando resgatados. (Balanço 2020, p. 26)

Em um gráfico mais detalhado, esse balanço constatou que, dos trabalhadores resgatados, 88% eram homens; 12% mulheres; 77% negros/pardos; 18% brancos; 5% indígenas; 44% oriundos da região nordeste. E ainda destaca a importância do perfil dos trabalhadores:

O perfil social de trabalhadores(as) resgatados(as) analisado a partir da média histórica ou do recorte temporal mais recente, auxilia na análise de novos casos e novas ações fiscais e na formulação de políticas públicas de inserção desse perfil de pessoas em vagas de trabalho decente ou em programas de assistência social". (Balanço 2020, p. 26)

2.5 O ciclo do trabalho escravo

Segundo cita Pereira:

Para que seja possível entender o que é denominado de ciclo do trabalho escravo, antes se faz necessário assimilar três importantes fatores que convergem para a perpetuação do crime. A primeira condição do trabalhador que deve ser considerada para haver uma proposta do aliciador, diz respeito à condição financeira da pessoa. Geralmente o perfil de indivíduos que são contratados para trabalhos que não oferecem dignidade para o trabalhador são pessoas que estão em estado de miséria. (PEREIRA, 2014, p. 12).

De acordo com o site brasilecola.uol o trabalho análogo à de escravo é uma prática totalmente reprovável que possui um ciclo, esse ciclo contém seis etapas as quais serão explanadas a seguir:

2.5.1 Situação de vulnerabilidade social

Um dos fatores decisivos para o ciclo da escravidão contemporânea é a condição de vulnerabilidade socioeconômica das vítimas que, geralmente, são pessoas carentes, de renda baixa, com escolaridade incompleta ou analfabetas, que estão em situação de desemprego e em busca de melhores condições de vida.

2.5.2 Aliciamento e migração

O aliciamento ocorre quando os chamados “gatos” analisam as possíveis vítimas e as aliciam com falsas propostas de emprego, são eles os responsáveis por esta etapa do ciclo.

Esses aliciadores prometem um bom emprego, com ótimos salários e melhores condições de vida, o que na realidade é mentira. As vítimas que acabam aceitando a oferta, em sua grande parte são levadas para lugares distantes, longe de suas famílias.

2.5.3 Trabalho escravo

Quando a vítima chega no local depara-se com uma situação de trabalho totalmente diferente da prometida, com alojamentos precários, alimentação inadequada, sem água potável, sem assistência médica, enfrentando longas jornadas de trabalho e com remuneração baixa, acumulando uma dívida impagável devido ao custo com seu deslocamento, alimentação, estada e até mesmo com os materiais e/ou ferramentas utilizadas no trabalho.

As vítimas também têm seus documentos retidos, e são intimidadas e ameaçadas, sofrendo maus tratos e violência física por parte de seus patrões e de seus capatazes.

2.5.4 Fuga

Os poucos trabalhadores que, com grande coragem, conseguem fugir dos locais de trabalho, colocam suas vidas em risco, pois são duramente perseguidos pelos patrões e capatazes. Se essa fuga é bem sucedida, o trabalhador pode denunciar sua condição aos órgãos governamentais ou a associações e sindicatos, o que leva a próxima etapa do ciclo, do contrário encerra-se aqui.

2.5.5 Fiscalização e libertação

Ao constatar a comunicação da prática de crime, o MP, o MPT, policiais, ou qualquer autoridade estatal tem o dever de investigar tal denúncia. Essa fiscalização é de extrema importância, pois é por meio dela que muitas vítimas do trabalho escravo contemporâneo são libertas.

2.5.6 Pagamento referente aos direitos

De acordo com a lei penal brasileira vigente, pessoas que se utilizam do trabalho análogo ao de escravo podem ser condenados à pena de reclusão de 2 a 8 anos. Além disso, os condenados devem pagar indenização às vítimas, devido a todo tormento que sofreram. Também deve haver o pagamento referente aos direitos trabalhistas, como salário mínimo compatível com a jornada de trabalho e com a função desempenhada pelo trabalhador, férias remuneradas, adicional de férias, FGTS e 13º salário.

2.5.7 O retorno ao ciclo

As vítimas libertas dessa lamentável situação, em alguns casos, voltam ao início do ciclo, pois retornam as suas famílias com o dinheiro do pagamento de seus direitos, e este logo acaba. E novamente o trabalhador encontra-se na mesma situação do início do ciclo, desempregado, com uma família para sustentar, em meio a fome e a miséria, tornando-se novamente vulnerável aos aliciadores. Além de tudo isso, muitos trabalhadores que ainda encontram-se escravizados não têm acesso à justiça devido a localidade em que se encontram ser de difícil acesso.

3 DA JUSTIÇA ITINERANTE

O acesso à justiça é um direito constitucionalmente assegurado, portanto, a justiça itinerante foi criada com o objetivo garantir e expandir o alcance à justiça nos lugares de difícil acessibilidade devido a diversos fatores, como a geografia dos locais

3.1 Do direito ao acesso à justiça

O alcance à justiça é o direito de ação, ou seja, o direito do indivíduo pleitear em juízo na defesa de seus interesses.

“A expressão “acesso à justiça” é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas no sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individualmente e justos.” (Cappelletti e Garth, 1988, p.8).

Como já supracitado, a acessibilidade à justiça é um direito assegurado pela Constituição em seu art. 5º inciso XXXV “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça ao direito”. Este princípio proporciona a todos os brasileiros pleitearem seus direitos, visando garantir um desempenho absoluto do Estado, afim de empregar medidas necessárias caso algum direito ou garantia seja violado ou ameaçado.

Porém, como mencionado anteriormente, o acesso à justiça nem sempre é alcançável a todos, principalmente para as pessoas que encontram-se em localidades afastadas, com dificuldade de locomoção devido a geografia e que desconhecem os seus direitos; neste contexto se vê a importância da atuação da Justiça Itinerante ou, como também é chamada, Justiça Itinerante Rápida. De acordo com o Juiz de Direito da Comarca de Cacoal – RO, Guilherme Ribeiro Baldan:

“A Justiça Rápida é uma operação realizada periodicamente [...] que tem como princípio norteador o atendimento amplo e gratuito à população para a solução de questões nas esferas Cíveis, Criminais, Infância e Juventude, Família e Registros Públicos, com especial atenção às comunidades distantes dos centros urbanos, nas regiões ribeirinhas e na periferia da cidade.” (O que é justiça rápida? Revista do Programa de Justiça Rápida. Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia. Ano 1, nº1, 2000)

3.2 História da Justiça Itinerante

O conceito e aplicação da Justiça Itinerante não é algo recente, porém, no Brasil sua efetiva aplicabilidade iniciou-se em 1992. Basicamente esse trabalho começou quando juízes do Amapá e de Rondônia se preocuparam com o isolamento das populações ribeirinhas e seu acesso à justiça, e em uma embarcação da prefeitura local, começaram por conta própria, uma das primeiras experiências informais da itinerância. Em 1996, depois que o Tribunal de Justiça do Amapá instituiu a Justiça Itinerante, muitos Tribunais estaduais constataram os resultados positivos e aderiram ao projeto.

Porém mesmo havendo projetos de justiça itinerante em andamento em alguns estados, esse trabalho só ganhou visibilidade no âmbito legal com a Lei 9.099/95 que em seu art. 94 prevê “Os serviços de cartório poderão ser prestados, e as audiências realizadas fora da sede da Comarca, em bairros ou cidades a ela pertencentes, ocupando instalações de prédios públicos, de acordo com audiências previamente anunciadas.”, mesmo não se referindo diretamente a itinerância tal artigo pode ser aplicado a ela.

Em 2004, as iniciativas itinerantes ganharam status constitucional por determinação da Emenda Constitucional nº45, que estabeleceu que todos os Tribunais do país deveriam instituir programas de itinerância, e ainda, a legislação ordinária instituiu a fundação de Juizados Especiais nas esferas federal e estadual.

3.3 Tipificação

A Justiça Itinerante está prevista nos seguintes artigos da atual Constituição Federal:

Art. 107, § 2º - Os Tribunais Regionais Federais instalarão a justiça itinerante, com a realização de audiências e demais funções da atividade jurisdicional, nos limites territoriais da respectiva jurisdição, servindo-se de equipamentos públicos e comunitários.

(...)

Art. 115, § 1º - Os Tribunais Regionais do Trabalho instalarão a justiça itinerante, com a realização de audiências e demais funções de atividade jurisdicional, nos limites territoriais da respectiva jurisdição, servindo-se de equipamentos públicos e comunitários.

(...)

Art. 125, § 7º - O Tribunal de Justiça instalará a justiça itinerante, com a realização de audiências e demais funções da atividade jurisdicional, nos limites territoriais da respectiva jurisdição, servindo-se de equipamentos públicos e comunitários. (Brasil, 1988)

4 OS MEIOS DE COMBATE

A Justiça Itinerante em conjunto com outros projetos como o 2º Plano Nacional para Erradicação do Trabalho Escravo e o Grupo Especial de Fiscalização Móvel – GEFM vem desempenhando um grande trabalho atuando contra a prática do trabalho análogo ao de escravo e libertando muitas pessoas de situações deploráveis.

4.1 A Justiça Itinerante como forma de apoio

Como já visto, a Justiça Itinerante tem como objetivo fazer valer o princípio do acesso à justiça, deslocando-se por meio de ônibus, vans, barcos etc., atendendo localidades isoladas e de difícil acesso.

Em 2020, foi indicado um projeto em uma reunião do Comitê do Fórum Nacional para o Monitoramento e Solução das Demandas Atinentes à Exploração do Trabalho em Condições Análogas à de Escravo e ao Tráfico de Pessoas do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que visa a expansão da atuação da Justiça Itinerante conforme esclareceu Tânia Regina Silva Reckziegel, conselheira do CNJ, “Iniciamos os estudos para a concretização das ações de Justiça Itinerante de maneira mais abrangente. O objetivo é promover o atendimento não só na área trabalhista, mas que alcance todos os segmentos da Justiça.”

4.2 Do 2º Plano Nacional para Erradicação do Trabalho Escravo

Em 17 de abril de 2008 foi aprovado o 2º Plano Nacional para Erradicação do Trabalho Escravo, produzido pela CONATRAE – Comissão Nacional para a Erradicação do Trabalho Escravo, sendo este uma abrangente atualização do primeiro plano. Tal plano, contém 66 metas para auxiliar a erradicação do trabalho escravo, as quais são:

4.2.1 Ações gerais

Dentre as ações gerais, quinze no total, estão três exemplificadas na tabela abaixo:

Ações	Responsáveis	Parceiros	Prazo
-------	--------------	-----------	-------

1 – Manter a erradicação do trabalho escravo contemporâneo como prioridade do Estado brasileiro.	Poderes Executivo, Legislativo, Judiciário e Ministério Público	-	Contínuo
2 – Estabelecer estratégias de atuação operacional integrada em relação às ações preventivas dos órgãos do Executivo, do Ministério Público e da sociedade civil com o objetivo de erradicar o trabalho escravo.	SEDH, Conatrae e Coetraes	CDES, MTE, MJ, MPF, MPT, Ibama/MMA, Incra/MDA, RFB/MF e sociedade civil	Contínuo
3 – Estabelecer estratégias de atuação integrada em relação às ações repressivas dos órgãos do Executivo, do Judiciário e do Ministério Público, com o objetivo de erradicar o trabalho escravo.	MTE, MPT e MPF, AGU, DPRF e DPF/MJ	SEDH, PF/MJ, Conatrae e Coetraes	Contínuo

Brasil. Presidência da República. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. 2º Plano Nacional de Erradicação do Trabalho Escravo – PNETE, 2008. Disponível em: <https://bibliotecadigital.economia.gov.br/bitstream/123456789/979/1/II%20Plano%20Nacional%20para%20a%20Erradicacao%20do%20Trabalho%20Escravo-Versao%20Atual.pdf>, p.12. Acesso em; 08 de novembro de 2022.

4.2.2 Ações de enfrentamento e repressão

Das ações de enfrentamento e repressão, dezesseis no total, estão três exemplificadas na tabela abaixo:

Ações	Responsáveis	Parceiros	Prazo
-------	--------------	-----------	-------

16 – Disponibilizar equipes de fiscalização móvel nacionais e regionais em número suficiente para atender as denúncias e demandas do planejamento anual da inspeção.	MTE	-	Contínuo
17 – Manter à disposição do Grupo Móvel de Fiscalização adequada estrutura logística, como veículos e material de informática e de comunicação, no intuito de garantir a execução das atividades.	MTE	MD	Contínuo
18 – Ampliar a fiscalização prévia, sem necessidade de denúncia, a locais com altos índices de incidência de trabalho escravo.	MTE	-	Curto Prazo

Brasil. Presidência da República. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. 2º Plano Nacional de Erradicação do Trabalho Escravo – PNETE, 2008. Disponível em: <https://bibliotecadigital.economia.gov.br/bitstream/123456789/979/1/II%20Plano%20Nacional%20para%20a%20Erradicacao%20do%20Trabalho%20Escravo-Versao%20Atual.pdf>, p.15. Acesso em; 08 de novembro de 2022.

4.2.3 Ações de reinserção e prevenção

Nas ações de reinserção e prevenção, que no total são dezesseis, estão ilustradas três na tabela abaixo:

Ações	Responsáveis	Parceiros	Prazo
32 – Implementar uma política de reinserção social de forma a assegurar que os trabalhadores libertados não voltem a ser escravizados, com ações específicas voltadas a geração de emprego e renda, reforma agrária, educação profissionalizante e reintegração do trabalhador.	PR, MTE MJ, MDS, Incra/MDA, Governos Estaduais e Municipais e MEC	SEDH e sociedade civil	Contínuo
33 – Priorizar a reforma agrária em municípios de origem, de aliciamento, e de resgate de trabalhadores escravizados.	Incra/MDA	PR e MPF	Contínuo
35 – Garantir a emissão de documentação civil básica a todos os libertados da escravidão, como primeira etapa da política de inserção social. Nos registros civis incluem-se: Certidão de Nascimento, Carteira de Identidade, Carteira de Trabalho e CPF.	SEDH, MDS, MJ, MPS e MTE	-	Contínuo

Brasil. Presidência da República. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. 2º Plano Nacional de Erradicação do Trabalho Escravo – PNETE, 2008. Disponível em: <https://bibliotecadigital.economia.gov.br/bitstream/123456789/979/1/II%20Plano%20Nacional%20para%20a%20Erradicacao%20do%20Trabalho%20Escravo-Versao%20Atual.pdf>, p.18. Acesso em; 08 de novembro de 2022.

4.2.4 Ações de informação e capacitação

As ações de informação e capacitação, no total são nove, estão elencadas apenas três na tabela abaixo:

Ações	Responsáveis	Parceiros	Prazo
52 – Promover a conscientização e capacitação de todos os agentes envolvidos na erradicação do trabalho escravo que não estejam contemplados pela ação 20.	MTE, DPF e DPRF/MJ, MPF, MPT, OIT	Ajufe, Anamatra, ANPT, ANPF, RB, GPTEC/UFRJ, CPT e sociedade civil	Contínuo
54 – Incentivar os meios profissionais e empresariais a adotar planos voltados para a sensibilização e capacitação dos seus integrantes, tendo em vista sua pronta adequação às regras trabalhistas em vigor no Brasil.	IE, OIT, RB, CNA, Sindicatos e setor empresarial	MTE e MPT	Contínuo
55 – Ampliar campanhas de informação sobre a promoção do trabalho decente e sobre o cumprimento da legislação trabalhista, voltadas aos produtores	CNA e OIT	MTE e MPT	Contínuo

rurais e povos e comunidades tradicionais.			
--	--	--	--

Brasil. Presidência da República. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. 2º Plano Nacional de Erradicação do Trabalho Escravo – PNETE, 2008. Disponível em: <https://bibliotecadigital.economia.gov.br/bitstream/123456789/979/1/II%20Plano%20Nacional%20para%20a%20Erradicacao%20do%20Trabalho%20Escravo-Versao%20Atual.pdf>, p.22. Acesso em; 08 de novembro de 2022.

4.2.5 Ações específicas de repressão econômica

Com relação as ações específicas de repressão econômica, que em sua totalidade são dez, estão exemplificadas na tabela abaixo três delas:

Ações	Responsáveis	Parceiros	Prazo
57 – Manter a divulgação sistemática do cadastro de empregadores que utilizaram mão-de-obra escrava em mídia de grande circulação e rádios comunitárias e incentivar sua consulta para os devidos fins.	MTE e RB	Ministérios que recebem o cadastro de acordo com a portaria do MTE que a instituiu, OIT, MPT, ANPT, Anamatra e sociedade civil	Contínuo
58 – Defender judicialmente a constitucionalidade do Cadastro de Empregadores que tenham mantido trabalhadores em condições análogas à de escravo.	MTE e AGU	MPF e MPT	Contínuo
60 – Atuar para eliminar o trabalho escravo da	Setor empresarial	MPT, Ethos, OIT e RB	Contínuo

economia brasileira através de ações junto a fornecedores e clientes.			
---	--	--	--

Brasil. Presidência da República. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. 2º Plano Nacional de Erradicação do Trabalho Escravo – PNETE, 2008. Disponível em: <https://bibliotecadigital.economia.gov.br/bitstream/123456789/979/1/II%20Plano%20Nacional%20para%20a%20Erradicacao%20do%20Trabalho%20Escravo-Versao%20Atual.pdf>, p.23. Acesso em; 08 de novembro de 2022.

4.3 Do Grupo Especial de Fiscalização Móvel – GEFM

Em 1995, foi instituído um mecanismo de combate ao trabalho escravo, formado por Procuradores do Trabalho, Auditores fiscais do Trabalho e Policiais Federais o Grupo Especial de Fiscalização Móvel – GEFM, que tem como objetivo atuar apurando casos de trabalho análogo ao de escravo principalmente em fazendas, mediante denúncias, apurando e realizando inspeções nos locais.

Conforme a Lei nº10.608/2002, em seu art. 2º, o auditor-fiscal do trabalho é competente para atuar no resgate de trabalhadores em situação análoga à de escravo; os procedimentos empregados durante uma fiscalização trabalhista que constate o trabalho escravo e o resgate das vítimas, estão dispostos na Portaria MTb nº 1.293/2017 e na Instrução Normativa SIT nº 139/2018.

Desde sua criação, o GEFM, resgatou mais de 56 mil trabalhadores de condições análogas á de escravo, e mais de 112 milhões de reais foram pagos aos trabalhadores a títulos de verbas rescisórias salariais, conforme mostra o balanço de 2020 – Atuação da inspeção do trabalho no Brasil para a erradicação do trabalho análogo ao de escravo, realizado pela Subsecretaria de Inspeção do Trabalho (SIT); pela Coordenação-Geral de Fiscalização do Trabalho (CGFIT); e pela Divisão de Fiscalização para Erradicação do Trabalho Escravo (DETRAE), p.6.

Neste balanço, mostra que, mesmo com as medidas sanitárias de distanciamento social impostas em virtude da pandemia de Covid-19, em 2020, as ações de fiscais da Inspeção do Trabalho não cessaram, no total, foram realizadas 276 ações fiscais de combate ao trabalho escravo em 20 Unidades da Federação, que resultaram no resgate de 936 trabalhadores submetidos a condições análogas à de escravo. Vale ressaltar, que neste mesmo ano, o GEFM completou 25 anos de atuação.

5 CONCLUSÃO

A prática do trabalho análogo ao de escravo não é algo muito conhecido e explorado na sociedade atual, o que implica na falta de conhecimento principalmente por parte das vítimas que passam por essa situação.

Como explorado no decorrer deste artigo, o trabalho análogo ao de escravo é algo, de certa forma, enraizado na sociedade brasileira, levando em conta que desde o início da colonização, era

a principal mão de obra utilizada e que movia a economia daquela sociedade, sendo o Brasil o último país do continente americano a abolir a escravidão no ano de 1888. A Lei 3.353/1888, conhecida como Lei Áurea, foi assinada pela princesa Isabel, devido às pressões políticas da época, aboliu o regime escravista no Brasil. Porém, mesmo após a promulgação da referida lei, essa prática continua até os dias atuais.

O grupo de pessoas que são o principal alvo dos aliciadores, os chamados “gatos”, são os jovens, em situação de pobreza, com baixa ou nenhuma escolaridade, desempregados e à procura de melhores condições de vida. Os “gatos” fazem uma proposta de emprego com ótimos salários e benefícios, e as vítimas, iludidas com as promessas, aceitam o trabalho porém, ao chegarem no local, deparam-se com uma situação totalmente diferente do que fora acordado.

Os trabalhadores tem seus documentos retidos e são obrigados a trabalhar em meio a situações degradantes, com jornadas de trabalho exaustivas, racionamento de água e comida, sofrendo constantes agressões físicas e psicológicas, acumulando uma dívida interminável que começou no deslocamento do trabalhador de sua casa ao local de trabalho e que cresce a cada dia com os alimentos consumidos, roupas e até mesmo as ferramentas utilizadas durante trabalho. Esse ciclo só é rompido quando o trabalhador escravo consegue fugir ou é resgatado pelas autoridades governamentais.

Na maioria dos casos, as vítimas são levadas para longe de suas famílias, para lugares remotos e de difícil acessibilidade. A Justiça Itinerante foi criada com objetivo de garantir o acesso à justiça, que é um direito constitucionalmente assegurado, levando o alcance da justiça aos lugares remotos e de difícil acesso.

O 2º Plano Nacional para Erradicação do Trabalho Escravo, trouxe muitas atualizações, com relação ao antigo plano, com 66 medidas que auxiliam a o combate ao trabalho escravo no Brasil. Essas medidas estão divididas em cinco tipos de ações, são elas: as ações gerais, ações de enfrentamento e repressão, ações de reinserção e prevenção, ações de informação e capacitação e ações específicas de repressão econômica.

Atuando na linha frete no combate ao trabalho escravo contemporâneo está o Grupo Especial de Fiscalização Móvel – GEFM, que durante anos vêm executando fiscalizações trabalhistas em fazendas, mediante denúncias, apurando e realizando inspeções nos locais. Esse grupo é responsável por resgatar milhares de trabalhadores em condições análogas ao de escravo e garantir o pagamento das verbas rescisórias salariais aos trabalhadores.

6 REFERÊNCIAS

2º Plano Nacional para erradicar o trabalho escravo tem 66 metas. Senado notícias, 2009. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2009/01/26/2-plano-nacional-para-erradicar-o-trabalho-escravo-tem-66-metas>. Acesso em: 08 de novembro de 2022.

ALENCASTRO, Felipe. África, números do tráfico atlântico. In.: SCHWARCZ, Lilia Moritz e GOMES, Flávio (orgs.). Dicionário da escravidão e liberdade. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 60.

Atuação da inspeção do trabalho no Brasil para a erradicação do trabalho análogo ao de escravo - balanço 2020 - Subsecretaria de Inspeção do Trabalho (SIT); Coordenação-Geral de Fiscalização do Trabalho (CGFIT); Divisão de Fiscalização para Erradicação do Trabalho Escravo (DETRAE). 2020, p. 6 e p.7

Atuação da inspeção do trabalho no Brasil para a erradicação do trabalho análogo ao de escravo - balanço 2020 - Subsecretaria de Inspeção do Trabalho (SIT); Coordenação-Geral de Fiscalização do Trabalho (CGFIT); Divisão de Fiscalização para Erradicação do Trabalho Escravo (DETRAE). 2020, p. 26.

Atuação da inspeção do trabalho no Brasil para a erradicação do trabalho análogo ao de escravo - balanço 2020 - Subsecretaria de Inspeção do Trabalho (SIT); Coordenação-Geral de Fiscalização do Trabalho (CGFIT); Divisão de Fiscalização para Erradicação do Trabalho Escravo (DETRAE). 2020, p. 42.

BORLIDO. Carlos H. HADDAD. Aspectos penais do trabalho escravo. Revista de informação legislativa. 2013, p. 52.

Brasil. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea). Democratização do acesso à justiça e efetivação de direitos: justiça itinerante no Brasil. Repositório do conhecimento IPEA, 2012. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/7492/1/RP_Democratiza%20a%20a3o_2015.pdf, p. 10. Acesso em: 08 de novembro de 2022.

Brasil. Presidência da República. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. 2º Plano Nacional de Erradicação do Trabalho Escravo – PNETE, 2008. Disponível em: <https://bibliotecadigital.economia.gov.br/bitstream/123456789/979/1/II%20Plano%20Nacional%20para%20a%20Erradicacao%20do%20Trabalho%20Escravo-Versao%20Atual.pdf>. Acesso em; 08 de novembro de 2022.

CAPPELETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Ed. Sérgio Antonio Fabris, 1988, p. 8.

Ciclo do Trabalho Escravo Contemporâneo. Repórter Brasil/ Escravo, nem pensar!. São Paulo, 24 de novembro de 2014. Disponível em: <https://escravnempensar.org.br/biblioteca/4548/>. Acesso em: 08 de novembro de 2022.

Código Penal - Decreto Lei nº2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 08 novembro de 2022.

Combate ao trabalho em condições análogas às de escravo. Gov.com, 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/trabalho-e-previdencia/pt-br/composicao/orgaos-especificos/secretaria-de->

[trabalho/inspecao/areas-de-atuacao/combate-ao-trabalho-escravo-e-analogo-ao-de-escravo.](#)
Acesso em: 08 de novembro de 2022.

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 08 de novembro de 2022.

CRISTOVA, Karine, GOLDSCHMIDT, Rodrigo. Anais eletrônicos do III Simpósio Internacional de Direito dimensões materiais e eficacias dos direitos fundamentais. O trabalho escravo contemporâneo no Brasil. editora.unoesc.edu.br. 2012, p. 569.

FUZARO, Luana Marques. Reflexões jurídicas sobre o trabalho escravo no contexto atual: Razões da prática e meios eficazes de combate. Trabalho de Conclusão do Curso, Graduação em Ciências Jurídicas e Sociais, Centro Universitário de Brasília, 2014.

Justiça Itinerante vai apoiar combate ao trabalho escravo e tráfico de pessoas. Revista Consultor Jurídico, 17 de dezembro de 2020. Acesso em: [https://www.conjur.com.br/2020-dez-17/justica-itinerante-apoiar-combate-trabalho-escravo#:~:text=A%20amplia%C3%A7%C3%A3o%20de%20a%C3%A7%C3%B5es%20de,feira%20\(11%2F12\)](https://www.conjur.com.br/2020-dez-17/justica-itinerante-apoiar-combate-trabalho-escravo#:~:text=A%20amplia%C3%A7%C3%A3o%20de%20a%C3%A7%C3%B5es%20de,feira%20(11%2F12)). Acesso em: 08 de novembro de 2022.

Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm. Acesso em: 08 de novembro de 2022.

Lei nº 10.608, de 20 de dezembro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10608.htm. Acesso em 10 de novembro de 2022.

MOTA, Priscilla, GONÇALVES, Lillian. Análise da eficácia das medidas legais de prevenção e combate ao trabalho escravo contemporâneo. JNT – Facit Business and Technology Journal. Qualis B1. 2021, p. 287.

PEREIRA, Carina Lima. A escravidão contemporânea em face do direito constitucional do trabalho. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Ciências Jurídicas e Sociais) – Universidade Federal DO Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Porto Alegre, 2014, p. 12.

PINSKY, Jaime. A escravidão no Brasil. 21 ed. – São Paulo: Contexto, 2010, p. 1.

PORFÍRIO, Francisco. "Trabalho escravo contemporâneo"; Brasil Escola. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/sociologia/escravidao-nos-dias-de-hoje.htm>. Acesso em 08 de novembro de 2022.

Revista do Programa de Justiça Rápida. Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia. Ano 1, nº1, 2000)

SCHWARTZ, Stuart B. Escravidão indígena e o início da escravidão africana. In.: SCHWARCZ, Lilia Moritz e GOMES, Flávio (orgs.). Dicionário da escravidão e liberdade. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 216.

SILVA, Daniel Neves. "Escravidão no Brasil"; Brasil Escola. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/historiab/escravidao-no-brasil.htm>. Acesso em 08 de novembro de 2022.

O ENFRENTAMENTO DE IDOSOS AO ABANDONO AFETIVO E A RESPONSABILIZAÇÃO DOS FAMILIARES

ANTONIO ALEXANDRE DA SILVA FERREIRA:
Graduando em Direito pelo Centro Universitário
FAMETRO.

RESUMO: Com o passar dos anos, o conceito de família se modificou, atualmente, família não é necessariamente aquela sanguínea. Neste contexto, inserimos os laços afetivos e de carinho, onde na mesma linha de raciocínio de entidade familiar é posto o dever dos filhos para com os pais, conforme previsão no Estatuto do Idoso. Ao longo dos anos foram realizadas várias pesquisas e elaborados artigos com o tema, no entanto, ainda há pouco relevância quando se trata do assunto em questão. Diariamente podemos observar nos jornais, matérias que tratam do crescente número de descasos contra a pessoa idosa, descasos esses que vão da agressão, seja ela psicológica ou física, até o abandono afetivo. Ademais, tem-se como principal relevância a responsabilização civil dos filhos, os quais, em sua maioria, adotam postura de desamparo afetivo perante aos idosos, e deixam de proporcionar o mínimo necessário para garantir uma vida digna a eles. Portanto, a pesquisa se faz necessária para que se faça uma avaliação geral do assunto, buscando debater e estudar acerca das medidas cabíveis ao número crescente de casos, e buscar um amparo aos idosos, de modo que envolva uma melhor política pública e rede de proteção de todos os âmbitos.

Palavras-chave: Idosos. Abandono Afetivo. Responsabilidade Civil. Princípios.

ABSTRACT: Over the years, the concept of family has changed, currently, family is not necessarily that blood. In this context, we insert the emotional ties and affection, where the same line of reasoning of family entity is put the duty of children to their parents, as provided in the Statute of the Elderly. Over the years several researches have been conducted and articles written on the subject, however, there is still little relevance when it comes to the issue in question. Every day we can see in the newspapers, articles that deal with the growing number of neglects against the elderly, neglects that range from aggression, be it psychological or physical, to affective abandonment. Furthermore, the main relevance is the civil liability of children, who, in their majority, adopt an attitude of affective abandonment towards the elderly, and fail to provide the minimum necessary to ensure a dignified life for them. Therefore, the research is necessary in order to make a general evaluation of the subject, seeking to debate and study the measures that are applicable to the increasing number of cases, and to seek a support for the elderly, so as to involve a better public policy and protection network of all kinds.

KEYWORDS: Elderly. Affective Abandonment. Civil Liability. Principles of Liability.

1 INTRODUÇÃO

O aumento do envelhecimento populacional no mundo e principalmente em nosso país devido aos avanços no tratamento e na melhoria das condições de vida da população tem ocasionado um aumento recente da população idosa no mundo, principalmente no Brasil, o que

tem levado a um aumento das demandas sociais, políticas e financeiras dos idosos. Isso tem chamado a atenção para criar melhores condições e proteger os direitos dos idosos de todos os setores da sociedade, que buscam diariamente soluções para os problemas relacionados aos idosos.

Envelhecer hoje é um desafio para aqueles que inevitavelmente atingiram essa condição física. Os problemas enfrentados pelos idosos decorrem de negligência, maus-tratos e descumprimento das leis que protegem os idosos, havendo inclusive muitos casos de abuso infantil e reversão do abandono afetivo.

Em geral, o abandono afetivo ocorre principalmente no ambiente familiar, dos filhos aos pais, principalmente os idosos. A pesquisa constatou que 65% dos suspeitos de comportamento ou comportamento abusivo eram filhos biológicos da vítima, e cerca de 18% são parentes da vítima idosa. Familiares mais velhos das vítimas, como sobrinhos, netos ou até mesmo genro. Segundo o mesmo relatório, 65% das lesões em idosos são causadas por negligência e abuso emocional, sendo a negligência caracterizada pela falta de necessidades básicas como moradia, alimentação e remédios. A violência psicológica pode ser caracterizada por ação, inação, confusão, humilhação, isolamento ou qualquer comportamento que resulte em dano psicológico ou danos à saúde da vítima.

Recentemente, observou-se que a desagregação familiar por diferenças afetivas e interesses financeiros tem levado a um aumento do número de idosos vítimas de ambientes de desestruturação familiar onde o amor e o respeito são negligenciados. Diante da fragilidade dos idosos que necessitam de cuidados, isso desperta a indiferença da família, pois cabe aos filhos o dever de cuidar dos pais na velhice.

Não se pode negar que a velhice legal é individual, amparada por direitos sociais na forma de leis e legislações existentes, proteção, amparo e cuidado do idoso no seio familiar. Constituição Federal do Brasil (1988), art. 229, acrescentando que os filhos maiores são obrigados a cumprimentar os pais idosos, doentes ou aflitos. Além de ser uma obrigação legal, esta obrigação é também um princípio moral.

Desta forma, surge a polêmica pelo incumprimento das obrigações alimentares e do dever cívico de proteção dos familiares idosos, ainda que seja impossível forçar os sentimentos.

Diante dessa situação, surgem questionamentos como: Que medidas cabíveis do Estatuto do Idoso devem reforçar uma postura da sociedade civil para lidar com o abandono afetivo do idoso?

Explorando este tema indutivamente, lançando luz sobre as questões, causas e consequências jurídicas do abandono arbitrário do idoso na família através do estudo e análise dos diferentes mecanismos que garantem a proteção e acompanhamento de pessoas muito vulneráveis. A Constituição do Brasil de 1988, o Código Civil de 2002, a Política Nacional do Idoso, a Lei do Idoso e a jurisprudência sobre o abandono físico e emocional do idoso.

2 A PESSOA IDOSA SEGUNDO O ORDENAMENTO JURÍDICO

Luna (2020, p. 17) define o idoso por critérios de identificação, nomeadamente: cronológicos, psicobiológicos, socioeconômicos, e, ainda se cogita em uma combinação deles, para que se tente enfrentar tal indagação.

Para uma primeira conceituação, Luna (2020, p. 17) refere-se a uma pessoa idosa com mais de uma certa idade. Os padrões, que são definidos como objetivos e, portanto, facilmente verificáveis, são geralmente adotados tanto pela legislação básica quanto pela lei de ajuda. No segundo critério, o autor fala sobre o desempenho individual, não por faixas etárias, mas por condição psicológica e física.

No que tange ao prisma socioeconômico, os autores falam em ter em conta o nível econômico e social dos indivíduos, assumindo que as pessoas autossuficientes necessitam de mais proteção do que as pessoas autossuficientes. No entanto, esse critério é facilmente verificável porque a legislação prevê benefícios para deficientes e maiores de 70 anos receberem um salário mínimo caso não possam se sustentar.

Segundo o Estatuto do Idoso, Lei nº 10.741/2003, pessoa idosa é toda aquela com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, de acordo com seu artigo primeiro, a saber: "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."

Em uma de suas obras, Martinez (2005, p. 20) cita que no Brasil, *"idoso é quem tiver 60 ou mais anos de idade, homem ou mulher, nacional ou estrangeiro, urbano ou rural, trabalhador da iniciativa privada ou do serviço público, livre ou recluso, exercendo atividades ou aposentado, incluindo o pensionista e qualquer que seja a sua condição social."*

2.1 Direito do Idoso e a Constituição Federal

Nossa Constituição Federal é muito importante e há uma preocupação maior com os direitos do cidadão idoso, com base nos princípios básicos do ordenamento jurídico brasileiro.

Para efetivar os direitos do idoso, a Constituição Federal instituiu o chamado "pavimentar", ou seja, uma estrutura básica que permite que outras autoridades tomem outras providências relacionadas ao idoso, como ações de integração familiar.

2.1.1 Políticas Nacional do Idoso – Lei n.º 8.842/1994

Em janeiro de 1994, precisamente no dia 04, foi criada a Lei n.º 8.842 que trata da Política Nacional do Idoso. O Artigo 4º da lei estabelece as normas criadas para garantir o exercício do direito dos idosos:

Art. 4º Constituem diretrizes da política nacional do idoso:

I – viabilização de formas alternativas de participação, ocupação e convívio do idoso, que proporcionem sua integração às demais gerações;

[...]

III – priorização do atendimento ao idoso através de suas próprias famílias, em detrimento do atendimento asilar, à exceção dos idosos que não possuam condições que garantam sua própria sobrevivência;

[...]

VII – estabelecimento de mecanismos que favoreçam a divulgação de informações de caráter educativo sobre os aspectos biopsicossociais do envelhecimento;

VIII – priorização do atendimento ao idoso em órgãos públicos e privados prestadores de serviços, quando desabrigados e sem família;

IX – apoio a estudos e pesquisas sobre as questões relativas ao envelhecimento.

A lei veio com intuito de estabelecer diretrizes políticas para os municípios brasileiros conquistarem e protegerem a população idosa, que não para de crescer desde então.

2.1.2 Estatuto do Idoso

Para Dias (2014, p 482), o Estatuto do Idoso, é uma lei em um pequeno sistema que foi desenvolvida em reconhecimento à necessidade de proteger os direitos e priorizar o atendimento a uma parcela da população. A autora acrescenta que “para cumprir os desígnios do comando constitucional, o Estatuto do Idoso, em 118 artigos, consagra uma série infindável de prerrogativas e direitos às pessoas de mais de 60 anos, ou seja, aos idosos”

Já no conceito de Cielo e Vaz (2009, p. 42) o Estatuto é “*criado com o objetivo de garantir dignidade ao idoso, [...] o Estatuto do Idoso [...] veio em boa hora, com objetivo de dar continuidade ao movimento de universalização da cidadania, levando até o idoso a esperança de que seus anseios e necessidades estão de fato garantidos.*”

Ainda hoje, alguns aspectos do Estatuto do Idoso são discutidos porque mostra que, embora o cuidado do idoso seja um dever da família e de todos, existem lacunas e falhas no cumprimento da boa ordem. A inadequada proteção dos direitos e interesses dos idosos se reflete principalmente nas políticas públicas.

Ressalta-se os pontos positivos da Lei 10.741/03, exemplos são o atendimento preferencial no SUS, o próprio cartão do idoso, o acesso a medicamentos e equipamentos de tratamento do Estado, o atendimento preferencial a todas as instituições (sejam públicas ou privadas) e a questão do idoso para prevenir a violência e o abandono.

No entanto, em 2019 foi sancionado o Projeto de Lei nº 3.646/2009, que se refere a Lei nº 14.423/2022, na qual alterou lei nº 10.741/2003. Ao longo da Lei, os termos “idoso” e “idoso” são substituídos por “idoso” e “idoso”, respectivamente. Essa ação ajuda a refletir a importância do

idoso na sociedade, elimina preconceitos contra o envelhecimento e traz dignidade e respeito a esse segmento da população.

2.1.3 A jurisprudência e o abandono afetivo contra o idoso

A jurisprudência brasileira é bem clara no que se refere ao reconhecimento do afeto e da responsabilidade pelo abandono afetivo, pois usa-se do amparo legal previsto nos artigos 229 e 230 da Constituição federal, que dizem:

Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

Art. 230. 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.

Sendo assim, se faz necessário demonstrar algumas jurisprudências publicadas a respeito de casos de abandonos afetivos contra idosos, partindo dos princípios constitucionais que embasam o abandono afetivo paternal serem muito semelhantes. Assim, adota-se a Teoria da Proteção Integral:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO ACOLHENDO A EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA PROMOVIDA PELAS AGRAVADAS. ALEGAÇÃO DE INTEMPESTIVIDADE. CIÊNCIA INEQUÍVOCA DO PROCURADOR DAS PARTES 60 DIAS ANTES DO OFERECIMENTO DA REPOSTA. PROCURADOR SEM PODERES ESPECÍFICOS PARA RECEBER CITAÇÃO. PRAZO NÃO ESCOADO. AUTOR DA DEMANDA IDOSO E GRAVEMENTE ENFERMO. APLICAÇÃO DA REGRA ESPECIAL PREVISTA NO ESTATUTO DO IDOSO. FORO PRIVILEGIADO EM RAZÃO DA HIPOSSUFICIÊNCIA DEMONSTRADA. CONCRETIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA PROTEÇÃO INTEGRAL, DO ACESSO À JUSTIÇA E DA DIGNIDADE DA PESSOA IDOSA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Todas as digressões acerca da obediência à regra geral, ditada pelo conteúdo da demanda (art. 94 do CPC), tornam-se demasiadamente frágeis, diante do contexto de hipossuficiência revelado pelo autor, pessoa idosa, quase octogenária, de saúde frágil, e, portanto, de difícil locomoção, atraindo a incidência extraordinária do artigo 80 da Lei 10.741/03, que rege o privilégio do foro do domicílio do idoso. Em que pese ser a referida regra específica para as hipóteses de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos ou indisponíveis, a permanência da tramitação do presente feito no domicílio do idoso é a solução que melhor assegura e realiza os princípios do acesso à justiça e da dignidade da pessoa idosa. Sob essa

perspectiva, o Estatuto do Idoso deve ser interpretado de forma a concretizar no meio social o respeito à peculiar fragilidade reconhecida em sede constitucional a essa específica faixa etária”

No contexto completo aqui apresentado, é útil discutir o que constitui abandono afetivo em termos de conceitos legais e doutrinários. a lei traz o abandono afetivo como negligenciamento aos filhos. Ou seja, um ou ambos os pais não fornecem à criança a ajuda necessária. Mas aqui estamos falando de abandono emocional na terceira idade, e aqui chamamos de abandono emocional reverso.

3 DO ABANDONO AFETIVO INVERSO

Segundo José Figueiredo Alves, diretor nacional do Instituto Brasileiro de Direito de Família, o abandono afetivo reverso consiste em “uma inação amorosa, ou mais precisamente, uma desatenção continuada, em que a criança age em relação a um genitor, geralmente um idoso, ou seja, os valores jurídicos imateriais são a base fundamental para estabelecer a unidade familiar e a segurança emocional dentro da família.”

Para Maluf e Maluf (2016, p. 48) a afetividade pode ser conceituada como “[...] uma atividade do psiquismo que constitui a vida emocional do ser humano. Representa um aspecto da vida íntima que mais precoce e constantemente se altera em estados psicopatológicos de qualquer feitio ou natureza, e tem o dom de penetrar e preencher todos os demais aspectos da vida do indivíduo.”

Muitos doutrinadores falam que o abandono inverso não é apenas o aspeto imaterial, ou seja, afeto familiar, cuidado, preocupação, afeto familiar, responsabilidade, mas também a provisão imaterial (alimentação) que deveria ser benéfica para os filhos.

Neste ponto, é necessário mostrar alguns princípios que são simplesmente revelados. São eles: a dignidade humana e o afeto.

3.1 Do princípio da dignidade da pessoa humana

O princípio da dignidade da pessoa humana, encontra-se fundamentado no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal, sendo este considerado o princípio universal de todos, sendo classificado como macroprincípio. Assim, explica Dias (2014, p. 65):

A preocupação com a promoção dos direitos humanos e da justiça social levou o constituinte a consagrar a dignidade da pessoa humana como valor nuclear da ordem constitucional. Sua essência é difícil de ser capturada em palavras, mas incide sobre uma infinidade de situações que dificilmente se consegue elencar de antemão. Talvez possa ser identificado como sendo o princípio de manifestação primeira dos valores constitucionais, carregado de sentimentos e emoções. É impossível uma compreensão totalmente intelectual e, em face dos outros princípios, também é sentido e experimentado no plano dos afetos.

Sarlet (2012, p. 80) diz que “reconheceu categoricamente que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não ao contrário, já que o ser humano constitui a finalidade precípua, e não o meio da atividade estatal.”

O princípio da dignidade humana refere-se à proteção das necessidades da vida individual, ou seja, ao valor intrínseco do todo. É um dos fundamentos da democracia e do estado de direito, nos termos do artigo 1º, III da Constituição Federal, sendo fundamento basilar da República.

3.1.1 Do princípio da afetividade

O princípio da afetividade, que também se encontra na Constituição Federal, mais precisamente em seus artigos 226 §4º, 227, caput, § 5º c/c § 6º, e § 6º, vem prevendo, respectivamente, o reconhecimento composto pelos pais e ascendentes, incluindo-se os filhos adotivos. Assim, muitas vezes o princípio da afetividade, aborda, de modo geral, a transformação dos direitos mostrando-se de uma forma harmoniosa em diversos meios de expressão da família.

A percepção do afeto se dá através da análise das relações afetivas analisando o comportamento das pessoas envolvidas, por exemplo:

- Cuidado e convivência;
- Estabilidade e continuidade;
- Publicidade e ostensividade;
- Intenção de constituir família.

Por se basear na observação de situações reais, a aplicação do princípio da afetividade é determinada não apenas por via normativa, mas também pela lei da autoridade judiciária suprema responsável por regular a jurisprudência.

Outras leis tratam o afeto como meio de legitimação da estrutura familiar. A Lei de Registros Públicos permite que um genro use o nome de seu sogro ou sogra. Na Lei Maria da Penha consideramos a emoção como fator definidor da violência doméstica. Finalmente, a Lei de Extensão Parental reconhece o parentesco como um valor legal que deve ser protegido. Por fim, a Lei de Alienação Parental reconhece que o afeto um valor jurídico a ser protegido.

4. DAS CONSEQUÊNCIAS DO ABANDONO AO IDOSO

Com base em tudo o que foi destacado até agora, perguntamos como os idosos são afetados, porque a ideia é que à medida que envelhecem os papéis se invertem, ou seja, os filhos trocam os cuidados parentais. Portanto, uma vez abandonado, as consequências desse comportamento podem ser devastadoras para a já fragilizada saúde do idoso.

Na depressão não há possibilidade e sentimento de abandono, e há tendência a virar depressão, negação da vida. Esta condição é muitas vezes crítica para exacerbações de outras doenças.

4.1 Responsabilidade civil e o dever de prestar alimentos

Segundo Gagliano e Filho (2013, p. 53) o conceito de responsabilidade civil é um dano causado a outrem que decorre de um ato ilícito cometido, cujo causador do dano tem o dever de reparar.

A responsabilidade civil é entendida como a obrigação do devedor de reparar os danos morais ou materiais que venham a ocorrer a terceiros em razão de ato ilícito praticado por ato ou negligência do agente.

Segundo Gonçalves (2022, p. 24) considera que a responsabilidade é a consequência jurídica pelo descumprimento de uma obrigação. Nestas palavras:

“A obrigação nasce de diversas fontes e deve ser cumprida livre e espontaneamente. Quando tal não ocorre e sobrevém o inadimplemento, surge a responsabilidade. Não se confundem, pois, obrigação e responsabilidade. Esta só surge se o devedor não cumpre espontaneamente a primeira. A responsabilidade é, pois, a consequência jurídica patrimonial do descumprimento da relação obrigacional.”

As responsabilidades entre pais e filhos vão além das obrigações legais de natureza material (econômica). Há muitas crianças que deixam os pais em lares adotivos com a promessa de que voltarão, mas nunca voltam. Esses idosos são excluídos do convívio familiar, violando o dever de assistência emocional.

No Código Civil (2002) a responsabilidade subjetiva é acolhida como regra geral, isto é, havendo omissão de imposição de aplicação da teoria objetiva, ela será aplicada. A responsabilidade subjetiva e a responsabilidade com culpa estão expressas nos arts. 186 e 927 do Código Civil (2002), in verbis:

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.

Para que ocorra o dever subjetivo de reparar o dano causado pelo agente, são necessários os seguintes requisitos:

I - Ação ou omissão do agente com violação dos arts. 186 e 187 do Código Civil (2002), por abuso do direito conexo ao ato ilícito;

II - Culpa ou dolo do agente, demonstrada pela conduta do autor que, mesmo não pretendendo o resultado, agiu com imperícia, negligência ou imprudência.

III - Relação de causalidade entre a ação praticada autor e o resultado do dano sofrido pela vítima;

IV - Dano: Existência de lesão a um bem protegido por Lei, em decorrência do dano causado, lesando patrimonial ou extrapatrimonial, sem a expectativa da forma tentada;

O Estatuto do Idoso veio para mais uma vez reafirmar as normas constitucionais, vide artigo 3º do referido estatuto, que afirma claramente que a família tem a responsabilidade de proteger todos os direitos do idoso, incluindo a vida, alimentação, educação, cultura e saúde.

4.1.1 Responsabilidade civil e o dever de prestar assistência aos idosos

No que tange ao Código Civil, o artigo 1696 deixa clara a obrigação dos filhos em prestarem alimentos a seus pais:

Art. 1.696. O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros.

Neste sentido, Dias (2017, p. 415) se posiciona sobre o tema referindo novidade do Estatuto do Idoso no sentido de que além dos familiares o Estado também tem dever de promover o sustento:

Dignificadoras as novidades introduzidas pelo Estatuto do Idoso sobre o tema alimentos. Na ausência de condições do idoso bem como de seus familiares de lhe proverem o sustento, a obrigação é imposta ao poder público, no âmbito da assistência social. Trata-se do dever de amparo, nada mais do que a obrigação do Estado de lhe prestar alimentos. Aliás, o valor dos alimentos – pelo menos a quem tem mais de 65 anos – está previamente definido: um salário mínimo mensal.

De acordo com Silva, Medeiros, Penna, Ozaki e Penna (2020, apud Azevedo 2004, p. 289), partindo dos princípios da dignidade e da solidariedade familiar, indicou que é preciso sancionar a negligência entre pais e filhos, que é um grave abandono moral que deve ser severamente punido pela justiça por não manter o amor ou o compromisso. Amor impossível, mas assumindo a responsabilidade antes que o dever de cuidar seja violado, o que leva ao trauma moral da rejeição e da indiferença.

Entende-se que os filhos tem por obrigação amparar os pais, tanto física quanto financeiramente. O abandono afetivo *inverso* O abandono afetivo *inverso* representa apenas um terço dos problemas enfrentados pelos idosos, pelo que é imperativo respeitar os direitos do Estatuto do Idoso e do Código Civil. Além disso, a tradução das políticas de apoio implementadas em políticas públicas é atualmente escassa. No entanto, no que diz respeito à bibliografia, refira-se que a informação prestada é inequívoca.

5 CONCLUSÃO

O envelhecimento é natural para todos, assim como para todo o reino animal, e não é diferente do homem, cujos limites são governados por um poder maior do que qualquer lei que ele tenha estabelecido, a saber, o clima. No entanto, as mudanças de envelhecimento de cada indivíduo dependem de seu ambiente ambiental e social. No Brasil, o processo de envelhecimento evoluiu muito e mudou a realidade social, econômica e cultural do Brasil, e o grande número de idosos requer políticas públicas de adaptação às novas realidades sociais.

O aumento do número de idosos no Brasil e no mundo é um fenômeno sem precedentes, mas famílias, comunidades e países ainda não estão suficientemente preparados para oferecer uma qualidade de vida global a essa população, o que requer o uso adequado de recursos humanos e materiais nas áreas de saúde, educação e cultura. Diante da nova situação, é preciso ter em mente a necessidade de cuidar da criança junto com os pais. Embora a Constituição Federal garanta que os direitos do idoso não sejam violados, as respostas podem ser vistas em casos de abandono familiar do idoso, restrições de idade discriminatórias por idade e órgãos governamentais ineficazes. As necessidades dos idosos no mercado de trabalho e nos sistemas de saúde e proteção social.

A população mundial está envelhecendo em proporção direta ao crescimento exponencial da população idosa, mas a trajetória da longevidade varia dependendo de como as pessoas envelhecem. A qualidade de vida dos idosos é muito baixa, tanto nos países menos desenvolvidos como nos países em desenvolvimento. No caso do Brasil, são necessárias garantias constitucionais para realmente respeitar e fazer valer os direitos dos idosos.

A falta de afeto e amor é a razão pela qual os filhos não cumprem seu dever de proteção. Diante da inexistência de legislação específica sobre abandono afetivo reverso, a aplicação do Código Civil Brasileiro de 2002, do Estatuto do Idoso - Lei nº 10.741/2003, da Lei Orgânica da Assistência Social nº 8.742/1993, relativo aos direitos do idoso, a incidência da Política Nacional do Idoso - Lei nº 8.842/1994, decorreu da garantia de padrões para que o idoso participe ativamente e incorpore o ser humano à comunidade e goze de independência, dignidade, saúde e liberdade.

Em conclusão, percebe-se que o ordenamento jurídico vigente no Brasil reúne os dispositivos legais necessários para proteger e garantir o idoso e permitir que ele exerça efetivamente seus direitos. Mas as pessoas mais velhas não usam muito esses dispositivos.

Assim, a possibilidade de responsabilidade cívica surge da falha dos pais idosos em proteger seus filhos por meio de negligência emocional reversível, visando reparar os preconceitos vividos pelos idosos e restabelecer um equilíbrio de competências anteriormente perturbado. O preconceito como um de seus pressupostos, principalmente o viés moral.

4 REFERÊNCIAS

AGRAVO DE INSTRUMENTO n. 2013.015760-8, de São José, rel. Des. Ronei Danielli, j. 06-05-2014, TJSC.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Jornal do Advogado* - OAB/SP - n 1º 289, 2004.

BRASIL, Estatuto do Idoso, Lei nº 1.741 de 1º de out. de 2003. Brasília, DF: Senado Federal, 2003.

CIELO, Patrícia Fortes Lopes Donzele; VAZ, Elizabete Ribeiro de Carvalho. A legislação brasileira e o idoso. *Revista CEPPG*, v. 2, n. 21, p. 33-46, 2009.

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. Lei 10.406, 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.

_____. Lei n.º 8.842, 4 de janeiro 1994. Dispõe sobre Política Nacional do Idoso.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 4ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

GAGLIANO, P. L.; FILHO, R. P. Novo curso de direito civil. 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LUNA, POLIANA CAMPOS CÔRTEZ. Aplicabilidade do Estatuto do Idoso no Ordenamento Jurídico Brasileiro. São Paulo: Pimenta Cultural, 2020.

MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. Curso de Direito de Família. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. E-book.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

A INCLUSÃO DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS DE ADICIONAL NOTURNO AOS JOGADORES DE FUTEBOL NO BRASIL

RODRIGO RAY GOMES CHAVES:
Graduando do Curso de Direito do
Centro Universitário Santo Agostinho –
UNIFSA.

IGOR DE MOURA TEIXEIRA⁴⁹
(coautor)

RODRIGO ARAÚJO SARAIVA⁵⁰
(orientador)

RESUMO: O presente artigo se ampara na necessidade da inclusão das cláusulas contratuais de adicional noturno aos jogadores de futebol no Brasil, com o objetivo de elucidar o direito do trabalho em conjunto com o direito desportivo, ligado aos atletas de futebol, que foram desamparados pela lei específica, na qual deixou uma lacuna em relação à atividade trabalhista desenvolvida pelos atletas em horário noturno, sendo que é um direito constitucionalmente garantido aos trabalhadores. Desta forma, constatou-se uma insegurança jurídica acerca da temática que já é debatida há anos, porém não há consenso doutrinário ou jurisprudencial. Sendo utilizada uma metodologia bibliográfica do tipo narrativa, com análises de artigos científicos, jurisprudências e doutrinas especializadas na área do direito do trabalho e do direito esportivo. O estudo se dividiu em uma primeira análise direcionada na percepção favorável ao adicional, noutro prisma são analisados os posicionamentos desfavoráveis, e por fim é evidenciada a insegurança jurídica que a divergência sobre a temática acarreta.

Palavras-chave: Atletas. Lacuna. Horário noturno. Insegurança jurídica.

Sumário: 1. Introdução – 2. A Prevalência do Adicional Noturno. 3. A não percepção do adicional noturno aos atletas. 4. A Insegurança Jurídica atrelada aos Contratos dos Jogadores de Futebol no Brasil. 5. Conclusão. 6. Referências

1 INTRODUÇÃO

O contemporâneo estudo visa elucidar uma possível e aparente lacuna contratual e legislativa acerca do direito à percepção do adicional noturno por parte dos jogadores de futebol, uma vez que a prestação de serviços se divide muitas vezes em treinamentos diários,

⁴⁹ Graduando do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho - UNIFSA.

⁵⁰ Mestre em Criminologia. Pós Graduado em Direito Civil e Processo Civil. Professor do curso de Bacharel em Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA.

concentrações em dias que antecipam os jogos e partidas realizadas em horário que a Consolidação das Leis Trabalhistas destina remuneração diferenciada pelo horário noturno.

Neste diapasão, a presente análise partira da necessária discussão e efetivação do diálogo entre essas fontes jurídicas, quais sejam os direitos laborais contratuais envolvidos e o direito específico desportivo, na medida em que a efetivação do direito trabalhista seja palco da discussão que está intimamente ligada à garantia da dignidade humana.

Desse modo, por não haver em lei específica menção à adição do referido adicional, caberia aos tribunais tomar posicionamento acerca da temática, porém os mesmos tem muitas divergências. De tal modo, que a concessão do adicional noturno aos atletas iria de acordo com os preceitos constitucionais, já que a específica é falha e deixa lugar para adequação por parte das leis trabalhistas (MELO FILHO, 2011).

Com tudo, o objetivo do presente projeto é discutir a relação existente entre direito do trabalho, criando um link com a atividade realizada pelos atletas profissionais de futebol no Brasil, através de estudos bibliográficos sobre adicional noturno e direito desportivo, identificando o real pagamento de adicional noturno aos atletas.

Nesse sentido o raciocínio é de que o adicional noturno de 20% previsto na Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), não tem aproveitamento à atividade do esportista profissional do futebol na justificativa de que não há o desempenho de atividade que se nivele a um critério habitual de trabalho (TELES, 2014).

Consoante a não aplicação do adicional noturno, o que predomina neste declive é a advertência de que nem todos os atletas ampliam sua atividade para além das duas horas extras, e dessa maneira nem todos trabalhariam com essas categorias. A ampla maioria dos esportistas que se deparam nessa condição, são chamados de “hipersuficientes” de concordata com seus firmamentos de contrato que equilibram financeiramente muito bem e que se preparam a vender seus direitos de imagem segundo o artigo 42, da Lei Pelé (AMBIEL, 2020).

Dessa maneira, o presente artigo se assenta, inicialmente, na prevalência da percepção do referido adicional, seguindo no segundo tópico as questões em torno da não inclusão, em razão dos atletas terem outros direitos específicos da área, e por fim é apontada a insegurança jurídica que está ligada a essa temática.

Para o desenvolvimento do estudo, utiliza-se a abordagem metodológica bibliográfica do tipo narrativa, apontando expectativas já vividas sobre o contexto, juntando o diagnóstico de leis e ações ajuizadas, por meio da adoção de uma explanação crítica, com a finalidade de compreender a real necessidade da inclusão das cláusulas de adicional noturno a esses contratos de atletas profissionais de futebol, que atuam no território brasileiro.

2 A PREVALÊNCIA DO ADICIONAL NOTURNO

O adicional noturno é um equilíbrio de salário abonado para os profissionais que destacam suas atividades em horário noturno, visto que já cientificamente confirma os danos ao bem-estar desses profissionais em curto e longo prazo. O horário previsto pela CLT para fins de estimas, dispõe do valor de 20% do salário que precisa ganhar esses trabalhadores e retribui ao aplicado das vinte e duas horas de um dia às cinco horas do dia seguinte (ARAÚJO, 2020).

Segundo Zainaghi (2007, p. 114) “a jornada de trabalho do esportista de alguma modalidade esportiva será de 8 horas, com estabilidade semanal de, no máximo, 44 horas, a lei do disposto no artigo 7º, inciso XIII, da Constituição da República”. Ademais, é predito aos esportistas especiais da modalidade de futebol, três dias, por semana, no máximo, de concentração, tendo jogo oficial.

Com a promulgação da Lei Pelé (Lei 9.615/98) surge a prevalência afetuosa da justificação de que o esportista de futebol profissional é um funcionário e tendo em vista esse predomínio o atleta precisa ter direito ao adicional noturno sob o escudo do aproveitamento do artigo 73, da CLT (BRASIL, 1943).

Numa outra perspectiva se faz necessário a demonstração de julgados que exibem suas sentenças em desfavor a deferência do uso secundário da Legislação Trabalhista no que dedilha ao adicional noturno para com os atletas de futebol profissional. Segue abaixo a legalidade a seguir:

ATLETA PROFISSIONAL DE FUTEBOL. ADICIONAL NOTURNO. Em razão das peculiaridades do contrato de trabalho de atleta profissional de futebol, penso que não lhe são aplicáveis às regras celetistas relativas ao adicional noturno, em face da especificidade da atividade desportiva. Recurso a que se nega provimento, no particular (TRT – 6 – RO - 0015600-50.2009.5.06.0003, Redator: Acácio Júlio Kezen Caldeira, Data de julgamento: 11.05.2011, Segunda Turma, Data de publicação: 23/05/2011).

Acerca do tema, disserta Martins (2011), ex-ministro do Tribunal Superior do Trabalho:

as categorias característica do acordo do atleta profissional de futebol não admitem incurso no adicional noturno, em consagração dos critérios globalmente aprovados na exposição profissional do esportista. Esse tipo de pagamento noturno participa principalmente do acordo e se tem de tê-la como alcançada no pagamento combinado (TST - RR 3.866/82, Rel. Min. Idélio Martins, 16 dez. 1983, 1ª Turma, 16 dez. 1983).

Parte da regra e da legalidade protege que o adicional noturno seria direito afiançado aos esportistas profissionais de futebol. Não havendo disposição característica na Lei Pelé sobre esse argumento, liberaria o aproveitamento da CLT de maneira secundária. Esse é o acordo de Sérgio Pinto Martins que protege a observância do artigo 73 da CLT nos acordos trabalhistas desportivos, onde precisa advier o adicional noturno de 20% e a hora noturna diminuída de 52 minutos e 30 segundos (ARAÚJO, 2020).

Outro assunto proeminente discutido na advocacia do adicional, é o entendimento de que o trabalho noturno é mais cansativo que o diurno, pelo episódio do cérebro impacientar efeito de sono perante o período noturno, provocando riscos maiores de acidente, além de impedir a coexistência do esportista com sua família.

Nas expressões de Barros (2008, p. 45):

Considerando que o esporte profissional, fundado na competição, é por demais desgastantes, sob o aspecto físico e psíquico, entendemos recomendável a concessão do adicional noturno e a redução da respectiva hora, com aplicação supletiva do art. 73 da CLT, exatamente para desestimular a sua prática à noite e tutelar a saúde do atleta.

Além disso, o artigo 7º, inciso IX da Constituição Federal prediz o pagamento do trabalho noturno elevado ao diurno como direito dos trabalhadores urbanos e rurais, inclusive tal entendimento deve ser adequado ao pagamento de adicional para jogos que entrem no horário noturno, a partir das 22h, ficaria inarredável por conta desta esplanada deliberação constitucional (BARROS, 2008).

Apesar dos contratos de trabalho dos atletas se encontrem qualificados por várias distinções, eles permanecem sendo trabalhadores comuns, no sentido de que desempenham suas atividades em permuta de salário e direitos, sendo aceitável a segurança constitucional. Por conseguinte, os esportistas profissionais de futebol não são somente objetos contratuais para viabilizar ganho aos clubes (ARAÚJO, 2020).

Já estiveram articulados ponderados deferindo adicional noturno aos esportistas. A título de esclarecimento, em processo nº 0011892-06.2016.5.18.000551, ponderado pelo ex-zagueiro Valmir Lucas em face do Goiás Esporte Clube, a 2ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região percebeu que tem várias profissões em que o trabalho noturno é eficaz à atividade adiantada - como é o fato dos porteiros, dos vigilantes e dos profissionais de saúde - sendo que tal conjuntura não aparta o direito à perspicácia do adicional. Dessa maneira, ainda sendo o trabalho noturno essencial à profissão do atleta futebolístico, ele ainda faz direito ao citado adicional.

Além desse embasamento, a deliberação ainda se empregou da alegação da doutrina, ponderando que, perante da falta de prevenção característica sobre adicional noturno, o artigo 73 da CLT e o artigo 7º, inciso IX da Constituição Federal, que colocam o pagamento do trabalho noturno superior à do diurno, são de modo pleno aceitáveis. Por se abordar de bem tutelado pela Constituição Federal de 1988, o desporte é um fato jurídico, com extraordinaríssima colocação social por ser direito essencial do ser humano (VEIGA, 2020).

51 NEVES, Lídia. Goiás Esporte Clube pagará adicional noturno a ex-zagueiro Valmir Lucas. **TRT18**, 2018. Disponível em: <https://www.trt18.jus.br/portal/trt-condena-goias-esporte-clube-a-pagar-adicional-noturno-a-ex-zagueiro-valmir-lucas/>. Acesso em: 28 set. 2022.

É natural do indivíduo a precisão da prática de esportes, por jeito de existência ou por bem-estar, contudo ao extenso do tempo a exercício desportivo passou a ser um meio de existência, onde muitos tiram sua estabilidade e de sua família.

Ultimamente os esportistas profissionais têm seus direitos trabalhistas protegidos, visto a precisão da ampla ação que brotou pelo meio da conexão empregatícia inventada entre clubes e atletas, quer por equiparação se distingue um trabalho protocolar de quem vive dessa área.

Existe quem fale que jogador não é profissão, contudo ao adverso disso, adverte-se que os esportistas ao assinarem seus contratos ganham direitos, como o de ganhar salários, férias, adicionais, dentre outros, contudo ainda surgem as necessidades, que desigual do que se reflete, ou do que é visto na esplêndida existência dos famosos atletas mundiais, que são uma menor parcela dos esportistas que podem curtir suas existências de tal maneira, sendo que os próprios precisam apresentar-se a treinamentos, concretizar viagens, realizar jogos em horários fora do horário comercial, visto que o público alvejado está trabalhando e estaria irrealizável seguir com os jogos, ainda precisa-se atender as concentrações que são cometidas antes dos jogos, que serão debatidas mais a frente (MARTINS, 2011).

De tal modo como os trabalhadores tem horários para conseguir a sua prestação de serviço, os esportistas de futebol têm o precisar de apresentar-se aos exercícios recorrentes estabelecidos pelos clubes, onde a não presença pode resultar em falta disciplinar, se distendendo em avisos, suspensões e até ainda a antecipação do fim do acordo estabelecido, do mesmo jeito como advém com os trabalhadores comuns (BARROS, 2008).

Os jogos fora de horários comerciais e especialmente os jogos noturnos, que são o componente de diagnóstico do presente projeto de diagnóstico, incide de modo comum, porém advém o não prestígio da atividade concretizada no período noturno por parte dos clubes como passível de pagamento de adicional noturno, contudo os esportistas em jogos que passam das 22h concluem tendo as mesmas dificuldades dos trabalhadores comuns noturnos, como problema para adormecer pode ter um rendimento menor, entre outras causas (ZARKO, 2019).

A lei desportiva permitiu esse espaço em analogia ao pagamento de adicional noturno aos esportistas que concretiza atividades em horários passíveis de pagamento do mesmo, permanecendo a cargo de procurar encher esse espaço com a CLT, que traz aos trabalhadores celetistas a precedência de pagamento.

Conforme artigo 73, parágrafo 2º, CLT, será tido como trabalho noturno, todo aquele que é concretizado entre as 22h de um dia e 5h de outro dia (BRASIL, 1943). Sendo de tal modo que aqueles jogos que acontecem depois do horário ponderado noturno, precisam-se atentar ao pagamento do adicional atinente as horas trabalhadas em período noturno.

A reverência desse contexto, o episódio mais atual que recebeu evidência foi a deliberação pronunciada pela 11ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região em processo judicial iniciado pelo meio-campista Maicon em face do São Paulo Futebol Clube. Nesse período, foi celebrado o direito ao adicional noturno. Todavia, ficando os autos em segredo de justiça, não foi admissível avaliar os embasamentos da deliberação.

3 A NÃO PERCEPÇÃO DO ADICIONAL NOTURNO AOS ATLETAS

O Direito ao trabalho se trata de um direito essencial consoante a Constituição Federal de 1988, que impões a esse direito vastas confiáveis a ser destinado a todos os cidadãos que foram adiantados com os ideais da revolução industrial e está foi fundamental para os direitos dos operários e, assim trabalhadores (BARROS, 2008).

A Constituição da República Federativa do Brasil que ingressou em eficácia no dia 05 de outubro de 1988, destaca o seguinte em seu artigo 1º, inciso IV:

Art 1ºA República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

IV - Os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (BRASIL, 1988).

O trabalho é estimado a respeito de um direito que aborda a todos como um baseamento norteador dos benefícios do indivíduo em atitude individual e social, de tal modo como a livre ação, estando de tal modo é cogente dizer que o direito social do trabalho precisa ser acertado como uma preferência essencial tal qual os outros como a liberdade, ensino, previdência social, descanso, garantia, assistência a maternidade e a infância e amparo aos desamparados (VEIGA, 2020).

Dentro dessa temática, é imprescindível ressaltar e avultar a indispensável importância dos desígnios essenciais da República Federativa do Brasil segundo disposto no artigo 3º, inciso I e inciso II, qual seja edificar uma sociedade livre, justa e solidária e abonar o incremento nacional, simultaneamente (BRASIL, 1988).

Na observância dessa precisão de extensa contenda a deferência do atual projeto, temos a abrangência de fato do quanto é proeminente esses desígnios essenciais para a edificação de uma sociedade mais conscienciosa e menos dessemelhante, enfim quando tem uma completada harmonia entre o público social e o privado, a mecanismos do incremento social passeia de maneira clara e tal determinação desse fato brota em uma apropriada ampliação em grau nacional (ZARKO, 2019).

Uma sociedade se edifica firmando-se em estimas reguladas em parâmetros humanitários que apontam uma mais perfeita composição de coexistência, isso transcorre a partir do grau de envoltura vivente nas atividades trabalhistas que apoiam os pilares de toda uma composição social e apenas com a garantida desses desígnios essenciais é admissível tornar mínimo as inúmeras diversidades sociais no que dedilha aos direitos trabalhistas (MARTINS, 2011).

Essa circunstância impacientaria espantoso detrimento aos clubes, aos esportistas e aos empreendimentos televisuais. Ante disso, comprova-se que o desempenho em partidas noturnas faz parte da especificidade do acordo de trabalho desportivo. Tendo em aspecto que os direitos

de comunicação são comercializados entre os institutos desportivos e as emitentes presentes na transmissão das partidas, estas derradeiras advêm a produzir os horários dos jogos taticamente, de maneira a gerar o maior lucro com a maior abundância de teventes (BARROS, 2008).

Nesse sentido, não compete ao clube empregador a mudança de horário, de maneira que se volva irrealizável sua responsabilização pelo adicional noturno. Além disso, as partidas concretizadas em período noturno, por conta da grande visibilidade, podem ser benévolas até ainda para o esportista, de maneira direta, pela percentagem que lhes é precisado a título de repasse do direito de arena e de maneira indireta, pela maior probabilidade de ganhos com publicidades comerciais (MELO FILHO, 2011).

É certo que os trabalhadores que desenvolvem atividades noturnas tem um desgaste superior aos diurnos, como exemplo aqueles que trabalham em turno ininterrupto de revezamento, que realizam tarefas em horários sem interrupção das mesmas, por ser fator exclusivo da atividade, tendo jornadas de 6h por 24h de folga ou 12h por 36h, sendo desenvolvidas por plantonistas, vigilante, dentre outros.

Além disso, ao adverso do acordo comum de que o trabalho noturno estaria mais intenso e desgastante, no episódio dos esportistas profissionais de futebol, as partidas noturnas estariam em categorias ambientais mais afáveis, pelo clima mais cordial.

De tal modo, no entendimento de Zainaghi (2020), o adicional noturno não se calha na atividade do esportista profissional de futebol, pelo acontecimento de ser atividade *sui generis*, não podendo ser coincidida a uma atividade habitual de trabalho. Neste sentido o atleta não se amolda ao critério da habitualidade, pelo fato de não respeitar horários fixos, ou mesmo horas e dias de trabalho destinados a execução das atividades laborais.

A CLT ocasiona abertamente o conceito de empregado e empregador, que será um ponto chave para se debater o atual assunto, onde podemos distinguir analogia de emprego vivente entre o clube e o atleta, para que se possa atingir a tais opiniões, precisa-se advertir o que está aprontado nos consequentes artigos da Lei trabalhista (MARTINS, 2011).

Conforme artigo 2º da CLT, empregador é toda empreendimento que de modo individual ou coletiva, que vai arcar com os ônus e bônus da atividade econômica, direção de colaboradores e pagamento de salários (BRASIL, 1943).

Concretizando uma relação e juntando ao direito desportivo, o clube de futebol é o empregador na analogia, já que completa todos as condições imprescindíveis para que se caracterize como tal (ZARKO, 2019).

Segundo aponta artigo 3º da CLT, empregado é a pessoa física que oferece serviço ao empregador de maneira frequente, ganhando salário por essa prestação de serviço e tendo a subordinação entre empregado e empregador (BRASIL, 1943).

O atleta ao subscrever o acordo com o clube vai de modo não comum se dispor a apresentar aquilo que foi acertado no acordo, e por decorrência ganhar um salário que garanta a continuação

da sua prestação de serviço. Todavia, para que tenha afinidade de emprego precisam-se advertir determinadas condições como a onerosidade, a pessoalidade, a não casualidade, a dependência e a alteridade (DELGADO, 2019).

A analogia de emprego vivente entre clube e esportista é muito intensa, visto que o atleta ao subscrever o acordo com o clube de imediato é anexo o seu salário, sendo que o atleta agenciado para conseguir a atividade laboral, é contratado pelo episódio de que será ele próprio quem irá desempenhar a atividade, sendo inteiramente pessoal, não podendo ser delongado a outro, que de modo comum precisa apresentar-se a exercícios, jogos (independente do horário), viagens, dentre outras atividades a estarem adiantadas de concordata com o contrato estabelecido, onde tem a dependência do esportista com o clube que o contratou, sendo que a não subordinação pode suscitar sansões, observado que o contratante tem ao contratado todos os meios admissíveis para que se possa expandir a atividade laboral (MARTINS, 2011).

Perante de tudo que foi revelado é intensa a analogia de emprego vivente entre o clube e o esportista, completando todos as condições imprescindíveis para que seja assinado de episódio essa conexão empregatícia, podendo logo a lei trabalhista garantir os espaços que a lei desportista deixa analogia ao problema do citado assunto, já que além de ser uma analogia desportista, ainda é uma analogia trabalhista (VEIGA, 2020).

O direito desportivo vai agir na determinação e métodos que estão unidos aos direitos dos atletas, como determinação de acordos, direitos e obrigações das partes envolvidas. A lei que protege o direito desportivo e a lei nº 9.615/98, mais conhecida como lei Pelé, em tributo há um dos grandes desportistas brasileiros que agiu de maneira excêntrica durante a sua carreira e é observado como um dos grandes da história, e completou sendo homenageado (ZARKO, 2019).

O artigo 28, parágrafo 4º, inciso III da Lei Pelé, traz que não é possível a percepção do adicional noturno, já que não seria possível adotar tais medidas por meio de acordo com os atletas. Assim no mesmo sentido, Veiga (2020) percebe que a analogia de trabalho entre esportistas e clubes tem propriedades especiais que são incombináveis com a CLT. Desta forma, os profissionais não realizariam as atividades de forma a se amoldar em uma relação de emprego propriamente dita.

4 A INSEGURANÇA JURÍDICA ATRELADA AOS CONTRATOS DOS JOGADORES DE FUTEBOL NO BRASIL

No Brasil, vários esportistas já debateram esse direito nos tribunais, tendo jurisprudência distinguindo a ambição, onde segundo as modificações dos acontecimentos e o ônus da prova aplicável a cada acontecimento. Ainda existe contendas abrangendo a probabilidade de os exercícios regenerativos, ordinalmente concretizados no dia consequentes aos jogos, poderem ser estimados conjectura especial de repouso, porquanto concretizado em bem do organismo do próprio trabalhador, sem que o esportista fique à disposição do trabalhador (ZARKO, 2019).

Por outro lado, ainda tem uma errada percepção de que todos os esportistas profissionais subscrevem acordos com estimas milionárias, têm fama universal e fazem muito sucesso. Como diz a letra célebre: "quem não presumiu em ser um jogado de futebol". É perante a essa fantasia, que pode ser visto como incombinável a um esportista, a percepção do adicional noturno, com potencialidade de ganhar milhões a cada ano, embora ambicionar ganhar hora extra, repouso semanal ou adicional noturno. Isso esclarece parte da revolta ou surpresa de determinados (VEIGA, 2020).

Todavia, quando se considera os assuntos literalmente sob visão jurídica não tem inovação qualquer no episódio de esportistas empregados ainda se favorecerem de determinados direitos trabalhistas, comumente garantido a outras categorias de classe. O repouso semanal, por exemplar, é uma remota aquisição atual em diversas Constituições nacionais, que a décadas versão sobre esse direito de todos os empregados poderem gozar um dia todo de repouso a cada semana, sem estrago do ordenado (MARTINS, 2011).

A Constituição Federal de 1988 dedicou esse direito no inciso XV do seu artigo 7º, professando que o repouso será de preferência aos domingos. Dessa maneira, aqueles que cumprem atividades de acordo com a tradição concretizadas aos domingos, poderão trabalhar nesse dia, contudo precisarão ter o repouso cedido em outro dia da mesma semana. A legislação característica do esportista profissional não desconheceu as características das atividades desportivas e a tradição dos jogos nos fins de semana.

Por isso, habituando-se a norma da Carta Magna, repetiu o direito de o esportista profissional gozar de um dia de repouso, contudo recomendou que este será de preferência no dia seguinte à concretização das partidas. Assim, desde muito tempo os esportistas têm direito a desfrutar um dia de repouso na semana, contudo sem algum prejuízo para a regular concretização dos jogos constados para os domingos. Enfim, os esportistas que agirem no domingo poderão gozar do repouso na segunda-feira ou em outro dia da semana, consecutivamente depois as partidas (BARROS, 2008).

O clube que almejar não atuar mais em jogos aos domingos, sob justificativa a garantia do direito ao repouso dos esportistas, não está se adequando ao que se dispõe na legislação. Enfim, a ampla dificuldade não está em se marcar partidas aos domingos, contudo sim em viabilizar um calendário de competições e jogos mais benéficos e coerentes, que aceite aos clubes conferir regularmente um dia de descanso aos seus esportistas.

Em outros episódios, avalia-se a quem concerne o ônus de confirmar a concretiza permissão dos repousos, bem como a regularidade dos sistemas de controle grupal, como as planilhas semanais com horários planejados de exercícios, jogos, passeios e repousos a cada semana. Afinal, o reconhecimento ou não das ambições estabelecidas estar sujeito a muito mais da circunstância fática existida em cada clube e do ônus da prova, do que do adequado direito ao repouso.

Quando o repouso não puder ser cedido, terá precisão de pagamento de ressarcimento, equivalente a estima de um dia de trabalho, em dobro. Determinados acordos poderão ser negociados já prevenindo o pagamento de parte da estima como ressarcimento pelo repouso não cedido, contudo sempre com o cuidado de não distinguir salário complessivo. Opções para

determinar contingentes dificuldades no consentimento do repouso semanal com certeza acontecerá pela comercialização grupal, com a procura de recursos aplicáveis à precisão e ao calendário de cada empregador, tudo com assistência no artigo 611-A da CLT, que versa sobre a possibilidade de normas coletivas de trabalho realizadas pelos sindicatos (ZARGO, 2019).

Quanto aos jogos concretizados em horário noturno, a Constituição Federal ainda abona remuneração pelo trabalho noturno em estima elevado ao diurno. Como as competições desportivas acontecem no espaço urbano e não tem algum acondicionamento diferente constante da Lei Pelé, tem-se que o horário noturno dos esportistas constituiria o mesmo aplicável aos trabalhadores urbanos, ou signifique, das 22h às 5h da manhã (MARTINS, 2011).

Parte da doutrina percebe que o pagamento de adicional para jogos que entrem no horário noturno seria inarredável, graças à elucidada deliberação constitucional. Todavia, tem extraordinária doutrina e justiça que apartam a aplicação do adicional noturno exatamente pela especificidade da atividade do esportista e pelo episódio de o trabalho em horário noturno, várias vezes, ser menos exaustivo para o esportista que os jogos diurnos.

Ora, se o desígnio da entidade é contrabalançar o maior empenho daquele empregador que se aciona a noite, em conferição com os que trabalham perante o dia, comprovado que o cansaço de um esportista que joga partida a noite é menor que o cansaço durante o dia, desaparece o sentido da proteção (PAIM, 2020).

Além disso, tem várias outras circunstâncias em que as decorrências do horário noturno foram relativizadas nas analogias desportivas, como aconteceu nos episódios de esportistas menores de 18 anos, que agiram normal em partidas noturnas, embora de a Constituição Federal de maneira expressa impedir o trabalho noturno para menores de 18 anos. Ou seja, o assunto está além de ser pacificado, modificando o acordo segundo cada juízo e cada circunstância fática.

Acontece que tal episódio era seguido de várias falhas as quais não abonavam muita segurança a quem verdadeiramente precisaria ser resguardado, o jogador profissional. Primeiramente, independente de ordenação ou antevisão legal, tinha como seguranças o pagamento do salário, e inconstantemente um valor estimado e cognominado "luva". O esportista da modalidade de futebol apenas conseguiu sua profissão regulamentada a partir de 1976, pelo meio da Lei nº 6.354/97.

Recentemente, se comete imprescindível a grandeza da prática desportiva profissional e da não profissional, a qual se depara individualizada no conteúdo da Lei nº 9.615/98, em seu artigo 29, parágrafo 4º, e artigo 26. Como sugestão ao legislador poder-se-ia ativar um horário qualificado para distinguir o trabalho noturno pertinente com a prática do desporto, que fosse adequado de acatar a tradição dos horários dos jogos noturnos no Brasil. Outra conjectura, consecutivamente desejável, seria outra vez procurar recursos comercializados com os sindicatos.

Como se adverte, os assuntos são ancestrais e o melhor recurso, para que esportistas tenham considerados seus direitos e que clubes não sejam vinculados com requisições retroativas,

está na procura de recursos comercializados ou na racionalização do calendário, de maneira que tenha lugar regular para a permissão dos repousos. E mais extraordinário, sem alguma necessidade de alteração das datas e horários dos jogos ou sem que clubes necessitem determinar que suas partidas sejam agendadas em outros momentos (VEIGA, 2020).

Na procura de esclarecer a contestação, compete ponderar o predito na Constituição Federal, balizadora do direito nacional. A Carta Magna prediz que a pagamento do trabalho noturno precisará ser superior ao trabalho diurno, exercendo às regras infraconstitucionais a regulamentação do assunto.

A CLT, na categoria de regra infraconstitucional, regulamentou o assunto: situou qual momento precisa ser respeitado noturno; restringiu a duração da hora noturna; e decidiu que sobre este período precisa acontecer o aumento de 20% no valor da hora – adicional noturno.

Tal entidade foi inventada para desincentivar o abuso da atividade noturna, visto que é o momento que o organismo humano dedica à desaceleração biológica. Ao próprio tempo, a ampliação na estima remuneratória e a redução do deslize de cálculo da hora convêm para compensar o profissional que cumpre as atividades em período noturno.

Por sua vez, a Lei nº 9.615, foi estabelecida para situar regras gerais sobre os esportes, garantindo de especificidade o esportista profissional. Nela, o legislador anteviu que seu pagamento precisa ser compactuado em acordo especial de trabalho, o que nos induz a qualificar a atividade com a especificidade imprescindível a não aproveitamento da CLT, desigual dos trabalhadores ditos comuns. Entretanto, a Lei Pelé silenciou quanto ao adicional noturno, não permanecendo alguma previsão sobre a entidade.

O assunto em contenda já tem sido bastante discutido nos tribunais. Contudo, a matéria embora não está pacificada no judiciário. Tem julgadores que abrangem que, pelo episódio de inexistir lei característica versando do trabalho noturno e do concernente adicional para o esportista a CLT estaria a regra aplicável, motivo pela qual cometeria direito ao adicional em assunto.

Por outro lado, a jurisprudência majoritária, tem meritíssimos que percebem que, perante da vivência de lei específica regulamentando a atividade do esportista profissional de futebol e por todas as características da profissão, este trabalhador não permaneceria subordinado às regras celetistas, embora que tenham espaços na Lei Pelé.

A meditação é extensa, com contextos ricos e conexos de dois lados. Embora que a influência aborda do horário das partidas de futebol não seja dos clubes, visto que cabe às federações e à confederação nacional, na maior parte das vezes acatando às reivindicações das emissoras televisivas, parece ser desonesto que o esportista profissional de futebol tenha abolido seu direito constitucional, regulamentado pela CLT.

Além disso, a regra característica é excluída a deferência do trabalho efetivado em horário noturno e seu referente adicional, precisando tal espaço ser preenchido pela legislação celetista,

embora que de maneira filial/integrante. Se a Lei Pelé não faz a distinção neste particular, é porque o legislador escolheu pelo aproveitamento da lei geral admissível a todo e algum trabalhador (CLT).

As soluções do Fundo Nacional de Desenvolvimento Desportivo constituiriam propostas para vários fins, tanto para o desporto profissional como para o não profissional. Entre os desígnios estão: o desporto educativo; o desporto de ganho, entre outros vários desportos prometidos para os Jogos Olímpicos, Campeonatos Mundiais, Jogos Pan-americanos e Jogos Sul-Americanos (AMBIEL, 2020).

É apropriado assegurar que a Lei nº 8.672/93 propôs a organização do desporto nacional, de maneira a estabelecer órgãos administrativos e judiciais, que apontam a atividade desportiva, tomando cuidado em incitar o esporte empregando os auxílios do governo para jogadores profissionais e não profissionais, de maneira a estimular a adotar no trabalho de esportista, podendo se destinar inteiramente ao esporte (AMBIEL, 2020).

A Lei nº 9.615, foi criada com o desígnio de dar maior limpidez e profissionalismo ao esporte nacional. A Lei Pelé fez uma série de transformações no ordenamento lícito desportivo, sendo que uma das mais definidas foi eliminar o “passe”, uma ferramenta legal que prendia o atleta ao clube além do acordo de trabalho, nos clubes de futebol do Brasil e estabelecer o direito do consumista nos esportes. Entre outras transformações e ampliações, ela originou a profissionalização do esportista, com a obrigação da modificação dos clubes em empreendimentos, também, instituiu verbas para o esporte olímpico e paraolímpico.

À medida que o assunto não for pacificado pelo TST, de maneira a acoplar os outros tribunais regionais ao seu acordo, ou for formalizado contrato/concordata grupal entre os sindicatos responsáveis aborda do caso ou não da entidade em assunto, durarão nas divisões dos clubes de futebol a incerteza jurídica e a produção de uma potencialidade e significativo passivo trabalhista.

Também a Lei Pelé ocasionando várias mudanças trabalhistas, e inventando revoluções quanto à conexão empregatícia, a própria ficava excedida e não conseguia seguir mais determinadas alterações no direito trabalhista. De tal modo sendo for anunciada a lei nº 12.395 de 16 de março de 2011.

Além de modificar numerosos artigos da Lei Pelé, a lei nº 12.395/2011 ainda transformou a lei nº 10.891 de 2004. Neste sentido, a lei nº 10.891/2004 aprontava sobre o programa Bolsa Atleta, que se propunha a pagamento de esportistas brasileiros profissionais por meio de estímulos. A lei Pelé transformou determinados importâncias sobre o Bolsa Atleta, abrangendo acréscimo no pagamento percebido pelo esportista de tal modo como, trazendo outras facilidades. Esta promoveu também mais o desporto nacional e revogou por finalizado a lei nº 6.354/76.

Também compete advertir que o acordo do atleta profissional poderá ser delongado mais de uma vez e sua renovação, desigual do que se proporciona na CLT para os acordos por prazo

apontado, não precisa de um momento de seis meses entre a conclusão de um acordo e a concretização de outro.

Quanto aos casos atinentes aos esportistas menores de 18 anos, apresenta-se o significado que apenas poderão subscrever acordos com a instituto, clube, a partir de terem concluído os 16 anos de idade, como prevê Martins (2011, p. 21):

O instituto de técnica desportiva formadora do esportista apresentará o direito de subscrever com esse, a partir de 16 anos de idade, o primeiro acordo de trabalho profissional, cujo prazo não poderá ser elevado a cinco anos.

Esta deliberação legal, situada para proteger o menor, e concordada segundo a legislação pátria que impede o trabalho dos menores de 16 anos, amparado na qualidade de principiante, provoca, no aprendizado a incoerência de amparo dos clubes quanto a estabilidade destes jogadores. De tal modo, apenas poderá subscrever o acordo com a presença de seu responsável ou se for no episódio manumitido o esportista de 16 anos de idade (MELO FILHO, 2011).

Desta forma a competência do esportista adquire-se aos 16 anos de idade para comemoração do primeiro acordo de trabalho. Esta idade é vista como o limite mínimo para a técnica do desporto pelo episódio do indivíduo ter o incremento correspondente quanto o assunto para poder cumprir a atividade da mais perfeita maneira possível.

Contudo esta não é uma posição abrandada, senão observa-se a revelação de Grisard (2004, p. 28):

[...] a remuneração diferenciada do horário noturno não está prevista só na CLT. Ganhou Status constitucional e, a partir de então, a legislação infraconstitucional somente se limita a definir os percentuais aplicáveis ao caso concreto. Impossível, portanto, se admitir que lei ordinária venha a afastar garantia constitucional. Se assim o fosse, estaríamos desprezando todo o sistema jurídico pátrio, além de, indiretamente, incentivarmos a inobservância de direitos mínimos que visam dar ao trabalhador proteção à saúde e, em consequência, melhores condições de vida.

Adverte-se, de tal modo que se os esportistas não têm este adicional, entretanto, têm outros benefícios que trabalhadores comuns não têm como “bichos” e “luvas”, entre outros princípios. Sendo de tal modo, significa que o adicional noturno não apresenta um acordo integrado, ou seja, apresenta-se uma deliberação radiante quanto aos doutrinadores, pelo episódio de determinados perceberem que é carecido o mesmo e outros apreenderem que não é devido (AMBIEL, 2020).

De concordata com o esclarecido, o atual projeto segue em sua perfeição abordando ponderados que confirmam com o acordo de que se pratica imprescindível entender e justapor a precisa cláusula de adicional noturno, e não tão apenas os episódios duradouros, contudo ainda o contraponto que pratica comprovar a dualidade dos diagnósticos desses julgados e por fim a desígnio de acender sua importância social e jurídica (VEIGA, 2020).

Para primeiro diagnóstico de julgados, temos o atual exemplo do ex-jogador do clube São Paulo, o atleta Maicon, recente volante do Grêmio, ao ingressar com uma Ação contra seu ex clube São Paulo, no qual impetrou vitória pela cobrança do pagamento por adicional noturno, domingos e feriados. No aludido episódio, o jogador agiu entre os anos de 2012 e 2015 e saiu vencedor em segunda instância na deliberação da Justiça do Trabalho, contudo embora compete recurso, visto que a condenação do antigo clube é de pagar R\$ 200.000,00(duzentos mil reais) podendo chegar ao valor de R\$ 700.000,00 (setecentos mil reais) de concordata com o advogado do esportista, esse valor considerado menciona-se com a abrangência de juros e correção monetária (LAURENTIIS, 2020).

O processo está em tramitação desde 2016 e percorre em segredo de Justiça. Na Ação, os representantes de Maicon exibem sínteses das partidas que concluíram após as 22 horas, bem como foram vinculadas dados sobre os jogos concretizados nos domingos e feriados.

Outro esportista profissional do futebol que conseguiu novo sucesso aborda de igual Ação, foi o goleiro Paulo Victor, no qual apresentou seu recurso aprovado pela Segunda Turma do Tribunal Regional de Trabalho da Primeira Região (TRT-1) e condenou o clube Rubro-Negro ao pagamento do adicional noturno e Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS). O atleta processou o clube na Justiça no ano de 2019, onde também em primeira instância este já tinha sido condenado, contudo foi indeferido as cláusulas de adicional noturno e FGTS, notícias retiradas do site esportivo (PAIM, 2020).

Tais determinações não são absurdas se for observado que a Lei 9.615/98 é inteiramente vultuosa no que diz deferência ao adicional noturno. Perante desse espaço legal, ponderado o artigo 28, parágrafo 4º, da própria lei Pelé, normatiza o uso secundário da Legislação Trabalhista e da Seguridade Social, assim o raciocínio mais lógico por parte do meretíssimo é justamente justapor o artigo 73 da CLT, que prediz o adicional noturno aos esportistas profissionais (BRASIL, 1998).

Entre os pontos de divergência o acordo do esportista dos outros trabalhadores estão os tempos do acordo de trabalho verificado, porquanto à medida que para os trabalhadores comuns, que tem sua normatização na CLT, o tempo máximo é de 2 (dois) anos, para o esportista profissional de futebol é de 5 (cinco) anos podendo ser revigorado (ARAÚJO, 2020).

Tem, ainda, o fator da remuneração, que mais à frente de ganhar um salário fixo, embolsa outras gratificações, como direito de imagem, de campo, adicional noturno para as partidas disputadas no período (algo não pacificado), assim também como luvas e bichos que unificam esta classe de gratificações entendidas pelos esportistas profissionais (VEIGA, 2020).

Adverte-se, ainda, a capacidade de cada justiça para avaliar tal processo. Compete a Justiça Desportiva fazer o julgamento de processos de transgressões disciplinares de atletas e clubes, podendo justapor aos esportistas os corretivos que são previstas nos seus códigos disciplinares. Para a Justiça do Trabalho, apresenta-se o acordo que a mesma apenas será buscada após que fatigadas todas as vias da Justiça Desportiva, ou seja, depois desgastarem todas as instâncias da

Justiça Desportiva poderá, todavia se voltar a Justiça do Trabalho para definir a contenda incidente (PAIM, 2020).

Desse modo, ocasionando episódios característicos e verdadeiros é admissível advertir o episódio na técnica sobre determinados episódios do atual trabalho, como o fator do instituto ter que ser compensada por venda de concorrente esportista, de tal modo como tentames de desvinculo de acordo de trabalho por parte várias vezes de esportistas que tentam sua desvinculação pelo meio da justiça para poder apresentarem seus serviços a outro instituto que já os acordou. Todavia, ainda é admissível o desvinculo empregatício requerido pelo clube, pelo acontecimento do esportista ter incumbido determinado tipo de violação condenável pelo clube como pretexto para justa causa (ARAÚJO, 2020).

Compete mencionar embora, que sobre a CBF e a FIFA podemos advertir que têm regramentos tanto para mudanças de atletas como para os institutos que contratam os esportistas para apresentarem serviço. Embora, que CBF tem como empenho judiciário o STJD e a FIFA, o CAS ou TAS, onde são julgados episódios conexos a corretivos, entre outros meios. Desta maneira, pode-se completar que o acordo de trabalho do esportista profissional de futebol difere das outras maneiras contratuais por ter uma série de meios característicos e uma legislação adequada muito abarcante (MELO FILHO, 2011).

Desta forma, observa-se que os desportistas se valem de diversas legislações favoráveis à suas atividades, sendo que a atividade é considerada um vínculo empregatício, devendo haver esse uma segurança jurídica maior em relação aos aspectos trabalhistas, visto que é constitucionalmente garantido pela CF/88.

5 CONCLUSÃO

De acordo com o demonstrado, tomando por base o princípio da norma mais favorável, no qual diz que, a norma a ser aplicada ao trabalhador é a que for mais favorável a ele. Desta forma a CLT deve ser aplicada, visto que a lei específica deixa uma lacuna, na qual não foi preenchida e acaba deixando o esportista, que também é trabalhador, sem um direito que é constitucionalmente garante a ele.

Ao próprio tempo em que ausência do amparo a esse trabalhador, diversos clubes ainda não têm composição e soluções satisfatórias para arcar com as responsabilidades trabalhistas. Nesse panorama, existe a opção de comercialização grupal para balancear os empenhos entre ambas as partes do acordo. Adverte-se que à medida que não forem cometidas comercializações grupais sobre esse contexto entre todos os sindicatos e clubes envolvidos, e na falta de pacificação do assunto pelo Tribunal Superior do Trabalho, o ajuizamento de várias queixas trabalhistas prosseguirá, cada uma com remates desiguais (MELO FILHO, 2011).

Além disso, a estabilidade da profissão é muito volátil, pelo fato de que o atleta pode estar ganhando muito dinheiro em curto período de tempo, mas nas também pode rapidamente passar a ganhar valores irrisórios, comparados com o outras profissões, por motivos como lesões, o clube entra em dividas muito pesadas, dentre outros motivos.

Neste sentido é demonstrado que, 55% dos esportistas com acordos funcionais registrados na CBF ganham mais ou menos R\$ 1.000,00 em salário, à medida que 33% tem salários entre R\$ 1.001,00 e R\$5.000,00, sendo que somente 12% recebem salários acima de R\$ 5.001,00.52

Destaca-se, por admissível, que essa maior parte embora ganha valores menores no comovedor às quantias de natureza civil, como o direito de campo e o direito de imagem, em colação com uma minoria excepcional. Dessa maneira, a permissão do adicional noturno estaria bem acentuada para a incrementação da renda dessa ampla quantia que goza de baixos salários e para viabilizar a afeição exclusiva a este método profissional.

Por conseguinte, permanecerá a falta de segurança jurídica, pelo fato de os tribunais não terem um entendimento coletivo acerca do tema abordado, sendo que muitos atletas necessitam de ganhos extras para sobreviver, visto que muitos exercem outras atividades para complementar sua renda. Sendo assim, os atletas não só devem ter as cláusula de adicional noturno incluída em seus contratos, mas também que sejam efetivamente pagos os vencimentos referentes aos mesmos, onde irá favorecer principalmente os jogadores que tem contratos menores, visto que passam a receber pelos horas trabalhadas em horário noturno, e terão uma maior estabilidade em uma profissão tão incerta e de tão pouco período de atividade.

6 REFERÊNCIAS

AMBIEL, Carlos Eduardo. Atletas profissionais podem exigir descanso semanal e adicional noturno?.

Migalhas, 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/meio-de-campo/326676/atletas-profissionais-podem-exigir-descanso-semanal-e-adicional-noturno>. Acesso em: 12 set. 2022

ARAÚJO, José Martins. **Contrato de emprego desportivo no direito brasileiro**. São Paulo: LTr, 2020.

BARROS, Alice Monteiro de. **Contratos e regulamentações especiais de trabalho**. 3 ed. São Paulo: LTr, 2008.

BRASIL. **Constituição** [1988]. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Decreto-lei nº 5.452, de 1 de maio de 1943. Aprova a consolidação das leis do trabalho. Lex: coletânea de legislação: edição federal, São Paulo, v. 7, 1943.

BRASIL. Lei nº 9.615, de 24 de março de 1998. Institui normas gerais sobre o desporto e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF.

DELGADO, M. G. **Curso de direito do trabalho**: obra e revista atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019.

52 FOLHA WEB. No Brasil, 55% dos jogadores de futebol ganham 1 salário-mínimo: Pesquisa releva a média salarial dos atletas no Brasil. **Folha BV**, 2021. Disponível em: <https://folhabv.com.br/noticia/ESPORTES/Nacional/No-Brasil--55--dos-jogadores-de-futebol-ganham-1-salario-minimo/77392>. Acesso em: 22 nov. 2022.

FOLHA WEB. No Brasil, 55% dos jogadores de futebol ganham 1 salário mínimo: Pesquisa releva a média salarial dos atletas no Brasil. **Folha BV**, 2021. Disponível em: <https://folhabv.com.br/noticia/ESPORTES/Nacional/No-Brasil--55--dos-jogadores-de-futebol-ganham-1-salario-minimo/77392>. Acesso em: 22 nov. 2022.

FILHO, Álvaro Melo. **Nova lei pelé**: avanços e impactos. Rio de Janeiro: Maquinária, 2011.

GRISARD, Luiz Antonio. **Horas extras, intervalos e adicional noturno para atletas profissionais**. São Paulo: *Síntese Trabalhista*, 2004.

LAURENTIIS, Francisco de. São Paulo perde ação e é obrigado a pagar adicional noturno e extra de domingos e feriados a Maicon. **ESPN**, 2020. Disponível em: https://www.espn.com.br/futebol/artigo/_id/6921089/sao-paulo-perde-acao-obrigado-pagar-adicional-noturno-extra-domingos-feriados-maicon?platform=amp. Acesso em: 22 nov. 2022.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direitos trabalhistas do atleta profissional de futebol**. São Paulo: Atlas, 2011.

PAIM, Rafael Silveira. O adicional noturno e o atleta de futebol. **Espaço vital**, 2020. Disponível em: <https://www.espacovital.com.br/noticia-37921-adicional-noturno-e-atleta-futebol>. Acesso em: 15 out. 2022.

TELES, Rodrigo Sampaio. **Aspectos trabalhistas do atleta profissional de futebol ante as reivindicações profissionais**. (Trabalho de Conclusão de Curso) – Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2014. Disponível em: https://repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/27674/1/2014_tcc_rsteles.pdf. Acesso em: 02 set. 2022.

VEIGA, Maurício de Figueiredo Corrêa da Veiga. Atleta Profissional não tem Direito ao Adicional Noturno. **Lei em campo**, 2020. Disponível em: <https://leiemcampo.com.br/atleta-profissional-nao-tem-direito-ao-adicional-noturno/>. Acesso em: 19 de set. 2022.

VEIGA, Mauricio de Figueiredo Corrêa da. **Manual de direito do trabalho desportivo**. LTr, 2020. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?hl=ptBR&lr=&id=V8YkEAAAQBAJ&oi=fnd&pg=PA175&dq=direito+d+esportivo+trabalho&ots=IAF5MmsMc&sig=McvWBzJA3Qum2Cno3H1V3VDRBY#v=onepage&q=direito%20desportivo%20trabalho&f=false>. Acesso em: 02 set. 2022.

ZAINAGHI, Domingos Sávio. **Nova legislação desportiva**: aspectos trabalhistas. São Paulo: LTr, 2008.

ZARKO, Raphael. Clubes pagaram R\$ 1 bi em salários em 2018; 7% dos atletas concentram R\$ 800 milhões. **Globo esporte**, 2019. Disponível em: <https://globoesporte.globo.com/futebol/noticia/clubes-pagaram-r-1-bi-em-salarios-em-2018-7percent-dos-atletas-concentram-r-800-milhoes.ghtml>. Acesso em: 28 de set. 2022.

OS ÓRFÃOS DA PANDEMIA E AS POLÍTICAS PÚBLICAS ASSISTENCIAIS PARA AS CRIANÇAS E ADOLESCENTES NA REALIDADE DO ESTADO DO AMAZONAS

JENNIFER JESSANY SOUZA SOARES LIMA:

Graduando do Curso de Direito do Centro
Universitário Fametro.

RESUMO: A pesquisa tem como eixo central a análise da situação legal dos chamados “Órfãos da Pandemia”, que é um tema relevantíssimo na atualidade. A Pandemia da COVID- 19 trouxe consigo a desestabilização das famílias não só psicologicamente como também economicamente. Como método para a coleta de dados utilizou-se a pesquisa bibliográfica exploratória em diversos sites por artigos que abordassem o tema em estudo, além de documentação oficial presentes no site da Assembleia Legislativa do Estado-ALEAM. Consideram-se extremamente relevante o estudo da temática, visto que no estado do Amazonas milhares de crianças ficaram sem seus provedores, sua única fonte de renda para a sua sobrevivência e o tratamento das sequelas deixadas pelo vírus COVID-19.

PALAVRAS-CHAVE: Órfãos, Pandemia-COVID-19, Políticas Públicas, Crianças e Adolescentes.

ABSTRACT: The main axis of the research is the analysis of the legal situation of the so-called "Orphans of the Pandemic", which is a very relevant theme nowadays. The COVID-19 pandemic brought with it the destabilization of families not only psychologically but also economically. As a method for data collection, exploratory bibliographic research was used in several websites for articles addressing the theme under study, in addition to official documentation present on the website of the Legislative Assembly of the State-ALEAM. We consider the study of the theme extremely relevant, since in the state of Amazonas thousands of children were without their providers, their only source of income for their survival and the treatment of sequelae left by the COVID-19 virus.

KEYWORDS: Orphans, Pandemic-COVID-19, Public Policy, Children and Adolescents.

1 INTRODUÇÃO

A pandemia do Covid-19 atingiu o estado do Amazonas de forma bombástica, o alto índice de óbitos no estado contribuiu para o alto quantitativo de crianças órfão no Amazonas. O estudo Intitulado com “Os Órfãos da Pandemia e as Políticas Públicas Assistenciais para as Crianças e Adolescente na Realidade do Estado do Amazonas”, buscou investigar a implementação de políticas assistências, no âmbito do estado como forma de garantia dos Direitos das Crianças e do Adolescente, em especial as crianças e adolescente que ficaram órfãos durante a pandemia de Covid-19.

Segundo o Estatuto da criança e do Adolescente - ECA, constituem-se direitos fundamentais a proteção a vida e a saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.

A metodologia como parte integrante do projeto de pesquisa se configura nos passos por onde o pesquisador deve caminhar para orientar a condução da investigação. Como método para a coleta de dados utilizou-se a pesquisa bibliográfica exploratória em diversos sites por artigos que abordassem o tema em estudo, foram selecionados 06 artigos, mas o estudo optou apenas por 03 artigos, pois eram os que tratavam diretamente do assunto do estudo.

Os artigos selecionados foram: Amazonas no epicentro da pandemia de COVID-19 uma revisão sistemática dos autores: Louis Erich Pacheco da Silva; Raquel Lira de Oliveira Targino, Rosiane Pinheiro Palheta, Lucélia Regina Pacheco Araújo e José Geraldo Xavier dos Santos; Órfãos da Covid-19: uma geração invisível da autora Bianca Bibiano Oliveira; Crianças que perderam os pais pela Covid-19. Como Ficam? Da autora Flávia Oliveira Farias. Além dos 3 artigos foram selecionados um estudo que aborda sobre Fundo para amparar órfãos da Covi-19 ganha apoio no Senados e o projeto de Lei Nº 259/2021 da Deputada Estadual Nejmi AZIZ. A pesquisa possui natureza qualitativa.

2 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Há por parte da sociedade uma grande preocupação com as crianças e adolescentes que perderam seus pais durante a Pandemia da Covid-19, e a pergunta que não quer calar é: "Crianças que perderam seus pais pela Covid-19. Como ficam?".

Essa é uma preocupação que deve está no debate do dia. Segundo o artigo intitulado "Crianças que perderam seus pais pela Covid-19. Como ficam?". Crianças que perderam seus pais pela Covid-19. Como ficam? Pensando nisso, o jornalista Walberto Maciel que produziu um e-book para abordar sobre o tema, o autor conta que a ideia do e-book surgiu após observar o crescente número de mortes pela Covid-19 no Brasil. Preocupado não apenas com sua família, ele pensou nas milhares de crianças e adolescentes que ficaram e vão ficar órfãos, por conta da pandemia. O objetivo da iniciativa é criar um fundo para amparar esses jovens.

Em sua pesquisa o jornalista destaca que:

Papel do Estado:

Segundo o [Art.1.731](#) do Código Civil, na falta de um tutor nomeado pelos pais, para zelar pela criança após sua morte, a tutela fica com os parentes consanguíneos do menor, preferindo o de grau mais próximo. Se não houver, a tutela fica com os colaterais até terceiro grau.

Segundo o [Ministério Público do Paraná](#), se ninguém se disponibilizar a cuidar da criança ou do adolescente, o caso será submetido à análise de uma equipe interdisciplinar, para apurar a situação e definir estratégias para promover a reintegração familiar, com família substituta ou, em último caso, fazer o acolhimento institucional.

A presidente da Comissão de Adoção do IBDFAM (Instituto Brasileiro de Direito de Família), Silvana do Monte Moreira, afirma que o maior desafio é

acolher os jovens em ambientes que não são o lar. Segundo ela, a situação das instituições de acolhimento é de insalubridade e periculosidade. Silvana do Monte cita o projeto de lei 4414/2020, que trata da questão das crianças em acolhimento durante a pandemia do novo coronavírus, mas o texto ainda está em tramitação no Congresso. Ela ressalta ainda o papel do Estado no amparo a essas crianças.

“No Artigo 227 da Constituição Federal está estipulado que é dever do Estado, da sociedade e da família, cuidar com prioridade absoluta de crianças e adolescentes, concedendo educação moradia e saúde. Ou seja, o estado tem esse dever de cuidado. Tanto que os abrigos são municipalizados”.

Ela cita falhas do Sistema Nacional de Adoção que ainda não consegue chegar com rapidez em municípios do interior do País.

“Temos que lembrar das varas que não têm computador e internet. No Amazonas; como chegar e dizer que a vara tal vai ter condições de fazer a inserção daquela criança, no prazo devido, dentro do Sistema Nacional de Adoção?”,ressalta.

Diante do que hoje é uma realidade, o estado deve cumprir o seu papel que é o de garantir o princípio da dignidade da pessoa humana.

Introduzida por nossa Carta Política e Jurídica de 1988 como cláusula pétrea, a Dignidade da Pessoa Humana fora elencada no inciso III do seu artigo 1º, o qual deve ser respeitado em todas as relações jurídicas, sejam elas públicas ou privadas, estando aqui incluídas as relações familiares. Segundo Lisboa que: “As relações jurídicas privadas familiares devem sempre se orientar pela proteção da vida e da integridade biopsíquica dos membros da família, consubstanciada no respeito e asseguramento dos seus direitos da personalidade.” Assim, a família passou a ser vista desempenhando a sua principal função, através da contemplação do direito posto, que nada mais é do que o respeito à dignidade da pessoa humana, valorizando-se qualquer juízo de valor assim tão somente o juízo de existência. Leciona Ingo Wolfgang Sarlet (apud Santos, 2006, p. 131) que:

Consagrado, expressamente, no título dos princípios fundamentais, a dignidade da pessoa humana como fundamentos do nosso Estado Democrático (e social) de Direito (art. 1º, inc. III, da CF), o nosso Constituinte de 1988 – a exemplo do que ocorreu, entre outros países, na Alemanha -, além de ter tomado uma decisão fundamental a respeito do sentido, da finalidade e da justificação do exercício do poder estatal e do próprio Estado, reconheceu categoricamente que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não ao contrário, já que o ser humano constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal.

Dessa forma, tal cláusula deve, de maneira inevitável, reger todas as relações jurídicas reguladas pela legislação infraconstitucional, de qualquer área do direito, e principalmente, do

direito de família, pois “é um ramo do direito civil com características peculiares, é integrado pelo conjunto de normas que regulam as relações jurídicas familiares, orientado por elevados interesses morais e bem-estar social”.

2.1 Princípio da Proteção integral à criança e ao adolescente

O Estado do Amazonas no período que compreendeu o final do ano de 2020 e janeiro a março de 2022 foi atacado de forma visceral por um vírus altamente perigoso e contagioso, que fez do Estado notícia em nível nacional e internacional pelo maior sofrimento que a humanidade pode sofrer. O artigo “Amazonas no epicentro da pandemia de COVID-19 uma revisão sistemática, dos autores Louis Erich Pacheco da Silva; Raquel Lira de Oliveira Targino, Rosiane Pinheiro Palheta, Lucélia Regina Pacheco Araújo e José Geraldo Xavier dos Santos nos trás muitas reflexões sobre esse período traumático.

Segundo os autores no estudo, optaram por considerar a necessidade de mapear o que foi produzido sobre o colapso da saúde no Estado do Amazonas levando em consideração que este foi um dos estados que mais sofreram com os efeitos da pandemia no país.

No estudo, os autores se propuseram a verificar resposta para os seguintes questionamentos:

O Brasil está aos poucos reagindo a uma das maiores crises que o mundo já enfrentou desde que conhecemos a varíola, a gripe espanhola e outras pragas infernais. O Amazonas se comoveu intensamente e se arrastou com o peso de muitas vidas afetadas impiedosamente pela realidade de uma pandemia perigosa. O que tanto nos prejudicou e por quê? Por que fomos prestigiados com tamanha paixão por um mal invisível e desconhecido? E aqui iremos discutir e apresentar um pouco do que fez com que o Amazonas exemplificasse tão bem o que pode fazer uma doença altamente contagiosa e traiçoeira com os que se atreverem subestima - lá.

Realmente, em um cenário de dor, os amazonenses são encurralados, sem saber como agir e sem condições nenhuma de se defender ou proteger os seus.

Os autores trazem ainda os seguintes questionamentos:

Dessa forma questiona-se: Quais as repercussões da pandemia do coronavírus no Estado do Amazonas sob o ponto de vista histórico, de impacto nas populações que vivem no Estado e nas tomadas de decisão das autoridades no combate às doenças? Qual a produção científica tem sido produzida sobre o tema? Quais políticas foram pensadas e efetivamente implementadas? Essa questão traz como desafio aos pesquisadores, o levantamento de dados ainda em processamento através de veículos midiáticos, documentos oficiais, de boletins que mudam diariamente e que impactam a sociedade, os cidadãos, o poder público e

os profissionais envolvidos diretamente na preservação da saúde e da vida no Estado do Amazonas.

Torna mister, diante da realidade pós-Covid para as crianças e adolescentes amazonenses a implementação de políticas que viessem minimizar a situação que hoje se encontram nossas crianças e adolescentes no Amazonas, principalmente no cuidar, educar e alimentar.

O estudo destaca ainda que na busca da fundamentação da pesquisa encontrou-se em nível internacional informações sobre o impacto causado pela Pandemia de Covid-19 no Amazonas, a saber:

A maioria dos trabalhos versava sobre a alta taxa de mortalidade pela covid-19 uma vez que de fato, Estado do Amazonas foi um dos mais atingidos pela crise sistêmica causada pelo COVID se tornando em 2021 o epicentro mundial da doença sendo manchete de vários jornais de enorme reconhecimento como o New work Times, The Guardian e O Público.

A análise destaca ainda que, mesmo com a urgência de se deter o avanço da pandemia no estado do Amazonas:

Estratégias não suficientes, interferências e desacordos políticos, ineficiência e negligencia na produção de vacinas, baixíssimo investimento no isolamento social. O impacto econômico também veio a derrubar o que já se encontrava em déficit, com a incompetência do Governo Federal em amparar famílias de baixa renda, o ambiente hostil entre a população e o governo foi instaurado, fazendo com que não houvesse apoio e conscientização a respeito de se ter responsabilidade e de se enxergar a necessidade de isolamento, pois o sentimento de necessidade do pão se tornou muito maior.

A apuração destaca que na cidade de Manaus o colapso foi muito pior do que mostram as estatísticas, as pessoas que moram e trabalham na cidade testemunharam o horror e o desespero de entes queridos atrás de salvar suas vidas, trabalhadores de saúde perdendo amigos, colegas de trabalho e parentes sem ter a mínima condição de trabalhar sem férias, licença ou folga. O colapso da saúde e dos cemitérios foi muito pior para quem viveu a realidade crítica e desesperadora que a cidade de Manaus viveu nesses anos de pandemia.

Dessa forma, constata-se que foram imensas as perdas, o que acarretou uma população desprovida de proteção e cuidado, o que impõe ao estado atuar na esfera de sua competência.

O Princípio da Proteção Integral à Criança e ao Adolescente está previsto no artigo 227, caput, da Constituição Federal de 1988 assim como no artigo 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente. Esclarece o artigo 6º do referido Estatuto, que deverá ser levada em conta, dentre outras coisas, a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento,

tais com a educação e cidadania. Este princípio, com status de prioridade absoluta, possibilitou o surgimento de vários meios de proteção a tal garantia constitucional.

Nesse sentido, Eliane Araque Santos (2006, p. 130), afirma que:

Criança e adolescente são sujeitos especiais porque são pessoas em desenvolvimento. O reconhecimento da criança e do adolescente como sujeitos de direitos, a serem protegidos pelo Estado, pela sociedade e pela família com prioridade absoluta, como expresso no art. 227, da Constituição Federal, implica a compreensão de que a expressão de todo o seu potencial quando pessoas adultas, maduras, tem como precondição absoluta o atendimento de suas necessidades enquanto pessoas em desenvolvimento.

Ademais, apesar de o texto constitucional fazer menção ao Estado, à família e a sociedade, é o ente estatal o maior responsável pela proteção integral da criança e do adolescente, cabendo principalmente a ele promover, constantemente, a execução de políticas públicas eficazes, capazes de propiciar o pleno desenvolvimento dessa parcela sensível da população.

Nesse momento, imperioso transcrever o ensinamento de Araque Santo (2006, p. 130):

Registra-se que a ação estatal tem de ser permanente, com recursos garantidos no orçamento público para sua realização. Sem essa ação contínua e crescente não há como garantir os direitos inscritos constitucionalmente e, em decorrência a proteção integral prevista, com a prioridade requerida.

Assim, o princípio da proteção integral à criança e ao adolescente se consolidou numa maneira mais eficaz e justa de se conferir proteção à criança e ao adolescente, pois pessoas em desenvolvimento necessitam do incentivo e do apoio permanente da família, da sociedade e, especialmente, do Poder Público.

2. 2 Políticas Públicas Assistenciais para crianças e adolescentes no Estado do Amazonas

Políticas públicas são ações e programas que são desenvolvidos pelo Estado para garantir e colocar em prática direitos que são previstos na Constituição Federal e em outras leis. São medidas e programas criados pelos governos dedicados a garantir o bem estar da população.

Além desses direitos, outros que não estejam na lei podem vir a ser garantidos através de uma política pública. Isso pode acontecer com direitos que, com o passar do tempo, sejam identificados como uma necessidade da sociedade.

Segundo dados do Fundo Internacional de Emergência das Nações Unidas para a Infância - UNICEF, o Brasil possui uma população de 210,1 milhões de pessoas, dos quais 53.759.457 têm menos de 18 anos de idade (Estimativa do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE para

2019). Mais da metade de todas as crianças e adolescentes brasileiros são afrodescendentes e um terço dos cerca de 820 mil indígenas do País é criança.

São dezenas de milhões de pessoas que possuem direitos e deveres e necessitam de condições para desenvolver com plenitude todo o seu potencial.

Para o UNICEF, embora o País tenha feito grandes progressos em relação à sua população mais jovem, esses avanços não atingiram todas as crianças e todos os adolescentes brasileiros da mesma forma.

Nas últimas décadas, o Brasil reduziu significativamente a taxa de desnutrição crônica entre menores de 5 anos (de 19,6% em 1990 para 7% em 2006), atingindo, antes do prazo, a meta dos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM). Entretanto, a desnutrição crônica ainda é um problema em grupos mais vulneráveis, como indígenas, quilombolas e ribeirinhos. De acordo com o Ministério da Saúde, em 2018, a prevalência de desnutrição crônica entre crianças indígenas menores de 5 anos era de 28,6%. Os números variam entre etnias, alcançando 79,3% das crianças ianomâmis. Ao mesmo tempo, aumenta progressivamente o consumo de alimentos ultra processados (alimentos com baixo valor nutricional e ricos em gorduras, sódio e açúcares) e a prevalência de sobrepeso e obesidade no Brasil. Uma em cada três crianças de 5 a 9 anos possui excesso de peso, 17,1% dos adolescentes estão com sobrepeso e 8,4% são obesos.

Entre 1990 e 2018, a taxa de mortalidade infantil caiu de 47,1 para 13,1 mortes para cada 1.000 nascidos vivos, de acordo com o Ministério da Saúde. Em 2016, pela primeira vez em 26 anos, as taxas de mortalidade infantil e na infância cresceram, voltando a cair nos anos posteriores.

No entanto, desde 2015, as coberturas vacinais – que vinham se mantendo em patamares de excelência – entraram em uma tendência de queda. De 2015 a 2019, a cobertura vacinal da poliomielite caiu de 98,29% para 79,42%, e a da tríplice viral, de 96,07% para 91,57% (Programa Nacional de Imunizações – PNI).

De 1990 a 2019, o percentual de crianças com idade escolar obrigatória fora da escola caiu de 19,6% para 3,7% (Pnad 2019). No entanto, mesmo com tantos avanços, em 2019, 1,5 milhão de meninos e meninas ainda estavam fora da escola (Pnad, 2019). E essa exclusão escolar tem rosto e endereço: quem está fora da escola são os pobres, negros, indígenas e quilombolas. Uma parcela tem algum tipo de deficiência. E grande parte vive nas periferias dos grandes centros urbanos, no Semiárido, na Amazônia e na zona rural. Muitos deixam a escola para trabalhar e contribuir com a renda familiar.

Além do desafio de acesso escolar, há quem esteja na escola sem aprender. O sistema de educação brasileiro não tem sido capaz de garantir oportunidades de aprendizagem a todos. Muitos meninos e meninas são deixados para trás. Ao ser reprovados diversas vezes, saem da escola. Em 2018, 6,4 milhões de estudantes das escolas estaduais e municipais tinham dois ou mais anos de atraso escolar.

Para o UNICEF, a face mais trágica das violações de direitos que afetam meninos e meninas no Brasil são os homicídios de adolescentes: a cada hora, alguém entre 10 e 19 anos de idade é assassinado no País [estimativa do UNICEF baseada em dados do Datasus (2018)] — quase todos meninos, negros, moradores de favelas.

O Brasil tem uma das legislações mais avançadas do mundo no que diz respeito à proteção da infância e da adolescência. No entanto, é necessário adotar políticas públicas capazes de combater e superar as desigualdades geográficas, sociais e étnicas do País e celebrar a riqueza de sua diversidade. O UNICEF reitera, mais uma vez, seu compromisso de atuar, lado a lado, com Brasil pela garantia dos direitos de cada criança e adolescente. Sem exceção.

No Estado do Amazonas, as políticas de proteção a criança e adolescentes estão sendo implementadas em parceria com o UNICEF, conforme destaca a matéria intitulada: Governo do Amazonas fortalece políticas públicas por meio do Selo UNICEF. A cooperação busca incentivar e garantir políticas públicas para crianças e adolescentes em todo o estado por meio das ações que serão realizadas pelo Selo UNICEF – Edição 2021-2024.

Contudo, além das ações que já estão sendo implantadas em prol das crianças e adolescentes surge, em decorrência da pandemia de Covid-19 novas necessidades de construção e implementação de políticas públicas assistenciais para nossas crianças e adolescentes.

A realidade em que se encontram as crianças e adolescentes do estado do Amazonas resultante da pandemia de Covid-19, e que são relatadas no artigo intitulado Órfãos da Covid-19: uma geração invisível da autora Bianca Bibiano Oliveira e que consideramos relevante trazer recortes, para a melhor compreensão dos fatos, no sentido de tornar esse público invisível visível, para que o estado saia de sua inércia no sentido de elaborar e implementar políticas de urgência para proteger e amparar suas crianças e adolescentes.

Bianca Oliveira, como forma de dar visibilidade aos invisíveis, traz, em seu estudo, os seguintes relatos:

Enquanto as águas do Rio Negro e seus afluentes subiam para alagar as ruas da comunidade Purupuru, no município Careiro Castanho, região metropolitana de Manaus (AM), **Rebeca Sabino Macedo** cruzou, de ônibus e lancha, o trajeto de quase 100 quilômetros até a capital. Ela deixava para trás seus três irmãos mais novos, sob o cuidado dos avós.

O custo das passagens, R\$ 100, foi subtraído da parca reserva do mês – uma empreitada que se justifica apenas pela necessidade. Há algumas semanas, a jovem de 25 anos tenta, ainda sem sucesso, providenciar os documentos para assumir a guarda dos irmãos e liberar a pensão que deveriam receber pela morte da mãe.

Cristina Sabino Gentil era auxiliar de serviços gerais e morreu aos 45 anos de Covid-19. Além de **Rebeca**, ficaram órfãos **João Lennon**,

de 14 anos; **Jonathas**, de 9; e **Crissia**, uma bebê de três meses que só desfrutou do aconchego dos braços da mãe por uma semana.

Cristina pegou o vírus após o parto da menina, no final de fevereiro. Em 6 de março, seu quadro piorou e, com a recém-nascida nos braços, foi levada ao hospital. A bebê ficou em observação por sete dias, mas com a piora no quadro da mãe precisou ser levada para casa pela avó, a dona de casa **Maria Alice Gentil**, de 64 anos, e pelo avô, o aposentado Antônio da Casta Gentil, de 67.

Seguiram-se dois meses de internação e desespero. Sem recursos, todos ficaram em Purupuru, enquanto o irmão de Cristina acompanhava sua situação em um hospital de Manaus, onde ela conseguiu um leito de UTI.

Os filhos menores nunca mais puderam ver a mãe. Rebeca e seus avós despediram-se do corpo em coma. Cristina morreu no dia 9 de maio, Dia das Mães.

‘Na vida, eu já sofri com a morte de uma mãe, mas nunca senti dor maior que a morte de uma filha.

Maria Alice Gentil, mãe de Cristina, que morreu de Covid

Os avós se propuseram a assumir a tutela dos netos. Foram barrados por critérios de idade. Restou a Rebeca viajar para Manaus e resolver a papelada.

E lá está a jovem, vivendo seu luto e o peso da nova responsabilidade, sozinha. Rebeca, que pajeava os irmãos para a mãe trabalhar, não tem uma profissão. Muito tímida, prefere deixar para a avó o relato de sua história.

Maria Alice tenta acompanhar a neta pela internet, um custo extra para que “não ficasse totalmente isolada” em Purupuru, onde não há sinal de telefone. A conta é paga com o aperto da única renda, o salário mínimo que Antônio recebe de aposentadoria. “Se não fossem as doações, a situação seria pior. Está muito difícil”, relata Maria Alice.

Em seu estudo, a escritora afirma que o luto da família Gentil é a substância de um país que chegou neste sábado aos 500 mil mortos pela Covid-19. A vulnerabilidade social e econômica que afetou a família de Cristina após sua morte é o símbolo de uma pandemia que vem marcando drástica e irreversivelmente uma geração de brasileiros.

A autora afirma ainda que: não há estatísticas oficiais capazes de identificá-los. E a maioria das crianças e adolescentes que ficaram órfãos em meio ao caos permanece na invisibilidade.

Nos estudos, a doutrinadora faz os seguintes relatos:

De acordo com o Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (MMFDH), a quem compete a organização desses dados, até o momento, "as estatísticas que possam configurar essas orfandades se encontram inexatas".

Em documento enviado à **CNN**, a pasta afirmou que um dos motivos da ausência de números é o "déficit registral acerca de filhos menores" nas certidões de óbito. Nesse sentido, explica, "nem sempre as declarações são feitas identificando, com exatidão, os vínculos familiares do falecido".

A pasta informa que solicitou aos órgãos que gerem números da pandemia e "já solicitou, também, os seguintes dados: número de mulheres puérperas; número de crianças e adolescentes que morreram em decorrência da Covid-19; número de requerimento de pensões por morte em razão da Covid-19 e; o número de crianças e adolescentes abandonados ou que se encontram em acolhimento institucional ou acolhimento familiar em razão das consequências do Covid-19".

A pesquisa destaca que a entidade que atua com o acolhimento e o fortalecimento comunitário, tem alertado as autoridades sobre a necessidade de uma ação coletiva que possa não apenas identificar esses órfãos, mas também oferecer recursos financeiros àqueles em maior vulnerabilidade.

"Essas crianças, na maioria dos casos, não irão para adoção. Mas precisam de políticas públicas para ter estrutura socioeconômica e emocional, porque muitas vezes nem há espaço nas casas dessas famílias para receber novas pessoas", destaca Marques.

Glauce Galucio Pereira, diretora do Instituto de Pesquisa e Ensino para o Desenvolvimento Sustentável (IPEDS), de Manaus, testemunha essa realidade em sua rotina desde que passou a identificar os órfãos em sua cidade. A organização, que antes da pandemia atuava com outras ações sociais, passou a receber pedidos de ajuda para esses casos em 2020.

Desde então, vem realizando a campanha Eu Amo Meu Próximo, para identificar os casos de órfãos e realizar doações de cestas básicas, fraldas, latas de leite e kits de higiene pessoal. Atualmente,

são 175 órfãos identificados pela ONG, mas Glauce diz que casos como o dos quatro irmãos de Purupuru chegam diariamente.

O projeto é emergencial, porque a situação é bem desesperadora. Manaus foi uma das cidades mais devastadas. É um colapso total, muitas famílias perderam seus entes queridos, crianças ficaram sem seus provedores e passam necessidades de diversas ordens, principalmente alimentar. São crianças que estão com seus familiares, mas precisam de subsídios financeiros

Glauce Galucio Pereira, diretora do Instituto de Pesquisa e Ensino para o Desenvolvimento Sustentável de Manaus.

No aspecto político destacou que:

O Apenas no IPEDS foram 63 novos órfãos pela Covid-19 cadastrados nos últimos 30 dias, números que, de acordo com a diretora da ONG, são apenas um recorte do quadro social que abala Manaus e outras cidades pelo país: “Nós não temos tempo de esperar a identificação oficial desses casos. Se não fizermos nada agora, essas crianças vão ficar à míngua”, alerta.

Desde março, passaram a tramitar na Câmara dos Deputados três projetos de lei para apoio financeiro e psicológico, além de outras três solicitações de prioridade na vacinação aos órfãos pela Covid-19 e seus guardiões legais. Dois deles, dos deputados Rejane Dias (PT-PI) e Boca Aberta (Pros-PR), preveem pensão para os dependentes que não se enquadram no regime de pensão da previdência social.

Atualmente, recebem pensão apenas os dependentes cujos guardiões legais tenham feito a contribuição mensal ao INSS. Ambos os projetos citam como exemplo a iniciativa anunciada em março pelo governo do Peru, de instituir pensão aos quase 11 mil órfãos identificados no país.

Com base na análise, percebe-se a urgência de implantação de políticas públicas que possam minimizar a situação de vulnerabilidade que as crianças e adolescentes vem enfrentando diante do descaso do governo.

O estudo aponta ainda dados do eixo social, a saber:

Enquanto os projetos oficiais não chegam, as crianças órfãs sobrevivem. Sem suporte social. É o caso de **Celena**, que nasceu

prematura, com apenas 28 semanas de gestação, horas antes de sua mãe precisar ser intubada.

Também é Manaus, epicentro e estopim da CPI da Pandemia, o cenário de mais essa história de dor e luta. Em janeiro deste ano, auge do colapso na cidade, poucos dias antes de ser internada na maternidade do Instituto da Mulher Dona Lindu, **Aucilene Brito Mota**, então com 38 anos de idade e grávida de seis meses, fez um pedido à família. Se algo mais grave acontecesse, a filha ainda por nascer deveria ficar com sua irmã mais nova, **Aubilene**, de 36 anos.

Vindas de uma família de cinco filhos, as duas irmãs eram extremamente apegadas, vínculo reforçado quando Aucilene contou que seria mãe pela terceira vez, mais de 15 anos depois de sua última gestação.

No quinto mês, o cansaço – algo esperado para aquela fase da gravidez – começou a se agravar. “Ela não respirava mais direito. Foi no posto, chegou a fazer cinco exames de Covid-19, quatro deles com resultados negativos”, relembra Aubilene.

Como estava grávida, ela não tomou medicamentos. Os médicos a deixaram em alerta para retornar se o quadro piorasse. Quando procurou a maternidade, no dia 21 de janeiro, Aucilene não conseguia mais respirar. Na tomografia, o pulmão aparecia bastante comprometido. Foi imediatamente internada, migrando do cateter de oxigênio para a máscara para a intubação.

“Quando ela chegou na UTI, a médica disse que a prioridade era a mãe. O tempo foi passando e, a cada boletim que a gente recebia, ela ia piorando.” No dia 29, anunciaram que ela seria transferida para uma maternidade com área de hemodiálise.

A transferência foi autorizada no dia 2 de fevereiro pela manhã, mas a espera por uma ambulância equipada com UTI foi longa demais. Já escurecia quando o automóvel chegou. “Com obstetra, pediatra e outros médicos, decidiram que a criança teria mais chances de sobreviver do que a mãe”. Foi quando me pediram autorização para fazer o parto da minha sobrinha.

Aucilene não pôde ver sua tão esperada Celena de perto – a mãe foi levada às pressas para a hemodiálise após o parto. Seus últimos 15 dias de vida foram os primeiros da filha.

O tempo e os recursos de Aubilene ficaram ainda mais escassos. Mãe de dois filhos – um menino de sete meses e uma menina de

cinco anos – ela precisou deixar de lado o trabalho com cópias e impressões que realizava na garagem de casa para providenciar o enterro da irmã e acompanhar a sobrinha na UTI neonatal, onde Celena ficou internada por dois meses.

Com a pequena em casa, a rotina da família passou a incluir também constantes consultas médicas e exames, além de novos gastos com fraldas, roupas e um leite para recém-nascidos cuja lata chega a custar R\$ 80. Sem outra fonte de renda, ela conta com familiares e doações do IPEDS.

É importante e necessário destacar que a questão econômica atingiu e está atingindo visceralmente nossas crianças, adolescentes e onerando consideravelmente aqueles que se dispõem a cuidar deles, criando um abismo sem fim nos recursos.

O estudo também relata outra situação sofrida pelos herdeiros da pandemia, que a autora em seu estudo chamou de a perda da referência, conforme destaca:

Aos poucos, o pequeno Vinícius, de sete anos de idade, vai assimilando a morte prematura de seu pai, o motorista de aplicativo Carlos Vinicius Francisco da Conceição. Morador de Samambaia (DF), aos 35 anos ele se tornou, no início de abril, uma das mais de 500 mil vítimas da Covid-19 no país computadas até o momento.

Abalado, o menino se esforça para retomar a personalidade sorridente e deixar à mostra a “janelinha” típica de sua idade. Mas sua mãe, **Wellen Silva de Oliveira**, de 36 anos, diz que na maior parte do tempo ele apenas chora.

Tudo lembra o pai. A gente vai conversando, dizendo que ele tem que se lembrar que o pai dele não está aqui

Wellen Silva de Oliveira, mãe de Vinícius.

Carlos não pôde se despedir da família, tampouco realizar o sonho de ver a esposa se formar no ensino superior. Nos 14 dias em que ficou intubado, ele perdeu o contato com ela – as informações vinham apenas na ligação diária do hospital. Nesse tempo, Wellen e a sogra também foram contaminadas pela Covid-19 e sofreram em isolamento, sem poder vê-lo uma última vez.

Desde a morte do marido, Wellen tem contado com o apoio de seu pai, o aposentado José Gomes de Oliveira, um senhor franzino que a abraçou durante todo o tempo da entrevista. Além do apoio

emocional, seu José também precisou dar suporte financeiro à filha, que se viu com dois filhos e sem renda própria ou garantia de pensão.

Entre lágrimas, ela contou que Vinícius sente falta de brincar com o pai e com o irmão **David**, um bebê de um ano e meio e ainda pequeno demais para demonstrar com palavras o luto pela perda. Para Vinícius, a morte de Carlos refletiu diretamente na rotina escolar. Desde então, o menino tem contado com ajuda das orientadoras educacionais da Escola Classe 604 para seguir com as atividades.

Em pesquisas realizadas no site da Assembleia Legislativa do Estado do Amazonas localizou-se o Projeto de Lei Nº 259/2021 da Deputada Nejmi Aziz. O referido projeto dispõe sobre a criação do Projeto “Órfãos do Covid-19”, que institui políticas públicas a serem implementadas no Estado do Amazonas, visando minimizar os prejuízos financeiros e psicológicos sofridos por crianças e adolescentes que perderam pais ou responsáveis para a pandemia do COVID-19, e dá outras providências.

Ainda no site, encontrou-se uma nota em que fazia a seguinte afirmação: MANAUS – Projeto de lei 259/2021 de autoria da deputada Nejmi Aziz (PSD), que tramita na Assembleia Legislativa do Amazonas cria despesas ao PODE EXECUTIVO, o que é inconstitucional. A matéria cria o projeto “Órfãos da Covid-19”, para prestar assistência aos filhos menores de quem morreu vítima de Covid-19.

A causa é nobre, mas o projeto de lei prevê que as despesas para custear o projeto “Órfão da Covid-19” “correrão à conta de dotações orçamentárias consignadas no orçamento público do Estado do Amazonas.” Para este ano, não haveria previsão orçamentária para o projeto.

Assim, verifica-se que no âmbito do estado do Amazonas as políticas para assistência as Crianças e adolescentes ainda está em processo, e bem lento.

Esse público vem contado com a colaboração de ONGs, colaboradores, parentes e amigos para suprir a necessidade principalmente de alimentação para os órfãos da pandemia de Covid-19 no estado do Amazonas.

2.2.1 Acesso à informação sobre as políticas públicas assistenciais para as crianças e adolescentes.

A ausência ou mesmo a falta de conhecimento a respeito a quem ou como recorrer o acesso a determinado direito ou benefício faz com que crianças e adolescentes fiquem a mercê da própria sorte, ou mesmo vivendo nas ruas. Saber onde e como recorrer aos seus direitos faz uma enorme diferença.

Segundo Digiácomo (2021, P. 3):

Por força do disposto no art.227, §7º c/c art.204, da Constituição Federal, assim como art.88, inciso I, da Lei nº 8.069/90, a municipalização do atendimento a crianças e adolescentes, inclusive àqueles acusados da prática de ato infracional, se constitui num dos pilares da nova orientação política introduzida pela "Doutrina da Proteção Integral" alhures mencionada.

A iniciativa na realização da mencionada coleta de informações e definição das estruturas e programas de atendimento a serem criados, ampliados e/ou adequados, portanto, deve ficar a cargo do município, cabendo aos Estados (assim como à União) o estímulo à sua realização, assim como a definição de normas gerais e, em especial, o fornecimento do suporte técnico e financeiro que se fizerem necessários à sua implementação.

Segundo os estudos de Digiácomo (2021, P. 3):

É preciso ficar claro, portanto, que não mais é dado ao município assumir uma postura passiva diante dos problemas que afligem sua população infanto-juvenil, ficando indefinidamente no aguardo de "soluções mágicas" advindas de outras esferas de governo.

Destaca ainda que segundo a nova orientação jurídico-constitucional, cabe ao município a definição de uma verdadeira política de atendimento à sua população infanto-juvenil, a ser implementada de maneira progressiva, porém inexorável, através do planejamento, da articulação entre os diversos setores da administração e, fundamentalmente, do aporte dos recursos públicos municipais disponíveis no orçamento (que deve ocorrer de forma prioritária em relação a qualquer outra área de atuação), que deverão ser suplementados por verbas repassadas pelo Estado e pela União.

Nas palavras de Digiácomo (2021, P. 3):

A municipalização decorre da elementar constatação de que o município é o ente federado que tem melhores condições de apurar quais são os maiores problemas e deficiências que afligem sua população infanto-juvenil e definir quais as estratégias e ações mais urgentes e eficazes para sua solução, tornando obrigatória a implementação de estruturas de atendimento próximas ao local de origem da criança ou adolescente, que assim poderá receber a orientação, o apoio e/ou o tratamento que necessita em conjunto com sua família, no seio de sua comunidade de origem, restando assim preservados e mesmo fortalecidos os vínculos familiares e comunitários, tal qual previsto no art. 227, caput, da Constituição Federal e arts.4º, caput, 19 e 100, in fine, todos da Lei nº 8.069/90.

Mesmo constituindo-se atribuição do município a definição de uma política de atendimento à sua população infanto-juvenil, a ser implementada de maneira progressiva, através do planejamento, da articulação entre os diversos setores da administração e, fundamentalmente, do aporte dos recursos públicos municipais disponíveis no orçamento (que deve ocorrer de forma prioritária em relação a qualquer outra área de atuação), que deverão ser suplementados por verbas repassadas pelo Estado e pela União. Não pode, jamais! O Estado encolher-se diante da situação de abandono e violência, pois a situação das crianças e adolescentes órfãos da pandemia do Covi-19 vai além de uma suplementação, mais sim de uma política efetiva e urgente.

2.2.2. Consequências negativas causadas pela ausência ou omissão de políticas públicas assistenciais para as crianças e adolescentes órfãos da pandemia da COVID-19.

Torna-se relevante neste momento pós-pandemia o conhecimento da realidade local, por mais perversa que seja em especial no que diz respeito à falta de estrutura de atendimento, sua inadequação às demandas existentes e/ou mesmo à omissão do Poder Público em desenvolver estratégias, programas e serviços especializados destinados ao atendimento de crianças e adolescentes em situação de risco (assim como às suas respectivas famílias), é fundamental para que se possa desencadear o processo de transformação desta realidade em que há centenas de crianças privadas de seus direitos garantidos legalmente.

A própria lei, portanto, ao interpretar a citada norma constitucional, determina que o Poder Público destine a crianças e adolescentes uma atenção prioritária, que dentre outros fatores importa na precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; na preferência na formulação e a execução das políticas sociais públicas, além é claro da imprescindível destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

A interpretação legal do texto constitucional acerca das implicações notadamente em relação ao Poder Público do enunciado do art.227 da Constituição Federal e dos ditames da "Doutrina da Proteção Integral à Criança e ao Adolescente" que a norma constitucional encerra, não permitem outra exegese do tema, que vem ainda reforçado pela previsão da punição de "qualquer atentado, por ação ou omissão" aos direitos infanto-juvenis.

A propósito do contido no art.5º, da Lei nº 8.069/90, importante mencionar que o Estatuto da Criança e do Adolescente traz o reconhecimento expresso de que a ação ou, especialmente, a omissão do Poder Público, se constitui na primeira das causas da chamada "situação de risco" social às crianças e adolescentes em geral previstas no art.98, inciso I, da Lei nº 8.069/90, seja por representar ameaça, seja por caracterizar efetiva violação a seus direitos reconhecidos pela Lei e pela Constituição Federal, abrindo a possibilidade da tomada de medidas administrativas e/ou judiciais, inclusive, com efeito, erga omnes, de modo fazer valer o império da lei e o citado mandamento constitucional da prioridade absoluta à criança e ao adolescente.

3 CONCLUSÃO

O presente trabalho de conclusão de curso- TCC teve como objetivo ao longo da pesquisa investigar a implementação de políticas assistências voltadas ao atendimento das crianças e

adolescentes que ficaram órfãos durante a pandemia do COVID-19 no Estado do Amazonas, no sentido de se verificar como o Estado estava viabilizando a garantia do princípio da proteção integral à criança e ao adolescente órfãos vítimas da pandemia.

Entende-se, isso comprovado pela pesquisa, que a implantação de políticas públicas é uma obrigação do Estado, principalmente quando se há vulnerabilidade.

O princípio da proteção integral à criança e ao adolescente se consolidou numa maneira mais eficaz e justa de se conferir proteção à criança e ao adolescente, pois pessoas em desenvolvimento necessitam do incentivo e do apoio permanente da família, da sociedade e, especialmente, do Poder Público.

Apesar de a exploração ter como foco a atuação do Estado diante da situação de vulnerabilidade hoje vivida por esse público, vale destacar o comprometimento das ONGs e de pessoas voluntárias, pois são elas, que na grande maioria das vezes tem se comprometido com as crianças e adolescentes órfãos da pandemia do COVID-19.

A análise mostra que mesmo diante de iminente necessidade de implantação de políticas que venham garantir o Princípio do Direito da Pessoa Humana, bem como o Princípio da Proteção integral à criança e ao adolescente órfãos da Pandemia do Covid-19. O estado do Amazonas ainda não programou nenhuma ação que venha garantir os direitos acima citados, deixando suas crianças e adolescentes mais uma vez órfãos, devido sua omissão.

Para a realização da diligência foi necessário à busca por artigos que abordassem o tema, e foi como reviver na pele o ano de 2021 com suas dores e angustias.

Por fim, vale salientar a relevância deste trabalho acadêmico, que poderá ajudar o poder público na implantação de políticas públicas que venham minimizar a situação de vulnerabilidade vivida pelas crianças e adolescentes do Amazonas. Vale destacar que mesmo tendo a contribuição de ONGs e voluntários contribuindo e ajudando constitui-se como dever e obrigação do Estado à implementação de ações efetivas e de resgate da dignidade desse público. Essas crianças e adolescentes órfãos da pandemia do COVID-19 no Amazonas necessitam ser assistido urgentemente, não dá mais para esperar.

4 REFERÊNCIAS

Amazonas no epicentro da pandemia de COVID-19 uma revisão sistemática. Disponível em: <https://brazilianjournals.com/ojs/index.php/BJHR/article/view/47890>. Acesso em: 10.10.2022.

BRASIL. Constituição Federal do Brasil- 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm acesso em 10/03/2022.

BRASIL. **LEI Nº 8.069, DE 13 DE JULHO DE 1990.** Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm, acesso e, 05.03.2022.

Crianças que perderam os pais pela Covid-19. Como ficaram? Disponível em: <https://brasil61.com/n/criancas-que-perderam-os-pais-pela-covid-19-como-ficam-bras203063>. Acesso em: 16.10.2022.

DIGIÁCOMO, Murilo José. **Criança e Adolescente:** diretrizes para a política destinada ao atendimento de crianças e adolescente. Disponível em: <https://crianca.mppr.mp.br/pagina-308.html>, acesso em 05.05.2022.

LAKATOS, E. M.; MARCONI, M. DE A. **Metodologia do trabalho científico.** São Paulo: Atlas, 2014.
LISBOA, Roberto Senise. **Manual Elementar de Direito Civil:** direito de família e das sucessões. 2.ed. Ver. Atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 5v.

Órfãos da Covid-19: uma geração invisível. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/orfaos-da-covid-19-uma-geracao-invisivel/> Acesso em: 23.08.2022.

PROJETO DE LEI N. 259_/2021. GABINETE DA DEPUTADA ESTADUAL NEJMI AZIZ (PSD). Disponível em: https://sapl.al.am.leg.br/media/sapl/public/materialegislativa/2021/149556/pl_15581_259_2021.pdf. Acesso em: 24.06.2022.

SANTOS, Eliane Araque. **Criança e Adolescente:** sujeito de direito. 2006. Disponível em: <https://www.brapci.inf.br/index.php/article/download/10214>, acesso em 05.04.2022.

UNICEF. **Governo do Amazonas fortalece políticas públicas por meio do Selo UNICEF.** Disponível em: www.unicef.org/brazil/comunicados-de-imprensa/governo-do-amazonas-fortalece-politicas-publicas-por-meio-do-selo-unicef, acesso em 20.04.2022

APLICAÇÃO DA SANÇÃO EM FACE DO PSICOPATA DELINQUENTE

ACIONE OLIVEIRA DA SILVA:

Acadêmico de Direito,
Universidade de Gurupi –
UNIRG.

JOSÉ EUSTÁQUIO DE MELO JÚNIOR⁵³

(orientador)

Resumo: O presente trabalho teórico fundamentado em estudos doutrinários e jurisprudenciais, levando em consideração o ordenamento jurídico brasileiro em face do psicopata delinquente, que pode ser classificado como imputável, apesar de algumas jurisprudências e doutrinas elencarem o conceito de semi-imputabilidade. Foi demonstrado ainda o contexto histórico da psicopatia e características de um psicopata, a teoria do crime, elementos da culpabilidade, processo de ressocialização, reforma psiquiátrica, a possibilidade de cura ao psicopata, tendo em vista que eles não são doentes mentais, bem como a possibilidade de internação psiquiátrica compulsória judicial por meio de ação de interdição civil. O problema central do trabalho gira em torno do questionamento de se a sanção aplicada ao psicopata delinquente pelo sistema judiciário brasileiro é eficaz. A metodologia da pesquisa é qualitativa baseada em pesquisa bibliográfica por meio de busca em artigo científico, leis, doutrina, sites e outros meios digitais. Apesar de não existir ainda uma legislação própria para tratar de criminosos inimputáveis, a solução é a mudança nas políticas públicas, visando que a única que mais se aproxima da realidade é a interdição desse agente, levando em consideração a proteção do próprio criminoso bem como da sociedade em geral.

Palavras-chave: Direito Penal; Psicopatia; Inimputabilidade

Abstract: The present theoretical work is based on doctrinal and jurisprudential studies, taking into account the Brazilian legal system in the face of the delinquent psychopath, who can be classified as imputable, although some jurisprudence and doctrines list the concept of semi-imputability. It was also demonstrated the historical context of psychopathy and characteristics of a psychopath, the theory of crime, elements of culpability, the process of resocialization, psychiatric reform, the possibility of cure for psychopaths, considering that they are not mentally ill, as well as the possibility of compulsory judicial psychiatric hospitalization through civil interdiction action. The central problem of the work revolves around the question of whether the sanction applied to the delinquent psychopath by the Brazilian judicial system is effective. The research methodology is qualitative based on bibliographical research through a search in scientific articles, laws, doctrine,

⁵³ Graduado em Direito Onde UniCeub, 2000. Mestre em Direito. Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, 2016.

websites and other means fingerprints. Although there is still no specific legislation to deal with criminals who cannot be held responsible, the solution is a change in public policies, aiming that the only one that comes closest to reality is the interdiction of this agent, taking into account the protection of the criminal himself as well as the society in general.

Keywords: Criminal Law; Psychopathy; unimputability.

Sumário: Introdução; 1. Do transtorno de personalidade antissocial e da psicopatia; 1.1 A figura do psicopata no âmbito jurídico e psiquiátrico; 1.2 Noções e características relacionados à psicopatia; 2 Elementos da culpabilidade; 2.1 Imputabilidade penal; 2.2 Semi-imputáveis; 2.3 Inimputáveis; 3 Teoria geral das sanções do psicopata; 3.1 Tipo de punibilidade aplicada ao psicopata; 3.2 Código Penal e seu Artigo 26; 3.3 Aplicabilidade do sistema jurídico brasileiro a psicopatia; Conclusão.

Introdução

A presente pesquisa se insere no âmbito do Direito Penal, Sistema Penal, e Política Criminal e tem como objetivo discutir o tratamento jurídico mais adequado para o psicopata delinquente, diante da realidade da aplicação da pena no sistema jurídico brasileiro. Ademais, deve-se ressaltar a importância do tema de discussão escolhido para o direito penal.

O problema central do trabalho gira em torno do questionamento de se a sanção aplicada ao psicopata delinquente pelo sistema judiciário brasileiro é eficaz, tendo em vista a vedação constitucional de pena de morte e prisão perpétua no Brasil por cláusula pétreia.

O principal objetivo do estudo é promover uma reflexão crítica, não só sobre a psicopatia, também, sobre o sistema carcerário brasileiro. A metodologia da pesquisa é qualitativa baseada em pesquisa bibliográfica por meio de busca em artigo científico, leis, doutrina, sites e outros meios digitais. A pesquisa busca desenvolver uma análise acerca das modalidades criminosas que surgem de maneira crescente.

1. Do transtorno de personalidade antissocial e da psicopatia

O estudo sobre os transtornos mentais iniciou-se muito cedo, é que desde a medicina grega, onde estudos foram realizados sobre o comportamento humano, a influência dos diagnósticos psiquiátricos, é relevante para auxiliar a justiça.

Para Brian Innes (2009, p. 9):

O famoso médico grego Hipócrates no ano 400 a.c apresentou inúmeros transtornos mentais bem semelhantes aos conhecidos nos dias atuais, nessa época as leis de Atenas já defendiam os direitos de deficientes mentais na esfera cível, contudo se condenados por algum ato ilícito deixavam de ter direitos. O estudo de Hipócrates trouxe inúmeras revoluções nas leis de Atenas, caso comprovasse que o indiciado sofresse

de algum transtorno mental, chamado na época de paranoia, o tribunal nomeava um tutor para representar esse delinquente em julgamento.

No ensinamento do supracitado autor, ainda, a busca por resposta ao motivo que leva as pessoas a apresentarem comportamentos antissociais, não cessou, no século VI a.C. Os primeiros indícios de que a razão partia do cérebro, foram dados pelos médicos e filósofos, teorias que naquela época foram mal recepcionadas e alvo de muitas críticas, entretanto teve um papel fundamental para as demais pesquisas relacionava o indivíduo ao crime.

Foi durante o século XVI que surgiu a ideia de que era possível determinar a natureza de uma pessoa por características externas, o estudo foi denominado fisionomia. Que é a definição da testa, boca, olhos, dentes, nariz ou cabelo do indivíduo delinquente (INNES, 2009, p.10).

O médico alemão Franz Joseph Gall, no final do século XVIII e início do século XIX, desenvolveu um estudo denominado frenologia (do Grego: *phren* mente, e *logos* lógica ou estudo), logo chegou à conclusão de que o cérebro era composto por 33 órgãos, divididos em três classes: as que controlam as características humanas fundamentais; as responsáveis pelo sentimento; é pôr fim a de natureza intelectual, acreditava existir também um órgão responsável por homicídios, por roubos. A frenologia ganhou força é continuo a ser discutida por todo o século XIX. Entretanto essa contribuiu pouco ou nada para o entendimento de uma mente criminoso (INNES, 2009, p.10).

A pesquisa neurológica revelou que algumas áreas do cérebro têm o papel de controlar as emoções e os comportamentos do indivíduo. No ano de 1836-1909, Cesare Lombroso, desencadeou de vez o estudo sobre a fisiognomia dos criminosos nas cadeias italianas, e foi através deste que o estudo sobre as características de um criminoso ganhou repercussão.

Assim que vi esse crânio, pareceu-me ver, de repente, claro como uma vasta planície sob um céu flamejante, o problema da natureza do criminoso um ser disfarçado que reproduzem em sua pessoa os instintos selvagens da humanidade primitiva e dos animais inferiores (INNES, 2009, p.12).

A divergência sobre a psicopatia deu-se ainda no século XIX, Pinel acreditava que o psicopata era portador de uma mania para fazer o mal, porém não existia ausência de discernimento o comportamento deles era insano. Por outro lado, Esquirol discordava da teoria de Pinel, esse acreditava que a psicopatia advinha de uma mania loucura.

Innes (2009, p. 16) entende que:

Já no início do século XX, criminologistas como Raphael Lobo, começaram a prestar atenção a outros assuntos, que não fossem apenas as características físicas do biótipo criminal, o estudo voltou-se aos processos mentais e a psicologia que leva às pessoas a criminalidade.

Através desse estudo a sociedade começou a assimilar que todo psicopata poderia ser um criminoso, obviamente a generalização é um tanto quanto errônea, nem todo psicopata chega a ser um criminoso, e muitos deles levam uma vida normal, situação em que se torna difícil o reconhecimento da patologia. O que se tornou importante para a identificação de um criminoso psicopata é o *modo operandi* usado por esses para cometer um crime,

Em 1909, K. Birnbaum sugeriu o termo sociopatia, segundo o autor nem todo delinquente tinha defeitos morais ou eram naturalmente constituídos para serem criminosos, mas sim eram frutos do ambiente social no qual estava inserido. Neste ponto, no entanto é diferente do termo psicopatia, o primeiro está relacionado a atributos adquiridos em razão das circunstâncias sociais que o sujeito está inserido, já o segundo é uma característica nata do indivíduo. (MILLON *apud* K. BIRNBAUM, 2011).

Observa-se que o pensamento de Pínel e Esquirol, ganha ênfase através da obra de Birnbaum ao sugerir o termo sociopatia, quis mostrar que a criminalidade não está relacionada apenas a patologia do indivíduo, mas também ao contexto social vivido por este desde seu nascituro.

Na maioria dos casos pessoas que sofrem abuso sexual e violência, dentro da sua própria casa, estão mais vulneráveis a criminalidade. Não é que esse seja o motivo real para os crimes, mas sim que está vivendo essas situações torna mais provável que o sujeito venha a delinquir.

O Manual de Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais (DSM-V) lista tanto a psicopatia quanto a sociopatia:

Transtorno de personalidade antissocial, a causa de uma é diferente da outra, a psicopatia é o resultado de uma alteração genética, um defeito que resulta no subdesenvolvimento da parte do cérebro responsável pelo controle dos impulsos e da regulação das emoções. A sociopatia por outro lado, decorre de um abuso físico e emocional nas fases iniciais de desenvolvimento da psique da criança e adolescente, trazendo imenso impacto sobre essas mesmas áreas. (DSM-V *apud* Segredos da Mente Psicopata, 2016).

Pode-se notar que o indivíduo psicopata já nasce com uma alteração no sistema cerebral, no qual irá afetar seu desenvolvimento emocional e comportamental, por outro lado o sociopata traz consigo, um reflexo de emoções fortes sofridas no passado, como abuso emocional ou até mesmo físico, emoções tão fortes que causam alterações em seu comportamento.

A busca pela forma de motivação que leva um agente a delinquir desenvolveu-se aos poucos e ganhou força ao passar dos anos, a conclusão de que existem criminosos que de acordo com sua sanidade mental ou não, os levam a práticas ilícitas, tornou-se uma descoberta fundamental para as análises de identificação criminal dos dias atuais.

1.1 A figura do psicopata no âmbito jurídico e psiquiátrico

A palavra psicopata vem (do grego *psyche* = mente; e *pathos* = doença). No entanto para a psiquiatria a psicopatia não está vinculada a doenças mentais, pois esse não possui nenhum tipo de delírio tão pouco de alucinações. Fato que os exclui do rol de doentes mentais. Inexiste para a legislação jurídica brasileira, uma lei que envolve psicopatas, situação que dificulta a aplicação da pena, quando este vem a cometer um crime.

1.1.1 Noções e características relacionadas à psicopatia

No contexto da figura do psicopata, é necessário estabelecer a distinção entre a ciência da Psiquiatria Criminal e da Psicologia Criminal. A primeira tem como foco a compreensão dos transtornos anormais de personalidade, como também o estudo das doenças mentais, já a segunda está direcionada a pesquisa da personalidade em si, e suas oscilações, relacionando ao temperamento biológico, mesológico (meio ambiente) ou social. Para Ribeiro (2016, p. 5):

De acordo com uma classificação elaborada pela Organização Mundial da saúde, os transtornos de personalidade não são doenças, mas sim anormalidades da psique, onde há uma dissonância do afeto e da emoção. Ou seja: na psicopatia, a empatia e o sentimento em relação ao outro são inexistentes. Somente quando tal insensibilidade ocorre de maneira grave é que os termos “sociopatas e psicopatas” podem ser utilizados.

Apesar de a psicopatia estar elencada no rol de doenças mentais (CID-10), a OMS (organização mundial de saúde), afirmam que o transtorno de personalidade não trata de doenças mentais, mas sim de anormalidades na psique, onde ocorre uma dissonância de afeto e de emoção. Ou seja, indivíduos psicopatas carecem de empatia em relação às outras pessoas.

Desde o primeiro estudo até os dias atuais nota-se a variedades de pensamentos quanto ao conceito de psicopatia, por muito tempo foi considerada uma doença mental, é o hoje com o avanço da psiquiatria é definida como um transtorno de personalidade, pessoas portadoras desse transtorno pode não possuir doenças ou até mesmo deficiência mental, entretanto seu comportamento perante normas sociais é anormal.

O dicionário Aurélio conceitua psicopatia como “designação genérica das doenças mentais ou como o desequilíbrio patológico no controle das emoções e dos impulsos, que corresponde frequentemente a um comportamento antissocial” (AURÉLIO, 2020).

O conceito presente no dicionário se aproxima dos conceitos que a psiquiatria apresenta ao relacionar essa anomalia a um desequilíbrio patológico, os psicopatas apresentam dificuldades em controlar seus impulsos tão tanto que ao cometer um homicídio, utilizam dos meios mais cruéis para a execução do crime.

A (CID-10) Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas. Relacionados com a Saúde Mental, conceitua transtorno de personalidade antissocial como: “Uma perturbação grave na constituição do caráter e das tendências comportamentais do indivíduo”.

A Classificação Estatística Internacional de Doenças e problemas Relacionados com a Saúde mental (CID-10), é clara e sucinta ao conceituar transtorno de personalidade antissocial, não é uma deficiência mental, nem tão pouco um retardo, não sofrem delírios bem como alucinações, a deficiência está relacionada ao caráter e o comportamento inaceitável que eles agem com as outras pessoas.

A tentativa para identificação de um psicopata não é uma tarefa fácil, erroneamente a sociedade generalizam esses indivíduos como assassinos, baseados na dramaturgia dos cinemas ou acontecimentos trágicos divulgados pela mídia. Inexiste distinção quanto à aparência de um psicopata para outra pessoa qualquer, diferente das teorias apresentada no início dessa pesquisa, em que os assassinos eram reconhecidos por fisionomia, as aparências para estudos atuais não interferem em nada, a maioria vive uma vida tradicional, são chefes de grandes empresas, advogados, médicos. Situação que dificulta a identificação desses sujeitos, eles podem ser violentos ou não, chegar a cometer um crime ou não.

Pessoas comuns com rotinas aparentemente comuns, a grande maioria dos psicopatas passa a primeira impressão de boas pessoas, simpáticas e bem-sucedidas. Contudo são indivíduos egocêntricos, insensíveis, possuem raciocínio rápido, e tendem a possuir uma grande capacidade de manipular as pessoas, regras e limites não são respeitados por eles, a única coisa que importa a eles é a satisfação dos seus prazeres.

Neste sentido Silva (2014, p. 39) traz:

Psicopatas são indivíduos que podem ser encontrados em qualquer etnia, cultura, sociedade, credo, sexualidade ou nível financeiro. Estão infiltrados em todos os meios sociais e profissionais, camuflados de executivos bem-sucedidos, líderes religiosos, trabalhadores, pais e mães "de família", políticos entre outros, certamente cada um de nós conhece ou conheceu alguma dessas pessoas ao longo da vida. Muitos já foram manipulados por elas, alguns vivem forçosamente com elas e outras tentam reparar os danos materiais e psicológicos por ela causados.

Apesar de não existir semelhança física para identificar um psicopata, devem-se ficar atento, indivíduos com esse perfil estão inseridos no meio social, é mesmo que não chegue ao ponto de cometer um assassinato, seu foco será sempre à autopromoção à custa dos outros. São capazes de fazer tudo, com total egocentrismo e indiferença pelo sentimento alheio para alcançar o pódio.

Trindade (2014, p.137) diz:

Os indivíduos com transtorno de personalidade antissocial costumam ser destrutivos e emocionalmente prejudiciais. A maioria dos problemas é sofrida pelas pessoas que vivem em seu entorno, principalmente a família. Eles desorganizam o meio e as relações sociais. Costumam-se dizer que eles

são egossintônicos, evidenciando que eles danificam os outros e, internamente, consigo mesmos, parecem estar sempre bem.

A ausência de respeito, afeto remorso, são características basilar de um psicopata, isso os difere de pessoas comuns, psicopatas não sentem afeto nem por seus próprios familiares.

Para Croce e Dalton (*apud* Segredo da Mente Psicopata 2016, p. 13):

A psicopatia é uma anormalidade pré-constituída, é não uma enfermidade mental. Juridicamente isso impede que um psicopata que comete algum crime seja considerado inimputável, ou seja, terá de cumprir pena em caso de uma condenação.

O psicopata não deve ser caracterizado como doentes mentais, esses possuem plena convicção dos seus atos, todavia seu elemento sequencial é não poder controlá-los, são cruéis quando o assunto é delinquir e não conseguem parar ou mesmo se arrepender bem como sentir remorso após a prática de um crime.

Remorso tem como significado inquietação, abatimento da consciência que percebe ter cometido uma falta, um erro, arrepender-se, emoção nada mais é que um abalo afetivo, e culpa é perceber o dano o mal causado a outrem, esses três itens não integram a personalidade psicopática, eles não se arrependem, não tem afeto, nem tão pouco se sentem culpados pelos crimes que na maioria das vezes são bárbaros. Seu prazer estar no sofrimento e angústia da vítima.

A deficiência do psicopata está relacionada ao campo de afeto, motivo pelo qual não devem ser classificados como loucos, convivem na sociedade como pessoas normais, são dotados de um incrível raciocínio, extremamente inteligentes e manipuladores.

Ao comparar o cérebro de pessoas não diagnosticadas com o transtorno de personalidade, com os indivíduos psicopatas, nota-se que eles apresentam uma atividade cerebral reduzida a emoção, e maiores nos ligados a razões. Pode-se dizer que indivíduos que são portadores desse transtorno têm dificuldades a respeito das obrigações sociais, sendo estas condutas ligadas à personalidade psicológica deste agente.

Uma de suas características e a irresponsabilidade e a violação do direito alheio. As primeiras aparições desse sintoma podem ocorrer na infância e na fase da adolescência, como comportamento irresponsável, explorador ou insensível; baixa tolerância a frustração, não respeitar normas, regras ou obrigações sociais; cometer atos de vandalismo sem a menor culpa; maltratar, torturar e até matar animais; personalidades egocêntricas, entre outras características. Contudo para obter um diagnóstico de psicopatia no Brasil, é necessário que o sujeito já tenha completado a maior idade penal 18 (dezoito) anos, acredita-se que o menor de 18 (dezoito) anos não possui o desenvolvimento mental completo, para que haja a diagnose do transtorno de personalidade. De acordo com Mecler (2015, p. 58):

Por muitos anos, o conceito psicopatia caiu em desuso. Á luz da psicanálise, no início do século XX, essas perturbações mentais eram consideradas no espectro das neuroses. Em 1941, o psiquiatra Hervey Cleckley, em seu livro a máscara da sanidade, listou dezesseis características para a psicopatia, e o conceito passou a ser vinculado ao denominado transtorno de personalidade antissocial.

O DSM-V Manual Diagnostica e Estatística de Transtornos Mentais, trouxe a evolução no conceito de psicopatia, esse passou a ser chamado de transtorno de personalidade antissocial, o conceito evoluiu, entretanto os riscos que esses indivíduos oferecem a sociedade continuam o mesmo. A psicopatia ou até mesmo transtorno de personalidade antissocial permanece sendo um enigma para a ciência, quando o assunto é buscar a cura desses.

1.2 Elementos da culpabilidade

A culpabilidade é formada por três elementos, são eles imputabilidade, que abrange a potencial consciência da ilicitude e da exigibilidade de conduta diversa do agente, a inimputabilidade quando exclui a culpa e a semi-imputabilidade que analisa a condição mental do indivíduo no momento do fato.

1.2.1 Imputabilidade penal

A inimputabilidade está prevista no artigo 26, *caput* do Código Penal Brasileiro, Decreto Lei 2.848 de 1940, diante das hipóteses do presente no referido artigo, a inimputabilidade é a incapacidade de imputação do agente que: "Art. 26. Por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardo, 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."

No que concerne a inimputabilidade por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardo, o art. 26 da lei supra determina:

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.

O agente considerado inimputável, não possui discernimento para entender o ilícito no momento do fato, e tal razão não responderá pela prática dos seus atos. A expressão doença mental deve ser entendida em sentido amplo, a fim de compreender toda e qualquer alteração mórbida da saúde mental apta a comprometer, total ou parcial, a capacidade de entendimento do seu portador, como esquizofrenia, psicose, epilepsia etc.

O Brasil adota o critério biopsicológico, biológico que se refere a desenvolvimento mental incompleto ou retardo, advindo de uma doença mental, e o elemento psicológico, que liga a capacidade do indivíduo entender o caráter ilícito dos seus atos.

Nesse tanto o doente mental é considerado imputável, contanto que sua anomalia psíquica esteja intelectual e volitiva, é o caso de agentes que são diagnosticados com doenças mentais, entretanto passam por períodos de lucidez. Importante ressaltar que para haver a inimputabilidade é necessário que ocorra alguma causa dirimente (causa que exclua a imputabilidade), pois em regra todo agente é imputável, o Código Penal adota 4 (quatro) causas de exclusão de imputabilidade sendo elas: doença mental, desenvolvimento mental incompleto, desenvolvimento mental retardado, e embriaguez causada por força maior ou caso fortuito, não ocorrendo alguma das causas de exclusão a capacidade penal é obtida.

A conclusão a respeito da inimputabilidade do autor de fato típico e ilícito só pode decorrer de perícia médica, que, inclusive estabelece o grau de incompreensão em que se deu a ação ou a omissão, o que pode acarretar, em vez de medida de segurança, apenas redução da pena. O diagnóstico de doença mental é dado através da perícia médica, e através dessa será feito a conclusão que o indivíduo não possui capacidade mental de responder por seus atos. Entretanto vale ressaltar, o juiz não deve absolver sumariamente o acusado, em razão da inimputabilidade, visto que, nesse caso o agente poderá ser absolvido de forma imprópria, para que, ao final, seja aplicada medida de segurança a ele.

A inimputabilidade afasta a culpabilidade do agente, o sujeito não será punido pelo Estado, em razão dos elementos biopsicológicos, entretanto no caso da semi-imputabilidade, só haverá uma redução da pena não eximindo o agente de responder por seus atos.

1.2.2 Semi-imputáveis

No que tange ao desenvolvimento mental retardado, em alguns casos somente o incidente de insanidade mental poderá identificá-los, realizados por especialistas forenses, podendo incidir no caso de diminuição da pena, quando o indivíduo é considerado semi-imputável, na qual sua punibilidade será reduzida.

(...) Parágrafo único - A pena pode ser reduzida de um a dois terço, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou de desenvolvimento mental incompleto ou retardo não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Para esclarecer melhor a respeito da semi-imputabilidade, Gonçalves (2015, p.199), diz o seguinte:

O agente é chamado de semi-imputável, pois perde apenas parcialmente a capacidade de entendimento ou de autodeterminação. Se os peritos concluírem que o semi-imputável não necessita de tratamento, o juiz manterá a pena privativa de liberdade (com redutor da pena); contudo, se o declararem que o tratamento se faz necessário, visando evitar que ele

torne a delinquir, o juiz convertera a pena em medida de segurança, neste caso, a sentença que aplica a medida de segurança tem natureza condenatória.

Compreendido no que consiste a imputabilidade e a semi-imputabilidade, especificaremos quando o agente não poderá responder por seus atos, fazendo a compreensão da inimputabilidade penal.

1.2.3 Inimputáveis

A inimputabilidade está prevista no artigo 26, *caput* do Código Penal Brasileiro, Decreto Lei 2.848 de 1940, diante das hipóteses do presente no referido artigo, a inimputabilidade é a incapacidade de imputação do agente que:

Art. 26. Por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardo, 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.

No que concerne a inimputabilidade por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardo, o art. 26 da lei supra determina:

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.

O agente considerado inimputável, não possui discernimento para entender o ilícito no momento do fato, e tal razão não responderá pela prática dos seus atos. A expressão doença mental deve ser entendida em sentido amplo, a fim de compreender toda e qualquer alteração mórbida da saúde mental apta a comprometer, total ou parcial, a capacidade de entendimento do seu portador, como esquizofrenia, psicose, epilepsia etc.

O Brasil adota o critério biopsicológico, biológico que se refere a desenvolvimento mental incompleto ou retardo, advindo de uma doença mental, e o elemento psicológico, que liga a capacidade do indivíduo entender o caráter ilícito dos seus atos.

Nesse tanto o doente mental pode ser considerado imputável, contanto que sua anomalia psíquica esteja intelectual e volitiva, é o caso de agentes que são diagnosticados com doenças mentais, entretanto passam por períodos de lucidez. Importante ressaltar que para haver a inimputabilidade é necessário que ocorra alguma causa dirimente (causa que exclua a imputabilidade), pois em regra todo agente é imputável, o código penal adota 4 (quatro) causas de exclusão de imputabilidade sendo elas: doença mental, desenvolvimento mental incompleto, desenvolvimento mental retardado, e embriaguez causada por força maior ou caso fortuito, não ocorrendo alguma das causas de exclusão a capacidade penal é obtida.

1.3 Teoria geral das sanções do psicopata

Após delimitar a conduta de um psicopata como inimputável, será observada a aplicação das sanções, e o poder/dever do Estado ao exercer sua tutela jurídica em benefício da coletividade.

1.3.1 Tipo de punibilidade aplicada ao psicopata

Psicopatas não compreendem a punição como deveria, tão pouco se arrepende pelos crimes que cometem, vale ressaltar que medida de segurança trata-se de uma sanção penal de natureza preventiva e sua aplicação possui um prazo determinado, sendo esta uma providencia judicial curativa, enquanto o agente apresentar grau elevado de periculosidade ficara este em regime de medida de segurança, somente através de pericias medicas que são realizadas periodicamente, com intuito de verificar o grau de periculosidade que o agente poderá retornar ao convívio social.

O Código Penal explica o procedimento de análise veja:

Art. 97. § 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.

Há uma contradição entre a lei especial e a Lei Maior, como supramencionado a internação será por tempo indeterminado, todavia afirmar que a medida de segurança não tem um prazo específico entra em discordância com o princípio constitucional que veda a prisão perpetua.

É sabido que a medida de segurança não possui um prazo determinado para ser cumprida, e que será aplicada até findar a periculosidade do agente, ou seja até este não demonstrar mais perigo para sociedade, somente o laudo pericial, pode diagnosticar se o agente possui ou não capacidade de retornar ao convívio social.

A 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça se posicionou a respeito do tempo em que o agente deve ser mantido sob regime de Medida de segurança, na modalidade ambulatorial, internação deve ter o limite máximo da pena abstraem-te cominada ao crime perpetrado, bem como, não poderá exceder 30 (trinta) anos (NUCCI, 2013).

Por conseguinte, quando o assunto é criminoso psicopata, gera críticas e dúvidas quanto à eficácia da aplicação da pena. O psicopata como já discorrido não se arrepende dos atos ilícitos cometidos por si, motivo pelo qual dificulta a aplicação de uma sanção penal apropriada a eles. Trindade (2009, p.140-143) explica que o indivíduo diagnosticado como portador de psicopatia dificilmente será curado isso por existir diversos fatores em sua personalidade que impossibilita a reestruturação desses sujeitos.

Sabe-se que a função principal da pena é afastar o delinquente do convívio social, punindo-o com uma pena de acordo com suas características e personalidade, é após o cumprimento deste ser posto em liberdade, todavia quando a questão está ligada a um psicopata, a apreensão para eles parece não ter sentido algum, como mencionado supra pelo autor, inexistente cura, tratamento, recuperação para esses indivíduos. Ainda que não sentem medo de punição. Fiorelli (2010, p. 110) aponta que:

Na prática prisional, o fundamental, que torna a intervenção mais delicada, é a dificuldade que essas pessoas aprenderem com a experiências, sendo que a intervenção terapêutica, em geral, não alcança os valores éticos e morais comprometidos. Para alguns autores, pessoas que preenchem o critério pleno para psicopatia não são tratáveis por qualquer tipo de terapia.

Contudo atestar a cessação de periculosidade de um psicopata é uma tarefa difícil, considerando-se que a punição não os deixa inibidos nem tão pouco os Ressocializar. Portanto entende-se que ainda não existe um recurso punitivo adequado, no sistema penitenciário brasileiro, para julgar esses indivíduos. Sabe-se que atualmente não foram encontrados métodos eficazes para aplicação de uma pena adequada a esses sujeitos.

1.4 Código Penal e seu Artigo 26

A imputabilidade penal elemento da culpabilidade, objeto de estudo deste trabalho está presente no artigo 26 do Código Penal Brasileiro, juntamente com a semi-imputabilidade que reduz a pena nos casos em que o indivíduo sendo imputável, sofre perturbações na sua saúde mental impossibilitando-o de reconhecer o caráter ilícito no momento do fato.

Segundo Código de Processo Penal em seu art. 149:

Art. 149. Quando houver dúvida sobre a integridade mental do acusado, o juiz ordenará de ofício ou a requerimento do Ministério Público, do defensor, do curador, do ascendente, descendente, irmão ou cônjuge do acusado, seja este submetido a exame médico-legal.

Através do exame médico, que será avaliado a integridade mental do agente, a partir do laudo pericial é feito a aplicação da pena, entretanto as sanções penais do sistema jurídico brasileiro, quando aplicadas a criminosos psicopatas, não existira uma eficácia plena, eles possui um poder enorme de manipulação, alta capacidade de disfarçar, interpretar e fingir naturalmente, eles são de fato excelentes figurantes, no momento da perícia psicológica conseguem com facilidade enganar até mesmo os profissionais da psiquiatria, muitos deles tentam se eximir da pena, simulando ser doentes mentais.

A psicopatia não é considerada uma doença e sim um transtorno de personalidade antissocial, psicopatas possui uma inteligência incomparável, seu maior potencial é a busca pela excitação, em momento algum eles sofrem alucinações nem tão pouco delírios, sua consciência é plena, diante dos ilícitos. Conforme Hare (2013, p. 38):

Os psicopatas não são pessoas desorientadas ou que perderam o contato com a realidade; não apresentam ilusões, alucinações ou angústia subjetiva intensa que caracterizam a maioria dos transtornos mentais. Ao contrário dos psicóticos, os psicopatas são racionais, conscientes do que estão fazendo e do motivo por que agem assim. Seu comportamento é resultado de uma escolha exercida livremente.

É evidente que a inimputabilidade não é cabível ao psicopata, visto que ele não caracteriza como um portador de doença mental ou transtorno mental, ainda que, não se pode falar em excludente de culpabilidade para psicopatas, tendo em vista que sua capacidade mental não é afetada.

A divergência entre o universo jurídico e a psiquiatria sobre a punibilidade aplicada aos psicopatas é explícita, alguns doutrinadores como Damásio, Mirabete e outros, acreditam que o psicopata deve ser considerado semi-imputáveis, entretanto tal pensamento torna-se distinto de segundo alguns profissionais da psiquiatria como Hilda Morana.

Para Mira y López (2013, p. 18)

Nossos legisladores inventaram a semi-imputabilidade para os psicopatas porque nasceram assim, não têm culpa e sua capacidade de discernimento está prejudicado. A sociedade também não tem e ela não quer o psicopata nas ruas.

Trindade Beheragaray e Cuneo (2009, p. 134-135) acreditam que os psicopatas apresentam capacidade cognitiva e a volitiva em perfeito estado, o que não poderia se encaixar na definição de semi-imputabilidade vejamos:

Psicopatas têm noção da natureza de seus atos e conhecem as normas sociais, tanto assim que não atuam sob a ameaça de serem descobertos. Possuem vontade dirigida finalissimamente a um resultado e essa vontade deve ser censurada porque eles são plenamente conscientes da ilicitude de seus atos. O psicopata atua com juízo crítico de seus atos e revela-se muito mais perigoso do que o criminoso comum, devido a sua habilidade em manipular e de se apresentar de forma sedutora, valendo-se de múltiplos recursos para enganar suas vítimas. Ele escolhe reflete, decide e executa. Esse conjunto circunstancial faz com que o ato não seja meramente impulsivo, mas planejado e desejado.

Por mais que existam entendimentos acerca da semi-imputabilidade para psicopatas, a percepção da psicologia jamais pode ser descartada, quando afirmam que os psicopatas possuem discernimento mental suficiente para reconhecer a ilicitude do fato, teoria mais que suficiente para serem julgados como imputáveis, entretanto essa imputabilidade na justiça brasileira, não possui uma diretriz segura, ao receber uma punição de pena privativa de liberdade, este ficara junto com

presos comuns, bem como poderá se beneficiar com redução da pena, quando participar de projetos ou tiver um bom comportamento.

Cumprir um regime comum, não seria a melhor aplicação da pena para esses indivíduos, eles não possuem esperança nenhuma de ressocialização, e tão pouco de cura, a probabilidade de rescindir no mesmo crime é de cem por cento, quando são postos em liberdade.

É sabido que a norma jurídica é composta pelo preceito e pela sanção, sendo indicado, naquele, o que é ou não permitido ser feito, e, na sanção, a consequência da violação a regra, assegurando a coercibilidade do ordenamento jurídico. Ademais, verifica-se a função de retribuição punitiva ao infrator, a sua readaptação social e a tentativa de se prevenir contra novas transgressões pela intimidação dirigida à coletividade.

Todavia quando o infrator se trata de um psicopata, esse possui dificuldade em aprender com punição, assim fica explícito a ineficácia da pena a esses indivíduos, sendo certo que quando são postos em liberdade vão reincidir.

1.4.1 Aplicabilidade do sistema jurídico brasileiro a psicopatia

Tendo em vista que a segurança jurídica é um princípio que precisa ser posto em prioridade tanto para a proteção dos delinquentes bem como para os não delinquentes. Através desta premissa nota-se que a tutela do bem jurídico assume um significado bifronte. De um lado o delito ensina que a legislação penal tem o papel de proteger os bens jurídicos, do outro está a pena que implica a lesão destes bens, e no momento que há a privação dos bens jurídicos do autor, garanti a proteção dos bens jurídicos do resto da sociedade.

Não existe um contexto específico no ordenamento jurídico brasileiro que trate acerca do tema, é necessário o auxílio de outras áreas que não seja apenas o direito para que haja uma aplicação mais justa e adequada da norma, conta-se com o apoio da psiquiatria e da psicologia para que exista uma punibilidade correta e legal.

Valendo-se do princípio *in dubio pro reo*. A aplicação da pena deve ser baseada no entendimento mais benéfico ao réu, o autor Damásio de Jesus explica sobre esse princípio:

Para Damásio (2012, p. 86):

Resolver a questão da forma mais favorável ao agente. Em outros termos, se a vontade da lei não se torna nítida, se não chegar o juiz a saber se a lei quis isso ou aquilo, ou se nem ao menos consegue determinar o que ela pretendeu, deverá seguir a interpretação mais favorável ao réu (desde que usados todos os meios interpretativos).

O juiz precisa levar em consideração o princípio supra no momento da aplicação da pena, entretanto é imprescindível mencionar a realidade em que se encontra o sistema carcerário brasileiro, é inegável ver a impossibilidade de um tratamento jurídico para presos comuns, em um ambiente que se encontra abarrotado de pessoas, quanto mais para psicopatas, que necessitam de

um tratamento diferenciado. Há grande maioria dos entendimentos aqui citados quanto ao elemento de culpabilidade imposto ao psicopata, é o da imputabilidade, entretanto sabe-se há uma ausência de profissionais da psiquiatria ou até mesmo nenhum auxílio desses, no processo de julgamento desses delinquentes. Ao ser considerado imputável, cumprira uma pena privativa de liberdade, junto com detentos comuns.

Caso seja comprovada a perturbação mental no delinquente, esse ao invés de cumprir uma pena privativa de liberdade, será aplicada a medida de segurança em que será mais bem explicada em tópicos posteriores. Em caso de medida de segurança o elemento da culpabilidade aplicado será a semi-imutabilidade, um exemplo clássico foi o caso de Chico Picadinho, foi julgado como semi-imputáveis, após o laudo médico apontar transtorno de psicopático grave.

O criminoso supra a primeira vez que teve sua liberdade concedida, voltou a reincidir em crime idêntico ao primeiro. As críticas quando ao tratamento jurídico adequado ao psicopata é algo de extrema relevância no direito penal brasileiro, no entanto já é meio que evidente que os psicopatas não aprendem com as punições impostas a eles. Lopes (2005, p.384) traz a seguinte referência: "ao referir-se aos psicopatas diz que a sanção penal não lhes é ressocializadora, mas apenas aumenta sua astúcia para posteriormente, escaparem à ação da justiça".

Personalidade psicopática não significa, necessariamente, que o agente sofre de moléstia mental, embora o coloque na região fronteira de transição entre o psiquismo normal e as psicoses funcionais. (TJSP – Ap. Crim – Relator Des. Adriano Marrey. TR 495/304.

Este não divergente dos demais supra, explica que mesmo o delinquente estando em uma zona fronteira onde tem consciência dos atos, porém não consegue controlá-los, não deve considerá-los como doentes mentais, ao ponto de ter a pena reduzida.

O Decreto Lei nº 24.559/34 tinha como principal objeto a proteção a pessoa e aos bens do psicopata, em que deveriam receber um tratamento especial longe dos sistemas prisionais comuns. O art. 10 do Decreto: "Art. 10. O psicopata ou o indivíduo suspeito que atente contra a própria vida ou a de outrem, perturbar a ordem ou ofender a moral pública, deverá ser recolhido a estabelecimento psiquiátrico para observação ou tratamento."

O Decreto trazia uma possível solução para a aplicação da sanção a psicopatas delinquentes, afastá-los do sistema prisional comum e colocá-los em estabelecimentos apropriados para o acompanhamento da evolução do transtorno ou no caso da percepção legislativa um possível tratamento. O presente Decreto também apresentava a possibilidade de interdição civil do agente em situações que o prazo para sua liberdade cessasse e esse ainda oferecesse perigo a sociedade ou a si mesmo.

§ 1º O psicopata recolhido a qualquer estabelecimento, até o 90º dia de internação, nenhum ato de administração ou disposição de bens poderá

praticar senão por intermédio das pessoas referidas no art. 454 do Código Civil, com a prévia autorização judicial, quando for necessária.

§ 2º Findo o referido prazo, se persistir a doença mental e o psicopata tiver bens rendas ou pensões de qualquer natureza, ser-lhe-á nomeado, pelo tempo não excedente de dois anos, um administrador provisório, salvo se ficar provada a conveniência da interdição imediata com a consequente curatela.

§3º Decorrido o prazo de dois anos e não podendo o psicopata ainda assumir a direção de sua pessoa e bens, ser-lhe-á decretada pela autoridade judiciária competente a respectiva interdição, promovida obrigatoriamente pelo Ministério Público, se dentro de, 15 dias não o for pelas pessoas indicadas no art. 447 ns. I e II do Código Civil. (Ar.t 27 do Decreto Lei 25.559/34)

A proposta de interdição civil em situações que não cessasse a periculosidade do agente foi uma hipótese interessante quanto à proteção da sociedade frente a criminosos portadores deste transtorno, entretanto o Decreto foi revogado pela Lei 10.216/01 Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental. Essa lei foi um grande avanço na legislação brasileira, para delinquentes ou doentes mentais, conhecida por lei antimanicomial ou reforma da psiquiatria, entretanto a figura do psicopata que não é um doente mental, foi excluída da legislação vigente, com isso mais uma vez encontra-se uma lacuna quanto a aplicação de um tratamento adequado a esses indivíduos, uma vez que a referida lei não impõe um tratamento para pessoas com transtorno de personalidade e sim apenas a doentes mentais.

A lei foi benéfica a premissa de tratamento para aqueles que cometem atos ilícitos e são considerados inimputáveis. A medida de segurança ganhou uma evolução a partir da vigência desta.

Os projetos de Lei apresentam propostas boas quanto a medida penal mais adequada ao indivíduo com personalidade psicopática, entretanto mais uma vez essa preocupação foi deixada de lado. Enquanto isso a sociedade fica à mercê do Estado quanto impunidades a esses sujeitos.

Conclusão

Foram considerados os graus de capacidade de entendimento e autodeterminação para, ao fim, concluiu que psicopata deve ser considerado imputável, semi-imputável ou inimputável, questões determinantes para o estabelecimento da pena e do regime. Tendo em vista que ainda não se tem resposta eficaz de recuperação para esses agentes diante do sistema penitenciário brasileiro, isso porque também, as políticas psiquiátricas ainda não diagnosticaram tratamento apropriado nem tão pouco a cura.

Apesar de não existir ainda uma legislação própria para tratar de criminosos inimputáveis, a solução é a mudança nas políticas públicas, visando que a única que mais se aproxima da realidade é a interdição desse agente, levando em consideração a proteção do próprio criminoso bem como da sociedade em geral.

Com base nessas premissas não vê se outro meio a não ser a interdição desse agente, colocá-lo novamente na sociedade, é deixar as pessoas a mercê do perigo, caso a caso deva ser analisado, desde a personalidade, ao crime cometido pelo agente, esse que não é doente, mas que não tem possibilidade de ser social, de respeitar regras de ter empatia por outras pessoa.

REFERÊNCIAS

AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION. **Manual diagnóstico e estatístico de transtornos mentais**: DSM-V. Tradução Maria Inês Corrêa et al. Revisão Técnica Aristides Volpato Cordioli et al. 5. Ed. Porto Alegre: Artmed, 2014.

ARANHA, Mauro. et. al. **Crime e saúde mental**. Especialistas discutem assistência aos portadores de transtornos mentais e de personalidade que cometem crimes. CREMESP: Conselho Regional de Medicina de São Paulo. São Paulo, n. 53, out./dez.2010. Disponível em:

<<http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Revista&id=509>>. Acesso em: 06 maio 2018.

AMARANTE, Paulo. (1994). **Asilos, alienados, alienistas: uma pequena história da psiquiatria no Brasil**. In: Psiquiatria Social e Reforma Psiquiátrica. 1. ed. Rio de Janeiro: FIOCRUZ.

ABREU, Célia Barbosa. **Primeiras Linhas sobre interdição após o Novo Código de Processo Civil**. Itu, SP: CRV, 2015.

ARBEX, Daniela **Holocausto brasileiro** / Daniela Arbex. – 1. ed. – São Paulo: Geração Editorial, 2013.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[HTTP://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: mai. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Decreto-Lei nº2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: maio 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **PL Nº 6.858, de 24 de fevereiro de 2010**. Altera a Lei no 7.210, de 1984, Lei de Execução Penal, para criar comissão técnica independente da administração prisional e a execução da pena do condenado psicopata, estabelecendo a realização de exame criminológico do condenado a pena privativa de liberdade, nas hipóteses que especifica. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1980-1988/L7209.htm>. Acesso em: 4 maio 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984**. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e dá outras providências. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2017-12/populacao-carceraria-do-brasil-sobe-de-622202-para-726712-pessoas>>. Acesso em: 4 maio 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Decreto nº 24.559, de 3 de Julho de 1934**. Dispõe sobre a profilaxia mental, a assistência e proteção á pessoa e aos bens dos psicopatas, a fiscalização dos serviços psiquiátricos e dá outras providências. Disponível em:

<<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-24559-3-julho-1934-515889-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 5 abr. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Lei nº 10.216, de 6 de abril de 2001**. Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental. Diário Oficial Eletrônico. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10216.htm>. Acesso em: 5 abr. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **CÂMARA DOS DEPUTADOS**. Brasília, 24 de fevereiro de 2010. Disponível em:

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=E6B5C68D55F064636B>. Acesso em: 4 maio 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Lei nº 10.216, de 6 de abril de 2001**. Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental. Brasília: Ministério da Saúde. Disponível em: <:http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7938#_ftn3>. Acesso em: 4 maio 2018.

BITTENCOURT, Maria Inês G. F. **Conceito de psicopatia: elementos para uma definição. Arquivos Brasileiros de Psicologia FGV**. Rio de Janeiro. Vol. 33, No 4, out./dez. 1981. p. 20-21. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/abp/article/viewFile/18612/17353>>. Acesso em: 4 maio 2018.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal** – Parte Geral, vol. I. 15ª Ed., ver. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2011.

EMILIO, Caroline Souza. **PSICOPATAS HOMICIDAS E AS SANÇÕES PENAIS A ELAS APLICADAS NA ATUAL JUSTIÇA BRASILEIRA**. Conclusão de curso para obtenção de grau de Bacharel em Direito, da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Aprovação com grau máximo pela banca examinadora composta pela orientadora Profª. Samantha Dubugras Sá, pelo Prof. Elias Grossmann e pelo Prof. Rogério Maia Garcia, em 25 de junho de 2013. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2013_1/caroline_emilio.pdf>. Acesso em: 4 abr. 2018.

FERNANDES, Alexandre Magno. **O direito penal e a psicopatia**. CONSULEX:Revista Jurídica. v. 13, n. 307 out. 2009.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal** / Rogério Greco. – 5ª Ed. Rio de Janeiro:Impetus, 2005.

PENTEADO FILHO. **Nestor Sampaio. Manual Esquemático de Criminologia**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PALOMBA, Guido Arturo. **Perícia na psiquiatria Forense**. São Paulo: Saraiva, 2016.

SILVA, Ana Beatriz B. (Ana Beatriz Barbosa) **Mentes Perigosas o Psicopata Moraao Lado**/Ana Beatriz Barbosa Silva. – 2. Ed – São Paulo: Globo, 2014.

TARBODA, José G. V. **Responsabilidade Civil do Psiquiatra**. In: TABORDA, José G. V.; ANDALLA-FILHO, Elias; CHALUB, Miguel. **Psiquiatria Forense**. 2. Ed. PortoAlegre: Artmed, 2012.

DANO MORAL E TRANSMISSÃO DE AIDS: A CONFIGURAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL EM RAZÃO DA TRANSMISSÃO DO VÍRUS HIV ENTRE PARCEIROS

CLARA FERNANDES FIGUEIREDO:

Graduanda do Curso de Direito do
Centro Universitário Fametro

RESUMO: O referido artigo versa sobre o dano moral e como há a configuração da responsabilidade civil em razão da transmissão do vírus HIV entre parceiros. Partindo de aspectos gerais sobre a AIDS, as principais características da responsabilidade civil, em destaque a culpa, a dignidade da pessoa humana, buscando analisar a configuração do dano moral pela transmissão do vírus HIV, quando o agente é o parceiro que a vítima esta amorosamente e emocionalmente envolvida. Conclui-se pela configuração do dano moral quando o parceiro transmissor age com culpa ou dolo.

PALAVRAS-CHAVE: Vírus HIV. Dano Moral. Responsabilidade Civil. Relacionamento Afetivo Amoroso.

ABSTRACT: The present research work deals with moral damage and how there is the configuration of civil liability due to the transmission of the HIV virus between partners. Starting from general aspects of AIDS, the main characteristics of civil liability, highlighting guilt, the dignity of the human person, it seeks to analyze the configuration of moral damage by the transmission of the HIV virus, when the agent is the partner that the victim is lovingly and emotionally involved. It concludes with the configuration of moral damage when the transmitting partner acts with guilt or malice.

KEY-WORDS: HIV virus. Moral damage. Civil responsibility. Loving Affective Relationship.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho de pesquisa tem como tema o dano moral e a configuração da responsabilidade civil em razão da transmissão do vírus HIV entre parceiros. Tem como trazer esclarecimentos acerca do assunto, visto que o dano moral é um tema bastante debatido seja no Judiciário ou na doutrina, assim como a AIDS. A forma como esses dois temas estão inseridos em uma relação amorosa é o objeto de pesquisa.

É intrínseco ao indivíduo viver em sociedade. Para haver uma convivência harmônica, ao fato que deve haver respeito ao ser humano e direitos individuais de outrem. E para amoldar essa vivência e solucionar conflitos, o Estado criou para o ordenamento jurídico normas a serem seguidas.

A configuração de dano moral a partir da transmissão do vírus HIV entre parceiros, vem sendo objeto de discussão no mundo jurídico e doutrinário, visto que é possível visualizar a responsabilização do indivíduo transmissor, tornando possível o dano sofrido pela vítima passível de compensação.

Para desenvolver este trabalho, foi necessário um estudo sobre síndrome da imunodeficiência adquirida, a AIDS, a responsabilidade civil, a conceituação do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, abordando a responsabilização a partir do dano moral, e seu contexto social. Também foi realizada uma breve abordagem acerca dos relacionamentos afetivos amorosos e a AIDS, e por fim, como configura o dano moral a partir da transmissão do vírus HIV entre parceiros, destacando as condutas culposa e dolosa.

Foi utilizado como metodologia científica o dedutivo, pois partiu de um conhecimento geral para discorrer sobre algo específico, tendo como métodos a revisão da literatura, com consulta a material bibliográfico e jurisprudencial, sendo baseado em sua maioria, na doutrina.

1 CONSIDERAÇÕES GERAIS DA SÍNDROME DA IMUNODEFICIÊNCIA ADQUIRIDA (SIDA/AIDS)

A Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (SIDA), mais conhecida como AIDS, ocasionada quando a infecção pelo vírus HIV (vírus da imunodeficiência humana) não é tratada. O vírus age atacando o sistema imunológico - responsável pela defesa do organismo - à medida que a AIDS avança, ficando o infectado mais suscetível a infecções, as chamadas doenças oportunistas.

As maneiras mais comuns de transmissão do vírus são por meio de relações sexuais sem o uso do preservativo, compartilhamento de seringas contaminadas, doação de sangue, nascer de uma mãe infectada, e durante a amamentação.

Os primeiros casos de aids foram relatados pelo Centro de Controle de Doenças e Prevenção (CDC) dos Estados Unidos da América (EUA), na cidade de São Francisco no estado da Califórnia, em 1981, quando estes jovens gays apresentaram a incidência de Sarcoma de Kaposi - mais próximo da aids naquela época, é uma espécie de câncer que atinge os vasos sanguíneos e linfáticos do corpo humano - e casos atípicos de pneumonia, que os levaram rapidamente a morte. O legado minoritário que o Sarcoma carregava seria facilmente transmitido aos homossexuais. Assim, a aids foi inicialmente considerada "o Kaposi dos gays" e apelidada de "câncer gay", até pelos próprios jornais homossexuais da Califórnia. (PERLONGHER, Néstor. O que é AIDS. São Paulo: Brasiliense, 1987).

Ainda hoje a sigla é acompanhada da concepção inicial de ser pertencente a um grupo de risco. Embora, já comprovado pela UNAIDS (Organização Nacional da AIDS) que não existem grupos de risco, mas sim comportamentos de risco (manter relações sexuais com portadores do vírus sem o uso de preservativos ou ser usuário de drogas injetáveis).

O primeiro caso de HIV no Brasil foi registrado na cidade de São Paulo em 1980, porém, somente em 1982 a doença foi classificada como AIDS.

No ano de 1984, houve a estruturação do Programa da Secretaria de Saúde do Estado de São Paulo, o qual foi pioneiro no controle e prevenção da AIDS. Em 1985, surgiu o primeiro teste sorológico para diagnóstico do HIV. Em 1986, foi criado o Programa Nacional de DST (doenças

sexualmente transmissíveis) – hoje chamadas de IST (Infecções Sexualmente Transmissíveis) - e AIDS do Ministério da Saúde.

A doença não tem cura, porém desde 1996 o tratamento disponibilizado pelo Sistema Único de Saúde (SUS), compõe-se basicamente através de medicamentos chamados de antirretrovirais usados no tratamento da AIDS. A medicação impede a multiplicação do vírus no organismo do infectado.

A terapia antirretroviral não combate o HIV, mas sim diminui a carga viral, o que reduz o risco de desenvolvimento de doenças relacionadas a AIDS e aumenta o tempo de vida do portador do vírus. (NUNES, Karin, 2018, p. 12).

HIV e AIDS não são sinônimos. O primeiro é o vírus e a segunda é a doença crônica e que pode ser fatal. A AIDS se manifesta quando a pessoa infectada pelo vírus do HIV e então este vai danificando todo o seu sistema imunológico, de maneira que o organismo não consiga mais lutar contra os invasores que causam a doença e por isso, o portador da doença fica suscetível a inúmeras outras infecções e doenças oportunistas (...). (MENDONÇA e AYLON, p. 214, 2019).

A AIDS não é só uma doença, mas um fenômeno social de grandes proporções que tem relação com princípios morais, religiosos e éticos, procedimentos de saúde pública e de comportamento privado, nas questões relativas à sexualidade, ao uso de drogas e moralidade conjugal. Ela é causada pelo vírus da imunodeficiência humana (HIV), o qual atinge o sistema imunológico da pessoa infectada, deixando-a suscetível a inúmeras doenças e infecções, denominadas infecções oportunistas. Essas infecções são dificilmente contraídas por pessoas saudáveis, ou caso isso ocorra, são facilmente repelidas, mas para os soropositivos podem ser mortais, pois seu corpo está praticamente sem defesa. O vírus torna o sistema imunológico ineficaz deixando-os debilitados e com a saúde comprometida. (IGBE, 2016).

2 ASPECTOS GERAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil é um princípio geral do direito e está prevista no Código Civil nos artigos 186 e 927. O presente capítulo vai esclarecer os pontos importantes, as principais características, requisitos e as formas consideradas a partir da culpa e do dolo.

2.1 Elementos da Responsabilidade Civil

Uma das funções mais importantes da responsabilidade é a função de ressarcir, visando reparar o dano sofrido, tendo sempre em destaque a vítima. E conforme ressalta Maria Helena Diniz, a existência de três elementos a) a existência de uma ação, comissiva ou omissiva, qualificada juridicamente, isto é, que se apresenta como ato ilícito ou lícito, pois ao lado da culpa como fundamento da responsabilidade civil há o risco; b) ocorrência de um dano moral ou patrimonial causado à vítima; c) nexos de causalidade entre o dano e a ação, o que constitui o fato gerador da responsabilidade. (DINIZ, 2020, p. 42).

2.1.1 Ação ou Omissão

A ação ou omissão consiste no elemento primário de todo ato ilícito que atente contra um bem juridicamente protegido, não havendo responsabilidade sem um resultado danoso.

A voluntariedade da conduta não se confunde com a projeção da vontade sobre o resultado, isto é, o querer intencional de produzir o resultado; de assumir o risco de produzi-lo; de não querê-lo, mas, ainda assim, atuar com afoiteza, com indolência ou com incapacidade manifesta. O querer intencional é matéria atinente à culpabilidade *lato sensu*. (STOCO, 2014, p. 90).

A ação ou omissão do responsável se concatena em um ato voluntário, ou seja, consiste na conduta praticada em decorrência da escolha do agente, sem que contenha vícios de vontade. Podendo esta ser ou não culposa, a depender desse fator, será determinada a responsabilidade como objetiva ou subjetiva.

O comportamento positivo, denominada conduta comissiva, consiste na forma mais comum de exteriorizar a conduta humana, como causar lesão corporal, avançar o sinal vermelho e ocasionar um acidente de trânsito, ou, objeto deste presente trabalho, a transmissão do vírus HIV.

A omissão, denominada como conduta omissiva, surge quando o indivíduo não realizou determinada ação, assim explica o autor Carlos Roberto Gonçalves que: “para que se configure a responsabilidade por omissão é necessário que exista o dever jurídico de praticar determinado fato (de não omitir) e que se demonstre que, com a sua prática, o dano poderia ter sido evitado”. (GONÇALVES, 2017, p.58).

Desse modo, deve haver um comportamento do agente, positivo (ação) ou negativo (omissão), que desrespeitando a ordem jurídica, cause prejuízo a outrem, pela ofensa a bem ou a direito deste. Esse comportamento (comissivo ou omissivo) deve ser imputável à consciência do agente, por dolo (intenção) ou por culpa (negligência, imprudência ou imperícia), contrariando, seja um dever geral do ordenamento jurídico (delito civil), seja uma obrigação em concreto (inexecução da obrigação ou de contrato). (STOCO, 2014. p. 68).

Deve ser levado em consideração que para objeto de avaliação, basta que alguém faça ou deixe de fazer algo, violando assim um dever jurídico, fazendo com que essa conduta se enquadre como um elemento da responsabilidade civil. Vale ressaltar que a voluntariedade não é sinônimo de querer produzir o resultado danoso ou prevê-lo, mas sendo preciso apenas que o agente do dano tenha feito ou omitido por escolha própria, sem coação ou ter sido obrigado.

2.1.2 Dano

Para Stoco (2014, p. 120) o dano é, pois, elemento essencial e indispensável à responsabilização do agente, seja essa obrigação originada de ato ilícito absoluto, seja de inadimplemento contratual, independentemente, ainda, de se tratar de responsabilidade objetiva ou subjetiva (aquiliana).

O dano consiste na lesão ao interesse de outrem, podendo ser classificado como material ou moral, a depender do bem jurídico que foi atingido como consequência a conduta do

transmissor. O dano material, também denominado patrimonial, é aquele que atinge o patrimônio da vítima, sendo passível de indenização pecuniária, buscando restituir o bem lesado.

O segundo ocorre quando o bem atingido é unicamente psicológico, quando a ação ou omissão geram sofrimento ou angústia a vítima, ou seja, é algo subjetivo, portanto, mensurar o valor de indenização é difícil, visto que após a transmissão do vírus HIV é impossível retornar à situação anterior, restando a reparação através da pecúnia.

Para que o dano seja considerado moral e passível de reparação, conforme configura o artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal, deve haver um abalo emocional e psicológico da vítima, que deverá ser avaliado e conjecturado pelo magistrado a depender do caso.

Art. 5º "a inviolabilidade do direito à intimidade e possibilita a seu titular a propositura da ação, visando o recebimento de indenização por danos morais/materiais decorrente de eventual violação".

Por fim, destaca-se que o dano, seja material ou moral, é pressuposto de configuração da responsabilidade civil, bem como do dever de indenizar ao outro como forma de reparação do evento danoso.

2.1.3 Nexo Causal

Um dos pressupostos da responsabilidade civil é a existência de um nexos causal entre o fato ilícito e o dano produzido. Sem essa relação de causalidade não se admite a obrigação de indenizar. O art. 186 do Código Civil a exige expressamente, ao atribuir a obrigação de reparar o dano àquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem. (GONÇALVES, 2017, p. 413).

O nexos causal é o liame que liga os demais elementos que separados não resultariam no dever de reparação, sendo assim, com a união desses, é possível visualizar a possibilidade de imputar ao agente a obrigação de reparar um dano ocasionado pela conduta positiva ou negativa.

No âmbito da responsabilidade civil, prevalece a teoria da causalidade adequada, idealizada por Von Kries no século XIX, onde as condutas devem ser individualizadas e qualificadas de modo que somente aquela capaz de produzir o resultado, será considerada a causadora do dano, ou seja, mesmo que tenham sido desenvolvidas várias condutas, deve-se analisar qual fato foi relevante ao evento danoso para que seja configurada a responsabilidade.

Diante disso, percebe-se que o nexos causal é elemento estruturante da responsabilidade civil, posto que a sua ausência elide o dever de reparar o dano. Nesse ponto, cabe, portanto, ressaltar que há determinadas causas excludentes do nexos de causalidade previstas no ordenamento jurídico brasileiro, como culpa exclusiva da vítima, estado de necessidade, legítima defesa, caso fortuito e força maior, conforme cita Carlos Roberto Gonçalves (2017 p. 220).

2.2 Formas de Responsabilidade Civil Através da Culpa

Após estabelecidos os elementos que juntos ensejam a responsabilidade civil, cabe discernir quando será classificada como subjetiva ou objetiva. Entretanto, deve-se analisar a ideia de culpa, pois está intrinsecamente ligada à responsabilidade.

2.2.1 Subjetiva

Para que seja configurada a responsabilidade subjetiva, é necessária a existência dos demais elementos da responsabilidade civil, com ênfase no essencial, a conduta culposa do agente.

O conceito de culpa divide-se em culpa no sentido estrito e culpa no sentido amplo ou lato. Para Carlos Gonçalves Filho (2017, p.373) "(...) a culpa em sentido estrito, caracterizada pela imperícia, imprudência ou negligência, sem qualquer deliberação de violar um dever. Portanto, não se reclama que o ato danoso tenha sido, realmente, querido pelo agente, pois ele não deixará de ser responsável pelo fato de não ter percebido seu ato nem medido as suas consequências."

O agente quando atua nas modalidades de culpa mencionadas, este não anseia o resultado, apesar da falta de cautela ou atenção, logo não tinha como objetivo ocasionar o dano. Em resumo, a culpa consiste na violação do dever de cuidar, ou seja, a conduta voluntária que provoca um dano voluntário.

A responsabilidade subjetiva está muito ligada ao elemento moral, pois todos, como seres sociais, têm o dever moral de não prejudicar outras pessoas. "Existe uma relação íntima entre a culpa e a moral [...] a ideia de culpa decorre de um princípio comum tanto no direito quanto na moral, que se resume na máxima de que, a ninguém é dado prejudicar injustamente ao seu próximo." (MELO, 2005, p. 8). Portanto, verifica-se que a responsabilidade subjetiva, é fundamentada na culpa e vinculada a moral, visto ser um aspecto subjetivo do indivíduo.

O jurista Stoco (2014, p. 79) defende que a culpa, em sentido amplo, tanto pode ser a expressão da consciência e vontade dirigidas a um fim perseguido e querido, embora ilícito, como o descumprimento de um dever de cuidado ou de diligência em razão de açonamento, de desídia ou de imperfeição técnica, ainda que sem intenção de prejudicar.

Ainda continua: "evidentemente que a ação intencional e votada para uma finalidade que o Direito repudia traduz o dolo, enquanto a inobservância do dever de cuidado, como esclarecido, torna a conduta culposa, posto que na culpa o fim colimado pelo agente é desimportante, assumindo relevância a forma imprópria com que atuou."

A conduta dolosa pode ocorrer na modalidade de dolo eventual, onde o agente não tem como principal objetivo o resultado danoso, mas ao agir, prevê a lesão de direito alheio, não se importando e não tentando evitar que o evento seja concretizado, prosseguindo com a execução da conduta.

Por fim, para aferir a responsabilidade subjetiva quanto a reparação ou não do dano, deve-se avaliar se o agente agiu com dolo ou culpa. O *caput* do artigo 927 do Código Civil de 2002,

preceitua que quem comete ato ilícito, causando danos a outra pessoa, fica obrigado a repará-lo, sendo, portanto, o princípio da responsabilidade subjetiva fundamentado da culpa em sentido lato.

2.2.2 Objetiva

A Lei impõe, entretanto, a certas pessoas, em determinadas situações, a reparação de um dano independentemente de culpa. Quando isso acontece, diz-se que a responsabilidade é legal ou "objetiva", porque prescinde da culpa e se satisfaz apenas com o dano e o nexo de causalidade. Esta teoria, dita objetiva, ou do risco, tem como postulado que todo dano é indenizável, e deve ser reparado por quem a ele se liga por um nexo de causalidade, independentemente de culpa. (GONÇALVES, 2017, p. 47).

A responsabilidade denominada como objetiva independe da culpa, podendo ou não existir, mas sempre será irrelevante para configurar o dever de indenizar, bastando que tenha a relação de causalidade entre a ação e o dano, uma vez que não se pode acusar um indivíduo que não tenha dado causa ao evento.

Uma das teorias que justificam a responsabilidade objetiva é a teoria do risco, onde consiste na premissa de que toda pessoa que desenvolve uma atividade cria um risco de dano para terceiros, e é obrigada a reparar o dano, mesmo que a conduta seja isenta de culpa. Essa modalidade de responsabilidade troca a culpa pelo risco, fundada no princípio que é reparável o dano causado a outrem em consequência de uma atividade realizada em benefício do responsável.

3 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A CONFIGURAÇÃO DE DANO MORAL PELA TRANSMISSÃO DO VÍRUS HIV ENTRE PARCEIROS

Previstos no Título II da Constituição Federal, os direitos fundamentais são direitos básicos concedidos a todos os cidadãos sem distinção. Tendo como finalidade básica o respeito à dignidade do cidadão, protegendo-o contra o arbítrio do poder estatal e estabelecendo condições de vida e desenvolvimento da personalidade humana.

Para que seja válido configurar o dano moral pela transmissão do vírus HIV em um relacionamento afetivo amoroso, é preciso abordar algumas considerações a respeito dos direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e dano moral.

3.1 A dignidade da pessoa humana e o dano moral

O dano moral, reportado brevemente no segundo capítulo, foi mencionado como uma ação ou omissão que gera sofrimento ou angústia a vítima, sendo subjetivo, logo não visa um reconhecimento patrimonial.

De acordo com a Constituição vigente, o dano moral nada mais é do que uma violação do direito à dignidade. Fundamenta a tese, tendo como base o fato de que a Constituição Federal de 1988 consagrou em seu artigo 1º, inciso III, a dignidade humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, que se pode chamar de direito subjetivo constitucional. Sendo assim, o dano moral passaria a ter uma nova feição e maior dimensão, visto que a dignidade

humana é a base de todos os valores morais e a essência de todos os direitos personalíssimos, como a honra, a intimidade, entre outros. Portanto, o ser humano é, sem dúvida alguma, o centro e o fim do Direito, sendo uma característica pautada nos valores fundamentais do Estado Democrático de Direito.

Conceitua Wolfgang Sarlet (2012):

[...] temos por dignidade da pessoa humana qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em 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 asseguram 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 o demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida. (SARLET, 2012, p. 73).

A dignidade da pessoa humana sendo a base do ordenamento jurídico, é demonstrada nos direitos e garantias fundamentais que incluem os direitos da personalidade. Deste modo, qualquer ofensa a um direito da personalidade, é uma ofensa direta a esse princípio que ocasiona no dever de compensação ao dano ocasionado.

Vale ressaltar a diferença entre indenização e compensação nos casos de transmissão do vírus HIV dentro de um relacionamento afetivo amoroso. A indenização tem uma forte ligação com a responsabilidade civil, porém não é a mais adequada nesses casos, visto que visa restabelecer ao estado anterior, referindo-se ao patrimônio, contudo o dano moral é extrapatrimonial.

Para Carlos Gonçalves (2017, p. 372) para que haja obrigação de indenizar, não basta que o autor do fato danoso tenha procedido ilícitamente, violando um direito (subjetivo) de outrem ou infringindo uma norma jurídica tuteladora de interesses particulares. A obrigação de indenizar não existe, em regra, só porque o agente causador do dano procedeu objetivamente mal. É essencial que ele tenha agido com culpa: por ação ou omissão voluntária, por negligência ou imprudência, como expressamente se exige no art. 186 do Código Civil.

Entretanto, insta salientar que não será toda e qualquer situação de sofrimento e angústia que poderá ser suscetível a compensação, mas apenas situações graves que atinjam a dignidade da pessoa, devendo-se sempre assegurar a proteção do ser humano.

3.2 Os Relacionamentos Amorosos e a AIDS

Os relacionamentos amorosos, por bastante tempo, foram considerados como algo que deveriam seguir um modelo pré-determinado ligado aos valores morais e cristãos. O sentimento afetivo que surgia entre um homem e uma mulher deveria ser celebrado por um casamento,

tornando-se assim um laço inquebrável. Havendo regras a serem seguidas para apenas se encaixarem nos moldes sociais.

Hoje, não existe mais esse modelo. O relacionamento efetivo amoroso moderno tomou outras proporções, possuindo um ponto de vista mais liberal, sendo aceito entre pessoas da comunidade LGBTQIAP+, bem como não ser mais uma relação eterna, não tendo mais necessidade da celebração religiosa, mas sim da intimidade, afeto, convivência. O que não se modificou foi o compromisso moral entre os envolvidos, visto que para haver um relacionamento amoroso saudável é necessário existir respeito, companheirismo e consideração pelo outro.

3.3 A Configuração do Dano Moral pela Transmissão do Vírus da HIV entre Parceiros

O dano moral, como já mencionado, consiste na consequência jurídica aplicada quando há a violação de um direito fundamental de outrem, provocando dor, angústia e sofrimento psicológico à vítima, conforme discorre Carlos Gonçalves:

O dano moral é o que atinge o ofendido como pessoa, não lesando seu patrimônio. E 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 dos arts. 1º, III e 5º, V e X, da Constituição Federal, e que acarreta ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação". (GONÇALVES, 2017, p. 446).

À luz do Código Civil Brasileiro, o dano moral é variável no tempo e espaço, e possui aspectos subjetivos intrínsecos a dignidade da pessoa humana, conforme mencionado anteriormente, sendo importante a existência de um impacto psicológico, humilhação ou constrangimento, sobre isso leciona o Supremo Tribunal de Justiça:

3. Portanto, dano moral é todo prejuízo que o sujeito de direito vem a sofrer por meio de violação a bem jurídico específico. É toda ofensa aos valores da pessoa humana, capaz de atingir os componentes da personalidade e do prestígio social. 4. O dano moral não se revela na dor, no padecimento, que são, na verdade, sua consequência, seu resultado. O dano é fato que antecede os sentimentos de aflição e angústia experimentados pela vítima, não estando necessariamente vinculado a alguma reação psíquica da vítima. (STJ, 4.ª T., REsp 1245550-MG, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 17.3.2015, DJUE 16.4.2015)

A aplicação mais comum da responsabilidade civil em relacionamentos amorosos, ocorre nos casos de quebra de confiança entre os parceiros, rompimento de noivado ou promessa de casamento, pois o relacionamento firmado entre os indivíduos é um acordo espontâneo entre as partes, sendo consolidado a partir de um compromisso moral e ético entre os envolvidos e para que seja saudável, é necessário, além do amor, o respeito e a consideração com o parceiro.

Dentro de um relacionamento afetivo amoroso supõe-se que deve haver amor e confiança entre os envolvidos, além dos deveres implícitos. O parceiro ao transmitir o HIV, podendo evitar o

contágio, trai a confiança, afeto e companheirismo existentes. Quando se constrói uma relação amorosa é como se firmasse um laço de confiança, respeito e fidelidade, e desatar esse laço caracteriza a traição.

A AIDS não é só uma doença, mas um fenômeno social de grandes proporções que tem relação com princípios morais, religiosos e éticos, procedimentos de saúde pública e de comportamento privado, nas questões relativas à sexualidade, ao uso de drogas e moralidade conjugal. (IBGE, 2016). A doença ainda hoje é muito estigmatizada e causa ao portador situações de rejeição social e preconceito, o que impossibilita a vivência do princípio da dignidade humana, e como consequência, aquele que exerce uma conduta que imponha sofrimento ao indivíduo, deve ser responsabilizado moralmente por seus atos, visto que, além da violação desse princípio, estão também presentes os pressupostos da responsabilidade civil, como a ação ou omissão e o nexo causal.

Para Carlos Gonçalves, indenizar significa reparar o dano causado à vítima, integralmente. Se possível, restaurando o *status quo ante*, isto é, devolvendo-a ao estado em que se encontrava antes da ocorrência do ato ilícito. Todavia, como na maioria dos casos se torna impossível tal desiderato, busca-se uma compensação em forma de pagamento de uma indenização monetária." (GONÇALVES, 2017, p. 422)

Há casos em que é imprescindível a aplicação da responsabilidade civil, visando a compensação dos danos causados. Vale ressaltar que a responsabilização é apenas uma forma de compensação, pois após a contaminação pelo vírus HIV não é possível retornar ao estado anterior, restando somente que o valor fixado referente ao dano moral, compense a lesão causada.

3.4 A Conduta Culposa e Dolosa na Transmissão do HIV e o Dano Moral

A transmissão do vírus HIV não pode ser tratada sob a ótica da responsabilidade objetiva. Logo, deve-se analisar quais situações dentre de um relacionamento afetivo amoroso podem disseminar na contaminação do parceiro, devendo ser definido quais casos geram o dever de reparação, a partir da responsabilidade subjetiva.

3.4.1 Da Transmissão Culposa

Em um relacionamento afetivo amoroso, a transmissão do vírus HIV somente ocorrerá de forma culposa quando o parceiro não tiver a ciência de que é soropositivo, caso contrário, se o indivíduo sabe da condição e não comunica a vítima, sua conduta será configurada como dolosa.

Como já mencionado, a culpa no sentido estrito é a violação de um dever de cuidado que ocorre pela conduta imprudente, negligente ou imperita do agente. Para objeto de pesquisa, encaixam como conduta culposa a negligência e a imprudência. A primeira é a falta de um cuidado decorrente de uma omissão e a segunda a falta de cuidado decorrente de uma ação.

Um exemplo de comportamento imprudente e negligente, seria o parceiro, não sabendo da sua condição de portador do vírus, tenha uma vida com comportamentos de risco, como manter

relações sexuais com vários(as) parceiros(as) sem proteção (uso de preservativo), ou, sendo usuário de drogas injetáveis.

Há casos em que mesmo o agente não tendo conhecimento da sua condição de portador do vírus HIV, ao manter relações sexuais com o seu parceiro, sem a devida proteção, agirá culposamente, visto por seu comportamento é negligente e imprudente, por ao desconsiderar o dever cuidado de cuidado com o outrem, acaba causando um dano de grandes proporções à vítima.

É evidente que nesse caso, o indivíduo que transmitiu o vírus poderá ser responsabilizado, material ou moralmente, mas por ter traído a confiança da vítima e desconsiderado o dever de cuidado, resultando no dano.

A obrigação de indenizar, nesse caso, tem como elemento primordial a culpa pela transmissão do vírus causador da AIDS, porém, por ser um relacionamento afetivo amoroso, onde têm-se os deveres de respeito e lealdade, a conduta torna-se mais condenável, visto que a AIDS além de uma obrigação moral, também é um ato cuidado a própria vida.

Sendo no mínimo esperado que o indivíduo, mesmo que não preserve a fidelidade de seu relacionamento, ao menos, respeite a vida do parceiro e tenha os devidos cuidados.

O STJ, no julgamento do REsp 1760943, reconheceu que a culpa na transmissão do vírus HIV é elemento ensejador de responsabilidade civil e conseqüentemente de indenização por danos materiais e morais. No caso, restou reconhecida a negligência e imprudência do companheiro que, ciente de possível contaminação por adotar comportamento temerário, não realizou os exames para diagnóstico de HIV, bem como não informou ao parceiro da sua possível contaminação nem fez uso de métodos preventivos. Ainda, considerou-se como inoficioso o comportamento do indivíduo que possui diversos parceiros sexuais, ou utiliza-se de drogas injetáveis. Na hipótese, restou reconhecida a responsabilidade civil do transmissor do vírus HIV, porquanto constatado o liame causal entre a sua conduta e o contágio da vítima, bem como ter se verificado que o requerido assumiu o risco de produção de resultado com o seu comportamento (JUSBRASIL, 2020):

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AIDS. RELAÇÃO DE FAMÍLIA. TRANSMISSÃO DO VÍRUS HIV. COMPANHEIRO QUE INFECTOU A PARCEIRA NA CONSTÂNCIA DA UNIÃO ESTÁVEL. CARACTERIZAÇÃO DA CULPA. OCORRÊNCIA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E DANOS MORAIS. CABIMENTO. [...] 5. Na hipótese dos autos, há responsabilidade civil do requerido, seja por ter ele confirmado ser o transmissor (já tinha ciência de sua condição), seja por ter assumido o risco com o seu comportamento, estando patente a violação a direito da personalidade da autora (lesão de sua honra, de sua intimidade e, sobretudo, de sua integridade moral e física), a ensejar reparação pelos danos morais sofridos. 6. Na espécie, ficou constatado o liame causal entre a conduta do réu e o contágio da autora, [...]. Não se verificou, por outro lado, culpa exclusiva ou, ao menos, concorrente da vítima, não tendo sido demonstrado que ela tivesse conhecimento da moléstia e ainda assim mantivesse relações

sexuais, nem que ela houvesse utilizado mal ou erroneamente o preservativo. Logo, não se apreciou a questão à luz da participação da vítima para o resultado no sentido de considerar eventual exclusão do nexo causal ou redução da indenização. Concluir de forma diversa do acórdão recorrido ensejaria o revolvimento fático-probatório dos autos, o que encontra óbice na Súmula n. 7 do STJ. 7. No que toca aos danos materiais [...] No caso, justamente com base na causa de pedir e do pedido, delimitantes da controvérsia, é que foi indeferido o pleito indenizatório quanto ao dano material, haja vista a ausência de provas de que a vítima estaria incapacitada para o trabalho. Decidir fora da pretensão autoral ensejaria julgamento extra petita. Por outro lado, chegar a conclusão diversa do acórdão recorrido em relação à capacidade para o exercício da atividade laboral demandaria o revolvimento fático-probatório dos autos, o que encontra óbice na súmula 7 do STJ. 8. Em relação aos danos morais, o acórdão recorrido utilizou do critério bifásico [...] Somente com a demonstração de que a quantia arbitrada se revelou ínfima [...] é que se poderia ensejar nova análise por essa Corte, o que não ocorreu na espécie. 9. Recursos especiais não providos. [...]

Outro caso seria o portador do vírus HIV, que não sabendo de sua condição e não praticando nenhum comportamento considerado de risco, sendo assim não há razões para configurar responsabilidade civil ou indenização por dano moral, pois o resultado não era previsível.

É o caso, por exemplo, no qual um cabo da polícia militar do Rio de Janeiro contaminou-se depois de lavar uma viatura em que havia sangue de um acidentado portador do vírus HIV, supondo que o policial tenha contaminado sua namorada ou esposa, nessa situação não visualiza culpa, pois sua própria contaminação deu-se por acidente, sem que ele tenha sido negligente ou imprudente e, portanto, não podia prever o resultado. (SOUSA, 2016, p. 123).

3.4.2 Da Transmissão Dolosa

Para avaliar a transmissão dolosa do vírus HIV, é importante saber se havia o conhecimento do agente e da vítima. Para que seja configurada como dolosa, é preciso que o agente saiba da sua condição e não comunique seu parceiro, fazendo com que o infectado tenha que conviver com as consequências de ser um soropositivo.

O jurista Stoco (2014, p. 149) defende que:

Quando o agente sabe de sua condição também sabe que ao manter relação sexual com seu parceiro, sem os devidos cuidados, estará transmitindo a ele e o condenando a suportar todas as circunstâncias de ser um soropositivo. É improvável que alguém desconhece que um dos meios mais prováveis de contaminação da AIDS é por meio de relações

sexuais. O dolo caracteriza-se pela consciência e vontade dirigidas a um fim ou resultado ilícito. É a ofensa de um dever preexistente de forma consciente e desejada. No dolo direto, o agente busca o resultado, ele quer que o dano aconteça e age ou omite para isso, já no dolo eventual o seu principal desejo não é o resultado, não anseia por provocar o dano, mas o prevê e não se importa nem faz nada para impedir que ele ocorra.

Desse modo, ao manter relações sexuais sem os cuidados necessários e sem comunicar o parceiro, o agente mesmo que não queira, transmitirá o vírus de forma dolosa, pois assumiu o risco de fazê-lo. Nesse caso, tem-se o dolo por omissão.

4 CONCLUSÃO

Para que seja configurado o dano moral pela transmissão do vírus HIV entre parceiros, é necessário, primeiro a existência dos elementos motivadores da responsabilidade civil, quais sejam, a ação ou omissão, o nexa causal e o dano. Presentes esses três elementos, é possível a partir do dano moral buscar a compensação da vítima.

Entretanto, não é qualquer ação ou omissão que ocasionará um prejuízo que configure o dano. O dano moral possui uma relação direta com a dignidade da pessoa humana prevista no ordenamento jurídico. Esta é um valor inerente a cada indivíduo, direito de todos e princípio constitucional, tendo sua efetivação a partir dos direitos de personalidade, como a integridade física. A violação deste princípio, ao causar dor, sofrimento e angústia à vítima, caracteriza o dano moral.

A partir do momento que se configura o dano moral, não há possibilidade de retorno ao estado anterior, mesmo ressarcindo à vítima, diferente de quando ocorre o dano moral exclusivamente patrimonial, pois entende-se que o bem violado não pode ser quantificado em dinheiro da mesma forma, uma vez que consiste em uma qualidade intrínseca do ser humano, logo não pode ser ressarcido, mas sim compensado, dado que tal valor jamais restituirá a dignidade da vítima, mas terá como objetivo amenizar o sofrimento.

A AIDS é uma doença, ainda hoje, temida por conta das complicações que a acompanham, tanto no corpo humano, como o enfraquecimento do sistema imunológico do portador do vírus HIV, quanto na vida pessoal e social do indivíduo, pois o preconceito dos demais impossibilita de certa forma que o infectado possa viver uma vida comum.

A configuração do dano pela transmissão do vírus HIV em um relacionamento amoroso é mais severa, pois o parceiro envolvido emocionalmente quando infectado, sofre as consequências da conduta negligente ou imprudente do agente, uma vez que houve além da violação da honra, privacidade, intimidade, também foi afetada a confiança. Contudo, para que seja possível compensar o dano causado, deve-se considerar presentes os elementos da responsabilidade civil, visto que a compensação é apenas uma forma de reestabelecer o equilíbrio jurídico ao atribuir ao agente a responsabilidade do dano, bem como a obrigação de compensar.

O parceiro que tem comportamentos de risco, como manter relações sexuais com vários(as) parceiros(as), fora do relacionamento, sem o uso de preservativos, ou usuários de drogas injetáveis compartilhando seringas, tem a condição de prever que é um portador do vírus, e ao manter relações sexuais, sem a devida proteção, com o seu parceiro, age de maneira negligente e imprudente, pois sabe que vai transmitir o vírus. Nesses casos, é possível a aplicação do dano moral, bem como atribuir ao agente o dever de compensação.

Dessa forma, a configuração de dano moral somente ocorre nos casos em que o agente age com culpa, onde apesar de não ter conhecimento de sua condição de soropositivo, teria a possibilidade de prevê-lo, ou quando age com dolo, tendo como objetivo o fim danoso, nesse caso contaminar seu parceiro.

Outra situação ocorre quando o agente sabe da sua situação de soropositividade, não comunica o parceiro e mantém relações sexuais sem a devida proteção, desse modo, é evidente que a conduta se caracteriza como dolosa, pois o agente sabia que transmitiria o vírus, e queria o resultado danoso, não se importando com as consequências.

Insta ressaltar que apenas configura dano moral se o agente não comunicou o parceiro da sua condição de soropositivo, ou prática ou praticava comportamentos de risco, do contrário não se há por que falar em responsabilização.

Desta forma, conclui-se a AIDS não deve ser definida como uma sentença de morte, mas sim apenas como agravo que pode ser tratado e controlado por meio de medicamentos. Quanto ao transmissor, a partir do momento que a conduta, independente de culpa ou dolo, preenche os elementos da responsabilidade civil, o agente passa a ter o dever de compensar a dignidade da vítima.

4 REFERÊNCIAS

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 6. Ed. São Paulo: Malheiros, 2005. P. 59

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro – Teoria Geral das Obrigações, 16. Ed., São Paulo: Saraiva, 2002, v. 2, p. 346 e 347.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, volume: 7, ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil, São Paulo: Saraiva, 12. ed., 2017, v.4.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: Direito de Família, São Paulo: Saraiva, 14. ed., 2017, v.6.

IBGE, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas. Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/home/>>. Acesso em 15/11/2022.

BRASIL, Jus. <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/707168692/relatorio-e-voto-707168701>>. Acesso em: 20/11/2022.

MENDONÇA, Cláudia Gil; AYLON, Lislene Ladier. **Consequências da Quebra da Confiança nas Relações Amorosas com Contágio do Vírus HIV: dos Danos Moral e Material**. Revista de Iniciação Científica e Extensão da Faculdade de Direito de Franca, Franca, SP, pp. 205-2018, v.4, n. 1, jun. 2019. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/341229019-_CONSEQUENCIAS_DA_QUEBRA_DA_CONFICANCA_NAS_RELACOES_AMOROSAS_COM_CONTAGI_O_DE_VIRUS_HIV_DOS_DANOS-MORAL_E_MATERIAL>. Acesso em 15/05/2022.

MELO, Nehemias Domingos de. Da culpa e do risco como fundamentos da responsabilidade civil. 1 ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

NUNES, Karin Duarte. Transmissão Dolosa do Vírus da Aids. Erechim – RS, 2018. Disponível em: <https://www.uricer.edu.br/cursos/arq_trabalhos_usuario/4473.pdf>. Acesso em 16/05/2022.

PERLONGHER, Néstor. O que é AIDS. São Paulo: Brasiliense, 1987. Disponível em: <<https://www.sociologiadigital.org/livro/o-que-e-aids-nessor-perlongher/>>.

SARLET. Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais da constituição federal de 1988. 9 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

STOCO, Rui, Tratado de Responsabilidade Civil: Doutrina e Jurisprudência. 10o edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SOUSA, Maria Laura de Melo. A Responsabilidade Civil na Transmissão do Vírus HIV entre Parceiros Sexuais. Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento. Ano 1. Vol. 12. PP 112-136 dezembro de 2016. ISSN: 2448-0959. Disponível em: <<https://www.nucleodoconhecimento.com.br/lei/responsabilidade-civil>>. Acesso em: 15/05/2022.

STJ – REsp: 1760943 MG 2018/0118890, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 19/03/2019, T4 – QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 06/05/2019. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/707168692/recurso-especial-resp-1760943-mg-2018-0118890-8/relatorio-e-voto-707168701>>. Acesso em: 30/05/2022.

A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O DISCURSO DO ÓDIO (HATE SPEECH) SOB UMA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL

CARLOS AUGUSTO JUNIOR CAETANO NUNES:

Graduando do curso de Direito pelo Centro Universitário Fametro (2022).

RESUMO: Este trabalho busca alcançar uma definição mais clara sobre o discurso de ódio e eleva os limites da liberdade de expressão em face do discurso intolerante. Da mesma forma, estuda as diferentes respostas oferecidas pelo ordenamento jurídico para o impacto das redes sociais e da Internet. O objetivo deste trabalho é analisar a doutrina e a jurisprudência sobre discurso de ódio como limite à liberdade de expressão, tentando encontrar algumas diretrizes que permitem traçar uma resposta a este paradoxo. A metodologia da pesquisa foi da revisão da literatura em livros e artigos que tratam do tema. Os resultados apontam para uma análise dos fundamentos da liberdade de expressão, destacando as jurisprudências e a doutrina mais relevantes que servem de ponto de partida para a análise. Por fim, será analisado como esse tipo de discurso se configura no Brasil para ver como o Tribunal Constitucional, em certos casos, permitiu discursos que aos olhos das instituições de Direitos Humanos possivelmente violavam a dignidade humana.

Palavras-chave: Liberdade de expressão. Discurso do ódio. Estado Democrático de Direito.

ABSTRACT: This work seeks to achieve a clearer definition of hate speech and raises the limits of freedom of expression in the face of intolerant speech. Likewise, it studies the different responses offered by the legal system to the impact of social networks and the Internet. The objective of this work is to analyze the doctrine and jurisprudence on hate speech as a limit to freedom of expression, trying to find some guidelines that allow us to trace a response to this paradox. The research methodology was a literature review in books and articles that deal with the topic. The results point to an analysis of the foundations of freedom of expression, highlighting the most relevant jurisprudence and doctrine that serve as a starting point for the analysis. Finally, it will be analyzed how this type of discourse is configured in Brazil to see how the Constitutional Court, in certain cases, allowed discourses that in the eyes of Human Rights institutions possibly violated human dignity.

KEYWORDS: Freedom of expression. Hate speech. Democratic state.

1 INTRODUÇÃO

Atualmente o discurso de ódio tem se mostrado um conceito (ou expressão) tão complexo, sendo muitas vezes defendido de forma intensa e pouco elaborado, transformando-se em objetivo simplório, sem perceber que está em tensão com nada menos que o princípio da liberdade de expressão.

De tais expressões nascem, inicialmente, diversos problemas por relacionarem-se a outros termos utilizados historicamente para atacar membros ou grupos de pessoas identificados com determinadas características, por exemplo: o ódio racial, a difamação de grupo, a propaganda de ódio ou violência, etc.

As confusões iniciais são inevitáveis, pois o que se buscava nada mais era do que silenciar opiniões consideradas perigosas ou simplesmente incômodas ou geravam medos não devidamente fundamentados, como aqueles que defendem mudanças sociais ou econômicas muito radicais; ou ainda silenciar as críticas e punir os dissidentes, como ocorreu na Constituição Soviética de 1936, a qual procurou combater todas as formas de questionamento sancionando esse tipo de discurso.

Da mesma forma, a expressão mais difundida de discurso de ódio pode ser usada em pelo menos três sentidos: como simples referência a um discurso; como necessidade de combatê-lo e evitá-lo por meio da educação, sanção ética e social; como algo que deve ser punido criminalmente, ou seja, a criminalização do discurso de ódio. Muitas vezes não se identifica o sentido atribuído à expressão.

Pode-se encontrar um significado legal ao “discurso de ódio”, todavia seu uso atécnico carregado de conteúdo jornalístico ou político acaba sendo consumido, sem a apresentação de grau algum de precisão, apontando para algo amplo ou especialmente vago.

A questão, por sua vez, politizou-se a ponto de ideias favoráveis à criminalização do discurso de ódio serem comuns em certas posições, mais alinhadas à ideais centro-esquerda, diferentemente das visões de centro-direita que voltam suas preocupações à liberdade de expressão. Em todo caso, a questão não deve ser vista como visões opostas, já que nem sempre correspondem à posição política ou ideológica do sujeito. Às vezes, no imaginário popular, essas tendências políticas são apontadas, embora não sejam tão claras ou demonstráveis na realidade.

O discurso de ódio é percebido numa visão popular atual como aquele associado ao sujeito racista, homofóbico, islamofóbico, misógino, xenófobo, etc. Os valores invocados para questionar esse discurso são claros: são os ideais de tolerância, respeito e solidariedade, que dão a essa posição um fundamento ético rígido. Estes estão em aparente tensão com a liberdade de expressão.

Em alguns casos, aprecia-se uma forte imprecisão e até mesmo o esvaziamento do conteúdo da noção. Tal como acontece com a expressão fascista que, de um conteúdo preciso na primeira metade do século XX, tornou-se uma expressão muito vaga que, para alguns, hoje não passa de um insulto quase vazio. No mesmo sentido, em muitas ocasiões, o “discurso de ódio” é usado apenas como forma de estigmatizar aqueles que supostamente se envolveram nessa prática ou como justificativa ou pretexto para limitar o exercício da liberdade de expressão.

Essas concepções, que surgem como reação a uma realidade que desejam modificar, principalmente quando dotadas de fortes fundamentos morais, éticos e políticos, muitas vezes levam a excessos inaceitáveis. Os defensores da criminalização do discurso de ódio tendem a minimizar o peso desses exageros, apresentando-os como desenvolvimentos ruins que não invalidam o instrumento em geral. Alguns invocam os danos que o discurso de ódio causa em determinados grupos e seus membros e outros apontam para excessos inaceitáveis como os que serão vistos mais adiante.

Nota-se a ampla discussão do tema por juristas a nível mundial, pois ao passo que existem jurisprudências e leis que defendem a ampla proteção à liberdade de expressão, mesmo àquelas com ideias discriminatórias e detestáveis, como o racismo, xenofobia, LGBTfobia ou intolerância, há aquelas que acreditam não serem admitidas as manifestações envolvendo intolerância por violarem princípios fundamentais da convivência social, como a igualdade e a dignidade da pessoa humana (SARMENTO, 2006, p. 05-06)

Desta forma, este artigo teve como objetivo geral analisar a doutrina e a jurisprudência sobre discurso de ódio como limite à liberdade de expressão, tentando encontrar algumas diretrizes que permitam traçar uma resposta a este paradoxo. Como objetivos específicos, descrever os ditames da liberdade de expressão; identificar a natureza do discurso do ódio; descrever analiticamente os conflitos doutrinários e jurisprudenciais sobre o tema.

A metodologia foi da revisão bibliográfica em livros e artigos que tratam do tema. O método de abordagem foi o dedutivo, que tem como definição clássica ser aquele que parte do geral para alcançar o particular, ou seja, extrai o conhecimento a partir de premissas gerais aplicáveis a “hipóteses concretas”.

Em um cenário tão complexo, partiu da questão de qual é a regulação nacional que se aplica e deve ser considerada no estudo deste tema e quais as diferentes perspectivas para a análise desta questão, buscando seus principais fundamentos e consequências. Em seguida, foram analisadas as justificativas usuais para a criminalização do discurso de ódio e os riscos envolvidos.

Por fim, e assumindo que é necessária uma regulamentação mínima do discurso de ódio, procurar-se-á apontar as linhas de orientação e os critérios desta regulamentação que decorrem do Direito Internacional e do Direito Constitucional.

2 DO CONCEITO DE LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Após um longo período ditatorial do regime militar, no qual empregou-se a censura de modo a banalizar por mais de duas décadas a liberdade de expressão e a livre manifestação de pensamento, o Constituinte de 1988 acordou para a importância e a necessidade de se preservar a livre circulação de ideias (CARDIN, SEGATTO e CAZELATTO, 2017, p. 17).

Tipicamente a queridinha nos países democráticos, a liberdade de expressão consagra-se, a partir de ideais liberais, no art. 4º, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, como uma liberdade pessoal, na qual o indivíduo desenvolve, livre de qualquer interferência externa, suas faculdades e vontades naturais, não podendo ser violada, salvo raras exceções, (SARLET; MARINONI; MITIDIERO; 2013).

A liberdade de expressão é uma das dimensões do direito geral à liberdade (NOBRE, 1988, P. 30), podendo ser conceituada como o poder conferido aos cidadãos para externar opiniões, ideias, convicções, juízos de valor, bem como sensações e sentimentos, garantindo-se, também, os suportes por meio dos quais a expressão é manifestada, tais como a atividade intelectual, artística, científica e de comunicação (MEYER-PFLUG, 2009, p. 34-35).

Descreve Burdeau (1972, p. 10 *apud* FREITAS; CASTRO, 2013) que a liberdade como sendo “a ausência de todo e qualquer constrangimento”. Quer seja espiritual ou física, a liberdade deve ser um sentimento de independência. Dessa premissa entende-se que o homem deve possuir o direito de livre escolha para participar ativamente da manutenção da ordem social, desde que não haja a imposição quanto a este consentimento.

O homem traz consigo um comportamento característico da espécie humana, qual seja, o sentimento de transmitir seu pensamento através da comunicação para o meio ao qual está inserido, que se dispersa do conceito de Liberdade de Pensamento quando repassado por meios públicos e livres, dando-se nova nomenclatura conhecida como Liberdade de Imprensa ou capacidade do Direito de Informar, que permite a ele publicar pensamentos e opiniões à vontade, sem se preocupar com a censura (FREITAS; CASTRO, 2013).

Explana Stroppa e Rothenburg (2015, p.3) que “a liberdade de expressão é assegurada em inúmeros tratados internacionais, entre eles, por exemplo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU, 1948 – art. 19), a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (OEA, 1969 – art. 13) e o Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos (ONU, 1966 – art. 19), dos quais o Brasil é signatário”.

Segundo Prado Junior (1980, p. 12), exercendo essa liberdade, cada pessoa poderá livremente celebrar e aceitar acordos com outras pessoas.

Jose Afonso da Silva (2000, p. 247) acrescenta sobre o assunto:

A liberdade de comunicação consiste em uma série de direitos, formas, processos e meios, que podem facilmente coordenar a criação, expressão e disseminação de ideias e informações. É o que se extrai dos incisos IV, V, IX, XII, e XIV do art. 5º combinados com os arts. 220 a 224 da Constituição. Inclui a criação, expressão e expressão de ideias e informações, e a organização da mídia está sujeita a sistemas jurídicos especiais.

Ou seja, extrai-se o entendimento de ser garantido ao indivíduo buscar, receber e transmitir informações e/ou ideias de quaisquer tipos.

Desse modo, o reconhecimento da liberdade confere proteção para o indivíduo a expressar suas crenças, ideias, convicções, ideologias, sentimentos e opiniões pelas diversas plataformas existentes, proteção essa que vai além da condição de pensar, alcançando a possibilidade de divulgação do que este pensa, não podendo ser restringida por motivações filosóficas, políticas ou econômicas a elas contrárias.

A garantia da liberdade de expressão não está condicionada à prova da veracidade da opinião veiculada, exigência feita apenas para a liberdade de informação. Como essa última se refere a fatos, a divulgação destes deve vir precedida de um trabalho de apuração sobre sua veracidade (CHEQUER, 1880, p. 42).

Zisman (2003, n.p. *apud* SILVEIRA, 2007, p. 58) vai além das formas de liberdade de expressão mencionadas até o momento, catalogando claramente uma vasta diversidade nas quais podem ser encontradas:

[...] através da palavra oral ou escrita - que abrange jornal, circular, brochura, panfleto, cartaz, gravura, revista, livro, entre outros -, seja pela mímica, ou ainda pelos símbolos (sinais convencionais ou qualquer outro representativo de ideias, bandeiras, semáforos, distintivos, desenhos, imagens, composições, sem prejuízo de qualquer outro meio). Não importa também a substância empregada: papel, pergaminho, tela, cartão, madeira, papelão, plástico, tinta etc. (SILVEIRA, 2007, p.58).

Como a internet tem por princípio a acessibilidade, buscando evoluir sua capacidade de armazenar e de comunicar inúmeras quantidades de informações, ela acaba desempenhando um papel importante na melhoria de acesso ao público às notícias, facilitando a divulgação de informações em geral.

Dessa forma, sem a proteção a liberdade todos os demais direitos perdem muito de sua razão de ser. Está relacionada ao desenvolvimento das potencialidades e dos aspectos fundamentais da personalidade dos homens (MEYER-PFLUG, 2009, p. 27-28).

2.1 Da liberdade de expressão sob a ótica da dignidade humana

Tôrres (2013, p. 61) afirma que, no âmbito da dignidade humana, é fácil garantir a necessidade de liberdade de expressão, pois não existe vida onde o sujeito não possa expressar seus desejos e crenças. Assim, viver dignamente pressupõe a liberdade de suas próprias escolhas

e de expressar as próprias opções de sobrevivência, ou seja, viver conforme certos valores e crenças significa expressá-los implícita e explicitamente.

Destaca Amaral (2020, n.p. *apud* TÔRRES, 2013) que, sendo um direito básico intrínseco à democracia, a liberdade de expressão garante voz ao cidadão, todavia, proteger esse direito não é suficiente para garantir que as pessoas participem do debate político, porque os direitos fundamentais são interdependentes: a eficácia dos direitos fundamentais depende da eficácia dos outros. No entanto, não há dúvida de que essa liberdade é imprescindível para quem deseja se expressar na esfera pública sem ser reprimido.

Segundo Costa (2002, n.p. *apud* FREITAS e CASTRO, 2013, p. 3) observa-se ao longo da história conteúdos distintos para dignidade humana, estabelecidos com base nas variáveis políticas e sociais, havendo, então, constante revisão para tal, de modo a corresponder aos novos valores sociais.

Seja fixado na Constituição Federal ou em entendimentos jurisprudenciais pacificados, a liberdade de expressão se revela de suma importância quando se discute a proteção das classes sociais minoritárias.

Ainda que grande parte das pessoas utilizem comportamentos opressivos para abafar diferentes vozes para que não espalhem preconceitos contrários aos costumes, tradições, instituições ou convenções atuais, descobrimos estarmos afirmando a hegemonia do direito à liberdade de expressão (AMARAL, 2020, n.p).

Assevera Martins Neto (2008, p. 67) que “o direito de expressão das minorias e dissidentes é garantido, a mensagem é que o respeito pela diversidade de ideias é uma virtude que as pessoas devem praticar”.

Percebemos que a liberdade não se refere a um simples poder de manifestação, pelo contrário, permite-se a prática da livre interação sociocultural, econômica, religiosa, educacional, etc.

Quanto à ótica da dignidade humana nos moldes liberais, a liberdade irrestrita de expressão possibilita o discurso do ódio como manifestação efetiva, mesmo que isso signifique prejuízo diante das consequências, seja o discurso oral ou publicado, para os ofendidos.

Assim, embora a liberdade de expressão se mostre essencial para a prática dos direitos civis e o exercício da democracia, quando mal exercida se faz necessária a imposição de um limite, restringindo a abrangência desse princípio.

3 DA DEFINIÇÃO DE DISCURSO DO ÓDIO (HATE SPEECH)

Segundo Rosane Leal da Silva *et al* (2011, n.p), o “discurso de ódio” possui um viés segregacionista, baseado na dicotomia superior do emissor e inferioridade do atingido (a discriminação), e pela externalidade, ou seja, existirá apenas quando for dado a conhecer a outrem que não o próprio emissor.

Moura (2016, n.p) ressalta que o discurso de ódio é composto por dois fatores, quais sejam: a discriminação e a externalidade; onde a discriminação pauta-se no segregacionismo e na crença de superioridade do autor em relação à sua vítima; e a externalidade passa a existir quando se torna de conhecimento de terceiros, não apenas o próprio autor, posto que o termo “discurso” pressupõe direcionamento a um público, seja de forma verbal ou escrita.

Destacando o preconceito discriminatório, ensina Brugger (2007, p. 118) que o discurso do ódio se refere a palavras que tendem a insultar, intimidar ou assediar pessoas em virtude de sua raça, cor, etnicidade, nacionalidade, sexo ou religião, ou que têm a capacidade de instigar violência, ódio ou discriminação contra tais pessoas.

Entende-se então, que o discurso do ódio é qualquer divulgação de mensagens que estimulam preconceitos de cunho homofóbico, racial, xenofóbico, de gênero, dentro outras muitos outros alicerçados na intolerância e que confrontam os limites éticos de convivência, cerceamento de direitos, exclusão social e até eliminação física daqueles que são discriminados (STROPPIA; ROTHENBURG, 2015, p. 07).

Salientam com maestria Sarlet (2011, *apud* Cabral; Assunção, 2013), que o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana é lesado não apenas de maneira individual, mas também coletiva, atingindo as demais pessoas que partilhem da característica que foi alvo do discurso, e quando se busca uma explicação dos disseminadores, estes alegam estarem meramente exercendo o direito fundamental à liberdade de expressão, todavia mostram um discurso articulado na tentativa de atentar contra os direitos fundamentais de outrem.

Cumpram ressaltar que essa prática sempre esteve presente em nossa sociedade, porém, de forma mais velada, sob formato escrito ou verbal, contudo, com o advento da era tecnológica, a propagação desses discursos está ocorrendo de forma muito mais veloz, ganhando combustível nos meios virtuais, atingindo um número enorme de pessoas, não se restringindo a mensagens apenas, mas também com emprego de recursos audiovisuais.

Com todo o avanço tecnológico e a internet ocupando lugar crucial no dia-a-dia das pessoas, surge uma nova realidade social na vida destes. É possível que o discurso de ódio seja considerado uma nova forma prejudicial na internet, principalmente nas redes sociais, onde há aqueles que, cobertos pelo “anonimato”, destilam expressões radicais, incitando o ódio

generalizado contra parcela da população, praticando racismo, preconceito e intolerância sob o manto da liberdade de expressão.

Se por um lado, os tribunais devem considerar que a internet passou a ser um dos principais meios pelos quais os indivíduos exercem o seu direito à liberdade de expressão e informação, por outro lado não se pode ignorar que através dela aumenta-se frequentemente o risco de danos maior do que os meios de comunicação tradicionais, visto que a informação pode ser divulgada a baixo custo para um grande público e é difícil de remover, de acordo com o ditado “a internet nunca esquece”, afirma Barroso (2004, n.p).

Nesse prisma, recentes dados levantados pela Central Nacional de Denúncias da Safernet Brasil, ONG que atua na defesa dos direitos humanos, revela que no primeiro semestre de 2022 (janeiro a junho) foram registradas 23.947 denúncias relacionadas a crimes que envolvem discurso de ódio, revelando um aumento de 67% quando comparado ao mesmo período de 2021, com picos de denúncias crescentes em anos eleitorais, uma vez que muitos políticos se valem de tal baixa para atrair atenção, visibilidade e notoriedade à sua campanha. Ainda conforme dados da ONG, até 30 de junho deste ano registrou-se 2.813 denúncias de intolerância religiosa e 2.222 de xenofobia e 1.273 de cunho neonazista.

Se esse cenário continuar, estaremos diante do terceiro ano eleitoral consecutivo de aumento de denúncias relacionadas à ódio na internet, pois este tipo de discurso preconceituoso desvaloriza, exclui e pode produzir violência contra certos grupos: fatos já comprovados, onde muitas pessoas usam o argumento de proteger o direito fundamental à liberdade de expressão, pilar da democracia, para legitimar e divulgar esses discursos, portanto isso deve ser contido.

4 DA LIMITAÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO COMO COMBATE AO DISCURSO DO ÓDIO

Segundo Carcará (2013, p. 50 *apud* Andrade 2017, p. 22) o discurso de ódio possui duas vertentes: a principal é incitar a violência, já a secundária é estabelecer diálogo e buscar conhecimento.

O discurso do ódio, carregado de ideias e de reflexões, teria então duas vertentes perante o livre desenvolvimento da personalidade: não evidenciaria qualquer contribuição para o livre desenvolvimento da personalidade, posto que seu principal objetivo é incitar a violência, provocar máculas, não tendo base para efetivar-se como pensamento necessário e indispensável à formação do indivíduo; a outra vertente é que as ideias exteriorizadas no discurso do ódio, devem ser protegidas pela liberdade de expressão quando exteriorizadas com o fito de estabelecer um diálogo e de buscar o conhecimento, não existindo incitação à violência, não retratando, portanto, o discurso do ódio, mas sim manifestação do pensamento (CARCARÁ, 2013, p.50).

Afirma Pauly (2015, p.64) que a liberdade de expressão é um dos pilares da democracia, logo, violá-la por meio do abuso desse direito seria incoerência.

Contudo, a própria Constituição dispõe expressamente que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” (art. 5º, XLI) e, logo em seguida, que “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei” (art. 5º, XLII). Já, o artigo 13, § 7º, da Convenção Americana de Direitos Humanos, da qual o Brasil é signatário, determina que “a lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência”.

Não para por aí, na legislação brasileira há o art. 26 da Lei de Igualdade Racial a qual estabelece que “o poder público adotará as medidas necessárias para o combate à intolerância com as religiões de matrizes africanas e à discriminação de seus seguidores, especialmente com o objetivo de: I - coibir a utilização dos meios de comunicação social para a difusão de proposições, imagens ou abordagens que exponham pessoa ou grupo ao ódio ou ao desprezo por motivos fundados na religiosidade de matrizes africanas”.

Nessa linha, a Convenção Internacional pela Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial (2001, n.p) propõe que os Estados incentivem os meios de comunicação a evitem os estereótipos baseados em racismo, discriminação racial, xenofobia e a intolerância correlata. Do mesmo modo, a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher (1994) afirma que os Estados-partes concordam em “estimular os meios de comunicação a elaborar diretrizes adequadas de difusão que contribuam para a erradicação da violência contra a mulher em todas as suas formas e a realçar o respeito à dignidade da mulher”.

A Organização das Nações Unidas – ONU, com a participação de outras organizações, elaboraram os denominados Princípios de Camden sobre a Liberdade de Expressão e Igualdade, os quais propõe, no item 12:

Princípio 12: Incitação ao ódio.

12.1. Todos os Estados devem adotar legislação que proíba qualquer promoção de ódio religioso, racial ou nacional que constitua uma incitação à discriminação, hostilidade ou violência (discurso do ódio). Sistemas jurídicos nacionais devem deixar claro, seja de forma explícita ou por meio de interpretação impositiva, que: i. Os termos ‘ódio’ e ‘hostilidade’ se referem a emoções intensas e irracionais de opróbrio, animosidade e aversão ao grupo visado. ii. O termo ‘promoção’ deve ser entendido como a existência de intenção de promover publicamente o ódio ao grupo visado. iii. O termo ‘incitação’ se refere a declarações sobre grupos religiosos,

raciais ou nacionais que criam risco iminente de discriminação, hostilidade ou violência a pessoas pertencentes a esses grupos. iv. A promoção, por parte de comunidades diferentes, de um sentido positivo de identidade de grupo não constitui discurso do ódio.

Na seara criminal, encontra-se limitação à liberdade de expressão quando carregada de ódio, é o que preconizam os artigos 286 e 287 do Código Penal Brasileiro:

Art. 286 do Código Penal - Incitar, publicamente, a prática de crime: Pena - detenção, de três a seis meses, ou multa.

Art. 287 do Código Penal - Fazer, publicamente, apologia de fato criminoso ou de autor de crime: Pena - detenção, de três a seis meses, ou multa. (BRASIL, 1940).

Os dispositivos supra exemplificados podem ser considerados como limitadores à liberdade de expressão enquanto maculada com discurso de ódio.

Importante esclarecer que, enquanto direito fundamental, a liberdade de expressão deve ser praticada em todos os espaços, inclusive os ambientes virtuais propiciados pela internet. Todavia, deve-se respeitar os limites subjetivos interpostos pelo ordenamento jurídico brasileiro, visto que a Constituição Federal protege muito além da liberdade de expressão, como exemplo, a igualdade entre todos os indivíduos, ao passo que os direitos individuais de uma pessoa não firam doutra (SILVA *et al.*, 2019, n.p).

Assim, como a maioria dos direitos fundamentais, a liberdade de expressão não é absoluta. Seu exercício pode ser limitado para proteger interesses públicos conflitantes e os direitos dos outros.

Nesse solo, onde deve-se caminhar com cuidado, surge alguns questionamentos importantes, quais sejam, como equilibrar a liberdade de expressão com os limites que ela atinge? Poderia a dignidade humana opor limites à Liberdade de Expressão? (LEAL DA SILVA *et al.*, 2011, n.p)

Aponta Pozzebon (2011, n.p), de modo simplório, que devido a proliferação de contas em redes sociais e microblogs, seja por meio de fotos ou comentários, quem se sentir ofendido poderá processar o autor do comportamento, nada diferente do que se observa atualmente.

Contudo, repisa-se na ideia de que a liberdade de expressão não sustenta manifestações tendentes a atacar a dignidade humana nem a construção de tolerância contrárias ao definido no art. 3º da CF/88.

5 CONCLUSÃO

A proteção da liberdade de expressão de forma alguma defende o denominado discurso do ódio, que consiste em divulgações de mensagens que estimulam e difundem a xenofobia, a homofobia, o ódio racial e outras formas de ataques sustentadas na intolerância e que confrontam os limites éticos de convivência.

A regulamentação do ódio tem problemas iniciais significativos. Por um lado, implica limitações à liberdade de expressão do pensamento, que é sempre arriscada e deve ser evitada. Por outro lado, a proteção de determinados grupos minoritários sujeitos a agressão, discriminação, hostilidade ou violência, com graves consequências, é necessária e deve ser efetiva.

Não há dúvida de que o discurso de ódio deve ser combatido com educação, com sanções éticas, políticas, sociais etc. Além disso, certamente essas são as alternativas mais eficazes em longo prazo. Mas no imediato, enquanto as outras alternativas ainda não derem frutos, é preciso recorrer a sanções penais e, como responsabilidades posteriores ao discurso, condenar os responsáveis.

Neste ponto, não parece que possa haver uma oposição absoluta à criminalização do discurso de ódio, mas é muito claro que a definição legal deve ser extremamente clara, precisa e limitada.

Todas as garantias de limitação de um direito humano e as especiais de liberdade de expressão são válidas e devem ser levadas em consideração. A saber: as restrições exigem uma lei clara, precisa e de fácil compreensão para quem vai opinar, que deve conhecer quais serão as consequências de seu discurso. As responsabilidades subsequentes só podem perseguir os objetivos do artigo 13 da Convenção Americana, que aparecem como propósitos exaustivos, de exceção e de interpretação estrita. As limitações também devem ser compatíveis com as necessidades imperativas de uma sociedade democrática e devem ser capazes de contornar um julgamento de proporcionalidade: adequação, necessidade e ponderação em sentido estrito.

No que se refere especificamente ao discurso de ódio, deve-se levar em consideração o já mencionado triângulo do ódio: a) o emissor que deve, intencionalmente, tentar causar ou causar dano grave a determinados indivíduos ou grupos, visando incitar violência, discriminação ou hostilidade contra um determinado grupo; b) as vítimas devem pertencer a grupos raciais, religiosos ou nacionais (sem prejuízo de se lembrar da perigosa tendência de ampliação desses grupos) e devem sofrer ou ter risco comprovado de sofrer um dano claro e de alta intensidade (o transtorno ou a ofensa contra o uso de uma expressão); c) o terceiro vértice do triângulo, grupo incitado, é básico e deve ser definido com alguma precisão e localizado temporal e espacialmente para analisar se o risco de incitação à violência, discriminação e hostilidade realmente existiam (a incitação deve ser efetiva, ou seja, para gerar os efeitos pretendidos, ou deve haver uma certa e séria possibilidade de risco, que vai além da mera conjectura).

E o contexto não deve ser esquecido, pois não é o mesmo que pintar uma suástica na frente de uma sinagoga ou em frente a uma escola para crianças judias do que em outro lugar que geralmente não é visível ao público.

A elaboração de normas criminais que atendam às bases acima não é tarefa fácil, mas isso já faz parte das políticas e técnicas legislativas e da assessoria de especialistas em Direito Penal. E deve-se sempre ter em mente que, quando a liberdade de expressão é limitada, algo incomumente grave está sendo feito e, em caso de dúvida, a liberdade deve ser preferida à limitação.

6 REFERÊNCIAS

ANDRADE, Carlos Roberto Mendes de. Liberdade de expressão e o discurso do ódio: um estudo do Habeas Corpus nº 82.424/RS. 2018.

BARROSO, L. R. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. In: Revista de Direito Privado, volume 18. Revista dos Tribunais, 2004.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Dispõe sobre Código Penal..Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del2848compilado.htm

BRUGGER, Winfried. Proibição ou proteção do discurso do ódio? Algumas observações sobre o direito alemão e o americano. Revista de Direito Público, Brasília, v. 15, n. 117, jan.-mar. 2007.

BURDEAU, G. Les libertés publiques. 4. ed. Paris: Press Universitaires de France, 1972.

CABRAL, H. L. T.; ASSUNÇÃO, C. O. Hate Speech: o direito fundamental à liberdade de expressão e seus limites. Mgister, 2013. Disponível em: [http://www.editoramagister.com/dotrina_24273022_HATE_SPECH_O_DIREITO_FUNDAMENTAL_A_LIBERDADE_DE_EXPRESSAO_E_SEUS_LIMITES.aspx#:~:text=208\)%20esclarece%20que%20ou%20hate,sexual%2C%20entre%20outros%20fatores%22](http://www.editoramagister.com/dotrina_24273022_HATE_SPECH_O_DIREITO_FUNDAMENTAL_A_LIBERDADE_DE_EXPRESSAO_E_SEUS_LIMITES.aspx#:~:text=208)%20esclarece%20que%20ou%20hate,sexual%2C%20entre%20outros%20fatores%22). Acesso em: 14 de out. 2022.

CARCARÁ, Thiago Anastácio. Discurso do ódio no Brasil: leitura histórica e compreensão jurídica sob a vigência da constituição de 1988. 2013.

CARDIN, Valéria Silva Galdino; SEGATTO, Antonio Carlos; CAZELATTO, Caio Eduardo Costa. O exercício ilegítimo do discurso de ódio homofóbico sob a ótica da sexualidade e da dignidade humana. Revista Jurídica, v. 1, n. 46, p. 90-118, 2017.

CAVALCANTE, Talita. Fake news e controle na internet são desafios para as eleições de 2018. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2017-12/fake-news-censura-e-controle-na-internet-desafios-para-eleicoes-de-2018>. Acessado em: 13/10/2022.

CHEQUER, Cláudio. A liberdade de expressão como direito fundamental preferencial *prima facie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 12. Vale lembrar a máxima de Francis Lieber, marcada em seu lar com as seguintes palavras: “Patria Cara - Carior Libertas - Veritas Carissima” (vide THAYER, Russell. *Biographical discourse*. In: LIEBER, Francis. *The miscellaneous writings – reminiscences, addresses, and essays*. v. I. Philadelphia: J. B. Lippincott Company, 1880, p. 42).

FARIAS, Bruno de Lima. O discurso de ódio na contemporaneidade das redes sociais de internet em Black Mirror. *Acervo da Universidade Federal da Paraíba, Paraíba*, 2020..Disponível em: <https://repositório.ufpb.br/jspui/bitstream/123456789/20139/BLF19032021.Pdf>. Acesso em 13 de out. 2022.

FREITAS, Riva Sobrado de; CASTRO, Matheus Felipe de. Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio: um exame sobre as possíveis limitações à liberdade de expressão. *Sequência (Florianópolis)*, p. 327-355, 2013.

PRADO JUNIOR, Caio. *O que é a Liberdade*. 2ª ed. São Paulo: Brasiliense. 1980.

MOURA, M. A. *O discurso do ódio em redes sociais*. São Paulo: Lura Editorial, 2016.

NOBRE, Freitas. *Imprensa e liberdade: os princípios constitucionais e a nova legislação*, São Paulo: Summus, 1988, p. 30: “O poder da força é transitório. O que sempre prevalece é o destino livre do homem e sua vocação para a liberdade”.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de expressão e discurso do ódio*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 34-35.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Princípios de Camden sobre liberdade de expressão e igualdade*. Disponível em: *Princípios de Camden sobre a Liberdade de Expressão e Igualdade*. Disponível em: < <http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=4b5827292>>. Acesso em: 14 out. 2022.

PAULY, M. D. *O discurso do ódio: a cultura do medo e a influência midiática sobre a (in) efetividade dos direitos fundamentais*. Disponível em: <http://www.athena.biblioteca.unesp.br/exlibris/bd/cathedra/12-02-016/000858345.pdf>. Acesso em: 14 de out. 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SARLET, I. W. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 9ªed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SARMENTO, Daniel. A Liberdade de Expressão e o Problema do “Hate Speech”. In: SARMENTO, Daniel. Livres e iguais: estudos de direito constitucional. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, p. 207-262, 2006.

SILVA, José Afonso. Aplicabilidade da norma constitucional. 4ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, L.R.L.et.al..gestão do discurso de ódio nas plataformas de redes sociais.digitais: um.comparativo entre Facebook, Twitter e Youtube. Revista Ibero-Americana de Ciência da Informação, v. 12, n. 2, p.470-492, 2019.

SILVA, Rosane Leal da *et al.* Discursos de ódio em redes sociais: jurisprudência brasileira. Rev. direito GV, São Paulo, v. 7, n. 2, Dec. 2011. p.445-468.

SILVEIRA, R. M. da. Liberdade de expressão e discurso do ódio. Dissertação de Mestrado. PUC/MG, 2007.

STROPPA, Tatiana; ROTHENBURG, Walter Claudius. Liberdade de expressão e discurso do ódio: o conflito discursivo nas redes sociais. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, v. 10, n. 2, p. 450-468, 2015.

TÔRRES, Fernanda Carolina. O direito fundamental à liberdade de expressão e sua elevada extensão. Revista de informação legislativa, v. 50, n. 200, p. 61-80, 2013.

O HOJE. Crimes contra o ódio cresceram até 650 na internet no primeiro semestre de 2022. Disponível em: <https://ohoje.com/noticia/geral-brasil/n/1432480/t/crimes-de-odio-cresceram-ate-650-na-internet-no-primeiro-semester-de-2022/>. Acesso em: 14 de out. de 2022.

CAPACIDADE DO ÂMBITO CIVIL

MARIA DANIELY LIMA NOGUEIRA:

Acadêmica do Curso de Direito noturno
da Unirg

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo um breve estudo sobre a capacidade dos que estão elencados no Código Civil de 2002 em sua parte geral, do Livro I Das Pessoas, do Título I Das Pessoas Naturais, Capítulo I Da Personalidade e Da Capacidade; serão abordados os conceitos sobre capacidade, e seus diferentes aspectos em relação ao que é a personalidade, os tipos e espécies da capacidade, e por fim, quando se adquire a capacidade civil segundo o que está previsto legalmente.

PALAVRAS-CHAVE: Capacidade. Personalidade. Código Civil. Responsabilidade.

ABSTRACT: This article aims at a brief study on the capacity of those listed in the Civil Code of 2002 in its general part, Book I On Persons, Title I On Natural Persons, Chapter I On Personality and Capacity; concepts about capacity will be addressed, and its different aspects in relation to what personality is, the types and species of capacity, and finally, when civil capacity is acquired according to what is legally foreseen.

KEYWORDS: Capacity. Personality. Civil Code. Responsibility.

INTRODUÇÃO

A capacidade é um valor muito interessante, pois refere-se a desenvolver habilidades que possibilitem realizar de atos jurídicos na vida civil. O Código Civil vigente acolheu a personificação de pessoa natural para denominar o ser humano, “enquanto obra da natureza”⁵⁴.

Também é usada a expressão pessoa física, que seria especialmente em questões tributárias, pois o ser humano está ocupando física, em relação ao conceito de pessoa jurídica. Na doutrina atual tradicional festeja-se a adoção da expressão de pessoa natural, o qual foi adotado pelo novo Código Civil, onde estão apontadas as qualidades morais e espirituais do ser humano, e que se encontram ligadas à personalidade.

A concepção de personalidade e capacidade complementam uma a outra. A capacidade é a extensão da personalidade, para alguns indivíduos da sociedade usam e gozam da capacidade plena, é em relação aos outros é limitada. A personalidade trás o conceito do ser humano em um estado de existência, já a capacidade harmoniza a ideia de ser humano praticando atos e negócios jurídicos.

⁵⁴ TONIELLO, Vitor Bonini, Direito Civil para concursos de Técnico e Analista – coleção TRIBUNAIS E MPU, 1º ed. Bahia: Editora JusPODIVM, 2014. p.46

Todos nascem com a capacidade, no qual tem o direito de gozar e adquirir seus direitos. Independentemente de qualquer outro motivo, para a doutrina o ser humano capaz para adquirir todos os direitos. Desta forma, pode se dizer que um recém-nascido não pode praticar o ato pessoalmente, pois lhe falta a capacidade de fato ou de ação, que é a capacidade para o exercício pessoal dos atos da vida civil de acordo com Vitor Bonini Toniello.⁵⁵

CONCEITOS SOBRE ASSISTÊNCIA E REPRESENTAÇÃO NA CAPACIDADE CIVIL

Pode-se dizer que no ordenamento jurídico vigente, a capacidade plena de um indivíduo se dá quando ela está apta para exercer todos os atos da vida civil, portanto tal assunto é o primeiro tópico abordado no Código Civil atualmente, em seu primeiro capítulo, que versa sobre a personalidade e a capacidade das pessoas.

Com a entrada do atual Código Civil, houveram várias transformações no sistema brasileiro, sendo uma delas na área dos direitos de personalidade. A personalidade é diferente da capacidade, e não se deve confundi-las, pois, a personalidade se refere aos atributos do sujeito que são inerentes a sua natureza, enquanto a capacidade seria a aptidão da pessoa para exercer atos ou negócios jurídicos.

No nosso ordenamento existem duas categorias de capacidade: a primeira e a capacidade de direito de gozo, e aquela que está introduzida a quem tem personalidade jurídica, que estabelece como sendo apto para aquisição de direitos e deveres, e a outra seria a capacidade de fato ou de exercício, que é a capacidade de exercer todos os atos da vida civil como Fernanda Tartuce e Fernando Sartori dizem:

“Embora baste ter nascido com vida para que tenha capacidade de direito, nem sempre o indivíduo pode exercer diretamente seus direitos e suas obrigações: nem sempre é dotado da capacidade de exercício (ou de fato). Segundo a lei, algumas pessoas não podem agir sozinhas nos atos da vida civil⁵⁶ (Grifo nosso)”.

A atual legislação estabeleceu essencialmente quatro parâmetros para definir a capacidade: seriam elas a idade, a integridade psíquica, a aculturação e por fim, a localização da pessoa.

Vitor Bonini Toniello diz que:

“A capacidade de fato ou de exercício é conferida àqueles que preenchem determinados requisitos exigidos pela lei, que estão ligados, essencialmente, ao amadurecimento (idade) ou ao discernimento de vontade (desenvolvimento mental). Com o instituto de proteger essas

⁵⁵ TONIELLO, Vitor Bonini, Direito Civil para concursos de Técnico e Analista – coleção TRIBUNAIS E MPU, 1º ed. Bahia: Editora JusPODIVM, 2014. p.47

⁵⁶ TARTUCE, Fernanda e SARTORI, Fernando, Como se preparar para o EXAME DE ORDEM, 1 Civil, 12º ed. São Paulo: Editora Método, 2014. P.22

peçoas, a lei impõe que os atos da vida civil sejam praticados por outras peçoas, que as representa ou assiste.”⁵⁷

Todas as peçoas têm a particularidade da personalidade, mas nem toda peçoas pode exercer a faculdade da capacidade. O nosso regulamento divide as peçoas físicas em duas secções os incapazes e os capazes, os capazes são aqueles que podem exercer seus atos e negócios jurídicos sem o auxílio ou intervenção de terceiros, é os incapazes necessitam de assistência para praticar os seus atos.

O ordenamento jurídico reconhece o indivíduo com capacidade para a aquisição de direitos e deveres, e para que possa exercê-los por si mesmo, no qual pode ser exercido diretamente - por intermédio ou por assistência, quando não há restrições de capacidade, entendendo desta forma que, quem tem aptidão para adquirir direitos tem que ser capaz para gozá-los e exercê-los.

No que concerne à diferença entre os níveis de capacidade civil, deve-se destacar de que forma os relativamente incapazes podem contar com o usufruto da representação ou assistência jurídica para praticar alguns atos da vida civil ainda que não tenham adquirido a total capacidade civil para que seus atos se valham por si só.

Aqueles que são absolutamente incapazes, são os indivíduos representados a partir do nascimento até completar os 16 anos, ou seja, a vida é direcionada pelo seu representante, que representa a sua vontade em juízo e está apto a celebrar negócios em seu nome, desde que sejam respeitados os pressupostos legais para fazê-lo e sejam considerados os interesses do representado na relação de negócio.

O menor de 16 anos – absolutamente incapaz - pode receber patrimônio em seu nome por herança, doação ou legado, e o patrimônio pode ser constituído por bens móveis ou imóveis, bem como, o menor pode possuir contas bancárias que estejam em nome dele; entretanto, o menor representado **não possui legitimidade para firmar nenhum instrumento de procuração**, ato que deve ser feito estritamente pelo seu representante, que possui legitimidade para tal.

Já no tocante à assistência jurídica, esta é cabível em favor dos **relativamente incapazes** (entre os 16 e os 18 anos), e diferencia-se da representação visto que, para que os atos sejam praticados, devem ser praticados em conjunto – ou seja, juntamente de forma direta com o representado em questão. O ato ou negócio jurídico deve contar com a participação pessoal do assistido, embora sua participação sozinha não possua total eficácia. Assim, só será válido o ato ou negócio jurídico quando ambos manifestarem sua vontade.

O assistido necessariamente está ligado a participação e assistência jurídica de sujeito que atenda aos pressupostos legais para fazê-lo, portanto uma presença não substitui a outra. O

⁵⁷ TONIELLO, Vitor Bonini, Direito Civil para concursos de Técnico e Analista – coleção TRIBUNAIS E MPU, 1º ed. Bahia: Editora JusPODIVM, 2014. p.47

assistente figura neste contexto como um validador dos atos do assistido, garantindo que também sua vontade se valha no negócio jurídico ou ato civil.

Na procuração *ad judicium* do menor assistido, deve sim constar sua assinatura diferentemente do menor representado; entretanto, de igual maneira, a assinatura do assistente jurídico também deve estar presente, para que tenha total eficácia o ato civil praticado pelo menor.

ESPÉCIES DE INCAPACIDADE CIVIL

Ao contrário da personalidade, na capacidade nem todo indivíduo possui, pois, todas as pessoas somente possuem a capacidade de direito, mas nem todas podem vir a adquirir a capacidade de fato. Desta forma então, a capacidade é limitada, pois a pessoa tem capacidade de direito, como todo mundo, mas não tem sua capacidade de exercício, que seria a de fato, sendo assim, não sendo completamente capaz, necessitando então de outra pessoa para que possa manifestar sua vontade no âmbito jurídico, por isso são chamados de incapazes.

Rodrigues declara que algumas pessoas são protegidas por lei:

“A lei, tendo em vista a idade, a saúde ou o desenvolvimento intelectual de determinadas pessoas, e com o intuito de protegê-las, não lhes permite o exercício pessoal de direitos”⁵⁸. (Grifos nosso)

Já Maria Helena Diniz entende que:

“[...] A incapacidade de fato ou de exercício é a restrição legal ao exercício dos atos da vida civil, sendo que tal incapacidade pode ser absoluta ou relativa.”⁵⁹ (Grifo nosso).

No nosso ordenamento existe duas espécies de incapacidade de fato: a primeira delas é a absoluta, no qual a pessoa fica impedida de praticar qualquer ato da vida jurídica no qual eleger um representante legal; e o outro é o relativo, é quando a pessoa deve participar dos atos, no qual deve ser assistida por alguém, pois é incapaz de praticar.

Pode ser encontrado elencado no artigo 3º do código civil de 2002, enumerados os absolutamente incapazes:

“Art. 3º - São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

I – os menores de 16 (dezesesseis) anos;

⁵⁸ RODRIGUES, Silvío. Direito civil. 34. ed. – São Paulo: Saraiva, 2003.

⁵⁹ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

II – o que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;

III – os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir suas vontades.

(Grifado).

Ao arrolar pessoas incapazes que estão referidas na lei, tal dispositivo busca protegê-las, partindo da premissa de que menores de 16 e maiores de 18 anos não tem maturidade psicológica suficiente para deliberar seus próprios interesses. Desta forma as crianças e adolescentes não podem praticar os atos da vida civil por serem incapazes em razão da idade, sendo assim, necessitando da assistência dos seus representantes.

No novo Código Civil de 2002 modificou-se a expressão “loucos de todo gênero” por “enfermidade ou deficiência mental”, onde se encontra expressado no artigo 3º, inciso II, no qual Venosa esclarece que:

“Tanto na expressão do texto revogado como no texto atual, a lei refere-se a qualquer distúrbio mental que possa afetar a vida civil do indivíduo. A expressão abrange desde os vícios mentais congênitos até aqueles adquiridos no decorrer da vida, por qualquer causa. Por essa razão, era muito criticada a expressão loucos de todo gênero. De qualquer modo, a intenção do legislador foi a de estabelecer uma incapacidade em razão do estado mental. Uma vez fixada à anomalia mental, o que é feito com auxílio da Psiquiatria, o indivíduo pode ser considerado incapaz para os atos da vida civil.”⁶⁰ (Grifo nosso).

Neste caso, os absolutamente incapazes que são pessoas que detêm uma doença mental, que os impeça de exercer todos os atos da vida civil pela falta de capacidade para tais atos, desta forma pode ser exercido através de um representante. No inciso III que se refere o artigo 3º são as pessoas que exprime um desequilíbrio psíquico, no qual dificulte a pessoa de praticar suas vidas civilmente, constatando assim a intervenção do indivíduo.

Para a proteção dos incapazes, o legislador elegeu representantes legais, sendo capaz de representar ou assistência lós na pratica da vida civil, de modo que a incapacidade pode ser abortada pelos seus curadores. Na última colocação, que são os absolutamente incapazes, o atual Código Civil de 2002 inseriu mesmo por finalidade transitória, mesmo que não possam exprimir sua vontade em consideração a “causa transitória”, no qual explicam os doutrinadores Gagliano e Pamplona Filho.^{61 62}

⁶⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: parte geral. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.p167

⁶¹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPOLHA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil: parte geral.

⁶² . ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p.102

Os elencados incapazes na legislação vigente são aqueles que não podem exercer os atos da vida civil, em que pese somente pode ser exercendo por auxílio do seu representante legal, aqueles que que são menores de 16 anos estão também tutelados, pois são incapazes é estão sujeitos a curatela.⁶³⁶⁴

A respeito dos relativamente incapazes são aqueles podem exercer todos os atos cíveis desde que sejam assistidos por representantes, pais e afins, em relação de ordem civil ou da designação judicial.⁶⁵

De acordo com nossa legislação no artigo 4º do Código Civil vigente:

“Art. 4º. São incapazes, relativamente e certos atos, ou a maneira de os exercer:

- I – os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;
- II – os ébrios habituais, os viciados em tóxico, e os que, por deficiência mental, tenham discernimento reduzido;
- III – os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;
- IV – os pródigos.”⁶⁶

(Grifo nosso).

Nos casos de pessoas que são maiores de 16 (dezesseis) e menores de 18 (dezoito), o Código Civil admite que já possa haver um desenvolvimento mental ou intelectual, para que as pessoas possam atuar, principalmente na área jurídica, entretanto deve ser assistindo por seu representante.

Quanto a embriaguez habitual, entendeu-se o legislador, que o viciado em bebida alcoólica tem sua mentalidade reduzida, tal embriaguez reduz sem privar totalmente a capacidade de discernimento, se por acaso a embriaguez venha a evoluir para um quadro patológico, no qual pode vim aniquilar a capacidade de autodeterminação, e por ventura será equiparado há uma doença mental, e como causa vim a ser declarado incapaz para administrar sua vida.

As pessoas que são viciadas em entorpecentes têm a diminuição de capacidade mental reduzida, onde esse indivíduo não pode administrar os seus próprios bens e sua própria vida. Cabe ressaltar ainda que dependendo do grau da dependência química, pode haver a intervenção total resultando na intervenção absoluta para exercer os atos da vida civil.

⁶³ NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊA, José Roberto Ferreira. Código Civil e legislação civil em vigor.

⁶⁴ . ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p.45

⁶⁵ CASSETTARI, Christiano. Direito Civil. São Paulo: Premier Máxima, 2006. p.31

⁶⁶ BRASIL. Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. 15º edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

O Juiz do Tribunal de Justiça de São Paulo André Gustavo Livonesi proferiu decisão no sentido de: "INTERDIÇÃO C/C INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA - Sentença que acolheu apenas o pleito de internação involuntária feito pela mãe do réu, viciado em drogas. Insurgência da autora contra o indeferimento do pedido de interdição. Elementos de informação trazidos aos autos não permitem aferir, com certeza, se o requerido apresenta incapacidade relativa para os atos da vida civil. Laudo pericial superficial, contraditório e inconclusivo. Necessário o retorno dos autos à origem para que o perito esclareça se o réu realmente apresenta o discernimento reduzido, em que medida, e se necessita da assistência de um curador para a prática de determinados atos da vida civil Julgamento convertido em diligência."⁶⁷ (Grifo nosso).

Deve-se destacar-se que o grau de intoxicação deve ser o máximo de entorpecente, para que se possa estar interditando alguém, descrevendo assim a incapacidade absoluta, no qual a pessoa não pode praticar os atos da vida civil. O déficit mental de uma pessoa pode levar a uma relativa incapacidade do indivíduo, por meio do qual não precisa ser absoluta, bastando apenas a diminuição da sua total compreensão.

O Relator do Tribunal de Justiça de Minas Gerais Anacleto Rodrigues que decidiu:

APELAÇÃO CÍVEL - NULIDADE ATO JURÍDICO - INCAPACIDADE ABSOLUTA - DECLARAÇÃO DE INTERDIÇÃO - São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos. - Demonstrada a contemporaneidade do ato com a doença mental geradora da incapacidade, pode ser declarada a nulidade do ato jurídico. - O ato nulo não se convalida com o tempo. - Recurso não provido. Decisão NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO"¹⁶

Aos excepcionais do inciso III do artigo 4º do CC, entende-se que são portadores Síndrome de Down, esclarecem Gagliano e Pamplona diz que: "tais indivíduos, posto não cheguem a atingir desenvolvimento mental completo, merecem educação especial e podem, perfeitamente, ingressar ao mercado de trabalho"¹⁷¹⁸ (Grifo nosso).

⁶⁷ JUSBRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo TJ-SP. Apelação: APL 00069417820128260637/SP (2013.0000419004). Apelante: Delfina Tarifa Sola. Apelado: Marcos Rogério Tarifa Sola. Relator (A): Francisco Loureiro. São Paulo, 25 de julho de 2013.

Disponível em: < <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/116838541/apelacaoapl69417820128260637-sp-0006941-7820128260637?ref=juris-tabs> >. Acesso 21 de novembro de 2017.

JUSBRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais TJ-MG. Apelação: APL 1.0083.12.0007568/001/ MG (0007568). Apelante: Cristina Maria Marek Frittoli. Apelado: Francesco Scavone

Filho Repdo(A) Pelo(A) Curador(A) Maria Lucia Fraco Scavone. Relator (A): Anacleto Rodrigues. Belo Horizonte, 24 de julho de 2015. Disponível em: <

<https://tjmg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/204397201/apelacao-civel-ac10083120007568001mg?ref=juris-tabs> >. Acesso 22 de novembro de 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPOLHA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: parte geral*. ed. São Paulo: Saraiva, 2008

No que se atribui aos pródigos, Venosa retrata que: “pródigo é, portanto, o indivíduo que gasta desmedidamente, dissipando seus bens, sua fortuna”¹⁹ “grifos nossos”. Explanadas as espécies de incapacidade, o item seguinte descreve os contornos da aquisição da capacidade.

AQUISIÇÃO DA CAPACIDADE CIVIL

Resta explicar agora os contornos da aquisição da capacidade, como vimos foram descritas as espécies de incapacidade civil. A capacidade e fator determinante para a aquisição de todos os direitos e deveres da vida civil, no qual pode ser adquirida quando completar a maioridade civil, ou emancipação ou quando cessa a enfermidade que determinava as mesmas.

Pode se dizer que o fim da incapacidade se pela idade, quando completa 18 anos, quando então ela se torna capaz para exercer os negócios da vida jurídica. O encerramento da incapacidade por motivo de idade se efetiva aos 18 anos, quando está apta para todos os atos da vida civil, isto é, quando a pessoa atinge a maioridade.

Pode haver a emancipação, desta forma se extingue a incapacidade das pessoas menores de 18 anos, no qual adquire os mesmos direitos daqueles que são maiores de 18 anos. Desta forma, a respeito da extinção da incapacidade para as pessoas entre 16 e 18 anos, elenca o Código Civil:

“Art. 5º- Cessar, para os menores, a incapacidade:

- I – pela concessão dos pais, ou de um deles na falta de outro, mediante instrumento público, independentemente de homologação judicial, ou sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezesseis anos completos;
- II – pelo casamento;
- III – pelo exercício de emprego público efetivo;
- IV – pela colação de grau em curso de ensino superior;
- V – pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria.”⁶⁸ (Grifo nosso).

Constata-se que o declarado artigo possui três espécies de emancipação: a primeira e a voluntária, a segunda e a judicial e pôr fim, a legal, são aplicadas na forma da lei, no qual uma vez emancipado se torna definitivo. Quando há a permissão da emancipação dos pais podemos dizer que é a emancipação voluntária, deve ser por meio de instrumento público, independentemente de homologação judicial.

Convém destacar que a emancipação por meio dos pais ou de sentença do Juiz na hipótese do artigo 5º, inciso I, do CC, encerra o poder familiar, fazendo assim terminar o estado de pupilo na

⁶⁸ BRASIL. Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. 15ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

tutela. Na segunda forma podemos ver que a emancipação pela lei e o casamento, que transfere aos cônjuges menores de idade a maioridade, sendo desta forma irreversível, mesmo que futuramente um dos cônjuges venha falecer tornando-se um viúvo, separação ou que seja anulado o casamento.

Já na emancipação de exercício de emprego público, que se encaixa na terceira e última hipótese, o Poder Público declara a maioridade do indivíduo reconhecendo nele a maturidade para poder representá-lo, desta forma se adquire através da posse de um cargo público efetivo, tendo assim plena capacidade.

Prevê também a lei a emancipação para adolescentes que querem concluir o ensino superior, todavia, e insustentável este inciso da lei, perante a organização escolar regida pelo ordenamento brasileiro e dos currículos dos cursos superiores, o indivíduo não consegue terminar em nenhum desses cursos antes da maioridade. Entende-se que o regime da incapacidade tem como finalidade de proteger aqueles que não tem capacidade para praticar os atos jurídicos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo deste artigo foi abordado em vários pontos os tipos de capacidade para praticar atos cíveis ou negócio jurídico. A capacidade se encontra no ordenamento especificado na parte geral do Código Civil de 2002, do Livro das pessoas, do Título das pessoas naturais e do Capítulo da personalidade e da capacidade.

No presente trabalho foi feito logo no início, antes mesmo de aprofundar nos pontos mais importantes, uma breve análise histórica de como se deu a capacidade no nosso ordenamento. Não poderíamos começar a abordar a capacidade sem explicar o que seria a personalidade, pois a capacidade e vinculada a ela. A capacidade tem várias espécies, no qual são encontradas a capacidade relativa e a capacidade absoluta, no decorrer do artigo podem ser encontradas bem explanadas.

E por fim, temos a cessação da incapacidade pela emancipação, onde existe três espécies: a voluntária, a judicial e a legal. Todos foram bem explanados no decorrer deste artigo. Deste modo e tão importante o estudo para o direito da personalidade e da capacidade, onde o estudante de direito tem oportunidade de aprofundar seus conhecimentos, uma vez que, começa o interesse para conhecer e compreender mais sobre assuntos relacionado ao direito.

Objetivou-se constituir análise legislativa acerca do tema da capacidade civil, pois desta maneira o conhecimento pode ser melhor aproveitado para a contribuição na formação de profissionais na área do direito, e primordialmente com base nesse estudo, é possível obter uma visão mais ampla em relação ao direito de capacidade e quais são suas implicações na vida do indivíduo, uma vez que se adquire tal capacidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. *Código Civil*, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. 15ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

CASSETTARI, Christiano. *Direito Civil*. São Paulo: Premier Máxima, 2006.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPOLHA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: parte geral*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Novo curso de direito civil: parte geral*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

JUSBRASIL. *Tribunal de Justiça de São Paulo TJ-SP. Apelação: APL 00069417820128260637/SP (2013.0000419004)*. Apelante: Delfina Tarifa Sola. Apelado: Marcos Rogério Tarifa Sola. Relator (A): Francisco Loureiro. São Paulo, 25 de julho de 2013. Disponível em: < <https://tjsp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/116838541/apelacao-apl-69417820128260637-sp-0006941-7820128260637?ref=juris-tabs> >. Acesso 21 de novembro de 2017.

JUSBRASIL. *Tribunal de Justiça de Minas Gerais TJ-MG. Apelação: APL 1.0083.12.000756-8/001/MG (0007568)*. Apelante: Cristina Maria Marek Frittoli. Apelado: Francesco Scavone Filho Repdo(A) Pelo(A) Curador(A) Maria Lucia Fraco Scavone. Relator (A): Anacleto Rodrigues. Belo Horizonte, 24 de julho de 2015. Disponível em: < <https://tjmg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/204397201/apelacao-civel-ac-10083120007568001-mg?ref=juris-tabs> >. Acesso 08 de novembro de 2022.

NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊA, José Roberto Ferreira. *Código Civil e legislação civil em vigor*. 26. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. 34. ed. – São Paulo: Saraiva, 2003.

TARTUCE, Fernanda e SARTORI, Fernando, *Como se preparar para o EXAME DE ORDEM*, 1 Civil, 12ª ed. São Paulo: Editora Método, 2014.

TONIELLO, Vitor Bonini, *Direito Civil para concursos de Técnico e Analista – coleção TRIBUNAIS E MPU*, 1ª ed. Bahia: Editora JusPODIVM, 2014.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

_____. *Direito civil: parte geral*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

UMA ANÁLISE JURÍDICA DAS CAUSAS DE AUMENTO GRADATIVO DO ESTELIONATO DIGITAL NAS REDES SOCIAIS

LUANA GONÇALVES BARROS:

Graduanda em Direito pelo Centro
Universitário Fametro - Manaus

RESUMO: A cada dia que passa surgem novos métodos de vivência. Com o avanço da tecnologia não foi diferente, pois passamos a obter um vasto conhecimento sobretudo de maneira mais rápida. No entanto, há quem se aproveite de todo o avanço tecnológico para obter vantagens ilícitas em prejuízo de terceiros, pois sabemos que nem tudo é cem por cento seguro, e ainda há grandes brechas neste meio. A priori, se faz necessário levantar a pesquisa deste tema em razão dos crimes frequentes que vem acontecendo pela internet, e com intuito de demonstrar as atuais legislações vigentes que possam combater esse tipo de crime, neste caso, o estelionato digital. Tendo em vista que sempre foi um grande obstáculo para os órgãos responsáveis a identificação de autoria do crime em questão, o tema traz alterações quanto a competência no que diz respeito ao estelionato e a sanção da Lei nº 14.155 de 2021, que deve ser levantada na pesquisa. Desta maneira, a pesquisa aqui proposta visa alcançar uma melhor solução para que sejam evitados o crime de Estelionato Digital. Demonstra as legislações específicas para o crime tipificado e o que os órgãos responsáveis fazem para combater e divulgar ações em combate ao Estelionato Digital.

Palavras-chave: Estelionato digital. Redes sociais. Exposição. Prevenção.

ABSTRACT: With each passing day, new methods of living emerge. With the advance of technology it was no different, because we started to obtain a vast knowledge, especially in a faster way. However, there are those who take advantage of all the technological advance to obtain illicit advantages to the detriment of others, because we know that not everything is one hundred percent safe, and there are still major loopholes in this environment. A priori, it is necessary to research this issue due to the frequent crimes that have been occurring on the Internet, and in order to demonstrate the current laws that can combat this type of crime, in this case, digital fraud. Considering that it has always been a great obstacle for the responsible bodies to identify the authorship of the crime in question, the theme brings changes as to the competence as to what concerns fraud and the sanction of Law no. 14.155 of 2021, which must be raised in the research. In this way, the research proposed here aims to achieve a better solution so that the crime of Digital Swindling can be avoided. In addition, to demonstrate the specific legislations for the typified crime and what the responsible bodies do to combat and disseminate actions to combat Digital Fraud.

KEYWORDS: Digital fraud. Social networks. Exposure. Prevention

1 INTRODUÇÃO

A internet e seu uso se consolidaram como pilar de muitos setores importantes da sociedade atualmente, pois quando ela para, muitos serviços vitais são interrompidos causando caos em todos os setores, o que resulta em sérios danos ao sistema que rege a vida social.

Dentre as diversas vantagens da Internet está a comodidade de poder fazer muitas coisas sem sair de casa. Com apenas alguns toques, um usuário podem corrigir grande parte de seus problemas ou criar outros maiores, portanto, essa ferramenta deve ser usada de forma correta.

O principal fator do crescimento deste mundo é um fenômeno chamado globalização, conhecido por ser um processo de expansão econômica, política e, principalmente, cultural. Seu início se deu na era dos grandes mares, mas agora está se espalhando cada vez mais e unindo o mundo econômico.

Nesse sentido, a Internet e as mídias sociais evoluíram para reduzir ainda mais a distância geográfica entre as pessoas e vem cada vez mais beneficiando a população mundial. O impacto da internet é enorme, pois as pessoas precisam se comunicar umas com as outras desde os primórdios da humanidade. Portanto, a sociedade deu as boas-vindas a esta ferramenta interativa. Mas ao inserir informações falsas e criar contas em nome de outra pessoa, esse ambiente virtual pode ser uma importante ferramenta para criminosos.

Baseado nessas informações, insta salientar e analisar os métodos utilizados pelos criminosos para alcançar seus desejos, bem como a real capacidade do Estado de proteger e reprimir as condutas civis e criminais por meio de seu ordenamento jurídico.

Nesse sentido, este artigo trata da prática do estelionato digital e uma análise jurídica das causas de aumento gradativo de casos, além de mencionar brevemente outros fatos criminosos que tentam mostrar a realidade por trás da Internet, com a ressalva de que terceiros utilizam a Internet para prejudicar outrem, seja na identidade apresentada ou por persuasão através das redes sociais.

2 DO CONCEITO DE ESTELIONATO

O estelionato representa uma variante de crime patrimonial mediante fraude, uma vez que o autor se vale do engano ou usa para permitir que a vítima, sem saber, se deixe espoliar. Para que se configure crime, exige-se quatro requisitos, obrigatórios para sua caracterização, sendo eles: 1) obtenção de vantagem ilícita; 2) causar prejuízo a outrem; 3) uso de meio de ardil, ou artimanha, 4) enganar alguém ou a levá-lo a erro. Havendo ausência de um dos quatro elementos, é impedida a caracterização do estelionato. É importante ressaltar que o crime é aceito apenas na forma dolosa, ou seja, que se tenha real intenção de lesar a outra parte. O crime está tipificado no caput do artigo 171 do Código Penal, que diz:

Art. 171. Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento: Pena — reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa. (BRASIL, Código Penal Brasileiro, 1940)

Segundo a advogada e mestre, Eliete da Silva Ribeiro, em seu artigo denominado "Crime De Estelionato: Uma Análise Da Evolução Sob A Égide Da Impunidade Na Cidade De Manaus", publicado em 2019, o termo estelionato provém da expressão grega "*stellio*" que dá nome a uma espécie de lagarto que muda de cor para iludir suas presas. A origem da palavra atenta para a

tipificação do delito cometido pelo estelionatário, que no caso, se usa de artifícios para enganar alguém.

De acordo com Damásio de Jesus (2016, p. 791), o crime de estelionato apenas se configura se “o sujeito empregar engodo para induzir ou manter a vítima em erro, com o fim de obter um indevido proveito patrimonial.”

Já no conceito sociológico Spagnol, cita que “o dicionário descreve como crime, segundo um conceito formal, a violação culpável da lei penal, e, segundo o conceito substancial, a ofensa de um bem jurídico tutelado pela lei penal. E qualquer ato que suscita a reação organizada da sociedade. A criminalidade, portanto, seria o ato do criminoso.”

Segundo Bitencourt (2012, p. 1363) nas Ordenações Filipinas, ao crime de estelionato era cominada a pena de morte quando o prejuízo à vítima viesse a ultrapassar o importe de vinte mil reais. Já o Código Penal do Império de 1830 adotou o nome jurídico “estelionato” prescrevendo várias figuras. Por fim, o Código Penal Republicano de 1890, seguiu as mesmas orientações e tipificou o crime através de figuras, neste caso onze.

2.1 Sujeitos ativos e passivos

Destaca-se que o que se deseja com a tipificação penal do delito em questão é assegurar a segurança jurídica nos negócios celebrados pelas partes, sendo esses dependentes de confiança por ambas as partes. No que se refere aos sujeitos do crime, existem dois tipos: o sujeito passivo e o sujeito ativo. O sujeito ativo é qualquer pessoa (em crime comum) e o sujeito passivo pode ser qualquer pessoa, física ou jurídica, pois este é o que sofre a lesão patrimonial.

Para Bitencourt (2015), qualquer pessoa pode ser praticante de um crime de estelionato, sem qualquer condição especial. Todavia, quanto ao sujeito passivo, Estefam (2019, p. 580) discorre que “é o titular do patrimônio lesado e aquele que foi enganado, que podem não ser a mesma pessoa. É preciso haver vítima determinada (ou determinado grupo de pessoas); caso contrário poderá configurar-se o crime contra a economia popular.”

Para Gonçalves (2018), por outro lado, acredita-se que o sujeito ativo do crime de estelionato não é apenas a pessoa que comete a fraude, mas também a pessoa que conscientemente dela se beneficia e dela obtém vantagens ilegítimas. Exemplo: Se os interesses do João e do Pedro se coordenam para cometer um crime, e o João enganar a vítima para que entregue o objeto ao Pedro, e o Pedro desaparece depois de o receber, o Pedro devia saber que o crime ‘tinha cometido e por isso é cúmplice do crime.

Por outro lado, sujeito passivo é aquele que sofre prejuízos financeiros em decorrência da fraude utilizada, pois é provável que o agente induza a vítima a transferir para terceiros bens pertencentes, hipótese que surge se ambos forem vítimas da mesma fraude. Esta situação é muito comum em empresas ou equiparadas, onde a vítima é um trabalhador que faz entregas de

mercadorias pertencentes a uma empresa comercial, pelo que pessoas jurídicas, financeiramente afetadas por fraudes, também podem ser vítimas deste fato.

Segundo Andreucci (2014), no crime de estelionato o ressarcimento do prejuízo antes de oferecida a denúncia não é caso de exclusão do crime, ocorrendo apenas de diminuição, nos termos do artigo 16 do Código Penal. Caso o ressarcimento venha a ocorrer após o recebimento da denúncia, haverá circunstância atenuante genérica, consoante ao disposto no artigo 65, III, b, do Código Penal Brasileiro.

3 A INTERNET E AS REDES SOCIAIS

Ao adentrarmos no quesito Internet e Redes Sociais, podemos tratar de uma breve exposição a respeito da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, que foi promulgada para proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e a livre formação da personalidade de cada indivíduo. A Lei fala sobre o tratamento de dados pessoais, dispostos em meio físico ou digital, feito por pessoa física ou jurídica, seja ela de direito público ou privado, englobando um amplo conjunto de operações que podem ocorrer em meios manuais ou digitais.

Nesse sentido, compreende-se que desde o tempo mais antigo da humanidade, os seres humanos têm a necessidade de relacionar-se com o próximo. Toda essa realidade é demonstrada através dos altíssimos números de usuários da internet atualmente.

O alcance das redes sociais foi alcançado de maneira prática e rápida, basta que o usuário insira pequenas informações a seu respeito, sendo estas expostas aos demais. Após um estudo realizado pelo *"We Are Social e Hootsuite"*, foi apresentado um relatório Digital em 2021, nele ficou estabelecido um panorama sobre as redes sociais mais usadas no Brasil. Baseado nessa pesquisa foi possível entender que, existem cerca de 150 milhões de usuários de redes sociais no Brasil, o que corresponde a cerca de 70,3% da população do país. Dentre as redes sociais mais utilizadas no Brasil estão *Youtube, WhatsApp, Twitter, Facebook e Instagram*.

A primeira é detectar e apresentar perfis de usuários (algoritmicamente) para potenciais novos relacionamentos em um ambiente virtual. Portanto, o termo "rede social" tem todo o seu significado. Em segundo lugar, tudo deve acontecer dentro de uma plataforma central.

Com isso, as redes sociais estão adotando estruturas pensadas para criar novos relacionamentos virtuais, principalmente por meio da forma como os perfis são publicados na plataforma e disponibilizados para outros usuários da plataforma.

Para cada nova amizade, outras são apresentadas por causa de suas semelhanças de comportamento, preferências e gostos. Esses novos contatos constroem uma rede de relacionamentos cada vez mais importante graças, em grande parte, aos algoritmos do app, que justificam as designações aqui.

A compreensão da organização das redes sociais online leva também em consideração as conexões, identifica a atuação dos autores e suas trocas informacionais, bem como o papel desempenhado pela divulgação do

conteúdo e como esse influencia na aquisição de links externos, no aumento de visitas à rede social e no posicionamento dos buscadores automatizados e algoritmos que se materializam na interface que representam. (ZENHA, 2018, p. 33).

Portanto, é notório que as redes sociais estão cada vez mais presentes em todos os cantos, diminuindo distâncias e sendo utilizada como forma de interligar pessoas e estreitar laços.

3.1 Da lei geral de proteção de dados pessoais

A Lei nº. 13.709/2018, também conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGDP, foi projetada para proteger a liberdade, a privacidade e o direito fundamental de formar livremente a própria personalidade. A lei regula o tratamento dos dados pessoais disponibilizados em suporte físico ou digital, incluindo um conjunto alargado de operações que podem ser realizadas de forma manual ou digital por pessoas singulares ou coletivas de direito público ou privado.

De modo geral, a Lei Geral de Proteção de Dados trata de qualquer atividade que use dados pessoais no curso de suas operações, como: coleta, produção, recepção, classificação, uso, acesso, cópia, transmissão, publicação, processamento, arquivamento, armazenamento, exclusão, avaliação ou controle da Informação, modificação, comunicação, transmissão, publicação ou extração.

3.1.1 Dos cybercrimes: Um breve resumo acerca dos crimes cometidos na internet

O *cybercrime* nada mais é do que a invasão de um equipamento eletrônico, ou violação de perfil em rede social, com a finalidade de obter, adulterar, destruir dados ou informações pessoais, sem devida autorização ou permissão do responsável.

Malícia (ego) e vingança pessoal são dois motivos pelos quais os criminosos obtêm acesso aos computadores, dispositivos e, portanto, aos dados das vítimas.

Também há motivos para o fanatismo, especialmente por motivos políticos ou religiosos. No entanto, o principal motivo geralmente é financeiro. Na maioria dos crimes, seja de ego, vingança ou fanatismo, a chantagem é a motivação número um dos criminosos.

Ao receberem informações muitas vezes consideradas confidenciais, exigem o chamado resgate, ou seja, uma taxa pela devolução do item roubado.

Para Rossini (2004), que utiliza a terminologia “delito informático”, os atos como típicos e ilícitos que constituem crime ou culpa, dolosa ou culposa, praticados por pessoa física ou jurídica utilizando tecnologia da informação como ato ou omissão em ambiente interdependente. Uma rede direta ou indireta ou violação externa da segurança do computador, incluindo o seguinte: integridade, disponibilidade e confidencialidade.

Segundo Matsuyama e Lima (2016), existem classificações de crimes cibernéticos que foram adotadas por muitas escolas de pensamento, mas essas duas classificações se destacam, uma das quais se refere aos crimes cibernéticos puros, mistos e comuns, e a outra divide os crimes em crimes próprios e impróprios.

Portanto, é preciso ter muito cuidado ao clicar em um anexo de e-mail ou mesmo em uma janela pop-up de um site, principalmente em páginas desconhecidas e também consideradas não confiáveis. No entanto, esses pontos de consideração representam apenas o básico do assunto.

4 DO CRIME DE ESTELIONATO VIRTUAL

Adentrando ao tópico principal, conceitua-se estelionato virtual como aquele em que a pessoa se servindo de equipamentos tecnológicos e acesso à rede, pratica em benefício próprio ou de terceiros e em prejuízo alheio, utilizando-se de qualquer meio fraudulento e almejando vantagem ilícita.

Com o aumento de número gradativo de usuários da internet, a prática de crimes virtuais ficou cada vez mais evidente. O fato se justifica pela facilidade de manuseio dos meios virtuais e pela dificuldade de se punir os criminosos, pois sabe-se que não é fácil descobrir a identidades dos mesmos, independentemente das legislações específicas acerca do tema. Devido a pandemia da COVID-19 houve um aumento gradual de casos do tipo. Isso acontece porque os criminosos criam páginas falsas, oferecendo oportunidades que vão desde um emprego, a venda de um produto até propostas de empréstimos com taxa de juros baixas, e em muitos casos, enviam mensagens para as vítimas por *WhatsApp* ou *Instagram*.

Em março de 2020, os brasileiros se viram obrigados a se adaptar ao "novo normal": as empresas tiveram que instituir o *home office*, as compras passaram a ser *online* e os encontros, virtuais. Toda a sociedade precisou se reinventar. Não foi diferente no mundo do crime.

A evolução da tecnologia e o crescimento de usuários, principalmente durante a pandemia, levaram ao aumento do número de crimes cibernéticos, o que é uma grande preocupação, principalmente para as empresas. Recentemente, vimos a Lojas Renner, uma das maiores lojas de varejo do Brasil, ser hackeada, paralisando seu site e sistema de pagamento, causando enormes prejuízos. Também não foi esquecido o site do Supremo Tribunal do país, cuja atividade em vários casos foi interrompida por um ataque ao sistema no ano passado. De acordo com um estudo da McAfee, as perdas relacionadas ao cibercrime representam quase 1% do PIB global.

O cibercrime é conhecido por ser um crime que ocorre no ambiente digital. Estes podem ser conhecimentos antigos do direito penal, como peculato, extorsão, roubo, espoliação, difamação, difamação, etc. que ocorrem na Internet, ou crimes especificamente criados neste ambiente digital, como, por exemplo, hacking de dispositivos.

Novos tipos de criminosos continuam a se desenvolver, pois toda fraude cometida em um ambiente virtual faz parte de um crime existente. A legislação visa, portanto, aumentar as penas, criando uma justificativa para penas mais severas e formas limitadas de crimes cometidos no ambiente da Internet.

Ainda assim, processos por esses crimes são raros. Há um problema relacionado à dificuldade de identificar os autores desses crimes antes mesmo da sentença. Primeiro, porque em casos raros estamos lidando com pessoas com amplo conhecimento técnico que criaram mecanismos para ocultar e ocultar sua identidade, dificultando sua identificação pelos investigadores.

No entanto, nem todos os crimes cibernéticos são obra de hackers e pessoas com experiência em tecnologia. Por exemplo, os golpes no WhatsApp e aplicativos de entrega cresceram exponencialmente, muitas vezes visando pessoas comuns com pouco conhecimento da web como suas principais vítimas. Os perpetradores desses casos são muitas vezes presos com fácil acesso a telefones, mesmo dentro das unidades prisionais.

As medidas preventivas tornam-se o melhor recurso. É necessário estudar como tornar a eletrônica uma base estéril para a prática desses crimes. Na verdade, aumentar as penas, além de ter pouco efeito real no combate ao crime, ignora o fato de que muitos desses criminosos fazem seus negócios na prisão.

O ambiente digital está evoluindo muito mais rápido do que podemos garantir a segurança e privacidade de nossos usuários. Portanto, tomar medidas para prevenir esses crimes é de longe a ferramenta mais eficaz contra eles.

4.1 Do que dispõe a lei sobre estelionato virtual

A Lei dos "crimes cibernéticos", em 2021, alterou a competência em casos de estelionato. No dia 27 de maio de 2021 foi sancionada a Lei 14.155 de 27 de maio de 2021, dentre suas alterações, modificou a competência para apuração do crime de estelionato previsto no artigo 171 do Código Penal, ao prever §4º para o artigo 70 do Código de Processo Penal. Outras mudanças também foram realizadas, incluindo os §§ 2º-A e 2º-B, que tratam da fraude eletrônica, com a seguinte redação:

§ 2º-A. A pena é de reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa, se a fraude é cometida com a utilização de informações fornecidas pela vítima ou por terceiro induzido a erro por meio de redes sociais, contatos telefônicos ou envio de correio eletrônico fraudulento, ou por qualquer outro meio fraudulento análogo. § 2º-B. A pena prevista no § 2º-A deste artigo, considerada a relevância do resultado gravoso, aumenta-se de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços), se o crime é praticado mediante a utilização de servidor mantido fora do território nacional (BRASIL, 2021).

A grosso modo, entende-se que a fraude eletrônica pode ser definida de duas formas: fraude qualificada e majorada. Um formulário elegível quando um crime de peculato é cometido de forma impessoal, onde o agente usa persistentemente as informações da rede social da vítima por telefone ou e-mail. A maior forma ocorre quando servidores estrangeiros são usados para

cometer crimes. Nesse caso, as penas foram endurecidas devido à dificuldade de localização do criminoso.

O §4º do artigo 171 também é uma das recentes alterações trazidas pela lei nº14.155/2021. Neste caso, houve apenas uma alteração no aumento de pena caso o delito seja praticado contra idoso. O referido disposto traz a seguinte redação:

§4º A pena aumenta-se de 1/3 (um terço) ao dobro, se o crime é cometido contra idoso ou vulnerável, considerada a relevância do resultado gravoso (BRASIL, 2021)

Com base nas doutrinas e nas inovações trazidas pela recente Lei 14.155/2021, é possível observar o panorama da evolução da legislação brasileira quanto à tipificação dos crimes cibernéticos, mas as penas ainda são insuficientes, pois nem sempre são suficientes para punir os responsáveis. Nesse contexto, os Estados e demais órgãos competentes devem adotar novos métodos e estratégias operacionais e aprimorar os recursos digitais de que dispõem.

4.1.1 Da competência para julgamento

O artigo 70 do Código de Processo Penal foi alterado pela Lei nº. 14.155/2021, passando a tratar da competência para o julgamento de algumas das modalidades do crime de estelionato. Dessa forma, o §4 do referido artigo veio com a seguinte redação:

§4º Nos crimes previstos no art. 171 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), quando praticados mediante depósito, mediante emissão de cheques sem suficiente provisão de fundos em poder do sacado ou com o pagamento frustrado ou mediante transferência de valores, a competência será definida pelo local do domicílio da vítima, e, em caso de pluralidade de vítimas, a competência firmar-se-á pela prevenção (BRASIL, 2021).

Assim, O critério para determinar a jurisdição passou a ser o domicílio da vítima, que é determinado a título cautelar quando há múltiplas vítimas. No entanto, no caso de desvio de recursos públicos por meio de cheques fraudulentos, a competência para resolver e julgar o crime corresponde ao tribunal em que o benefício ilícito foi obtido, conforme prevê a sumula 48 do STJ.

Segundo o STF, através da Súmula nº 521, embora não indique especificamente a essência da discussão, serve de guia para o intérprete explicar a tarefa, pois o espírito da interpretação é o mesmo, ou seja, onde se obtém lucros indevidos e perdas. são obtidos. Nesse viés, confira a indigitada súmula:

SÚMULA 521

O FORO COMPETENTE PARA O PROCESSO E JULGAMENTO DOS CRIMES DE ESTELIONATO, SOB A MODALIDADE DA EMISSÃO DOLOSA DE CHEQUE

SEM PROVISÃO DE FUNDOS, É O DO LOCAL ONDE SE DEU A RECUSA DO PAGAMENTO PELO SACADO.

Por sua vez, a Súmula nº 244 do Superior Tribunal de Justiça que também serve de guia para a tarefa de interpretação, ecoando a jurisprudência das “Súmulas do STJ 244. Compete ao foro do local da recusa processar e julgar o crime de estelionato mediante cheque sem provisão de fundos”.

O delegado de polícia, Bruno Gilaberte, o único doutrinador e jurista a tratar disto até o momento no âmbito doutrinário ensina que:

[...] O panorama se torna complexo quando adicionamos à equação as contas bancárias puramente virtuais (os chamados bancos digitais). Há instituições financeiras que não possuem agências físicas, de modo que não é possível afirmar onde se situa a conta creditada. Se a vítima de uma fraude transfere recursos de sua conta bancária para uma agência virtual, onde fica a conta de titularidade do estelionatário, o crime continua se consumando com a obtenção da vantagem. Todavia, não é possível especificar o local em que se deu a obtenção da vantagem. Parece-nos que, nessa hipótese, ainda muito recente e determinada pela evolução tecnológica, a fixação da competência se dará de acordo com o preceituado no artigo 72 do Código de Processo Penal (domicílio ou residência do réu, de acordo com o caput, ou caso não se saiba onde se situa a moradia do réu, pela prevenção consoante dispõe o §2º (GILABERTE, 2020, p. 285).

Fazendo eco do espírito da interpretação, no caso de crime de estelionato praticado mediante falsificação de cheque, a Súmula nº 48, do Superior Tribunal de Justiça determina como competente o “juízo do local da obtenção da vantagem ilícita”.

4.1.2 Das notícias sobre o aumento nos números de casos de estelionato virtual nos últimos anos em Manaus/Am.

“Delegacia registra aumento de 216% em crimes de estelionato pela internet em Manaus” (AMAZONAS ATUAL, 2020).

Conforme noticiado pela mídia, a Delegacia Interativa, em Manaus, até junho do ano de 2020 registrou cerca de 216% no aumento de casos de estelionatos virtuais, o equivalente a 133 denúncias em relação ao mesmo período do ano de 2019, quando foram registrados apenas 42 crimes.

Entre abril e maio de 2020, quando houve o isolamento social devido a Covid-19, foram registradas cerca de 93 ocorrências, sendo que em 2019, foram apenas 18 denúncias.

Fazendo uma curta comparação, em todo o Estado do Amazonas, até outubro deste ano, foram registrados 629 casos de estelionato virtual, o que é considerado um número gradativo no aumento de casos.

“Am registra aumento de crimes cibernéticos e especialista alerta para medidas de segurança” (RIO MAR 103,5 FM, 2022)

Com a lei sancionada em maio deste ano, a tendencia é que as punições sejam aplicadas de forma mais severa. Atualmente, em Manaus, quem é responsável por investigar esses crimes, é a delegacia especializada em repressão aos crimes cibernéticos que fica dentro da Delegacia Geral, no bairro Dom Pedro zona centro-oeste de Manaus.

Saber aproveitar a mídia também é uma forma de prevenir o próximo, por isso você tem que comunicar imediatamente, nos seus grupos, que você passou a ser vítima de um golpe para que os seus contatos saibam e caso recebam alguma informação sua, já desconfiem. Em um segundo modo de prevenção, todo o sistema de mídia social já tem uma questão de denúncias, quando existe uma falsidade, alguém se passando pela pessoa. Essa denúncia é extremamente importante também para que a própria empresa já tenha noção do que está acontecendo. E, posteriormente, fazer um registro para consolidar essa informação, tendo também os dados de telefone, endereço, tudo o que consta.

É importante deixar claro que por ser em um mundo “virtual”, tudo é “permitido”. Apesar de todos os meios de prevenção, qualquer pessoa está sujeita a ser vítima deste tipo de crime. Em casos como esse, é importante que haja sempre políticas de prevenção anual, além de denunciar os casos para as autoridades competentes.

5. DAS JURISPRUDENCIAS ACERCA DO ESTELIONATO VIRTUAL

O STJ tem várias decisões, em vários sentidos a respeito de crimes de estelionato virtual. A 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negou o pedido de habeas corpus impetrado em apoio a um homem acusado de lavagem de dinheiro e participação em organização criminosa que teria usado a loja online 123 Importados para vender produtos eletrônicos e eletrodomésticos não entregues.

Com ênfase na prisão preventiva, o STJ tem enfatizado o fato de entender que o habeas corpus não pode substituir a medida cautelar formulada legalmente, a menos que o código impugnado estabeleça manifesta violação da lei. (**HC 535.063**)

De acordo com a denúncia, o grupo de fraudadores atraiu muitos interessados ao divulgar lojas virtuais ao vivo na televisão e na internet e oferecer produtos a preços bem abaixo do praticado no mercado. A promotoria alegou que os réus ainda estavam usando outra empresa para lavagem de dinheiro.

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DO RECURSO PRÓPRIO.
INADMISSIBILIDADE. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. ESTELIONATO E
LAVAGEM DE DINHEIRO. PRISÃO PREVENTIVA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.

AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. ELEMENTOS SUFICIENTES PARA DAR INÍCIO À PERSECUÇÃO PENAL. WRITNÃO CONHECIDO. 1. Esta Corte - HC 535.063, Terceira Seção, Rel. Ministro Sebastião Reis Junior, julgado em 10/6/2020 - e o Supremo Tribunal Federal - AgRg no HC 180.365, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 27/3/2020; AgRg no HC 147.210, Segunda Turma, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 30/10/2018 -, pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado. 2. Sobre a prisão preventiva do paciente, tem-se que a questão não foi analisada no acórdão impugnado, pois ressaltou a Corte estadual que a pretensão foi discutida em outros três habeas corpus anteriores. 3. A denúncia está amparada em extensa investigação, com colheita de elementos probatórios via quebra de sigilos, que indicam o recebimento pelo paciente de altas quantias de empresa, por meio da qual a organização criminosa aplicava estelionato contra consumidores. Por isso, não se acolhe o pedido de trancamento do feito por ausência de justa causa. 4. A tarefa de realizar aprofundado exame da matéria fático-probatória é reservada ao Juízo processante, que, após a detida análise, julgará a procedência ou não da acusação proposta. Naquele momento poderá a defesa apresentar a discussão ora proposta, a respeito da ausência de nexos causal entre as condutas do paciente e as práticas das infrações. Precedentes. 5. A alegação de que não há nexos causal entre os elementos angariados no inquérito policial e a denúncia oferecida não caracteriza quebra da cadeia de custódia, cuja configuração pressupõe irregularidades no procedimento de colheita e conservação da prova. 6. Habeas corpus não conhecido.

O relator concluiu que não houve infração à lei que justificasse a expedição do pedido, e lembrou que a suspensão de ação penal por meio de habeas corpus, em razão da falta de justa causa, é medida excepcional, cabível apenas quando houver inequívoca comprovação da atipicidade da conduta ou da ausência de indícios de autoria.

6 CONCLUSÃO

A sociedade introduziu novos papéis interativos online, pois os humanos sempre precisaram de interação social. Essas ferramentas estão presentes na vida de muitos brasileiros, e a facilidade de acesso ou o grande número de usuários atestam que esse ambiente digital também se tornou uma oportunidade para atividades criminosas.

Diante disso, observa-se que a criação de perfil falso em rede social nem sempre é considerada crime, pois o real objetivo necessário é obter algo dessa conduta, pois muitas vezes a pessoa busca ocultar a sua identidade para iniciar uma conversa com outros usuários ou

simplesmente anotar as figuras públicas. E quando tal comportamento é descrito como fraude de identidade, a ofensa geralmente se torna um crime mais sério.

Analisando as doutrinas e inovações introduzidas pela Lei nº 1.155/2021, que acrescentou parágrafos do artigo 171 do Código Penal e estabeleceu determinadas regras de competência, foi possível fazer um panorama do crime de estelionato. Mostrou-se que a prática do estelionato virtual tem se mostrado bastante difundida e o número de vítimas aumentou exponencialmente devido à pandemia de Covid-19 que ocorreu nos últimos dois anos. Portanto, as mudanças introduzidas pelas leis anteriores são muito importantes na luta contra o cibercrime.

No entanto, dificuldades significativas na identificação de criminosos indicam que o Brasil ainda precisa alterar sua legislação para combater esses crimes. Isso mostra que, apesar das reformas legislativas mencionadas neste artigo, a investigação dos crimes cibernéticos no país não tem produzido resultados efetivos e claros.

Por fim, podemos observar que a legislação brasileira melhorou na categorização dos crimes cibernéticos, mas as penas ainda são relativamente leves e as regulamentações devem ajudar a reduzir os crimes cibernéticos. Para isso, o Estado deve adotar novos métodos de pesquisa e aprimorar os meios digitais e técnicos à disposição das autoridades.

7 REFERÊNCIAS

ANDREUCCI. Ricardo Antonio. Manual de Direito Penal. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BEZERRA, Yuri. AM registra aumento de crimes cibernéticos e especialista alerta para medidas de segurança. Rádio Rio Mar, 2022. Disponível em: <https://radioriomarfm.com.br/amazonas-registra-aumento-de-crimes-ciberneticos/#:~:text=Dados%20da%20Secretaria%20de%20Seguran%C3%A7a,neste%20ano%2C%20j%C3%A1%20s%C3%A3o%20629.>

BRASIL. Decreto Lei n. 2.848 (1940). Código Penal Brasileiro. Brasília, DF: Senado, 1940.

BITENCOURT. Cezar Roberto. Penal Comentado. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ESTEFAM. André. Direito penal: parte especial. v. II. 6. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 579.

DA REDAÇÃO, Delegacia registra aumento de 216% em crimes de estelionato pela internet em Manaus. Amazonas atual, 2020. Disponível em: <https://amazonasatual.com.br/delegacia-registra-aumento-de-216-em-crimes-de-estelionato-pela-internet-em-manaus/>

GONÇALVES. Victor Eduardo Rios. Direito penal esquematizado: parte especial do Código Penal. - 8. ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

JESUS. Damásio de; MILAGRE, José Antônio. Manual de crimes informáticos. São Paulo: Saraiva, 2016.

MATSUYAMA. Keniche Guimarães; LIMA. João Ademar de Andrade. Crimes Cibernéticos: atipicidade dos delitos. 2016.

RIBEIRO. Eliete da Silva. Crime de Estelionato – Uma análise da evolução sob a égide da impunidade na cidade de Manaus. 2019.

ROSSINI. Augusto Eduardo de Souza. Informática, telemática e direito penal. São Paulo: Memória Jurídica, 2004.

SPAGNOL. Antonio Sergio. Sociologia jurídica. São Paulo: Saraiva, 2013.

DO DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA PROTETIVA DE URGÊNCIA E O RESGUARDO DAS MULHERES VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

MARIA TERESA SILVA PINHEIRO:

Graduanda em Direito pelo Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA.

DHANDARA CHRISTINY VELOSO ABTIBOL ⁶⁹

(coautora)

VERÔNICA ACIOLY DE VASCONCELOS ⁷⁰

(orientador)

RESUMO: O trabalho apresentado a seguir tem como principal objetivo discorrer sobre os impactos trazidos após a alteração introduzida na Lei Maria da Penha, pela Lei 13.641/2018, na Lei 11.340/2006, implementando o primeiro tipo incriminador que é o Artigo 24-A. No que concerne ao bem jurídico tutelado, uma vez expedida a medida protetiva de urgência, o seu eventual não cumprimento fere, primeiramente, a Administração da Justiça, pois as medidas que devem ser cumpridas emanam de decisões judiciais, e, de forma subsidiária, a mulher. Vale ressaltar que o consentimento da vítima não afasta a punibilidade e, conseqüentemente, não garante a absolvição do acusado, validando ainda mais a eficácia das medidas descritas na Lei Maria da Penha. Esse trabalho busca analisar, primeiramente, os impactos da tipificação do descumprimento de medida protetiva como um novo tipo penal, quais as intenções por parte do legislador e os efeitos jurídicos que já se podem observar.

Palavras-chave: Descumprimento. Medida Protetiva. Reflexos Jurídicos. Direito Penal Simbólico.

Sumário: 1. Introdução; 2. Medidas Protetivas De Urgência; 2.1 Conceito; 2.2 Natureza Jurídica; 2.3. Espécies De Medida Protetiva; 2.3.1 Medidas Que Obrigam O Agressor; 2.3.2 Medidas Que Tutelam A Integridade Da Vítima; 2. Descumprimento De Medida Protetiva De Urgência Antes Da Vigência Da Lei N° 11.641/181; 2.1 Crime De Desobediência; 2.2 Descumprimento De Medidas Protetivas – Artigo 24 –A; 2.3 Bem Jurídico Tutelado¹⁸; 2.4 Tipo Objetivo E Subjetivo; 2.5 Ação Penal; 3. Descumprimento De Medida Protetiva Como Meio Simbólico Do Legislador; 3.1 Instituto Penalizador; 3.2 Registros Do Crime De Descumprimento De Medida Protetiva; Conclusão; Referências.

⁶⁹ Graduanda em Direito pelo Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA.

⁷⁰ Professora do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA. Doutora em Direito pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

1 INTRODUÇÃO

A pesquisa desenvolvida possui como tema a criminalização do descumprimento de medida protetiva de urgência, fruto de uma alteração da Lei nº 13.641/2018, introduzida na Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha).

Dessa forma, uma vez ocorrendo qualquer tipo de desacato no que confere na legislação constitucional e especial em relação aos direitos de proteção a mulher, como é o caso de violência doméstica e familiar, é imprescindível a atuação do Estado, que deve intervir de forma direta na conduta praticada pelo sujeito, fazendo valer as sanções que estão previstas no combate à violência de gênero.

No contexto de violência doméstica, questiona-se: quais são os principais impactos que podem ser identificados com a influência do descumprimento de medida protetiva de urgência?

Com base na problemática do ato de descumprir, que, anteriormente, não tinha previsão legal como crime, objetiva-se demonstrar as mudanças trazidas após a implementação do art. 24 - A da Lei 13.340/06 (LMP), em contexto geral, para a nossa sociedade, já que o nosso cotidiano vem se mostrando em um estado constante de mudança.

Observa-se que a Lei 13.641/2018 provoca grandes divergências por parte dos doutrinadores e tribunais acerca da sua aplicação, porém, pode-se afirmar que, após a sua tipificação, muitos desses discursos caíram por terra tendo o seu tipo penal em lei.

Especificadamente principal objetivo é discorrer sobre alguns impactos trazidos após à alteração introduzida na Lei Maria da Penha pela Lei 13.641/2018, que traz mudanças significativas em relação ao descumprimento de medida protetiva de urgência, na qual apresenta a previsibilidade de um novo tipo penal que criminaliza as ações de descumprimento de medida protetiva.

Dentro desse trabalho também será abordada a temática do bem jurídico tutelado que é a Administração da Justiça, órgão responsável por expedir decisões judiciais, o não cumprimento das medidas protetivas de urgência age primeiramente contra a Administração da Justiça e de forma subsidiária contra a mulher, uma vez que as medidas que devem ser cumpridas emanam de decisões judiciais, dessa forma o consentimento da vítima não afasta a punibilidade e, conseqüentemente, não garante a absolvição do acusado.

Para tanto, será realizado um estudo bibliográfico, partindo de um método narrativo dedutivo, em razão dos fundamentos que foram levados em consideração até chegar à criação de legislações específicas que tratam da proteção da mulher em situação de violência doméstica. A análise partirá da trajetória da violência doméstica até a promulgação da Lei nº 13.340/06 (Lei Maria

da Pena), abordando o tema de medidas protetivas e como elas são enquadradas nos sujeitos, tomando como marco teórico deste trabalho o crime de descumprimento de medida protetiva desde o crime de desobediência até as características do crime em seus aspectos objetivos e subjetivos.

O Descumprimento de Medida protetiva é um tema de bastante relevância, não só como uma inovação para o ordenamento jurídico, por ser a sua fonte, mas, sim por sempre buscar e clamar por uma sociedade justa para todos, sem discriminação de gênero, objetivando coibir a violência doméstica e familiar, criando mecanismos que visem trazer segurança jurídica.

2 MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA

2.1 Conceito

Segundo Ávila (2019), o objetivo central das medidas protetivas, presentes na Lei Maria da Pena, busca conceder proteção para as mulheres, não se enquadrando como instrumento de punição para o agressor. As denominadas medidas protetivas de urgência são vistas como um rol de medidas de natureza positiva.

As denominadas medidas protetivas de urgência estão enquadradas dentro de uma corrente que não está inserida em uma natureza acadêmica, mas que apresenta vários reflexos jurídicos. Para Dias (2013) se a medida for de natureza criminal se dará dentro do procedimento criminal ao passo que se a medida for de natureza civil o procedimento será cível, fora dessa linha, existem aqueles que veem as medidas como algo acessório e que perduram somente enquanto durar o processo civil ou criminal.

Contudo, Lima (2011) assegura que essa discussão não possui fundamentos, pois as medidas protetivas são instrumentos para resguardar os direitos fundamentais da vítima que sofre de violência doméstica, e não para garantir processos. De acordo com o autor, a Lei Maria da Pena é segura em afirmar que as medidas protetivas servem para trazer proteção para a ofendida e devem ser aplicadas sempre que o caso concreto insultar a segurança da vítima. Dessa forma, conclui o entendimento que as medidas protetivas possuem natureza cautelar, uma vez que tem como objetivo assegurar os direitos fundamentais.

2.2 Natureza Jurídica

Há uma discussão doutrinária acerca da natureza jurídica das medidas protetivas, sobre isso, Bianchini (2011, p. 241) afirma que “as medidas protetivas da Lei Maria da Pena possuem natureza jurídica distinta das cautelares do CPP”, pois essas buscam assegurar os direitos que as mulheres possuem dentro da Lei Maria da Pena. Assim como também existem conflitos entre correntes que entendem que essas medidas são de natureza cível e autônomas das medidas protetivas, ou uma espécie de cautelar criminal, sustenta-se nesse trabalho que a natureza das medidas protetivas que estão elencadas no artigo 22 da Lei Maria da Pena possuem natureza cível, muito embora tenha espelho nas cautelares criminais.

Ávila (2019) conclui que as medidas protetivas de urgência são claramente cíveis, pois uma vez reconhecido o direito fundamental, que é a vida das mulheres, e levando em consideração que nem todas essas medidas refletem em natureza penal, determina-se que a abrangência de tutela civil é maior que a de penal, mas não é um fator determinante, pois muito embora exista essa balança que pende mais para o lado cível, as medidas protetivas não são cautelares civis ou criminais e, sim inibitórias ou reintegratórias de conteúdo satisfativo.

Essa ideia de natureza cível se funda a partir do direcionamento de que essas medidas são solicitadas por mulheres vítimas de violência doméstica, e pelo fato do descumprimento dessas medidas ser causa para que seja decretada a prisão preventiva do agressor. Dessa forma, percebe-se o fato de que, ocorrendo a prisão preventiva, em face do descumprimento de medida, não é uma característica suficiente para que elas sejam transformadas em cautelares criminais.

As medidas protetivas de urgência podem ser de natureza substitutivas ou cumulativas em qualquer que seja o tempo, e o magistrado poderá autorizar a concessão de novas medidas protetivas de urgência, ou fazer uma revisão daquelas que já foram concedidas, quando houver requerimento por parte do Ministério Público ou a pedido da vítima, procedimento que ocorre de forma célere e é inseto de burocracia, uma vez que busca urgência quanto ao resultado da solicitação.

Segundo o autor Greco Filho (1989), a medida cautelar é uma precaução jurídica e voltada para proteger um bem jurídico tutelado dentro do processo, e, dessa forma, o procedimento cautelar se enquadra dentro de uma relação jurídica que, uma vez instaurado, serve para que as medidas cautelares sejam concedidas.

As medidas protetivas de urgência não possuem um prazo de duração estabelecido, porém, essa ausência de definição é motivo para alguns preconceitos, pois existem doutrinadores que entendem que as medidas protetivas possuem duração até o término do processo, porém, outros entendem que as medidas protetivas duram com ou sem processo criminal, pois o prazo delas perdura enquanto for necessária a proteção à mulher (BELLOQUE, 2011).

Tal ideia reflete a redação do artigo 4º da Lei nº 3.689/41, combinado com o artigo 19, §3º, também do CPP, que entende que se deve manter a medida enquanto a vítima estiver em situação de risco.

A real pretensão das medidas protetivas é um mero requerimento da vítima, em que não são exigidas determinadas formalidades, porém, isso não significa que não se precisem demonstrar pressupostos de admissibilidade.

Assim menciona Theodoro Júnior (1998, p. 73):

Para a tutela cautelar, portanto, basta “a provável existência de um direito” a ser tutelado no processo principal. E nisto consistiria o *fumus boni juris*, isto é, “no juízo de probabilidade e verossimilhança do direito cautelar a ser

acertado e o provável perigo em face do dano ao possível direito pedido no processo principal.

Dessa maneira, os artigos 22 e 23 da Lei Maria da Penha preveem medidas que são voltadas para a proteção da mulher e que possuem natureza cautelar inibitória, o que deseja assegurar é a integridade da vítima.

2.3 Espécies de Medida Protetiva

O rol de medidas protetivas encontra-se no artigo 22 da Lei Maria da Penha, e lá são estabelecidas três espécies de medidas, sendo esse rol considerado meramente exemplificativo, ou seja, dando abertura para que o juiz possa determinar outros tipos de medidas, e tal afirmação é considerada a partir do §1 do artigo 22.

A Lei 11.340/2006 tipificou, nos artigos 22 ao 24, as medidas protetivas, por onde distingue as que são direcionadas para o agressor (artigo 22), as elencadas em favor da vítima (artigo 23) e as que possuem intuito de resguardar os bens patrimoniais da vítima (artigo 24). Todas possuem o objetivo de prevenir contra atos ilícitos de violência doméstica ou do eventual dano que venha resultar de tais condutas, e, em razão disso, podem ser solicitadas a qualquer tempo, basta a vítima achar que está sendo violada sua segurança ou integridade.

Segundo Dias (2013), ainda existem outros tipos de medidas protetivas que beneficiam a vítima que não estão presentes no artigo 22 ao 24 da Lei Maria da Penha, e um deles é o que prevê o artigo 9, §1 da mesma lei, que é o de incluir a vítima em programas de assistência ou de intimar pessoalmente está para que esteja ciente do andamento dos autos processuais.

2.3.1 Medidas que obrigam o Agressor

Essa primeira modalidade de medida foi criada de acordo com as constantes atitudes, condutas e comportamentos usadas pelo agressor para criar obstáculos que dificultavam a vítima de poder se defender. Dessa maneira, entende-se que essas medidas se caracterizam como uma forma de proteção às integridades material, moral, física e psíquica da mulher.

A primeira medida adotada é a de restrição quanto ao uso de arma de fogo de forma restrita ou até mesmo suspensa, essa medida foi criada com o intuito de não facilitar que o agressor use a arma de fogo para intimidar a vítima.

A segunda medida aborda o afastamento do lar, local em que convive ou residência da vítima, e busca resguardá-la sobre possível ato de submissão do agressor, caso continue sob o mesmo teto da ofendida. Destaca-se nessa medida que ela não se enquadra apenas para os casados, mas, também para aqueles que possuem união estável ou qualquer relação que faça com que eles estejam no mesmo lar.

A última espécie se refere à proibição de determinadas condutas, e a primeira delas é quanto à aproximação do agressor da vítima e de seus familiares, sendo necessário que o juiz determine uma média de distância, olhando para a realidade essa é considerada a medida mais adotada. Assim, Mello e Paiva (2019) são claros ao não tratar tais medidas como constrangimento ilegal ao direito de ir e vir do agressor. Pois na realidade, deve-se considerar que a liberdade de locomoção encontra limite no direito do outro à integridade física, moral e psíquica, com vistas a garantir, no caso mais extremo, o direito à vida.

A próxima que aduz o inciso III do artigo 22 da Lei Maria da Penha é quanto ao distanciamento dos familiares e testemunhas da ofendida, possuindo o intuito de garantir a segurança das demais pessoas que estejam envolvidas e evitando que haja entre estas a comunicação.

A terceira medida imposta pelo inciso III é parecida com a primeira, porém, nesta o legislador proíbe o agressor de frequentar determinados lugares, sendo um tanto menos abrangente do que a primeira porque serão estabelecidos e listado quais os lugares que o agressor deverá frequentar, em especial aqueles que a vítima mais frequenta.

Quanto a essa medida, os doutrinadores Mello e Paiva (2019) acreditam que possuem pouca possibilidade, aconselhando, assim, ao juiz que seria mais viável que este tome o partido de proibir que o agressor deixe de frequentar a rua que a ofendida mora ou até mesmo o próprio quarteirão.

A quarta medida se refere a visitas aos filhos menores, sendo considerada como a menos deferida pelos juizados, pois aqui entra não apenas a questão entre o casal, mas que envolve os dependentes. Para isso, o legislador recomenda que seja realizado um atendimento de caráter multidisciplinar com o menor.

Essa medida apenas é adotada quando os menores acabam presenciando as agressões, ou sendo vítimas quando o agressor se utiliza do menor para poder intimidar a genitora. Nesses casos, cerca de metade dos agressores de mulheres também agride fisicamente crianças, utilizando-se também de atos de violência psicológica. A aproximação dos filhos é por vezes abusivamente utilizada como instrumento para a vigilância e controle das atividades das mulheres (ÁVILA, 2019).

A última medida estabelecida no artigo 22 é quanto à prestação de alimentos provisórios ou provisionais, essa possibilita está ligada à subsistência da vítima, onde, em parte dos casos, esta fica submetida economicamente ao agressor, e isso o impede de denunciar as agressões.

2.3.2 Medidas que tutelam a integridade da vítima

Esse rol está disciplinado no artigo 23 da Lei Maria da Penha, estão intimamente relacionadas às integridades física e psicológica da vítima.

Tanto a vítima como os seus dependentes, uma vez prejudicados em razão das agressões do acusado, são direcionados aos programas de atendimento e de proteção que possuem o intuito de proporcionar segurança física, como também de um tratamento psicológico adequado.

Outra medida de suma importância para a vítima é o afastamento do lar, bem parecida com a medida elencada no inciso II do artigo 22, e ambas possuem o mesmo fim, porém, nessa ocasião, é por decisão da própria vítima se afastar do lar que convivia com o agressor.

A célebre doutrinadora Dias (2015) esclarece a tendência em considerar que a separação de corpos tem eficácia meramente jurídica, pois desconstituiria o vínculo jurídico entre agressor e ofendida. No entanto, o afastamento temporário de um dos cônjuges da morada do casal tem eficácia material, representando a separação de fato, e por isso, com força a coibir atos de violência.

E, por fim, se destaca a possibilidade da vítima de colocar seus dependentes menores para estudar em locais próximos de sua residência. Esse rol é meramente exemplificativo, portanto, abre-se a possibilidade para que sejam decretadas novas medidas que visam essa proteção para a mulher.

3 DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA PROTETIVA DE URGÊNCIA ANTES DA VIGENCIA DA LEI Nº 11.641/18

3.1 Crime de Desobediência

Anteriormente à tipificação do crime de descumprimento de medida protetiva, aplicava-se o crime de desobediência, tipificado no art. 330 do Código Penal, antes de 2018. Pois era considerado como o instrumento hábil para o enquadramento das condutas dos agentes que descumpriram ordem judicial. Bem como a expedição da medida protetiva por ser ordem judicial acabaria por culminar em crime pelo seu não cumprimento. Onde o agressor ao descumprir medida protetiva estaria incorrendo em mais um crime. Entretanto, com o nascimento do Crime de Descumprimento de medida, onde já tem a sua força própria e sua sanção específica.

Após o Superior Tribunal de Justiça (STJ) firmar entendimento de que o crime de desobediência se caracteriza como subsidiário, restando configurado apenas quando desrespeitada ordem judicial for ausente de uma sanção em específico ou se não houver expressamente ressalvas quanto à cumulação com o Código de Processo Penal (BRASIL, 1941).

Com isso, o entendimento foi firmado acerca da “atipicidade” em imputar o crime de desobediência ao descumprimento de medida protetiva, visto que a Lei Maria da Penha já possuía sanção específica, o que, segundo o entendimento majoritário dos Tribunais, apenas era cabível o crime de desobediência em relação à Lei Maria da Penha não era cabível pois na própria lei prever sanção específica.

Contudo, considerando que na Lei 11.340/2006 existem medidas protetivas próprias, e a devida cominação prevista especificadamente no artigo 313, III do Código de Processo Penal,

assegura-se que o descumprimento de medida protetiva não configura crime de desobediência. (BRASIL, 2006)

Os Tribunais Superiores, em especial a 6ª turma do Tribunal Superior de Justiça (STJ) em decisão do HC nº 338.613, do Relator, o Ministro Antônio Saldanha Palheiro, publicado no dia 19/12/2017 se manifestou através de jurisprudência sobre o referido tema, alegando que o descumprimento de medidas protetivas não configura crime de desobediência, uma vez que essa conduta já tem previsibilidade processual.

De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o crime de desobediência apenas se configura quando, desrespeitada ordem judicial, não existir previsão de outra sanção em lei específica, ressalvada a previsão expressa de cumulação. Precedentes. A Lei n. 11.340/2006 prevê consequências jurídicas próprias e suficientes a coibir o descumprimento das medidas protetivas, não havendo ressalva expressa no sentido da aplicação cumulativa do art. 330 do Código Penal, situação que evidência, na espécie, a atipicidade da conduta.

O artigo 20 da Lei Maria da Penha, que discorre sobre a possibilidade de prisão preventiva em qualquer fase do inquérito policial ou instrução criminal, prevê a possibilidade do juiz, por requerimento do Ministério Público, ou da vítima, ou de ofício, decretar a prisão preventiva do agressor, além de aplicação de multa diária em casos de descumprimento de medidas protetivas, redação prevista no artigo 22, §4º da Lei Maria da Penha.

Assim, caso seja decretada a prisão preventiva ou a multa, não poderá incidir caracterizado o crime de desobediência, previsto no artigo 359 da Lei nº 3.689/41, pois resta configurada uma cumulação de sanções: de um lado de natureza penal e de outro a natureza administrativa, obedecendo a regra do princípio da intervenção mínima (BRASIL, 1941).

Entretanto, essa posição do Superior Tribunal de Justiça foi totalmente incompatível com os objetivos que a Lei Maria da Penha possui, sendo o principal deles a necessidade de criar mecanismos que tratem de coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Sendo assim, percebendo que havia uma ausência de penalidade mais rigorosa diante de casos de descumprimento de medida protetiva de urgência, foi tipificada a Lei 13.641 de 2018 (BRASIL, 2018).

Dessa maneira, pode-se afirmar que a implementação do artigo 24 - A na Lei Maria da Penha vai de total encontro com o que menciona a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), pois, antes de sua tipificação, o entendimento era de que em casos de descumprimento de medida protetiva, não se configurava crime de desobediência (CUNHA, 2018).

Para o Relator Jesuíno Rissato, no Acórdão nº 1139501, quanto a essa discussão entre predominância ou não do crime de desobediência em face do descumprimento de medida protetiva, entende-se que o descumprimento de medida protetiva era caracterizado como crime de desobediência, previsto no artigo 330 do 'Código de Processo Penal, por não existir um tipo normativo incriminador na Lei Maria da Penha. Porém, em razão da pacificação do Superior Tribunal de Justiça (STJ) em entender sobre a atipicidade da conduta, por entender que existe sanções específicas de natureza civil, processual e administrativa.

De acordo com os moldes da Lei 11.340/2006, existem decisões acerca do tema que podem ser decretadas pelo juiz da vara cível. Consoante o § 1º do art. 24-A, a natureza da competência do juiz que decretou as medidas protetivas, não interessa para configurar o crime de desobediência, ou seja, comete o crime o agente que descumpra uma medida protetiva decretada no bojo de um procedimento civil tanto quanto se descumpra uma medida resultante de um procedimento criminal (CUNHA, 2018).

Isso porque, não seria razoável desprestigiar uma medida protetiva apenas por não ter sido decretada por um juiz criminal.

A doutrina predominante atualmente é de que não resta caracterizado crime de desobediência por descumprimento de medida protetiva de urgência que foi decretada por decisões judiciais antes de entrar em vigor a Lei 13.641/18, que alterou a Lei Maria da Penha com a implementação do artigo 24-A, uma vez que disciplina especificadamente as consequências do descumprimento (BRASIL, 2018).

3.2 Descumprimento de Medidas Protetivas – Artigo 24 -A

A Lei Maria da Penha, segundo Calazans e Cortes (2011), representa um dos mais emblemáticos e interessantes exemplos do aperfeiçoamento da democracia, pois consiste na reunião e na participação ativa de organizações não Governamentais Femininas, Secretaria de Polícia para Mulheres, academia e operadores do direito e do Congresso Nacional.

Primeiramente, é de suma importância para entender o que seja "descumprir", compreender a que veio esse novo instituto e todo o seu contexto por trás da violência de gênero. Segundo o art. 5º da Lei 11.340/06, está centralizado em um conceito e os aspectos de vulnerabilidade da violência de gênero.

No entanto, um conceito ainda restrito o Legislador adotou também como um referencial a Convenção Internacional para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher, mais conhecida como Convenção de Belém do Pará, que diz em seu art. 1º: "entender-se-á por violência contra a mulher qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública quanto privada" (BRASIL, 1996).

Em 04 de março de 2018, entra em vigor a segunda alteração da 13.340/06, na qual introduz o art. 24-A, assim, criando o tipo penal. Segundo Ávila (2019), a proposta do projeto foi apresentada em 2015 pela Coordenação Nacional da Campanha Compromisso e Atitude, juntamente à Secretaria de Políticas as Mulheres. O presente esforço é resultado da cooperação entre o Poder Judiciário, Ministério Público, a Defensoria e o Governo Federal, objetivando a aplicação efetiva da Lei Maria da Penha.

Toda uma articulação entre organizações que combatem a violência contra a mulher, em prol de seja encaminhada a Secretaria da Mulher da Câmara dos Deputados. Observando todo o contexto em que nasceu a presente lei, mostra-se um grande esforço de todos os envolvidos para que ela nascesse. O forte argumento da fraqueza Legislativa, pelos inúmeros casos de reincidência na quebra das protetivas já aplicadas ao agressor.

A Lei 13.641, publicada em 3 de abril de 2018, alterou a Lei 11.340 de 2006 (LMP) e tipificou o crime de descumprimento de medida protetiva, reflexo do Projeto de Lei nº 173/2015, através da implementação do artigo 24-A. Destaca-se que o primeiro tipo incriminador dessa lei é um crime de natureza dolosa, e a sua prática pode ocorrer tanto de forma comissiva como omissiva, se tratando de uma ação pública incondicionada e tendo como bem jurídico tutelado a própria administração pública.

A Lei que prevê que a implementação desse artigo na lei possui a finalidade de amenizar as controvérsias que existem dentro do ordenamento jurídico sobre a atipicidade do descumprimento de medida protetiva, ofertando maior segurança para a vítima e possibilitando uma sanção mais rigorosa para o agressor.

Porém, essa nova modalidade de crime só será aplicada para os fatos que ocorreram após a data de sua tipificação, bem como foi regulamentada a concessão de medida protetiva de urgência de natureza cível, independente se o processo for ou não criminal.

No que tange a aplicação do artigo 24-A, pois segundo um dos fundamentos usados para a não aplicação do crime de desobediência é justamente o respeito ao princípio da intervenção mínima do direito penal, dando ênfase para que o Estado não extrapole os seus limites quando for interferir na vida dos sujeitos, impondo restrições e regras que retiram a autonomia das pessoas e fazendo com que a lei penal não seja aplicada de forma imediata para qualquer e toda conduta mas, que certa conduta também não deixe de ser considerada ilegal.

Uma vez descumpridas as medidas protetivas de urgência proferidas pelo juiz cível (Juizado de Família ou Juizado de Violência Contra Mulher), o caso será decretado prisão em flagrante do agressor, importante lembrar que o delegado pode arbitrar a fiança em casos de crimes de violência doméstica contra mulher, mas somente o juiz no crime de descumprimento poderá conceder (AMARAL, 2018).

Considera-se que o artigo 24-A visa trazer um fomento para o princípio da legalidade e clarear supostas dúvidas no que tange a tipicidade e enquadramento do crime, fazendo com que seja assegurada a atuação do Estado e ensejando a redução das impunidades, uma vez que é crescente o número de casos de descumprimento de medida protetiva (BIANCHINNI, 2018).

É importante destacar que esse novo crime foi abarcado por dois princípios basilares, o da lesividade e o da ofensividade, dessa maneira, se não houver descumprimento de medida protetiva, não resta configurado crime, mas, por outro lado, essa consideração não deverá ser levada em todos os casos, pois os casos evidentes de desobediência, como o de ingressar na casa da vítima sem permissão, são claramente um ato de descumprimento.

Trata-se de um crime de natureza própria, podendo ser cometido apenas por aqueles que sofrem restrição em respeito a medida protetiva imposta. Dessa forma, é importante mencionar que, muito embora o crime de descumprimento de medida imponha uma pena inferior a 4 (quatro) anos, o delegado não poderá autorizar a concessão de pagamento de fiança, sendo essa competência de exclusividade do juiz.

Ademais, cumpre salientar que independente da concessão de medida protetiva ter sido imposta por juiz civil ou criminal, é necessário que o agressor seja intimidado sobre as medidas protetivas, portanto não basta apenas a decretação, é necessário que haja a comunicabilidade.

Cabe ressaltar que, antes da alteração, os policiais militares, nos casos de flagrantes, não poderiam agir de forma imediata, podendo tomar as providencias somente quando a mulher viesse a sofrer uma nova ameaça, porque um único descumprimento não configurava descumprimento, a partir da nova tipificação é assegurada a possibilidade da prisão em flagrante em casos de descumprimento de medida protetiva de ordem judicial sem que haja pratica de outros crimes em conjunto, como é o caso de buscar os filhos na escola mesmo que esteja vigente a suspensão de visitas.

Assim, após a vigência da Lei 13.641/2018, para que haja descumprimento, não é necessário que tenha ocorrido um novo cenário de violência, basta que seja desrespeitada a ordem judicial concedida, e resta caracterizado o crime e, conseqüentemente as medidas cabíveis (BRASIL, 2018).

Atualmente, o Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher é o órgão responsável para realizar o processamento de descumprimento de medida protetiva, pois a ideia do legislador não foi de criar uma lei autônoma, mas, sim, alterar a Lei Maria da Penha com a Lei 13.641/2018. Portanto, caso as condutas do agressor venham a descumprir ordem judicial de medida protetiva, cabe ao magistrado agravar a medida ou decretar a prisão preventiva.

Bem como o art. 14 da Lei 13.340/06 fala da competência dos Juizados de Violência Doméstica contra a Mulher, estes por serem Órgãos da Justiça ordinária, possuem competência cível e criminal. No entanto, existe uma grande discussão doutrinária a respeito da natureza jurídica, tendo em vista os dois lados, sendo este de natureza cautelar satisfativa e cíveis, como a prestação de alimento, e as criminais, como a determinação da prisão preventiva. Sobre esse tema, o Fórum Nacional de Juízes e Juízas de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher, disse:

ENUCIADO 48: A Competência para processar e julgar o crime de descumprimento de medida protetiva de urgência prevista no art. 24-A da Lei Maria da Penha é dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher e, onde não houver, das Varas Criminais com competência cumulativa para processar e julgar as causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Essa criminalização não garante que seja assegurada a criação de políticas públicas e muito menos de instrumentos que monitoram as medidas protetivas de urgência, uma vez que meios de cunho punitivo não são capazes de solucionar problemas que já partem de uma seara cultural e patriarcal que ainda se faz presente na sociedade, o intuito foi implementar no ordenamento jurídico de proteção à mulher, o primeiro tipo incriminador, que é o artigo 24-A, com o intuito de garantir uma possível segurança para a vítima.

Dentre as medidas protetivas de urgência, existe um rol que se divide em dois tipos quanto a sua espécie: “as medidas protetivas que obrigam o agressor” elencada no art. 22, e as “medidas protetivas que protegem a Ofendida” elencadas no art. 23, ambas com o intuito de resguardar as vítimas, assim, adequando cada medida ao número máximo de situações a qual se encontrar, pois o cenário de violência pode estar presente de várias formas.

3.3 Bem jurídico tutelado

O bem jurídico tutelado e regulamentado pela norma é a administração da justiça, visto que tem a pretensão de assegurar a autoridade das normas expedidas pelo Poder Judiciário. Assim, de maneira imediata, também busca assegurar a integridade da vítima de acordo com o tipo de violência sofrida ou medida protetiva descumprida, já que tem o dever de medida protetiva.

Observado isso, ressalta-se que há entendimentos de que o mero consentimento da vítima, permitindo a aproximação do agressor, direta ou indiretamente, seria motivo para que fosse revogada a culpabilidade do agressor, a resposta é negativa. Portanto, essa conduta da vítima não afasta a culpabilidade do agressor quando houver decisão judicial que deferiu medidas protetivas.

Constata-se, então, que, se o bem jurídico tutelado de forma primária é a própria administração da justiça, logo percebe-se que, ao permitir que o agressor tenha qualquer tipo de aproximação, primeiramente quem será afetado é a decisão judicial e, em segundo plano, a vítima de violência doméstica, assim o consentimento da vítima não afasta a culpabilidade do agente.

Nesse sentido, é possível dizer que, por se tratar de verdadeira espécie de crime de desobediência, o bem jurídico tutelado diretamente pelo art. 24-A é a Administração da Justiça, em especial o interesse do Estado no cumprimento das medidas protetivas de urgência. Não deixando de se considerar que o delito tutela a própria mulher vítima dessa violência de gênero. Afinal,

também possui interesse no cumprimento das medidas protetivas de urgência que foram impostas de modo a garantir sua proteção (LIMA, 2011).

Pois, segundo o entendimento da maioria dos tribunais dos estados, é que muito a vítima tenha consentido que o agressor permaneça na residência enquanto já possui medidas protetivas de urgência deferidas, não afasta a punibilidade da decisão judicial. Pode-se confirmar a devida afirmação, a partir da decisão no Acórdão 1245366, julgado em 23/04/2020, que possuía como Relator Roberval Casemiro Belinati da 2ª Turma Criminal.

(...) b) capacidade para consentir (compreensão do consentimento); e c) disponibilidade do bem jurídico exposto a perigo de lesão (...) E, evidenciados os requisitos, verifica-se, de início, que o bem jurídico tutelado pelo crime do artigo 24-A da Lei nº 11.340/2006 é indisponível, uma vez que se refere, primeiramente, à Administração da Justiça, e apenas secundariamente à proteção da vítima.

Dessa maneira, resta caracterizado que é indisponível o bem jurídico tutelado, a regra é que as medidas protetivas devem ser cumpridas em todas as ocasiões por se tratar de decisão judicial, mas o consentimento, em especial, não é causa de absolvição por se tratar de algo secundário quanto à vítima.

3.4 Tipo objetivo e subjetivo

Na tipologia trazida da lei, tem-se no núcleo do tipo os verbos “deixar de cumprir, contrair, infringir, transgredir”, assim tem-se uma conduta que poderá ser praticada de forma omissiva, como deixar de pagar alimentos provisórios imputados a favor da vítima, ou comissiva, ao exemplo do agressor se aproximar da vítima à distância fora do permitido, atuando o agente de forma expressa para a caracterização da conduta típica.

O artigo 24-A explana expressamente que o crime ocorre quando for descumprida a medida protetiva, na qual descreve qual é a medida protetiva de urgência. Com entendimento, observa-se que somente as medidas protetivas fixadas pela autoridade judicial estarão passíveis de descumprimento, nos termos do art. 24- A na Lei 11.340/06, onde no artigo está elencado um rol de autoridades que podem expedir as medidas protetivas (BRASIL, 2006).

No que tange ao bem jurídico tutelado nos moldes do artigo 24-A, é notório que, primeiramente, haja um respeito quanto à ordem judicial, onde enseja como sujeito ativo apenas o sujeito quem sofre a restrição penal e como sujeito passivo, a própria Administração da Justiça, que de forma secundária, influencia na proteção da mulher que se encontra em estado de violência doméstica (CABETTE; NETO, 2018).

Tratando-se de crime de natureza dolosa, ou seja, a vontade do agente em contrair a conduta dolosa faz obviamente que, para isso, o sujeito tem o dever de estar ciente da existência da decisão judicial que lhe é imputada mediante conduta comissiva. Para tanto, não se caracterizam situações geradas por condutas culposas não fazendo parte do tipo penal do crime de descumprimento de medida protetiva.

3.5 Ação Penal

Diante da tipificação do presente crime, passou a admitir a prisão em flagrante dos sujeitos que estiverem violando a decisão judicial que concedeu a medida de urgência, segundo o art. 24-A. Mesmo se tratando uma medida que não se espera que seja tão habitual, tendo em vista a força da norma já imposta, é possível uma ação imediata das autoridades policiais, após a provocação perante a conduta do tipo penal.

O artigo 24-A, parágrafo 2º da Lei 11.340/06, dispõe que, após ser comunicada a autoridade judicial, apenas ela poderá conceder fiança, usando como regra geral o art. 322 do Código de Processo Penal, sendo possível que a autoridade policial conceda fiança nos crimes que não tenham pena maior que 4 (quatro) anos. Mesmo havendo a regra geral do art. 322 do CPP e estando como pena máxima no crime de descumprimento 2 (dois) anos, somente o juiz poderá conceder a fiança. (BRASIL, 2006)

Segundo a Súmula 536 do STJ, "A suspensão condicional do processo e a transação penal não se aplicam na hipótese de delitos sujeitos ao rito da Lei Maria da Penha". Ou seja, mesmo que o agressor cumpra as sanções impostas pelo Juiz, este não deixará de responder, nem mesmo será extinta a sua punibilidade.

Observa-se mais uma vez o caráter protecionista, na qual cerca e obtém mecanismos diferenciados para que a norma seja sempre mais cogente, buscando a segurança e guarda das vítimas. O art. 24 - A, §1º da lei 11.340/06 traz que, independentemente do juiz que proferiu a medida, não interferindo ser de natureza cível ou penal será configurado o crime de descumprimento (BRASIL, 2006).

4 DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA PROTETIVA COMO MEIO SIMBOLICO DO LEGISLADOR

A Lei tem o papel essencial de regular a vida em sociedade, no entanto, mediante o crescimento e reincidência de problemáticas sociais, com medidas elevadas até mesmo com a criação de novos tipos penais. A Lei Maria da Penha é fruto de um cenário histórico da violência de gênero, diante disso, a evolução histórica vem se amoldando ao crescimento social e à justiça, onde devem buscar a sua adequação com finalidade de vincular o sistema da justiça com a Lei Maria da Penha.

Anteriormente à inserção do artigo 24-A pela Lei 13.641/2018, tinha-se no ordenamento, como infração, o crime de desobediência tipificado no art. 330 do Código Penal. Pois como sujeito passivo o Estado, já que o que está sendo descumprida é a ordem judicial e não propriamente uma violência doméstica. Desde logo uma crítica ao tipo penal por não propriamente a caracterização da violência de gênero, mesmo sendo fruto de tal medida.

A presente Lei é resultado da articulação entre o Poder Judiciário, Defensoria Pública, Ministério Público, com proposta existente desde 2015. Dentre muitas críticas e ataques para sua

aprovação tendo em vista um pedido de clamor feio pelo Poder Judiciário, com uma série de críticas feitas sobre a atipicidade de conduta, principalmente com a aplicação de dispositivos do Código Penal, para aplicação de multa e prisão preventiva.

Visto como uma espécie de limitação na proteção das vítimas, ao ser inserido o novo tipo penal, a autoridade policial poderia agir com segurança legal. Ocorre que a criminalização do descumprimento possibilita que as autoridades policiais tenham uma autonomia maior, como atuação em flagrante sobre qualquer descumprimento de ordem judicial, representando uma maior agilidade em coibir e prevenir a atuação de agressores.

A grande questão em torno de toda problemática atrás da expedição de norma mais rígida, a busca muitas vezes incessante pela efetivação da aplicação da Lei Maria Da Penha. Afinal é um conjunto, pois não só medidas mais rígidas para apenar iram completar esse conjunto de colher a vítima, educar e o agressor.

4.1 Instituto Penalizador

Dentre toda a temática e o conjunto no qual se englobam as Medidas Protetivas de Urgência, o Legislador, em um contexto geral, busca, ao que se vê uma rigidez maior para aqueles que descumprem decisões judiciais, visando a tutela das vítimas. Em observância ao que diz a nossa Constituição Federal em seu art. 226, §8, é dever do Estado criar mecanismos para conter a violência no âmbito de suas relações (BRASIL, 1988).

A penalidade descrita no artigo 24-A gerou bastante discussões por ser um crime com pena de até 2 (dois) anos com alegações que recairiam sobre a Lei 9.099/95 – Lei dos Juizados Especiais, visto que a presente lei traz a previsão dos crimes com pena abstrata de até 2 (dois) anos onde as infrações consideradas de menor potencial ofensivo, a Lei de Descumprimento de Medida Protetiva.

Pois o rito dos juizados especiais é mais benéfico ao acusado, sendo mais simples, por buscar a reparação a vítima e aplicação de penas menos severas. Assim o que diz o art. 62 da Lei 9.099/95:

Art. 62. O processo perante o Juizado Especial orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, objetivando, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade (BRASIL, 1995).

Tais fundamentos com o crime ser contra a Administração Pública, por estar como sujeito passivo da demanda, no entanto existe uma incompatibilidade entre as práticas da conjuntura da violência doméstica com os procedimentos adotados pelos Juizados Especiais. Deste modo, a ótica da presente lei é uma garantia e, querendo ou não, um novo mecanismo para barrar o avanço da

reincidência em casos já existentes, podendo-se dizer usar como um freio a uma progressão da prática criminal.

Visto que a busca pela proteção da vítima é um fim e não só a um meio ao que se propõe, visando uma efetivação das decisões emanadas que objetivam a sua tutela integral, é perfeitamente possível a aplicação da medida mais restrita, por ter como base o Princípio da Especialidade Penal, no qual diz havendo norma especial, retira a aplicação a lei geral.

Assim passo a observar que no seio de uma relação abusiva e violenta, onde o agressor está munido por se achar sempre em superioridade com relação a vítima. Já com medidas protetivas proferidas e não sendo obedecidas, o agressor continua com as mesmas condutas a fim de descumpri-las. Partindo disso no artigo 24 - A, §2º nos fala da prisão em flagrante na qual só poderá ser concedida fiança por autoridade judicial.

Ocorre que, em muitos casos a prisão preventiva se faz necessária em caráter de urgência, amparada pelo artigo 313, III do Código de Processo Penal e na própria Lei Maria da Penha em seu artigo 20. No entanto, a legislação é específica, e fundamentos que justifiquem tal medida no artigo 312 do CPP, a nova redação com o advento da Lei 13.964/2018 reforça a interpretação e força da Lei Maria da Penha.

Partindo disso, com o surgimento de críticas à finalidade do crime de descumprimento como um instituto de penalizar, já que a Legislação vem reforçando veemente a decretação de prisão e tal medida vem se mostrando ainda incapaz de reduzir índices altos presentes em nosso país. Contudo [contudo] as vítimas em casos singulares que as vítimas continuem com o convívio direto com o agressor em constante ciclo de agressão, um novo tipo sanaria o descumprimento de medida de urgência.

4.2 Registros do Crime de Descumprimento de Medida Protetiva

É sabido que a intenção de implementar o primeiro tipo incriminador em casos de descumprimento de medida protetiva foi para tentar inibir a transgressão do crime para eventos mais danosos, assim foi constatado que o número de prisões aumentou a partir do ano de 2019, ou seja, logo após a implantação do artigo 24-A na Lei Maria da Penha.

No ano de 2019, um ano após a tipificação do crime, foi visto que as prisões por crime de descumprimento de medidas protetivas bateram o recorde, e que, de acordo com a polícia civil da DECCM (Delegacia Especializada em Crimes Contra a Mulher), pelo menos 276 homens foram presos por descumprimento de medida protetiva, um aumento proporcional de 11% em relação ao ano de 2018.

No tocante às medidas protetivas de urgência, que são outro ponto muito importante sobre esse trabalho, é necessário explicar os motivos que levam o seu deferimento e indeferimento, e

que certamente é motivo de dúvidas, de acordo com uma pesquisa realizada no Distrito Federal, juntamente com as 20 (vinte) Varas Judiciais de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher dentro do Distrito Federal no ano de 2019 é importante salientar que foi nesse ano que as medidas protetivas passaram a tramitar de forma eletrônica, trazendo uma facilidade para o manuseio nos autos dos processos, foi analisado 1.216 (um mil e duzentos e dezesseis) processos que equivalem a pelo menos 12,5% de medidas protetivas que foram solicitadas.

Em suma, é notório que não existe um padrão usado pelos magistrados para o deferimento dessas medidas, mas constatou-se que a maioria dos indeferimentos de medidas protetivas de urgência são por decorrência de insuficiência de provas, ausência de urgência, ausência de violência baseada no gênero e ausência de gravidade ou risco.

De acordo com Bianchini (2014), há uma ausência e fragilidade quanto à fiscalização e o monitoramento diante do cumprimento das medidas protetivas, ou seja, afirma não existir uma previsão legal para o monitoramento das medidas de "afastamento do lar", por exemplo. Assim, na falta de monitoramento, acaba criando-se brechas para o não cumprimento da ordem judicial. Dessa forma, a autora cita a ideia do monitoramento eletrônico, uma cautelar diversa da prisão.

5 CONCLUSÃO

A Lei 11.340/06 é o principal instrumento de proteção à mulher em situação de violência doméstica dentro do mundo jurídico, elencando uma série de procedimentos a serem adotados em prol da vítima de gênero feminino, que vão desde o registro do boletim de ocorrência até a restrição de liberdade do agressor.

Destaca-se que um dos principais mecanismos presentes na Lei Maria da Penha são as medidas protetivas de urgência com previsibilidade nos artigos 22 e 23, ~~em~~ que buscam imprimir uma efetiva proteção a mulher em situação de violência doméstica e familiar através de um meio protetorista, já que não possuem uma função condenatória e, sim, de garantia dos direitos fundamentais da mulher.

Dentro do ordenamento jurídico, existem três tipos de medidas protetivas de urgência em um rol meramente taxativo, sendo estas as que obrigam o agressor, as que garantem a integridade da vítima e as de caráter patrimonial. Em suma, não foi mencionado pela Lei se há um prazo de vigência, porém, é assegurado pela doutrina que estas irão perdurar enquanto forem suficientes para a garantia de proteção da mulher.

Quanto a natureza jurídica dessas medidas, existem inúmeros debates ~~acerca~~, em que muitas correntes acreditam que possuem natureza civil, outros natureza penal e há quem entenda que possuem caráter misto. Porém, a tese que se conclui é que as medidas protetivas de urgência não são cautelares ~~civis~~ ou criminais, e sim inibitórias ou reintegratórias, de conteúdo satisfativo.

Isso se confirma a partir do conceito de tutela inibitória, que é justamente a que pretende impedir que um ato ilícito continue, e esse é o principal intuito das medidas protetivas de urgência. Além disso, defende-se a ideia de medidas de cunho satisfatório, onde estas não dependem de formalidades.

Contudo, essas medidas, apesar de possuírem uma ideia de satisfação de que podem ser descumpridas, e uma vez ocorrendo o descumprimento antes do advento da Lei 13.641/2018 as condutas dos agressores eram submetidas ao crime de desobediência com previsibilidade nos artigos 330 e 359 do Código de Processo Penal.

Em 04 de abril de 2018, o crime de Descumprimento de Medida Protetiva de Urgência – Lei 13.641/18 que alterou a Lei Maria da Penha implementando o primeiro tipo incriminador que é o artigo 24 - A, com pena de detenção de 3 (três) meses a 2 (dois) anos.

Por se tratar de uma ação penal pública incondicionada, ou seja, que não depende de representação da vítima, sendo o Ministério Público o responsável pelo oferecimento denúncia e incumbido de remeter ao juiz para que este no prazo de 48 (quarenta e oito) horas decida pelo deferimento ou indeferimento da medida.

Quanto a isso, observa-se que ainda existem obscuridades quanto aos dados publicados em relação ao número de denúncias oferecidas pelo Ministério Público, esse órgão ministerial que, além de ser um fiscal da lei, é tido como um instrumento necessário de garantia do estado democrático de direito, e, também, é visto como uma instituição fechada, uma vez que não expõe para a sociedade os dados de um tema tão importante.

Conclui-se que, apesar da criminalização da conduta ser vista como necessária para cumprir um vácuo legislativo, ainda não é considerada um meio totalmente inibidor diante dos casos de descumprimento de medida protetiva, porque não se sabe ou tem conhecimento quanto ao número de denúncias ofertadas por parte do Ministério Público, sendo inviável a conclusão de que a lei está sendo ou não eficaz, tornando-se literalmente apenas um meio simbólico para o legislador.

Assim, conclui-se que, diante da ausência de dados por parte do Ministério Público quanto à publicação dos números de denúncias de um tema relevante e que merece ser tratado na íntegra, pois não se trata somente de decisões judiciais não respeitadas, mas de uma pessoa do gênero feminino que teve sua segurança ameaçada e em razão busca os órgãos competentes e aguarda por um amparo do Estado determinado na legislação.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Carlos Eduardo Rios do. Descumprir medidas protetivas agora é crime (notas sobre a Lei 13.641/2018). **Consultor Jurídico**, 06 abr. 2018. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-abr-06/carlos--descumprir-medidas-protetivas-agora-crime>. Acesso em: 10 out. 2022.

ÁVILA, Thiago Pierobom de. Medidas protetivas da lei maria da penha: Natureza Jurídica e Parâmetros Decisórios. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 157, 2019.

BIANCHINI, Alice. Impacto das mudanças na prisão preventiva, as demais medidas cautelares e a Lei Maria da Penha. In: GOMES, Luis Flávio; MARQUES, Ivan Luís (Org.). **Prisão e medidas cautelares: comentários à Lei n. 12.403**. 2 ed. São Paulo: RT, 2011.

BIANCHINI. **Lei Maria da Penha: Lei 11.340/06: aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BIANCHINI. O novo tipo penal de descumprimento de medida protetiva previsto na Lei 13.641/2018. **JusBrasil**, 2018. Disponível em: <https://professoraalice.jusbrasil.com.br/artigos/569740876/o-novo-tipo-penal-de-descumprimento-de-medidaprotetivaprevisto-na-lei-13641-2018>. Acesso em: 12 out. 2022.

BRASIL, **Decreto nº 1.973, de 1 de agosto de 1996**. Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher, Convenção de Belém do Para. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1973.htm. Acesso em: 07 out. 2022.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 12 out. 2022.

BRASIL. **Lei nº 11.340/06, de 07 de agosto de 2006**. Lei Maria da Penha. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm. Acesso em: 02 maio 2022.

BRASIL. **Lei nº 11.641/18 de 03 de abril de 2018**. Lei de Descumprimento de Medida Protetiva. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13641.htm. Acesso em: 02 maio 2022.

BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. **Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm. Acesso em: 12 out. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Súmula 536**. A suspensão condicional do processo e a transação penal não se aplicam em casos de Maria da Penha. Sessão Planaria de 10/06/2015. DJe 15/06/2015. Disponível em: <https://www.tjse.jus.br/portaldamulher/mulher/acervo-juridico/jurisprudencia/item/175-sumulas>. Acesso em: 09 out. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça Distrito Federal (3. Turma). **Acórdão 1139501/DF**. Violência doméstica, irrelevância crime de desobediência de medida protetiva, fato anterior à lei 13.641/2018,

atipicidade da conduta parcial provido. Recorrente: Ministério Público do Distrito Federal. Recorrido: Denilson Soares Lopes. Relator: Des. Waldir Leôncio Lopes Junior, 22 de novembro de 2018. Disponível em: <https://www.tjdf.jus.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia-em-temas/jurisprudencia-em-perguntas/direito-penal-e-processual-penal/lei-maria-da-penha/o-descumprimento-de-ordem-judicial-medida-protetiva-no-ambito-da-lei-maria-da-penha-caracteriza-crime-de-desobediencia>. Acesso em: 02 maio 2022.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. NETO, Francisco Sannini. **Descumprir medidas protetivas de urgência agora é crime.** 2018. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/51590/descumprir-medidas-protetivas-de-urgencia-agora-e-crime>. Acesso em: 13 de out. 2022

CALAZANS, Myllena; CORTES, Íáris. O processo de criação, aprovação e implementação da Lei Maria da Penha In: C. H (Org). **Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista.** Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2011.

CNJ. **Violência doméstica: Enunciados Fonavid** (Fórum Nacional de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher. Disponível em: <http://www.compromissoeatitude.org.br/enunciados-fonavid-forum-nacional-de-violencia-domestica-e-familiar-contra-a-mulher/>. Acesso em: 02 maio 2022.

CUNHA, Rogerio Sanches. **Descumprir medidas protetivas de urgência agora é crime.** Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2018/04/11/descumprir-medidasprotetivas-de-urgencia-agora-e-crime/>. Acesso em 07 de out. 2022.

CUNHA, Rogerio Sanches. **Lei 13.641/18:** Tipifica o crime de desobediência a medidas protetivas. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2018/04/04/lei-13-64118-tipifica-ocrime-de-desobediencia-medidas-protetivas>. Acesso em 07 de out. 2022.

DIAS, Maria Berenice. **Lei Maria da Penha:** a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** 8.ed. São Paulo: RT, 2011.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

LIMA, Fausto Rodrigues de. Dos procedimentos: artigos 13 a 17. In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). **Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MELLO, Adriana Ramos de; PAIVA, Livia de Meira Lima. **Lei maria da penha na prática.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. Disponível em:

<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/192884134/v1/page/RB-10.3>. Acesso em: 07 de out. 2022.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 11. ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2012.

THEODORO JR., Humberto. **Processo cautelar**. 17 ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1998.

O AUMENTO NO ÍNDICE DE CRIMES DE VIOLÊNCIA CONTRA IDOSO NA PANDEMIA DE COVID.

JOÃO PAULO BRASIL DA NATIVIDADE:

Graduando em Direito pelo Centro
Universitário Fаметro.

RESUMO: O presente artigo versa sobre como a violência contra pessoa idosa é considerada um problema de saúde pública de difícil administração, por acontecer, principalmente, no ambiente familiar do idoso. O trabalho em questão tem como relevância social e acadêmica propor um levantamento a respeito dos números de casos e denúncias de violência contra os idosos, que durante o ano de 2020 disparou em mais de 50% devido a pandemia do COVID-19. Demonstra questões sociais das quais pouco se fala. Aponta os principais conceitos, como o de saber quem é a pessoa idosa segundo as leis. Apresenta a vulnerabilidade do idoso durante a Pandemia do COVID-19. Levanta iniciativas, que se apagam pela falta de reconhecimento e fortalecimento de vínculos com a pessoa idosa e seus familiares. Descreve os direitos e a garantia da rede de proteção à pessoa idosa. Estuda as estratégias de enfrentamento da doença com objetivo de combater a violência contra idoso. Por este motivo, apresenta uma metodologia de pesquisa baseadas em estudos de periódicos, bibliografias, doutrinas e jurisprudências com objetivo de alcançar respostas rápidas e eficazes para o trabalho.

Palavras-chave: Violência. Idoso. Índice. Covid-19.

ABSTRACT: This paper deals with how violence against the elderly is considered a public health problem that is difficult to manage, because it happens mainly in the family environment of the elderly. The work in question has social and academic relevance in proposing a survey of the number of cases and reports of violence against the elderly, which during the year 2020 increased by more than 50% due to the COVID-19 pandemic. It demonstrates social issues about which little is said. It points out the main concepts, such as knowing who the elderly person is according to the laws. It presents the vulnerability of the elderly during the COVID-19 Pandemic. It raises initiatives, which are extinguished by the lack of recognition and strengthening of bonds with the elderly and their families. Describes the rights and the guarantee of the protection network for the elderly. It studies coping strategies with the objective of combating violence against the elderly. For this reason, it presents a research methodology based on studies of periodicals, bibliographies, doctrines and jurisprudences with the objective of reaching quick and effective answers for the work.

KEYWORDS: Violence. Elderly. Index. Covid-19.

1 INTRODUÇÃO

O estudo das populações, conhecido como demografia global, vem mudando. Com o passar dos anos o número de idosos vem aumentando gradativamente, e atualmente 962 milhões de pessoas com 60 anos ou mais, esse número deverá dobrar até 2050 e triplicar até 2100. Com a

população idosa crescendo a violência também aumentou entre esse grupo, pois tornam-se mais vulneráveis e dependentes de outras pessoas, seja para as atividades básicas da vida diária, seja por dependência econômica ou psicológica, principalmente quando estão associadas ao comprometimento cognitivo ou às limitações do próprio envelhecimento normal, reduzindo as defesas e oportunidades de abusadores a agir.

O envelhecimento é um fenômeno global com graves consequências não só para a saúde, mas também para o meio social e econômico. Acredita-se que pesquisas sobre esse tema, principalmente no campo do direito, podem contribuir para o desenvolvimento de políticas adequadas ao atendimento desse segmento da população. Deve-se notar que são necessárias políticas fortes para lidar com os efeitos do envelhecimento na saúde, sociais e econômicos, de modo que a legislação existente se aplica.

Segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS), a violência é definida como o uso da força ou força para ameaçar a si mesmo, outros indivíduos, grupos ou a sociedade, podendo resultar em sofrimento, morte, danos psicológicos, atraso no desenvolvimento ou privação física, mental, sexual, financeira, negligência, abandono ou negligência pessoal.

A violência contra idosos, por outro lado, é um problema complexo de saúde pública, pois ocorre comumente em asilos e, infelizmente, ainda está presente na sociedade em que vivemos.

Em geral, o abuso do idoso refere-se a qualquer ato ou omissão, único ou repetido, malicioso ou imprudente, que cause danos e sofrimento desnecessários e afete a qualidade de vida do idoso. Familiares ou pessoas que tenham um relacionamento forte com o idoso (como cuidador) podem praticá-lo em casa ou fora dela.

Portanto, mais atenção deve ser dada às medidas para coibir essa violência, como denúncias aos familiares e parentes desses idosos, endurecimento de penas e divulgação na mídia. Logo, o objetivo deste estudo foi analisar o desenvolvimento/aumento da violência entre idosos no Brasil durante a pandemia de COVID-19, agregar as pesquisas realizadas e publicadas e apontar possíveis estratégias de combate e conscientização para esta questão da violência.

2 DO CONCEITO DE IDOSO

Segundo a Lei 10.741/2003 de 1º de outubro de 2003, conhecido como Estatuto do Idoso, considera-se pessoa idosa toda aquela com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos de idade. Sendo este um conceito dado também pela Organização Mundial da Saúde (OMS) e pela Política Nacional do Idoso, instituída pela Lei Federal de nº 8.842/1994.

A Constituição Federal Brasileira traz alguns de seus artigos tratativas acerca dos idosos. Em seus artigos 229 e 230 há algumas de suas prevenções, dentre elas que os filhos maiores tem como dever ajudar e amparar seus pais na "velhice" (termo que deriva do latim, *vetulus*). No entanto, no §2º do artigo 230, garante gratuidade nos transportes coletivos urbanos apenas para os maiores de 65 (sessenta e cinco) anos, o que incorre divergência do que consta na redação da Política Nacional do Idoso e no Estatuto do Idoso.

Já o Código Civil não trata em seu rol do conceito de idoso, como afirma Moura (2016, s.p.):

O Código Civil Brasileiro não faz referência ao conceito de idoso. Limita-se a fornecer parâmetros para a definição dessa parte da população e orienta na determinação do ponto de partida do qual uma pessoa pode ser considerada civilmente idosa, deixando às leis especiais e demais documentos legais a incumbência de tal definição

A psicanalista Maria Aparecida Quesado Nicoletti afirma que o envelhecimento, A juventude, por exemplo, é um critério baseado em conceitos absolutos antes das análises necessárias para cada sujeito, pois a velhice - "faz parte da dimensão física do ciclo da vida, e no desenvolvimento biológico a velhice está 'consustanciada nos olhos que apresenta a um homem olhando no espelho", em contraste com o avanço da idade, que "assume uma sensação de velhice".

Larissa Tenfen Silva e Ana Paula de Oliveira Antunes, citam a sociologia de Reinaldo Dias, e apontam o envelhecimento como "[...] um 'processo que ocorre entre o nascimento e a morte, e o qual todos os seres vivos estão sujeitos.' Dessa forma, o envelhecer é visto como uma das etapas do processo de desenvolvimento humano que pode ser caracterizado pelo nascer, crescer, amadurecer, envelhecer e morrer".

A velhice é um direito natural inerente ao caráter de todo ser humano, dada a utilidade, fisiologia e reações naturais envolvidas no ser humano, logo que nasce com vida - que também é seu direito básico - inicia-se a velhice humana; Da infância à velhice, dia após dia, as pessoas estão envelhecendo.

Tipificado que idoso é o ser humano que completa 60 anos de idade, e que toda pessoa que se encontra nessa faixa etária tem direito a envelhecer – e envelhecer com dignidade –, verificar-se-á quais são os direitos do idoso, sobretudo os de convivência em família e, por extensão, em comunidade.

2.1 O que é o Estatuto do Idoso?

O Estatuto do Idoso, regido pela Lei Federal 10.741, de 01 de outubro de 2003, isto é, uma Lei Orgânica do Estado Brasileiro que tem como objetivo regulamentar os direitos assegurados às pessoas idosas, sendo estas consideradas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos que vivem no Brasil.

Para esclarecimento amplo, o Estatuto do Idoso é a fusão de todas as ações de várias entidades com o objetivo único de defender e gerir os direitos dos idosos, das quais se destaca a Associação Brasileira de Gerontologia, bem como o apoio a entidades ligadas a esta área da saúde e sociedade.

A Lei do Idoso reforça as responsabilidades do Estado e da sociedade, sendo que o cumprimento integral da Lei do Idoso inclui os seguintes direitos básicos: Proteger a Vida - promover um envelhecimento saudável e digno; Liberdade e respeito: tratamento sem privar o

idoso de seu direito à liberdade pessoal. Ele será livre para exercer seus papéis sociais, políticos e cívicos de forma independente; alimentação - em relação ao fornecimento de alimentação a idosos que não tenham condições de se sustentar; atividades educativas, culturais, desportivas e recreativas: os idosos também têm direito a oportunidades relevantes de exercício físico e mental; Atividades remuneradas - Outro ponto fulcral do regulamento é o desenvolvimento de iniciativas que promovam a integração ou retenção dos idosos no mercado de trabalho; previdência social — na atribuição de pensões e pensões deve ser dada prioridade à manutenção do valor real dos salários; Assistência social - A Lei de Bases da Assistência Social, em conjunto com a Portaria do SUS (Sistema Único de Saúde) e a Política Nacional do Idoso, visa dar o suporte necessário ao idoso; Habitação - Como qualquer outro cidadão, o idoso tem direito a uma habitação condigna, quer só ou com a sua família, quer em instituições de acolhimento cedidos por instituições públicas e privadas de média dimensão; transportes - transporte público gratuito para idosos com mais de 65 anos; Saúde - Por meio do SUS, todos os idosos devem ter acesso a serviços médicos integrais, gratuitos e de qualidade. Além disso, essas unidades são responsáveis por desenvolver protocolos de redução de risco em hospitais geriátricos.

Quando a Lei do Idoso foi aprovada, foi declarado que todos envelheceram. Diante do aumento da expectativa de vida, é natural que exista uma lei orgânica para os idosos.

Este documento é, antes de tudo, uma ferramenta indispensável para o monitoramento e defesa dos referidos direitos.

A Lei do Idoso representa um grande avanço na proteção legal de homens e mulheres com 60 (sessenta) anos ou mais. No entanto, cabe ressaltar que o interesse pelas informações também deve partir do próprio idoso e de seus familiares responsáveis.

2.1.1 Do conceito de violência

O conceito de violência é utilizado em contextos sociais. Segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS), a violência é definida como “o uso intencional da força ou força, real ou ameaçadora, que causa ou pode causar lesão, morte, dano moral, deficiência do desenvolvimento ou privação”.

Para Maura Regina (2016, p. 8) o conceito de violência é ambíguo, chegando a ser complexo e implicando em vários elementos, podendo ser natural ou artificial. O termo violência vem do latim, *violentia*, expressando o ato de violar outrem ou de se violar.

Mais do que ser definida por conceitos cristalizados, a violência adquire significados diversos, por isso devemos considerá-la em relação às práticas culturais. Uma vez que “todo objeto é correlato a uma prática” (Gonçalves, 2003, p. 48).

Nesse sentido, a violência pode ser definida de acordo com quem a sofre, dividida em áreas específicas, incluindo as relações interpessoais, quando outra pessoa agride, ou coletivamente, quando está diretamente ligada a um grupo social.

O conceito de violência está em constante evolução e tem várias interpretações. As definições de abuso são fundamentais para descrever, analisar e explicar o fenômeno do abuso e, com base nisso, começo minha definição de abuso de idosos.

2.1.2 Definição de Violência contra a pessoa idosa

A Organização Mundial da Saúde - OMS afirma que "a violência na pessoa idosa pode ser definida como um ou mais atos ou omissões que prejudiquem a segurança de uma pessoa dessa idade e a impeçam de funcionar na sociedade".

É definido como "Ato único repetido ou falta de comportamento apropriado". Nesse contexto, isso ocorre em qualquer relação em que haja um vínculo de confiança e cause sofrimento ao parceiro.

A violência contra pessoa idosa é praticada de diversas formas e atualmente é tipificada em "praticada por desconhecidos", "violência familiar", "negligência contra a pessoa idosa", "violência psicológica" e "violência física".

Vários fatores contribuem para a violência contra o idoso, entre eles a dependência econômica, a falta de apoio social, o medo de romper os laços familiares e a falta de acesso às políticas públicas.

A violência contra o idoso ocorre em grande parte sem que sejam tomadas ou conhecidas as medidas cabíveis. Até hoje, o assunto permanece um tabu, mas está claro que o abuso de idosos é um grave problema social e de saúde pública.

2.1.3 Da violência praticada por familiares

A violência apresenta-se mais visível em todos os países do mundo, principalmente nos países que estão em desenvolvimento, como é o caso do Brasil, pois à medida que o envelhecimento populacional se acentua em todo o mundo, as expressões da violência contra os idosos tornam-se mais evidentes, pois as pessoas denunciam com mais frequência, em razão da presença de um aparato legal, que embora seja frágil pode contribuir para coibir tais atos.

Nesse sentido, a natureza do ambiente familiar é ambígua, em que existem relações íntimas e afetivas, bem como relações conflituosas e abusivas. O lar deixa então de ser visto como um espaço de proteção e cuidado, que em muitos casos abriga condições opressivas, abusos físicos e psicológicos, criminalidade e falta de direitos individuais.

Daí, a violência familiar ser entendida como uma violência "calada", que muitas vezes é sofrida em silêncio, sendo praticada por filhos (as), netos (as), esposos (as), irmãos, conhecidos ou vizinhos que estejam próximos à vítima. De acordo com Faleiros (2007, p.40), implica na "[...] ruptura de um pacto de confiança, na negação do outro, podendo mesmo ser um revide ou troco. Alguns filhos pensam dar o troco de seu abandono ao entregar idosos em abrigos ou asilos e ao informarem endereços falaciosos para não serem contatados."

Quando se trata da violência familiar, deve-se considerar qualquer tipo de relação de abuso praticado no contexto particular da família contra qualquer um dos seus membros. Segundo o Ministério da Saúde (2001), a violência intrafamiliar é toda ação ou omissão que interfira no bem-estar, na integridade física, psicológica ou na liberdade e no direito ao desenvolvimento de outro membro da família. Pode ser perpetrada dentro ou fora do lar por algum membro da família, incluindo pessoas que passam a assumir a função parental, ainda que sem laços de consanguinidade, e em relação de poder à outra.

2.1.4 Da negligência contra pessoa idosa

A autora Minayo define a negligência contra a pessoa idosa como: "O mau-trato ao idoso é um ato (único ou repetido) ou omissão que lhe cause danos ou aflição e que se produz em qualquer relação na qual exista expectativa de confiança" (BRASIL, 2005, p.11).

A negligência caracteriza-se pelo fato de familiares e instituições não oferecerem cuidados básicos, inclusive para o desenvolvimento físico, emocional e social de pessoas com mais de 60 anos.

Os exemplos mais comuns são falta de medicamentos, falta de saneamento e cuidados e falta de proteção contra mudanças extremas de temperatura (frio e calor).

Vale ressaltar que o artigo 3º do Estatuto do Idoso dispõe que "É dever da família, da comunidade, da sociedade e do poder público assegurar ao idoso, prioritariamente, 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".

3. O DIA MUNDIAL DE CONSCIENTIZAÇÃO DA VIOLÊNCIA CONTRA A PESSOA IDOSA E SEU INTUITO DE CONSCIENTIZAÇÃO

Em 15 de junho de 2006 é celebrado o **Dia Mundial de Conscientização da Violência Contra a Pessoa Idosa**, data esta que faz parte das ações do *Junho Violeta*, e foi criado pela Organização das Nações Unidas (ONU) no ano de 2006, com o intuito de conscientizar e mobilizar a sociedade geral acerca dos cuidados com a pessoa idosa (60 anos ou mais).

Representa um dia do ano em que o mundo inteiro manifesta sua oposição aos abusos e sofrimentos infligidos a algumas de nossas gerações mais velhas.

Durante a data comemorativa celebrada pela Organização das Nações Unidas, em 2020, o secretário geral, afirmou:

A pandemia do COVID-19 está causando medo e sofrimento incalculáveis para as pessoas idosas em todo o mundo. Além de seu impacto imediato na saúde, a pandemia está colocando as pessoas mais velhas em maior risco de pobreza, discriminação e isolamento. É provável que tenha um impacto particularmente devastador sobre as pessoas idosas nos países em desenvolvimento. Os idosos têm os mesmos direitos à vida e à saúde que

todos os outros. As decisões difíceis em torno dos cuidados médicos que salvam vidas devem respeitar os direitos humanos e a dignidade de todos.

Com o surgimento da Pandemia da COVID-19, ocorreram 16.039 denúncias de maus tratos e violência contra a pessoa idosa, o que chega a ser um número assustador. Em 2020 o Disque 100 – serviço do Ministério da Mulher, Família e Direitos Humanos (MMFDH), indicou que, durante a pandemia, o número de violências registradas chegou há 25.533, ou seja, um aumento de 59% comparado ao ano de 2019.

No Brasil, o Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (MMFDH), lançou a Campanha Nacional de Enfrentamento à Violência contra a Pessoa Idosa, com objetivo é abordar medidas de prevenção e identificação de casos de violência, negligência e abuso contra a pessoa idosa. Lições e boas práticas serão compartilhadas com contribuições para as propostas de protocolos assistenciais.

4 DA VIOLÊNCIA CONTRA PESSOA IDOSA NA PANDEMIA

No início de março de 2020, a pandemia começou com o medo global de um vírus até então desconhecido. Distanciamento social e bloqueio de 15 dias em áreas não essenciais estão entre as primeiras medidas tomadas por governos de todo o mundo. Mas esses 15 dias se transformaram em meses à medida que o número de infecções aumentava, forçando muitas famílias a resgatar empresas populares. Para alguns, passar mais tempo com a família e os laços é uma válvula de escape que permite esquecer as ondas de problemas causadas pela pandemia.

Não há dúvida de que os idosos nesta época são os mais acometidos e apresentam a forma mais grave da doença. Além disso, o isolamento social como forma de prevenir a infecção viral é um ponto problemático que causa problemas sociais e solidão nos idosos.

A violência e os abusos contra idosos no Brasil aumentaram 59% durante a pandemia de Covid-19, com o maior número de registros entre março e junho chegando a quase 26.000 denúncias.

4.1 O isolamento e o abandono de idosos durante a pandemia

Segundo Claudia Mahler, especialista independente de direitos humanos designadas pelas Nações Unidas, relatórios alarmantes de lares de idosos em todo o mundo revelam que os lares de idosos estão abandonados, isolados e carecem de serviços adequados, incluindo serviços de saúde, sociais e jurídicos, como atendimento e serviços médicos gratuitos desde que sejam não apenas reduzidos, mas também interrompidos. Serviço Social. Proteção, como prestação de serviços à comunidade, e atividades esportivas gratuitas oferecidas pelo Centro de Convivência do Idosos.

É importante observar que, à medida que a demanda por cuidadores de idosos continua a aumentar, atenção está sendo dada à identificação de sinais de abuso de idosos e risco de angústia. Portanto, é necessário capacitar esses profissionais para que possam reconhecer situações potenciais.

Para que os mediadores desenvolvam estratégias que visem a redução da violência contra os idosos no contexto da pandemia, poderão surgir iniciativas de solicitação de financiamento para proteção dos direitos dos idosos para melhorar o seu ambiente de vida e fornecer apoio.

Do ponto de vista da comunidade, está em pauta a importância crítica das redes formais e informais de apoio aos idosos, incluindo associações dedicadas ao atendimento de idosos, delegacias de polícia dedicadas e vizinhos e comunidades que possam identificar situações de risco.

Ressalta-se que, mesmo com as ações informais e informais, é necessário que o governo, seja ele municipal, estadual ou federal, busquem realizar ações que combatam a violência contra idoso, principalmente nas políticas de enfrentamento a COVID-19 no Brasil.

Ressalte-se que a aliança dos três governos e a busca de parcerias entre outros setores tem sido fundamental para reduzir o número de ocorrências de violência contra a pessoa idosa, principalmente durante a pandemia.

Nesse contexto, pode-se destacar que, apesar do isolamento, alguns municípios já oferecem atendimento psicológico e terapêutico gratuito via internet, sendo uma importante opção para famílias e idosos.

É necessário, portanto, continuar a busca de estratégias, mesmo pessoais, para destacar as ações voltadas para a promoção da saúde física e mental, e fazer destas aliadas no cuidado do bem-estar do idoso, não apenas para os idosos, mas também para as suas famílias e entes queridos, o que também contribui para um ambiente familiar menos violento e mais saudável.

4.1.1 Da violência física, psicológica e financeira contra pessoa idosa

Detectar situações de violência nem sempre é uma tarefa fácil, por isso o fenômeno permanece disfarçado e escondido pelos protagonistas. No entanto, os profissionais de saúde têm a responsabilidade de desenvolver mecanismos para reconhecer a violência. O profissional deve estar ciente de que encontrará certos obstáculos em seu trabalho, mas deve reconhecê-los e superá-los. Eles podem vir de adultos mais velhos, famílias, cuidadores, profissionais ou até mesmo comunidades que não veem incidentes de abuso de idosos.

Os idosos são agredidos de diversas formas, e esses atos de violência são denominados de diversos tipos. No entanto, destacam-se dois tipos de violência, nomeadamente a violência física e a violência psicológica. A violência física caracteriza-se pelo uso da força física para forçar o idoso a fazer coisas que não quer, ou a fazê-las, ou para causar dor, incapacidade ou morte, e seus principais sinais incluem: ferimentos, cravos, queimaduras e cortes no corpo; feridas não tratadas; membros quebrados ou feridos; Deterioração das habilidades cognitivas e físicas.

Por outro lado, a violência psicológica coincide com a agressão verbal ou gestual, cujo objetivo é amedrontar ou humilhar uma pessoa, limitar sua liberdade ou separá-la do convívio social. A violência psicológica está associada a 85% das reivindicações dos idosos. Seus principais sinais são: comportamento incomum. Os idosos parecem temer seus cuidadores/não querem 'incomodá-los'. Os adultos mais velhos têm medo de coisas das quais não tinham medo antes; eles

não querem ficar sozinhos; pede para não sair após visitas regulares; pare de falar como antes; sinais de depressão, nervosismo e ansiedade; os idosos choram facilmente; não responda a perguntas ou dê explicações duvidosas sobre sua condição ou qualquer coisa que tenha acontecido com você; A visita é apenas para idosos

Por último, mas não menos importante, temos a violência econômica com justiça. É a violência que envolve danificar, perder, reduzir, destruir ou ficar com bens, documentos pessoais, ferramentas, bens e valores do assistido/vítima. Consiste no uso impróprio ou ilegal ou na apropriação indevida dos recursos financeiros e herdados de alguém.

Essa violência ocorre principalmente na família e mais frequentemente entre idosos, mulheres e deficientes. Proibição de idosos sem perda de autonomia e/ou independência. Seus principais sinais são: desaparecimento inexplicável de objetos de valor (jóias, obras de arte, objetos de família...); aquisição de ativos inexplicados ou inapropriados; doações pontuais e/ou contínuas para "causas sociais" ou caridade; adição inesperada de nomes a contas e cartões bancários de idosos; uso excessivo de empréstimos bancários; mudanças bruscas na vontade de viver do idoso; documentos em que seja falsificada a assinatura de pessoa idosa; aparecimento inexplicável de familiares/amigos distantes.

É importante esclarecer que a condenação de todas as formas de violência é responsabilidade de todos. A maior violência contra o idoso é a negligência.

5 AS AÇÕES DE PROMOÇÃO A SAÚDE MENTAL, FÍSICA E BEM-ESTAR DOS IDOSOS DURANTE A PANDEMIA DE COVID-19

De acordo com a Organização Mundial da Saúde (OMS), o Brasil é o país que apresenta maior prevalência de depressão na América Latina. É também o país mais ansioso do mundo. E, para profissionais da psiquiatria, a solidão é reconhecida como um gatilho - um impulsor - de transtornos de humor.

Diante de um cenário de pandemia, a comunidade médica teme que uma epidemia paralela afete a saúde mental da população brasileira. O aumento do sofrimento mental, dos sintomas mentais e dos transtornos de saúde mental é evidente já neste período marcado como o primeiro pico de casos. Para atender a alta demanda e ajudar os brasileiros a entenderem esse momento intenso, diversos psicólogos organizaram recepções virtuais. Iniciativas como Escuta 60+, Psicologia Viva e Telavita visam manter a saúde mental durante a pandemia.

5.1 Medidas de enfrentamento da violência contra o idoso

Existem várias medidas que podem ser adotadas para que sejam colocadas em ação no combate à violência contra o idoso. Dentre elas são realizadas propostas de ações em espaço cultural coletivo, espaço público, familiar e até institucional.

Na prática, há problemas com o estatuto do idoso, segundo o qual o Estado é generoso com o idoso. Eles são de uma classe diferente. A primeira e mais importante é a constatação de

que o envelhecimento é um fenômeno que veio para ficar e vai se acelerar nos próximos 50 anos no Brasil. Portanto, é necessário considerar a importância da contribuição do idoso em todos os setores públicos e privados e políticas especiais voltadas para o seu bem-estar, qualidade de vida, proteção e cuidado. Essa consciência deve crescer em toda a sociedade, mudando hábitos, costumes e hábitos, indicando mudanças culturais que requerem intervenção política e administrativa do Estado, da sociedade e dos próprios idosos para se acelerar. Suas iniciativas de sobrevivência incluem: mobilização da mídia nos níveis nacional, estadual e local sobre envelhecimento e estatutos do idoso; criar parcerias com a mídia para divulgação de políticas, planos de ação, seminários e outras iniciativas voltadas para a garantia dos direitos do idoso; Organização de fóruns em todas as unidades do Sindicato onde se discute o tema "envelhecimento e família".

Quando se trata de espaço público, todo idoso tem o direito de ir e vir. As suas medidas estratégicas incluem: campanhas de mobilização nacional sobre a situação especial do idoso, centradas nos condutores de viaturas públicas e privadas com direito de passagem; Instruções para as autarquias adaptarem os sinais e cruzamentos a pensar na segurança de todos, mas sobretudo dos idosos; Colaborar com empresas de transporte público para treinar e orientar motoristas e cobradores sobre os direitos, respeito e proteção dos idosos em seus veículos.

Por fim falaremos sobre família e espaço institucional. Nesse caso, o espaço familiar merece atenção como objeto sob vários aspectos: na perspectiva das mudanças culturais na atitude em relação ao idoso; preparar a casa para maior segurança; formação de cuidadores de idosos dependentes; sob proteção do Estado para famílias incapazes de cuidar de seus idosos. Suas atividades mais comuns são: Trabalhar com a mídia (imprensa, fala e televisão) para abordar questões relacionadas ao envelhecimento e o impacto desse processo nas famílias; Capacitar equipes de saúde da família e profissionais de saúde para orientar, apoiar e atender adequadamente as necessidades familiares decorrentes do envelhecimento; Adequação de habitação para idosos, sobretudo através da disponibilização de empréstimos bonificados para a realização dessas adaptações.

Já no caso do espaço institucional, abrange os serviços de saúde, de assistência social e previdência, de educação, de ciência e tecnologia e de atendimento de longa duração. No caso dos primeiros, é urgente a necessidade de adequação cultural, de formação e de equiparação dos espaços para servirem adequadamente os idosos. É necessária uma revolução em seu tratamento tradicional e impessoal. As suas medidas estratégicas de sobrevivência incluem: criar e reforçar uma rede de serviços de apoio às famílias com idosos a residir em casa.

Ainda que não seja suficiente, as medidas de combate à violência contra a terceira idade já trarão mudanças significativas nos principais pontos de enfrentamento ao idoso e darão a essa população uma resposta gradativa às suas necessidades e demandas. Acima de tudo, considera os atores sociais de sua faixa etária e o compromisso da sociedade, que promove o respeito à sabedoria e à experiência dos idosos, amplia seu patrimônio cultural, democrático e ético.

6 CONCLUSÃO

A violência contra os idosos fere gravemente seus direitos como cidadãos e é um retrocesso para a promoção dos direitos humanos no setor social. A violência doméstica é uma das mais incompatíveis com os princípios desses direitos.

A COVID-19 e o distanciamento social necessários à contenção da pandemia trouxeram à tona uma série de consequências negativas para os indivíduos e para a vida em sociedade, dentre elas o aumento das violências praticadas no domicílio. No contexto de uma pandemia ou mesmo fora dela, os idosos são um dos grupos mais vulneráveis ao problema por diversos motivos, entre os quais a comum discriminação social associada ao envelhecimento e a insuficiente proteção das políticas públicas para se protegerem. direitos ou a perda do poder de compra das famílias devido à crise econômica desencadeada pela pandemia. A maior dependência de terceiros para as suas atividades instrumentais e/ou essenciais da vida diária, as suas vulnerabilidades de saúde e bem-estar e o reduzido apoio social formal e informal devido ao isolamento social fazem deste grupo um alvo privilegiado. diversas formas de violência.

A dificuldade enfrentada por agressores graves em proteger as famílias dos agressores devido ao medo de processos judiciais, muitas vezes temendo represálias ou agravamento da convivência, atrasa a concretização de direitos protegidos pela legislação protegida. Além dessas dificuldades, principalmente os idosos desconhecem seus direitos, pois violar esses direitos (de todas as formas) é crime previsto na Lei do Idoso.

Portanto, além da contribuição da sociedade para esta questão, são necessárias políticas nacionais que assegurem que o Estado e a família desempenhem seu papel na proteção e cuidado dos idosos. Isso requer a participação desses três setores (Estado, família e sociedade) na proteção digna e saudável do idoso.

4 REFERÊNCIAS

ALVARES, A. M. Situação dos idosos fragilizados no domicílio Grupo de Ajuda mútua a familiares de idosos portadores da doença de Alzheimer.

BRASIL. Decreto nº. 1.948, de 3 de julho de 1996. Regulamenta a Lei 8.842, de 4 de janeiro de 1994, a qual dispõe sobre a Política Nacional do Idoso, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 4 jul. 1996. p. 12277.

BRASIL. Ministério da Saúde (MS). Painel de casos de doença pelo coronavírus 2019 (COVID-19) no Brasil pelo Ministério da Saúde Brasília: MS; 2020

BRASIL. Ministério da Saúde. Cartilha Combate Violência Pessoa Idosa. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. Brasília: Ministério da Saúde, 2020.

COSTA, L.; CHAVES, P.G.S. A vivência afetiva e a violência doméstica contra os idosos.

_____. Estatuto do idoso: Lei federal nº. 10.741, de 01 de outubro de 2003.

FREITAS. AVS, NORONHA. CV. Idosos em instituições de longa permanência: falando de cuidado. Interface (Botucatu) vol. 14, n. 33, pp. 359-369, 2010.

MAZZI C. Denúncias de violência contra idosos quintuplicaram-se durante a pandemia, apontam do Disque 100. O Globo 2020.

MARQUES. Monize. Juíza coordenadora da Central Judicial do Idoso de Taguatinga. Bolo de chocolate, vovó e agressões. Artigo TJDFT. 2020.

SANTOS, M. A. B.; MOREIRA, R. S.; FACCIO, P. S.; GOMES, G. C.; SILVA, V. L. Fatores associados à violência contra o idoso: uma revisão sistemática da literatura. Ciências e saúde coletiva, v. 25, n. 6, p. 2153-2175, 2020.

WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO). World report on violence and health. Geneva: WHO, 2002.

ANÁLISE DO REGIME LEGAL DA CONCORRÊNCIA SUCESSÓRIA DO CÔNJUGE SOBREVIVENTE E DESCENDENTES EM FACE DO REGIME DE BENS ADOTADO NO CASAMENTO

TADEU SIERPINSKI NETO:

Graduando do Curso de Direito do Centro Universitário Fametro.

RESUMO: O presente estudo busca apreender uma análise das alterações introduzidas no Direito das Sucessões, com os delineamentos básicos a respeito da sucessão geral, legítima, concorrência do cônjuge e regime legal de bens adotado no enlace matrimonial com sua natureza jurídica instituto do direito, a partir da análise de todas as possibilidades de sua aplicação jurídica. Destaca, ainda, as sensíveis mudanças relacionadas à ordem da vocação hereditária na sucessão legítima, as quais acabaram por valorizar o cônjuge, com a inclusão deste como herdeiro necessário, e desfavorecer o companheiro sobrevivente de união estável, que tem participação concorrente na herança apenas sobre certos bens. Valendo-se de discussões práticas, observou-se a aplicabilidade do usufruto também a direitos obrigacionais. Tal colocação, assim positivada no Código Civil, tem provocado limitações na vida prática. Conclui que tais questões, além de outras citadas, são merecedoras de aprofundado exame dos estudiosos, com vistas a eventual reforma, que promova os necessários acertos no texto do Código.

PALAVRAS-CHAVE: Sucessão legítima, Regime de bens, Concorrência, Cônjuge sobrevivente, Descendentes, Sucessão.

ABSTRACT: The present study seeks to apprehend an analysis of the changes introduced in the Law of Succession, with the basic outlines regarding the general, legitimate succession, concurrence of the spouse and the legal regime of goods adopted in the matrimonial bond with its legal nature of institute of law, from analysis of all the possibilities of its legal application. It also highlights the sensitive changes related to the order of hereditary vocation in the legitimate succession, which ended up valuing the spouse, with the inclusion of him as a necessary heir, and disfavoring the surviving partner of a stable union, who has a concurrent participation in the inheritance only over certain goods. Taking advantage of practical discussions, the applicability of usufruct to obligational rights was also observed. Such a position, thus affirmed in the Civil Code, has caused limitations in practical life. It concludes that such issues, in addition to others mentioned, are worthy of in-depth examination by scholars, with a view to an eventual reform, which promotes the necessary adjustments in the text of the Code.

KEYWORDS: Legitimate Succession, Property Regime, Competition, Surviving Spouse, Descendants, Succession.

1 INTRODUÇÃO

A vida em sociedade produz efeitos jurídicos, os quais, às vezes, são impensáveis e bastante complexos para as pessoas, de modo que, tais consequências podem ser engendradas v.g. a partir de um casal que decida manter um relacionamento ao longo de um tempo. Nesse contexto, apesar de este evento fazer parte da vida humana, surgem desdobramentos, os quais, necessariamente, decorrerão da incidência de normas legislativas, a depender do estágio em que se encontre o convívio e, portanto, haverá a transcendência do aspecto afetivo para a searapatrimonial tanto entre vivos quanto pós-morte.

O objetivo é o de compreender a hermenêutica das transformações oriundas do tema da concorrência sucessória do cônjuge, trazidas pela legislação, doutrinas e jurisprudências, para confrontar tais categorias, com ênfase nos impactos causados na divisão dos bens e nestas modalidades de famílias.

Cumprir trazer à baila a justificativa, de forma sucinta, que orientou a escolha pelo tema da sucessão, pois ele nos permite a organização e a divisão de bens iniciada com a ocorrência do fator morte e a vinculação ao conceito de regime de bens, o qual trata dos assuntos corriqueiros inerentes da convivência mútua entre pessoas e da possibilidade de prever os possíveis desdobramentos patrimoniais em vida e pós-morte. Dito de outra maneira, este ordenamento possibilita a escolha volitiva e a disposição dos bens materiais, de maneira que cada indivíduo possa optar por um regime que mais bem lhe atender. Entretanto, há uma discussão que impacta significativamente a sociedade no âmbito das relações, a saber: a equiparação do casamento e da união estável, questionada desde o advento do Código Civil de 2002 cujo entendimento adotado, majoritariamente, pelas doutrinas e pelos tribunais é oriundo de 2017, conferindo ao companheiro os mesmos efeitos patrimoniais atribuídos ao cônjuge anteriormente.

Destarte, procura-se compreender tal temática com fulcro em nossa Carta Magna, na arguição de seus princípios e delimitar temporalmente um estudo jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, afim de verificar os possíveis entendimentos e modificações diacronicamente.

2 SUCESSÃO EM GERAL

A sucessão que vem disciplinada no Livro V do Código Civil pressupõe, intrínseca e invariavelmente, a morte da pessoa natural. Quer se trate de morte real ou de morte presumida, por consequência normal e como decorrência do princípio da saisine, o patrimônio deixado pelo morto seguirá o destino que se estampa nas regras sucessórias do direito civil positivado. Art. 1.784 - Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários.

A sucessão considera-se aberta no instante mesmo ou no instante presumido da morte de alguém, fazendo nascer o direito hereditário e operando a substituição do falecido por seus sucessores a título universal nas relações jurídicas em que aquele figurava.

A morte é antecedente lógico, é pressuposto e causa. A transmissão é consequente, é efeito da morte. Por força de ficção legal, coincidem em termos cronológicos, presumindo a lei que o próprio *de cujus* investiu seus herdeiros no domínio e na posse indireta de seu patrimônio, porque este não pode restar acéfalo. Esta é a fórmula do que se convencionou denominar *droit de saisine*.

Segundo a norma, enfim, a herança transmite-se aos herdeiros legítimos e testamentários, o que é dizer que ela se transmite por meio do condomínio a todos aqueles que foram contemplados com a atribuição de uma quota parte ideal instituída pelo autor da herança por meio de testamento (herdeiro testamentário), ou aqueles que receberão a quota parte ideal determinada por lei (herdeiro legítimo).

Convém lembrar que o sucessor legítimo será, nessa condição, sempre herdeiro e nunca legatário. Esse princípio faz com que a ressalva final do atual art. 1.784 inclua na transmissão decorrente do princípio da saisine aqueles indivíduos que, beneficiados por testamento, o foram com quota parte ideal e nunca por meio de um bem especificado ou passível de especificação, uma vez que esta forma de disposição testamentária constitui legado e a aquisição do bem sucessível vem disciplinada pelas regras da sucessão testamentária.

No que se refere à abertura das sucessões, o art. 1784 do Código Civil diz que sendo *aberta a sucessão, a herança deve ser transmitida imediatamente para os herdeiros legítimos e testamentários*.

Por óbvio, a sucessão inicia-se caso haja uma morte real ou presumida. Havendo a morte, haverá herança, segundo o art. 1829 CC e deve ser transmitida da seguinte maneira:

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge; III - ao cônjuge sobrevivente;

IV - aos colaterais.

Na falta deles, a herança será recolhida pelo Município, Distrito Federal ou União (art. 1844 CC). Vejamos:

Art. 1.844. Não sobrevivendo cônjuge, ou companheiro, nem parente algum sucessível, ou tendo eles renunciado a herança, esta se devolve ao Município ou ao Distrito Federal, se localizada nas respectivas circunscrições, ou à União, quando situada em território federal.

No momento de transmissão da herança, em caso de comoriência, quer seja, a morte simultânea, onde por ventura duas ou mais pessoas incorram num sinitro fatal e não é sabido quem morreu primeiro, a abertura da sucessão e a transmissão da herança aos herdeiros ocorrerá em

num só momento. Entretanto, para que seja eficaz a sucessão, é necessário que o herdeiro aceite a herança ou negue-a.

2.1 Princípio de Saisine

O “droit de saisine”, como também é conhecido este princípio, surge como uma ferramenta que visa evitar que os bens fiquem sem titular, ou seja, trata-se de uma forma de proteção ao direito de propriedade.

Desse modo, era preciso uma forma de viabilizar a transferência dos direitos do falecido para que estes não se extinguissem juntamente com a morte dele, assim o princípio da saisine enquanto ficção jurídica se mostra a alternativa viável para a manutenção e exercício desses direitos.

Vale ressaltar, que embora a transferência seja imediata e simultânea à morte conforme foi amplamente abordado nos tópicos anteriores, os herdeiros somente ficarão na posse indireta desses bens, somente ocorrendo a posse direta com efetiva partilha do inventário.

2.2 Sucessão Legítima

O Código Civil Brasileiro de 2002 introduziu a concorrência do cônjuge do falecido com os descendentes na ordem de vocação hereditária, a redação do art. 1.829, inciso I, mostra a ordem a ser seguida:

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares.

Caracteriza-se como legítima a sucessão deferida pela lei através da ordem de vocação hereditária, a qual traduz-se pela escala de preferência dos herdeiros no chamamento à herança.

A referida sucessão terá lugar, via de regra, se o autor da herança falecer *ab intestato*, isto é, sem deixar por testamento suas declarações de última vontade. Não obstante isso, importa ressaltar que a sucessão legítima e testamentária também poderão existir de modo simultâneo. Isto ocorrerá, por exemplo, se o autor da herança dispuser em testamento de apenas uma parcela de seu patrimônio. Nesta hipótese, herdeiros legítimos e testamentários serão convocados para o recebimento de seus respectivos quinhões.

Embora esta seja a principal hipótese de cabimento da sucessão legítima, outras existem de modo a conferir a herança apenas aos herdeiros designados pela lei. Destarte, também caberá sucessão legítima em caso de caducidade, nulidade ou anulabilidade do testamento.

3 DO REGIME MATRIMONIAL DE BENS

O cônjuge sobrevivente encontra-se, por força desta listagem preferencial de chamamento, a herdar, em terceiro lugar, mas posiciona-se favorecido também nas duas primeiras e antecedentes classes, já que o novel legislador dispôs que ele concorre com aqueles primeiro chamados a herdar, isto é, os descendentes e os ascendentes.

A imissão do cônjuge nas classes anteriores à terceira, se faz de forma gradativa e proporcional à importância que o legislador empresta aos descendentes e aos ascendentes em relação ao apeço e carinho que o morto presumidamente guardaria para cada qual. Por isso é que a quota do cônjuge vai aumentando dependendo da classe em que se encontre, como se verá.

Por força do art. 1845 do novo Código Civil, o cônjuge sobrevivente - já se o mencionou, antes - passa à categoria de herdeiro necessário, tornando-se impossível ao cônjuge que primeiro falecer afastar o supérstite de sua sucessão, o que antes era possível pela simples facção de cédula testamentária que abrangesse todo o patrimônio do *de cujus*, inexistindo descendentes e ascendentes do testador. Tornar o sobrevivente herdeiro necessário da pessoa com quem conviveu e convivia até período próximo ao da morte deste é medida que se coaduna com a colocação daquele nas duas primeiras classes de vocação sucessória, em concorrência com descendentes e ascendentes. Com efeito, seria ilógico fazer do sobrevivente herdeiro preferencial, concorrente dos necessários e, ao mesmo tempo, negar-lhe tal condição. Daí a regra do art. 1845 referido.

Todavia, a aquisição de fração da herança pelo cônjuge supérstite depende da verificação de certos pressupostos que garantam, do ponto de vista social, a harmonia e a continuidade da vida em comum, como que a legitimar a presunção de que o cônjuge participou da construção do patrimônio familiar, "seja pela cooperação direta de trabalho, seja pela participação direta de apoio, de economias, da harmonia, e até de sacrifícios", apenas para ficarmos na enumeração expendida por Caio Mário da Silva Pereira, um dos maiores defensores do reconhecimento do cônjuge não só como herdeiro preferencial, mas também como herdeiro necessário.

O primeiro destes pressupostos exigidos pela lei é o do regime matrimonial de bens. Por isso o inciso I, do art. 1829, anteriormente reproduzido, faz depender a vocação do cônjuge supérstite do regime de bens escolhido pelo casal, quando de sua união, uma vez que o legislador enxerga nessa escolha uma demonstração prévia dos cônjuges no sentido de permitir não a confusão patrimonial e em que profundidade querem ver operada tal confusão. Assim, não será chamado a herdar o cônjuge sobrevivente se casado com o falecido pelo regime da comunhão universal de bens (arts. 1667 a 1671 do atual Código Civil), ou pelo regime da separação obrigatória de bens (arts. 1687 e 1688, combinado com o art. 1641).

Por fim, aqueles casais que, tendo silenciado quando do momento da celebração do casamento, optaram de forma implícita pelo regime da comunhão parcial de bens, fazem jus à meação dos bens comuns da família, como se de comunhão universal se tratasse, mas passam agora a participar da sucessão do cônjuge falecido, na porção dos bens particulares deste.

Pode-se concluir, então, no que respeita ao regime de bens reitor da vida patrimonial do casal, que o cônjuge supérstite participa por direito próprio dos bens comuns do casal, adquirindo

a meação que já lhe cabia, mas que se encontrava em propriedade condominial dissolvida pela morte do outro componente do casal e herda, enquanto herdeiro preferencial, necessário, concorrente de primeira classe, uma quota parte dos bens exclusivos do cônjuge falecido, sempre que não for obrigatória a separação completa dos bens.

De outra feita, se concorrer na segunda classe, tirante a meação que lhe couber, herda não apenas fração dos bens particulares do *de cujus* como também fração dos bens comuns ao casal, uma vez que o inciso II do art. 1829 não faz quaisquer das ressalvas feitas no inciso I do mesmo artigo em clara demonstração de que as exceções deste último inciso só servem para proteger os descendentes do falecido e não os ascendentes deste, sempre que em concorrência com o cônjuge supérstite.

Outro pressuposto para a participação do cônjuge sobrevivente na herança do falecido é a constância jurídica e fática do casamento (art. 1830 do CC). Nota-se que para haver ou não concorrência, o casal deve antes da lavratura do casamento ou união estável adotar a escolha de um regime de bens por pacto antenupcial por meio de escritura pública, porém, os contratantes podem ficar omissos a preferência do regime, com isso, o regime da comunhão parcial de bens é aplicado automaticamente, vale salientar, que os casamentos anteriores a 1977 tinham como seu regime padrão a comunhão universal dos bens, na qual teve alteração com a edição da Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977. O Código Civil de 2002, dispõe quatro regimes de bens: Regime da comunhão parcial de bens (art. 1.658 a 1.666); Regime da comunhão universal de bens (art. 1.667 a 1.671); Regime da participação final nos aquestos (art. 1.672 a 1.686); Regime da separação de bens (art. 1.687 e 1.688).

Diante disso, o casal que opta pela comunhão parcial de bens adota a comunicação dos denominados bens comuns, citados no art. 1.660 do Código Civil, e pela exclusão dos chamados bens particulares, dispostos nos arts. 1.659 e 1.661, ambos do Código Civil de 2002. Nessa mesma linha de pensamento, entende-se que há uma incomunicabilidade dos bens particulares. Sobre o regime da comunhão parcial de bens, oportuna é a lição de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

É regime pelo qual se estabelece um componente de certo modo ético entre os cônjuges: o que é meu é meu, o que é seu é seu e o que é nosso, metade de cada um, reservando a titularidade exclusiva dos bens particulares e estabelecendo comunhão dos bens adquiridos, a título oneroso, durante a convivência. Neste regime, entram na comunhão os bens adquiridos durante o casamento, a título oneroso (v.g., compra e venda) ou eventual (e.g. loteria), restando excluídos os bens adquiridos antes das núpcias ou durante o matrimônio, a título gratuito (por exemplo, doação ou herança). Tem como pano de fundo reconhecer uma presunção absoluta (*juris et de jure*) de colaboração conjunta pela aquisição onerosa de bens (decorrente de compra e venda, por exemplo) na constância do casamento. Ou seja, presume-se que, durante a convivência, um esposo auxilia o outro na aquisição de

bens, ainda que psicológica ou moralmente, não apenas economicamente. Assim, todos os bens adquiridos durante o matrimônio são frutos de ajuda mútua, não comportando a alegação de falta de esforço comum” (2010, p. 290-291).

Contudo, a concorrência sucessória no regime da comunhão parcial somente será referente aos bens particulares, como cita Pablo Stolze Gagliano; Rodolfo Pamplona Filho (2014, p.212):

De acordo com a lógica linha de raciocínio, a teor do critério escolhido pelo legislador – no sentido de que o cônjuge sobrevivente (que fora casado em regime de comunhão parcial) somente terá direito concorrential quando o falecido houver deixado bens particulares -, é forçoso concluir que tal direito incidirá apenas sobre essa parcela de bens.

O regime da comunhão universal de bens, em regra estipula que, os bens particulares e aqueles que foram adquiridos durante a união do casamento ou união estável serão comunicáveis, também se comunicam os bens havido por herança ou doação durante o casamento, contudo, a comunicação de bens é plena, porém, não é absoluta, o Código Civil aduz no art. 1.668 que existem bens comunicáveis e bens incomunicáveis:

Art. 1.668. São excluídos da comunhão:

- I - os bens doados ou herdados com a cláusula de incomunicabilidade e os sub-rogados em seu lugar;
- II - os bens gravados de fideicomisso e o direito do herdeiro fideicomissário, antes de realizada a condição suspensiva;
- III - as dívidas anteriores ao casamento, salvo se provierem de despesas com seus aprestos, ou reverterem em proveito comum;
- IV - as doações antenupciais feitas por um dos cônjuges ao outro com a cláusula de incomunicabilidade;
- V - Os bens referidos nos incisos V a VII do art. 1.659. (bens de uso pessoal, livros, instrumentos de profissão, proventos do trabalho de cada um e pensões em geral).

No regime da participação final nos aquestos, cada cônjuge detém do seu patrimônio, se comunica apenas os bens adquiridos pelo casal, a título oneroso (mediante pagamento), durante a constância da união, em caso de dissolução da sociedade conjugal (divórcio), deverão ser divididos apenas os bens adquiridos durante o casamento e excluindo aqueles que já pertenciam exclusivamente a cada um dos consortes.

Partindo desse pensamento, TARTUCE (2022, p.1268), aduz que:

Como regra fundamental do regime, durante o casamento há uma separação convencional de bens, e, no caso de dissolução da sociedade conjugal, algo próximo de uma comunhão parcial de bens. Finda a união, cada cônjuge terá direito a uma participação daqueles bens para os quais colaborou para a aquisição, devendo provar o esforço patrimonial para tanto, eis que o art. 1.672 do CC preconiza que caberá direito à metade dos bens adquiridos a título oneroso durante a união.

Porém, caso ocorra a dissolução da sociedade conjugal, deve-se apurar o montante dos aquestos (parte comunicável), e excluir da soma dos patrimônios próprios, conforme condiz o art. 1.674 do CC:

Art. 1.674. Sobrevindo a dissolução da sociedade conjugal, apurar-se-á o montante dos aquestos, excluindo-se da soma dos patrimônios próprios:

I - os bens anteriores ao casamento e os que em seu lugar se sub-rogaram; II - os que sobrevieram a cada cônjuge por sucessão ou liberalidade;

III - as dívidas relativas a esses bens.

O regime da separação de bens, pode haver por duas situações, podendo ser convencional (pacto antinupcial) ou legal, também conhecida como obrigatória (art. 1.641 do CC). De início, a regra básica é que não há comunicação de qualquer bem, seja antes ou depois da celebração do casamento ou união estável, sendo assim, cada bem adquirido será administrado por cada um dos cônjuges (art. 1.687 do CC). Diante da separação legal ou obrigatória, há comunicação de bens, como aduz a Súmula n. 377 do Supremo Tribunal Federal (STF): "No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento."

Vale salientar que, não se aplica a Súmula n. 377 do Supremo Tribunal Federal (STF). Na separação convencional de bens, diante disso, o Superior Tribunal de Justiça (STJ, REsp, 1,481,888/SP, 4.^a Turma, Rel. Min. Marco Buzzi, j. 10.04.2018, DJe 17.04.2018) em julgado esclarece:

O pacto realizado entre as partes, adotando o regime da separação de bens, possui efeito imediato aos negócios jurídicos a ele posteriores, havidos na relação patrimonial entre os conviventes, tal qual a aquisição do imóvel objeto do litígio, razão pela qual este não deve integrar a partilha. Inaplicabilidade, in casu, da Súmula 377 do STF, pois esta se refere à comunicabilidade dos bens no regime de separação legal de bens (prevista no art. 1.641, CC), que não é caso dos autos. O aludido verbetesumular não tem aplicação quando as partes livremente convencionam a separação absoluta dos bens, por meio de

contrato antenupcial. Precedente" (STJ, REsp, 1,481,888/SP, 4.ª Turma, Rel. Min. Marco Buzzi, j. 10.04.2018, DJe 17.04.2018).

Partindo dessa linha de raciocínio, TARTUCE (2022, p.1272), alega que:

(...) nada muda no regime na questão patrimonial. Porém, seja na separação convencional ou na separação obrigatória de bens, ambos os cônjuges são obrigados a contribuir para as despesas do casal na proporção dos rendimentos do seu trabalho e de seus bens, salvo estipulação em contrário no pacto antenupcial (art. 1.688 do CC). Mesmo sendo clara a norma, no sentido de que cabe regra em contrário no pacto, conclui-se que a convenção não pode trazer situação de enorme desproporção, no sentido de que o cônjuge em pior condição financeira terá que arcar com todas as despesas da união. Essa patente onerosidade excessiva gera a nulidade absoluta da cláusula constante da convenção antenupcial, pelo que consagra o art. 1.655 do CC.

Portanto, com o avanço do entendimento familiar, compreende-se que a entidade familiar pode ser constituída através do casamento e pelo atual entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF) também pela união estável, na qual não há distinção entre as entidades familiares. Sendo assim, é de suma importância, adotar um regime de bens, haja vista, que o objetivo do legislador foi separar a meação da herança, na qual, quando o meeiro não é herdeiro e quando é herdeiro não é meeiro, logo, não se pode confundir meação com a herança, pois a meação é instituto de Direito de Família, que depende do regime de bens adotado no casamento ou união estável, no entanto, a herança é instituto de Direito das Sucessões.

Por fim, o casamento e a união estável, geram duas ordens de efeitos jurídicos: os pessoais e os patrimoniais. Os efeitos patrimoniais advêm do contrato, tendo aplicação da autonomia de vontade como princípio clássico dos contratos na escolha do regime de bens que possui efeito jurídico patrimonial do matrimônio.

4 CONCORRÊNCIA DO CÔNJUGE COM DESCENDENTES

Depois de tratar das regras gerais respeitantes à sucessão, no sentido de serem regras que se aplicam tanto à sucessão testamentária, quanto àquela que se processa tendo o *de cuius* ab intestato, passa o legislador a editar regras especialmente desenhadas para aqueles casos em que a morte se dá com ausência de testamento ou de testamento válido, com testamento incompleto, enquanto um testamento que não abrange a totalidade do acervo hereditário disponível, ou mesmo com um testamento que, não obstante completo, encontra limitação na existência de herdeiros necessários, que são aqueles que necessariamente devem ser chamados a herdar ou, ao menos, deliberar a respeito da quota que lhes é deferida. Esta chamada se organiza, em níveis de preferência por certas classes de pessoas consoante a regra do art. 1829 do Código Civil:

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge; III - ao cônjuge sobrevivente; IV - aos colaterais.

Impõe o legislador uma ordem de vocação hereditária, em que divide os chamados a herdar em classes, impondo entre eles uma "relação preferencial" em que uns excluem os outros, segundo a ordem estabelecida no ordenamento.

O Código Civil de 2002, apesar de manter a ordem de vocação hereditária tradicionalmente aceita pelo ordenamento jurídico brasileiro, garante ao cônjuge supérstite uma dada posição de igualdade, e por vezes até de primazia, relativamente aos descendentes e ascendentes - que continuam a compor a primeira e a segunda classes de vocação hereditária - chamados a herdar.

Outra consequência trazida pela legislação civil foi a revogação, por falta absoluta de previsão neste sentido, bem assim por perda de necessidade prática, da instituição em favor do cônjuge sobrevivente do direito real de usufruto, uma vez que este passa a herdar sempre que não lhe faltar legitimidade para tanto. Entretanto, a situação real muitas das vezes, não condiz com o que dispõe a legislação exposta, o que acarretou o posicionamento do Supremo Tribunal Federal que decidiu pela inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC/2002 (Recurso Extraordinário 876.694/MG, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 10.05.2017, publicado no seu Informativo n. 864), bem como, houve violação do princípio da Isonomia citado no *Caput* do art. 5^a da Constituição Federal de 1988, vejamos:

No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a diferenciação de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no artigo 1.829 do Código Civil. Com base nesse entendimento, o Plenário, ao apreciar o Tema 498 da repercussão geral, por maioria, deu provimento ao recurso extraordinário para reconhecer, de forma incidental, a inconstitucionalidade do art. 1.790 (1) do Código Civil de 2002 e declarar o direito do recorrente de participar da herança de seu companheiro, em conformidade com o regime jurídico estabelecido no art. 1.829 do referido código. No caso, o tribunal de origem assentou que os companheiros herdam apenas os bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, quando presentes os requisitos do art. 1.790 do Código Civil de 2002. Consignou ser imprópria a equiparação da figura do companheiro à do cônjuge e afastou a aplicação do art. 1.829, I e

II (2), do citado diploma legal. Ao interpretar o art. 226, § 3º (3), da Constituição Federal (CF), concluiu que não estariam igualados, para todos os fins, os institutos do casamento e da união estável. O Supremo Tribunal Federal (STF) afirmou que a Constituição prevê diferentes modalidades de família, além da que resulta do casamento. Entre essas modalidades, está a que deriva das uniões estáveis, seja a convencional, seja a homoafetiva. Frisou que, após a vigência da Constituição de 1988, duas leis ordinárias equipararam regimes jurídicos sucessórios do casamento e da união estável (Lei 8.971/1994 e Lei 9.278/1996). O Código Civil, no entanto, desequiparou, para fins de sucessão, o casamento e as uniões estáveis. Dessa forma, promoveu retrocesso e hierarquização entre as famílias, o que não é admitido pela Constituição, que trata todas as famílias com o mesmo grau de valia, respeito e consideração. O art. 1.790 do mencionado código é inconstitucional, porque viola os princípios constitucionais da igualdade, da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade na modalidade de proibição à proteção deficiente e da vedação ao retrocesso. Na espécie, a sucessão foi aberta antes de ser reconhecida, pelo Supremo Tribunal Federal (STF), a equiparação da união homoafetiva à união estável e antes de o Conselho Nacional de Justiça ter regulamentado o casamento de pessoas do mesmo sexo. Tal situação impede a conversão da união estável em casamento, nos termos do art. 226, § 3º, da CF. Diante disso, a desequiparação é ainda mais injusta. Vencidos os ministros Marco Aurélio (relator) e Ricardo Lewandowski, que negaram provimento ao recurso. O ministro Marco Aurélio pontuou ser constitucional o regime sucessório previsto no art. 1.790 do Código Civil de 2002, que rege a união estável, independentemente da orientação sexual dos companheiros. O ministro Ricardo Lewandowski entendeu que a distinção entre casamento e união estável feita pelo constituinte (CF/1988, art. 226, § 3º) justifica o tratamento diferenciado no que diz respeito ao regime sucessório das pessoas que optam por uma dessas duas situações ou por um desses dois regimes.

Constituição Federal 1988

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;

O referido artigo prevê, que a igualdade é um direito dos cidadãos de gozar de tratamento isonômico pela lei e por meio desse princípio, é proibido a diferenciação, sendo assim, é possível compreender a decisão da equiparação do companheiro ao cônjuge.

Partindo dessa premissa, TARTUCE (2022, p.1516), expõe que:

Os descendentes, o cônjuge e agora também o companheiro são herdeiros de primeira classe em concorrência sucessória, presente ou não de acordo com o regime de bens adotado no casamento ou na união estável com o de cujus. Regimes em que há concorrência: Regime da comunhão parcial de bens, havendo bens particulares do falecido; Regime da participação final nos aquestos; Regime da separação convencional de bens. Regimes em que não há concorrência: Regime da comunhão parcial de bens, não havendo bens particulares do falecido; Regime da comunhão universal de bens; Regime da separação legal ou obrigatória de bens.

Anteriormente, em consonância com o Supremo Tribunal Federal, que em 2017, decidiu que o regime sucessório aplicado aos cônjuges, também passará a ser aplicado aos companheiros. Outrossim, houvera questionamentos, tais como, se o companheiro seria considerado herdeiro necessário, visto que essa modalidade garante uma maior estabilidade patrimonial. Tal segurança financeira está prevista no art. 1845 do CC/02, o qual garante o direito à parte legítima da herança, isto é, não há possibilidade de afastar o herdeiro necessário por intermédio de um testamento.

A diante, questiona-se acerca da aplicabilidade do usufruto viual, que garante ao companheiro sobrevivente o usufruto da quarta parte (1/4) da herança, se o "de cujus" deixou descendentes, porém na falta desse será convocado na ordem de vocação hereditária os ascendentes cujo usufruto previsto é de metade (1/2) da herança (TEPEDINO, 2020, p. 90).

5 INAPLICABILIDADE DO USUFRUTO VIDUAL

O instituto do usufruto viual estava previsto pelo Código Civil de 1916 como um direito do cônjuge viúvo de usufruir dos bens do falecido quando o regime do casamento não é a comunhão universal, não podendo ser reconhecido se o casal tiver realizado a separação judicial de corpos com a meação de bens. Essa proibição ocorre porque o princípio atrelado ao instituto é a manutenção do mínimo existencial para a parte sobrevivente, situação superada caso ela tenha recebido patrimônio antes do falecimento do cônjuge.

Segundo o artigo 1.611, parágrafo 1º, do CC/1916, é garantida ao cônjuge vivo a quarta parte dos bens do falecido se houver filhos, ou a metade do patrimônio no caso de não terem filhos.

Com base nesse entendimento, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) manteve acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) que negou a uma viúva o reconhecimento do usufruto vidual no curso da ação de inventário. A corte entendeu que a mulher já havia sido contemplada com a meação de bens no momento da separação de corpos tempestivamente ocorrida dois anos antes do falecimento. Na hipótese dos autos, a viúva era casada sob o regime de comunhão parcial de bens.

O ministro Marco Buzzi, relator do recurso, explicou que o instituto do usufruto vidual tinha por objetivo a salvaguarda do mínimo necessário ao cônjuge que não era beneficiado com parte alguma na herança, de forma obrigatória, ficando desamparado, como no caso de comunhão parcial ou de separação absoluta de bens. Segundo o relator, o Código Civil de 2002 não abarcou esse instituto nos mesmos moldes do código anterior, porém **estendeu** o direito real de habitação a todos os regimes de bens (artigo 1.831 do CC/2002), elevando o cônjuge **ao patamar de herdeiro necessário**. Vejamos o julgado:

RECURSO ESPECIAL - AUTOS DE AGRAVO DE INSTRUMENTO NA ORIGEM - INVENTÁRIO - PRETENSÃO DE DEFERIMENTO DE USUFRUTO VIDUAL POR MEEIRA SEPARADA DE CORPOS DO DE CUJUS - PEDIDO NEGADO NAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. IRRESIGNAÇÃO DA CÔNJUGE SUPÉRSTITE. A controvérsia reside em saber se ao cônjuge sobrevivente, mesmo com separação de corpos já decretada judicialmente há mais de dois anos antes do óbito do consorte, pode ser conferido usufruto vidual de imóvel, consoante disposto no artigo 1611, § 1º, do Código Civil de 1916, em que pese já contemplado com a meação, em face de ajuste homologado em juízo. 1. Não enseja eventual perda de objeto ou prejudicialidade da pertinente postulação, o só fato de ter sido expressamente ressalvada, na sentença homologatória de transação havida entre as partes, temática atinente ao usufruto vidual, exatamente por encontrar-se a matéria em grau recursal. 2. O usufruto vidual do consorte sobrevivente tem como escopo a salvaguarda do mínimo necessário ao cônjuge ou companheiro que não possui, obrigatoriamente, quinhão na herança do falecido, em sucessões abertas na vigência do Código Civil de 1916, não reputado herdeiro necessário o supérstite. 2.1 Na interpretação teleológica do instituto, não faz jus ao usufruto legal a que alude o art. 1.611, § 1º, do Código Civil revogado, **a viúva meeira em razão de já ter sido contemplada com parcela significativa do patrimônio, afastando a necessidade econômica autorizativa da benesse**. 3. Incidência do óbice da súmula 283/STF no que concerne ao fundamento de que ao tempo do falecimento do de cujus o casal já estava separado (separação de corpos) há mais

de dois anos. 4. Recurso especial conhecido em parte e, na extensão, desprovido. (STJ - REsp: 1.280.10 SP 2011/0189758-7, Relator: Ministro MARCO BUZZI, Data de Julgamento: 13/10/2020, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 16/10/2020) (grifei)

Não se contempla mais nada em favor do companheiro, além desse discutível elimitado direito de herança, uma vez desaparecido o direito de usufruto viudal. E o direito de habitação foi previsto somente em favor do cônjuge, no novo ordenamento civil, embora razões de ordem social recomendem sua extensão ao companheiro, por interpretação analógica ou pela residual aplicação do art. 7º, parágrafo único, da Lei n. 9.278/96.

6 CONCLUSÃO

Pelo exame da nova sistemática do Direito Sucessório, houve notável mudança em relação à legislação anterior, especialmente no plano da vocação hereditária.

No entanto, a ordem de chamamento dos herdeiros na sucessão legítima foi a mais alterada. Reforçou-se a posição do cônjuge, por ser herdeiro necessário e em vista de sua participação concorrente na herança com descendentes e com os ascendentes do falecido, num complexo sistema condicionado ao regime matrimonial de bens e à origem dos descendentes, quando o concurso se dá com relação a estes.

No que se refere ao companheiro, observa-se tratamento legal muito inferior ao que existia nas leis especiais da união estável. Sua participação sucessória ocorre apenas em bens havidos onerosamente durante a convivência. De outro lado, tal disposição do novo Código beneficia indevidamente o companheiro, em comparação com o cônjuge, uma vez que este, no regime comunitário de bens, não recebe nada mais que o direito de meação.

Esses e outros pontos da nova legislação civil merecem mais detida análise dos estudiosos, com o objetivo de eventual reforma que venha a propiciar os necessários acertos no texto do Código, de sorte a permitir que seja um instrumento de efetiva aplicação da justiça no Direito Sucessório.

7 REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 06 jun. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo 864. Disponível em: <https://arquivos-trilhante-sp.s3.sa-east-1.amazonaws.com/documentos/informativos/informativo-0864-stf.pdf>. Acesso em 06 junho 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 876.694/MG, Relator Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 10 maio 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamento>.

Processo.asp?incidente=4744004&numeroProcesso=878694&classeProcesso=RE&numeroTema=809. Acesso em 06 junho 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 377. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=4022>. Acesso em 06 junho 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4.Turma). Recurso Especial 0270654-82.2010.8.26.0000 SP 2011/0189758-7. RECURSO ESPECIAL - AUTOS DE AGRAVO DE INSTRUMENTO NA ORIGEM Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201101897587&dt_publicacao=16/10/2020. Acesso em: 07 nov. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ, REsp, 1,481,888/SP, 4.ª Turma, Rel. Min. MarcoBuzzi, j. 10.04.2018, DJe 17.04.2018

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ) (4. Turma). REsp 1.483.863. DIREITO CIVIL. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/862253411/recurso-especial-resp-1483863-sp-2014-0225668-9/inteiro-teor-862253421?ref=serp>. Acesso em: 12 set. 2022.

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVAULD, Nelson. Direito das famílias, 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil. v. 2.15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LAKATOS, E. M.; MARCONI, M. DE A. Metodologia do trabalho científico. São Paulo:Atlas, 2014.

MECUM, Vade. Código Civil do Brasil – 14. Ed. – São Paulo: Método, 2022

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo (10. Turma) Agravo de Instrumento nº 2167122-72.2021.8.26.0000 SP 2167122 72.2021.8.26.0000.AGRAVO DE INSTRUMENTO SOBREPARTILHA. Disponível em: <https://stj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1291489513/agravo-de-instrumento-ai-21671227220218260000-sp-2167122-7220218260000/inteiro-teor-1291489531>. Acesso em: 19 out. 2022.

TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil: volume único. 12.ed. Rio de Janeiro: Edição,2022.

TEPEDINO, Gustavo. Fundamentos do Direito Civil: Direito das Sucessões. Rio de Janeiro:Forense, 2020. 2ed. p. 06 - 120 v.7

O ABUSO SEXUAL INFANTIL NO AMBIENTE INTRAFAMILIAR

MICHELLE SOUZA DE SOUZA:

Graduanda em Direito pela
Faculdade Metropolitana de
Manaus

RESUMO: O trabalho a seguir aborda o Abuso Sexual Infantil no Ambiente Intrafamiliar. Demonstra os fatores que dificultam a proteção à criança e ao adolescente vítima de abuso sexual intrafamiliar. A vitimização da criança permanece no cerne da família através de segredos não revelados que forjam alianças entre os pais e até acreditam nas contradições das situações, resultando em silêncios que perpetuam gerações de abusos. Analisa os fatores determinantes do abuso intrafamiliar contra crianças e adolescentes e o regime de garantias previstos na Constituição Federal, no Estatuto da Criança e do Adolescente e na Convenção Internacional dos Direitos da Criança. Contribui com estudo das ações. Estuda os deveres da família, da sociedade e do estado, além da vulnerabilidade do menor diante do caos social. Aborda a conscientização da gravidade do assunto. Aponta que deve ser criado um diálogo para que seja feita um alerta e campanha para que a sociedade ou familiares realizem a denúncia assim que constatada o crime, para que, assim o estado possa realizar os procedimentos cabíveis e a criança ou o adolescente possa receber o atendimento necessário.

Palavras-chave: Violência Sexual. Intrafamiliar. Infantil. Proteção.

ABSTRACT: The following paper addresses Child Sexual Abuse in the Intrafamilial Environment. It demonstrates the factors that hinder the protection of children and adolescents who are victims of intrafamilial sexual abuse. It analyzes the determining factors of intrafamilial abuse against children and adolescents and the system of guarantees provided for in the Federal Constitution, the Statute of the Child and Adolescent, and the International Convention on the Rights of the Child. Contributes with the study of actions. It studies the duties of the family, the society and the state, as well as the vulnerability of the minor in the face of social chaos. It approaches the awareness of the seriousness of the subject. It points out that a dialogue must be created in order to create an alert and a campaign so that society or family members denounce the crime as soon as it is verified, so that the state can carry out the appropriate procedures and the child or adolescent can receive the necessary care.

KEYWORDS: Sexual Violence. Intrafamilial. Violence against Children. Protection

O abuso sexual infantil é qualquer atividade sexual envolvendo um adulto e uma criança, que pode ou não ocorrer por meio de contato físico. Quando esses crimes ocorrem entre familiares, ou seja, entre crianças e adultos no ambiente familiar ou na vida privada, é denominado abuso sexual infantil doméstico.

Sabendo da vulnerabilidade da criança e da necessidade de fortalecer a proteção, a Constituição Federal de 1988 e a Constituição da Infância e Juventude dispõem sobre a proteção dos direitos fundamentais da criança: família, poder público e sociedade. e a sociedade como um todo. Embora as crianças sejam protegidas por lei, elas ainda sofrem muitos abusos no Brasil.

Quando o abuso sexual ocorre na família de uma criança, o consequente incumprimento por parte da família do seu dever de cuidado obriga os outros tutores a encontrar formas de garantir o apoio às crianças e aos jovens.

Acontece que, nos casos de abuso sexual, as crianças sofrem uma variedade de traumas psicológicos, emocionais, comportamentais e sexuais que afetam a sociedade como um todo.

Nos casos de abuso sexual infantil dentro da família, a maior dificuldade é fazer com que a criança reconheça o abuso e denuncie às autoridades, à comunidade ou à sociedade em geral, justamente porque o abusador é alguém em quem confia. Desta forma, outros defensores da criança tentam encontrar políticas de abuso infantil que respondam rapidamente às necessidades das vítimas e garantam que os agressores sejam punidos.

Diante dos inúmeros possíveis antecedentes do abuso sexual infantil e as múltiplas razões para sua persistência ao longo da história humana, é de se perguntar por que o abuso sexual infantil ocorre e, mais importante, quais fatores criam e perpetuam a maior incidência de violência doméstica.

A partir dos indícios de abuso sexual infantil na família, destacam-se alguns aspectos que levam a uma dinâmica familiar disfuncional e existe a possibilidade de perpetuar a violência doméstica contra crianças para as gerações futuras.

Para atingir esses objetivos, a pesquisa estratégica básica é conduzida por meio de teoria, lei, artigos acadêmicos e livros quantitativos prontamente disponíveis na Internet e por meio de métodos hipotéticos.

2 ABUSO SEXUAL INFANTIL INTRAFAMILIAR

Em primeiro plano, insta salientar o que define o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, em seu artigo 2º, “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”.

Feito os esclarecimentos necessários, é necessário falar do que chamamos de abuso sexual infantil intrafamiliar ou abusos sexuais incestuosos, que tem aumentado ao longo dos anos porque não é um assunto recente, e a vulnerabilidade das crianças é, enfim, fácil de ser explorado por crianças.

Segundo Faleiros (2000, p. 46) o abuso sexual infantil constitui uma violação dos direitos humanos e da pessoa em desenvolvimento. O direito à integridade física e mental, ao respeito e à dignidade, e aos processos de desenvolvimento físico, psicológico, moral e sexual. O abuso sexual na família viola o direito a uma vida familiar protegida.

Já Rodrigues (2017, p. 67) define a violência sexual como aquela que é praticada sem consentimento da vítima, assim violando os direitos da criança e do adolescente.

Deve-se ressaltar que o abuso sexual infantil não se caracteriza apenas por comportamentos sexuais, mas também inclui comportamentos que envolvem crianças em outros tipos de questões sexuais, tais como: abuso sexual, abuso sexual verbal, pornografia e gestos obscenos.

2.1 Abusador: um familiar ou pessoa do convívio da criança ou adolescente

O abuso sexual familiar nada mais é do que uma relação consangüínea ou mesmo uma ligação emocional, seja positiva ou negativa, entre o agressor e a vítima.

No âmbito familiar, o infrator pode ser o pai, o padrasto, o irmão, o primo, ou seja, a pessoa com quem a criança sempre se sente segura e que mantém relação hierárquica com o menor. Ele chamou a atenção para o fato de que, em alguns casos, mães, sogras, irmãs e outras praticam tais ações.

Nesse contexto, o abuso sexual na família torna-se mais fácil porque o agressor confia na vítima. Em muitos casos, a criança não denuncia o comportamento a alguém de sua confiança, dada a possível ameaça do agressor, a retaliação ou mesmo a vergonha que sente e a confusão de pensamentos e motivos que sente. Não consigo pedir ajuda e resolver o problema.

2.1.1 As formas de manifestação do abuso sexual infantil

De acordo com Szebot (2021, p. 5), em seu artigo, os principais crimes frequentemente cometidos contra crianças e adolescentes na atualidade são: violência sexual, ou seja, contato físico ou verbal, que obriga o menor a praticar ato degradante e difamatório de sua imagem; Abandono, ausência de tutor, o que pode ser o caso. do Estado; negligenciar ou não fazer ou não prover o que a criança ou adolescente precisa, que é seu direito garantido por lei, e não facilitar as necessidades físicas e emocionais; A violência psicológica, por ação ou inação, pode alterar a saúde mental de crianças e adolescentes; Violência física, autoagressão ou lesão à integridade física de menores.

A Cartilha de Enfrentamento à Violência Sexual de Crianças e Adolescentes, do centro de defesa da criança e do adolescente, explica que a violência se divide em exploração sexual comercial e abuso sexual, quando uma pessoa usa o corpo de uma criança. Outras são feitas com fins puramente lucrativos, mediante pagamento em espécie ou não, caso em que as crianças são consideradas vítimas porque há adultos que se beneficiam do ato.

2.1.2 A família, sociedade, o estado e seu dever de proteger

O Estado Brasileiro possui, além do ECA, várias garantias para a proteção de menores que não foram garantidas até a aprovação da Constituição Federal em 1988.

No entanto, apesar desses princípios e das amplas proteções existentes, na prática os resultados desejados não foram alcançados.

Entende-se que a responsabilidade de proteger as crianças e os jovens recai sobre suas famílias, comunidades e países, não apenas um, mas todos, mas observou-se que quando uma instituição falha, a outra geralmente falha também.

2.1.3 Crimes cometidos contra a criança e adolescente e as sequelas deixadas por seus abusadores

Os resultados e as **formas como a violência doméstica é percebida são variados e dependem** do contexto em que a **violência ocorreu, do perfil do agressor** e de **como ele** é. Neste sentido, a Regina Fay de Azambuja afirma que:

A violência sexual praticada contra a criança, no âmbito intrafamiliar, como já se afirmou, na maioria dos casos não inclui força física, valorizando o poder, a coação e/ou sedução do abusador com relação à criança. Costuma iniciar de forma sutil e, "conforme o abusador adquire a confiança da vítima, os contatos sexualizados tornam-se gradualmente mais íntimos, podendo variar desde um afago até relação sexual genital, oral ou anal.

A maior evidência dos atos de violência sexual é a variedade de consequências físicas e psicológicas naturais que se manifestam na vítima.

Um dos principais aspectos que dificultam a revelação em casos de violência sexual na família é a presença de um fenômeno denominado síndrome do sigilo contínuo em todas as fases anteriores e posteriores à violência.

As consequências e implicações para o menor vitimado pelo agressor são enormes e causam, no pior dos casos, os mesmos problemas do agressor, impossibilitando o fim do abuso sexual na família. Negar a existência de uma situação em que o menor não tem esperança de acabar com o sofrimento, o que pode levar a consequências para toda a vida.

3 AS LEIS E SUAS PUNIÇÕES CONTRA OS ABUSADORES

Analisando o Estatuto da Criança e do Adolescente, observa-se que a aplicação dos direitos e proteções das crianças e jovens não pode dar errado, pois teremos a família, ou seja, a pessoa que convive com o menor nesta família, e por meio dela a denúncia, o Estado agirá em favor da criança ou jovem a fim de resguardar sua integridade. Mas se a família deixar de fazer a sua parte, a sociedade pode agir em favor do menor. Para que o Estado aja, uma família ou comunidade deve fazer uma denúncia, descobrir qual é o crime e então agir. Todos devem trabalhar juntos para serem eficazes.

Em muitas famílias, crianças e adolescentes são vítimas de abuso sexual, mas isso passa despercebido porque a ameaça e a vergonha que sentem, aliadas à confusão sobre o que está acontecendo, os deixa impotentes para buscar ajuda e exteriorizar o problema. si mesmos para que não possam pedir ajuda. (RUSSO, 2012, p. 2).

É responsabilidade do poder público zelar para que os menores gozem dos direitos garantidos pelo ECA, e também é responsabilidade da família e da sociedade, que suspeitam que os menores tem algo de anormal. Ao acabar com a violência sexual, devem tomar as medidas cabíveis, porque o silêncio gera mais traumas para crianças e jovens. (RUSSO, 2012, p. 4).

Russo (2012, p.13 apud Dias, 2008, p. 8): acredita que "todos deveriam perceber que este é o crime mais hediondo que existe porque surge de um relacionamento emocional e, portanto, leva à morte emocional da vítima". Abordamos alguns dos obstáculos que crianças e adolescentes enfrentam para obter proteção efetiva na legislação brasileira. Na negligência da ordem pública, há também familiares que descuidam de menores, que passam o tempo reclamando, muitas vezes não acreditando no relato da vítima, ou tornando-se cúmplices do criminoso, etc.

3.1 O que dispõe a Constituição Federal

Destacando-se algumas leis que trazem consigo punições aos abusadores, aborda-se algumas delas, dando o início à Constituição Federal Brasileira de 1988, o parágrafo 4º do artigo 227, dispõe a respeito da punição severa do agressor que pratica violência sexual contra criança e adolescente, vejamos:

Art. 227- [...] § 4.º A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente." (BRASIL,1988)

Assim também, podemos verificar que no §4º do mesmo artigo determina, "a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.". Essa punição a que a Constituição se refere é feita com base no Código Penal, responsável por tipificar tais crimes.

O artigo 5º da CF "assegura que ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante"; pois o abuso sexual por ser um crime de natureza grave, é considerado como crime hediondo, faz-se necessário ser considerado o abuso praticado "contra qualquer pessoa" um crime hediondo, o abuso cometido "a qualquer pessoa" deve ser considerado crime hediondo para que a punição do autor seja condizente com a severidade das penas de que trata a lei, conforme o artigo 2º da Lei 8072/90, Lei dos crimes hediondos.

3.1.1 Do estatuto da criança e do adolescente

A criação da Lei 8069/90, o Estatuto da Criança e do Adolescente Entre as importantes conquistas da sociedade brasileira, está uma lei específica de proteção ao público-alvo de crianças e adolescentes, promulgada em 1990 em conformidade com a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, que é contrariada na Convenção, para efeitos desta lei, considera-se a situação das crianças e dos jovens, ou seja, os menores de 12 anos e os jovens entre os 12 e os 18 anos.

O Estatuto da criança e do adolescente é um instrumento especial de proteção, visto que essa Lei em consonância com a Constituição Federal dispõe sobre a proteção integral à criança e adolescente, quando no artigo 3º diz 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.

Assim, acredita-se que o abuso sexual acaba por ameaçar os direitos fundamentais da criança e do adolescente, tais como: dignidade, liberdade e desenvolvimento físico, psicológico, moral, espiritual e social. Em respeito a esses direitos é que no artigo 4º diz determina:

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

O Estatuto da Criança e do Adolescente traz também a respeito das punições que são devidas ao agressor, nos casos de abuso sexual infantil e em vários artigos do estatuto menciona a respeito, e com alteração da Lei da Pornografia Infantil 11.829/2008.

Art. 5º - Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais. (BRASIL,1990)

[...]

Art.240. Produzir, reproduzir, dirigir, fotografar, filmar ou registrar, por qualquer meio, cena de sexo explícito ou pornográfica, envolvendo criança ou adolescente: (Redação dada pela Lei nº 11.829, de 2008)Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.(Redação dada pela Lei nº 11.829, de 2008)§ 1o Incorre nas mesmas penas quem agencia, facilita, recruta, coage, ou de qualquer modo intermedeia a participação de criança ou adolescente nas cenas referidas no caput deste artigo, ou ainda quem com esses contracenena.(Redação dada pela Lei nº 11.829, de 2008) § 2o Aumenta-se a pena de 1/3 (um terço) se o agente comete o crime: (...) II – prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade; ou III – prevalecendo-se de relações de parentesco consanguíneo ou afim até o terceiro grau, ou por adoção, de tutor, curador, preceptor, empregador da vítima ou de quem, a qualquer outro título, tenha autoridade sobre ela, ou com seu consentimento”(Redação dada pela Lei nº 11.829, de 2008). (BRASIL,1990).

Ainda tratando-se da proteção que o Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe em seus artigos referentes à violência praticada contra estas, tem em seu artigo 13: “Os casos de suspeita ou confirmação de maus-tratos contra criança ou adolescente serão obrigatoriamente

comunicados ao Conselho Tutelar da respectiva localidade, sem prejuízo de outras providências legais.”

Dessa forma, pode-se concluir que o Brasil, além de ser signatário da maioria dos tratados e convenções relacionados aos direitos humanos e à condição da criança e do adolescente, tornou-se um dos importantes instrumentos de proteção à criança e ao adolescente. juventude.

O Ministério Público e o Judiciário possuem grande importância quanto as ações de repressão aos crimes de violência sexual contra a criança e adolescente, é muito importante que eles usem os meios que possam sancionar esses crimes.

O Conselho Tutelar tem função essencial, tem como base a Lei da Criança e do Adolescente, e tem como função a proteção e proteção da criança e do adolescente, também recebe denúncias de casos de violência, e quando analisa a existência de um crime, tem o dever de tomar medidas imediatas e adequadas para prevenir menores, como tomar como vítima de crime um menor que esteja exposto a abusos no lar, é um procedimento que corresponde à competência da Comissão de Gestão. (BRASIL,1990).

3.1.2 O valor da palavra da vítima nos crimes de abuso sexual contra crianças nos julgados do tribunal de justiça

A palavra da vítima é de extrema importância em casos de crimes sexuais, uma vez que, normalmente, não existe testemunha, devido à clandestinidade da prática do ato e, o que por muitas vezes, não deixa vestígios para a caracterização do ato libidinoso.

No caso de conduta sexual contra menor, é necessário analisar se a fala do menor é mais prevalente que a do acusado em busca de indícios de comportamento e personalidade problemáticos, com base no laudo do psiquiatra após ouvir o parecer do menor ou expressar uma opinião. As evidências, é concebível que, somado ao duplo efeito dos profissionais e da mãe da criança, a acusação seja falsa, e o dano ao acusado seja, claro, imensurável.

A regra da maioria é crucial para determinar o valor probatório do testemunho de um agressor sexual infantil se outras evidências estiverem disponíveis. Pela prática sigilosa do ato, os posicionamentos do STF e do STJ a esse respeito são pacíficos, às vezes sem provas materiais conclusivas. Acompanhe a decisão do Ministro do STF de valorizar o depoimento de crianças.

Decisão: Trata-se de agravo interposto contra decisão de inadmissibilidade de recurso extraordinário que impugna acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Na espécie, o recorrente foi denunciado pela prática do delito previsto no art. 214 c/c 224, ambos do Código Penal, por ter, em tese, praticado atos libidinosos diversos da conjunção carnal com uma criança de 7 anos (eDOC 1, p. 2). Sobreveio a condenação, na qual o réu recebeu a pena de 6 (seis) anos de reclusão, em regime inicial fechado (eDOC 2, p. 5-9). Irresignada, a defesa interpôs apelação criminal, a qual restou desprovida, nos seguintes termos da transcrita abaixo: “APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A LIBERDADE SEXUAL. ATENTADO VIOLENTO

AO PUDOR. PRELIMINARES DE FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO, OFENSA AO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL E NULIDADE DA SENTENÇA FACE O INTERROGATÓRIO TER SE DADO NO INÍCIO, RECHAÇADAS. PALAVRA DA VÍTIMA EM CONFORMIDADE COM OS DEMAIS ELEMENTOS DE PROVA. ESPECIAL RELEVÂNCIA. ORIENTAÇÃO PACIFICADA. PRECEDENTES DO STJ E DESSA CORTE. AUTORIA E MATERIALIDADE DO DELITO COMPROVADAS. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.” (eDOC 2, p. 110). [...] 4. Questão de ordem acolhida para reconhecer a repercussão geral, reafirmar a jurisprudência do Tribunal, negar provimento ao recurso e autorizar a adoção dos procedimentos relacionados à repercussão geral” (AI-QO-RG 791.292, de minha relatoria, Pleno, DJe 13.8.2010). No que tange aos aspectos probatórios e do pleito da desclassificação, ainda da leitura dos autos, verifica-se que o Tribunal de origem, ao decidir pela manutenção da condenação do recorrente, considerou presentes os elementos de autoria e materialidade delitivas. Confira-se trecho do acórdão recorrido: “É importante ressaltar, que no caso dos autos a materialidade do delito por vezes é frágil demais, uma vez que raramente deixa vestígios. Neste sentido, é cediço o entendimento de que a prova testemunhal, inclusive a palavra da vítima possui especial valor probatório na comprovação do cometimento do delito em questão, desde que coerente e firme. (...) No caso presente, não há exame de corpo de delito, devendo ser apurado os demais elementos probatórios colhidos, principalmente a prova testemunhal. Veja-se que, tanto na fase policial, quanto em juízo, a vítima relata que, no dia dos fatos, sofreu o alegado constrangimento consubstanciado em um beijo na boca e a passada de mão em suas partes íntimas, conforme transcrevo: ‘QUE na data de 25p.p, estava junto com seus pais no centro comunitário da Linha São Judas Tadeu, interior da cidade de Barra Bonita, comunidade onde residem; QUE naquele dia tinha um almoço comunitário e futebol; QUE por volta das 18h00min, a depoente, sua irmã Eduarda e outra amiguinha de nome ‘Fabi’ brincavam dentro do campo de futebol; QUE como já estava escurecendo resolveram ir para dentro do salão onde se encontravam os seus pais; QUE Eduarda e Fabi foram na frente e a depoente mais atrás; QUE neste momento um homem chamou a depoente pedindo que esta o ajudasse a levar as cadeiras para dentro do clube; QUE a depoente então foi até onde se encontrava o tal homem, a fim de ajudá-lo; QUE no local não tinha nenhuma cadeira; QUE ato contínuo, o tal homem se aproximou e a pegou no colo; QUE deu-lhe um beijo na boca e começou a passar a mão sobre a sua vagina; [...]’”(fl. 07) E em juízo relatou da seguinte forma: ‘[...] que estavam voltando do campo, quando o acusado a chamou para levar as cadeiras; que ele pegou a depoente no colo, tentou beijar na boca e colocou a mão por baixo da calça [...]’ (fl. 42). A mãe da infante relata como esta agiu após o ocorrido: ‘[...] que passado um tempo, lá pelas 18:30, Jenifer procurou pela depoente e ela

estava bastante nervosa, agitada e disse para a depoente que queria ir para casa; que Jenifer falava isso insistentemente [...];que no caminho Jenifer passou a dizer que não iria dormir sozinha e que estava com medo e iria dormir com a depoente [...]. Como se não bastasse, observa-se que o depoimento de Beatriz Resener, profissional designada para acompanhar a vítima após o ocorrido, corrobora para as afirmações da mesma, ao passo que as tornam mais consistentes, conforme se verifica: '[...] que ela apresentava um quadro de pânico devido a uma situação de estresse, de susto bem grande que deve ter tido; que apresentava medo intenso; que também apresentava transtorno de sono e ansiedade; [...]' Portando, nesta seara, encontram-se fortes elementos que indiquem que o crime praticado pelo réu tenha se consumado. Acerca da autoria do delito, insiste o apelante em dizer que somente foi utilizada a palavra da vítima como cunho decisivo para a sua condenação. Primeiramente, conforme já respaldado acima, a palavra da vítima sustentada pelos demais elementos probatórios colhidos possui relevante valor para ensejar a sanção ao agente nos casos de crimes sexuais, como é o caso dos autos. Neste raciocínio, vislumbro que a autoria da prática do delito de atentado violento ao pudor praticado pelo acusado contra a vítima J.C.R. está comprovada, senão vejamos (...) Muito embora alegue o acusado que a vítima foi controversa em seus depoimentos, uma vez que a denúncia relata que ele a teria levado para trás da igreja para a prática dos atos, sendo que em seu depoimento em juízo, a menor nada diz a respeito, bem como o fato de que F.C., amiga de J.C.R., ter dito que não era o réu quem tinha solicitado ajuda para levar as cadeiras, verifico que a vítima afirma categoricamente que fora o acusado quem cometeu os atos libidinosos. (...) Diante destas conclusões, a atribuição de grande valor probatório na palavra da vítima foi a medida tomada da mais acertada pela magistrada, visto que acompanha os demais elementos de prova produzidos, conforme orientações jurisprudenciais unânimes neste sentido" (eDOC 2, p. 117-122). (Processo: ARE 830274 SC; Relator (a): Min. GILMAR MENDES; Julgamento: 21/08/2014; Publicação: DJe-164 DIVULG 25/08/2014, PUBLIC 26/08/2014; Parte (s): JP JOÃO CARLOS DALMAGRO JUNIOR E OUTRO (A/S); MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA; PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA; EVERTON GIOVANI DA ROSA; stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25251285/recurso-extraordinario-comagravo-are-830274-sc-stf).

Olhando para a decisão, é claro que o meio de proferir a sentença, utilizado como prova, foi apenas o depoimento da criança, idêntico ao entendimento de um psiquiatra, o que é incompatível com a alegação de que não é o arguido que pediu ajuda.

O alto valor probatório do depoimento da vítima quando coerente e harmoniosa com os demais elementos probatórios, também foi constatado após análise de alguns julgados dos Tribunais de Justiça de Minas Gerais, São Paulo, Paraná e Rio Grande do Sul, o que pode ser

observado na Apelação Criminal do TJMG, relativo ao delito de atentado violento ao pudor praticado contra infante de 3 (três) anos de idade:

ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR - PROVA - PALAVRA DA VÍTIMA - VALIDADE - INOCORRÊNCIA DE CONTRADIÇÃO NOS DEPOIMENTOS TESTEMUNHAIS - DESNECESSIDADE DE LAUDO PERICIAL ATESTANDO A OCORRÊNCIA DE ATO LIBIDINOSO - FIXAÇÃO DO REGIME SEMI-ABERTO - INVIABILIDADE POR TRATAR-SE CRIME HEDIONDO - DOSIMETRIA DA PENA CORRETA.

Assente na jurisprudência que **nos delitos contra os costumes, pela sua própria natureza, a palavra da vítima assume excepcional relevância, particularmente quando coerente e harmoniosa com os demais elementos dos autos. A versão da vítima para os fatos deve prevalecer sobre as negativas do acusado, salvo se provado de modo cabal e incontroverso que se equivocou ou mentiu.** É infundada a tese de suspeição dos demais depoimentos testemunhais levantado pela defesa tardiamente, sem obediência a dispositivos legais aplicáveis ao caso, art. 214 do CPP, notadamente quando não se constata qualquer contradição entre as declarações prestadas pelas testemunhas. Sabe-se que, em delitos de natureza sexual, especialmente o ato libidinoso diverso da conjunção carnal, nem sempre deixa vestígios, o que torna desnecessária a realização de laudo pericial. O estupro e o atentado violento ao pudor, em qualquer situação, são hoje considerados crimes hediondos sendo o regime de cumprimento de pena o integralmente fechado, "ex vi" do art. 2º, § 1º, da Lei de Crimes Hediondos. A quantidade de pena privativa de liberdade fixada de maneira fundamentada e correta não merece revisão para acertos. (TJMG. Apelação Criminal n. 1.0400.99.0000806-4/001. 2005) - (sem grifo no original)

Todavia, se houver contradição, imediatamente surgirá a dúvida se a vítima fantasiou e, por isso, entendem os togados que não se pode correr o risco de condenar um inocente. Logo, pelo *in dubio pro reo*.

4 DO ESTUPRO DE VULNERAVEL

De acordo com o código penal, o estupro é o ato de obrigar uma pessoa pela força ou grave ameaça a ter relações carnavais ou a cometer adultério contra sua vontade, sendo, portanto, considerado crime hediondo. Além disso, no segundo caso, a violação é cometida contra uma pessoa desarmada e envolve agressão real ou aparente. Quando praticado contra menor de 14 anos, atribui-se o nome de estupro de vulnerável.

Entende-se que crianças menores de 14 anos de idade ainda não estão totalmente maduras, portanto, não têm capacidade de enxergar diversas questões relacionadas à puberdade, inclusive

a decisão de ter ou não relações sexuais. Nesse sentido, a lei brasileira os protege de qualquer atividade sexual com maiores de 18 anos que prejudique a saúde física ou mental.

Para enquadrar o tema deste estudo sobre o estupro de pessoas vulneráveis, foi importante verificar o sujeito infrator para garantir que o comportamento era compatível com o crime. No crime de violência contra pessoa vulnerável, o autor pode ser qualquer pessoa, mas no caso passivo só pode ser o sujeito proposto pela vítima, conforme artigo 217-A, ou seja, as pessoas menores de 14 anos, que não tenham discernimento necessário para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não possam oferecer resistência.

O crime de estupro de vulnerável buscou acabar com a possibilidade de validação do consentimento do menor de 14 anos para a prática de atos sexuais; pois quando se decide assumir que a violência contra essas pessoas é absoluta, não se aceitam provas em contrário. Contudo, apesar de utilizado a denominação estupro para este tipo criminal, ele difere do delito contido no artigo 213 do Código Penal; pois dispensa o uso de violência ou de grave ameaça para estar configurado. Este tipo penal diz respeito ao abuso da incapacidade do menor, por se entender que ele se encontra em fase de desenvolvimento físico, visto que até aproximadamente os 14 (catorze) anos de idade o indivíduo ainda está passando pelo processo biológico de puberdade, e principalmente psíquico.

4.1 Dos elementos ativo e passivo

No que tange aos elementos, existem dois: o ativo e passivo. Quanto ao sujeito ativo, por se tratar de crime comum, pode ser praticado por qualquer pessoa. Inclusive, cabe ressaltar que o autor não precisa ser homem, podendo ser mulher, existindo ainda a possibilidade de cometer crimes contra pessoas do mesmo sexo.

Anterior a Lei 12.015/2009, o sujeito ativo do crime de estupro era unicamente o homem. Tratava-se, assim, de crime próprio, exigindo do agente uma especial qualidade de fato. A mulher podia figurar como sujeito ativo apenas excepcionalmente, quando, por exemplo, fosse autora mediata, ou quando agisse em concurso com um homem, nos moldes do art. 29 do Código Penal.

O sujeito passivo do crime de estupro de vulnerável é a criança ou o adolescente menor de 14 anos. "Assim, até zero hora do dia em que a vítima de estupro completa catorze anos, independentemente de sua vontade, o Estado pune aquele que lhe fizer qualquer ato libidinoso ou conjunção carnal".

Ao completar 14 anos, eventual vítima estará protegida pelo crime de estupro, previsto no art. 213 do Código Penal, se for constrangida a praticar conjunção carnal ou ato libidinoso mediante violência ou grave ameaça. Se, porém, a prática do ato sexual for consentida, o fato será atípico.

Portanto, quanto ao escravizado passivo, o criminoso é próprio, apenas podendo representar quanto vítima indivíduo atacável ou equiparada, ou seja, o menor de 14 anos, o molestado ou o defectível mental, quanto não tem o indispensável escolha para a prática do ato, e todos os quais, por qualquer motivo, não podem destinar resistência.

Ademais, podem existir sujeitos passivos do criminoso de defloração de atacável tão pessoas do sexo feminino quanto do sexo masculino, restando caracterizado o criminoso em aproximação a hetero ou homossexual.

5 CONCLUSÃO

Observou-se que ao longo dos anos mais atenção tem sido dada às crianças. Confirmam-se os receios existentes de que os adultos aceitem cada vez mais as crianças, não como iguais, mas como objetos a serem cuidados, com necessidades diferentes das próprias crianças, mas também desejos de amor e atenção. Quando são reconhecidos os direitos do menor, as tantas questões desumanas que afetam sua vida, a violação dos espaços infantis torna-se mais evidente e brutal.

Em conclusão, assinalou-se que o Brasil garante a proteção integral de crianças e adolescentes e adota algumas medidas preventivas, inclusive assegurando sua igualdade.

Apesar da existência de um sistema jurídico que regula especificamente os crimes sexuais contra grupos vulneráveis, o abuso doméstico de crianças continua sendo um problema grave no Brasil, onde os agressores muitas vezes ficam impunes ou não são reconhecidos, uma das principais deficiências do sistema de apadrinhamento infantil Direitos da criança e do adolescente.

Com a aprovação da Lei da Criança e do Adolescente, as pessoas necessitadas agora têm um lugar para morar onde podem buscar ajuda se seus direitos forem violados. Ajudar as crianças dessa forma mostra que, em muitos casos, os ambientes nos quais elas mais precisam se sentir seguras e receber o melhor apoio em seu desenvolvimento são aqueles em que as crianças são mais vulneráveis e onde seus direitos são completamente ignorados.

É indiscutível que o atual sistema de garantias é ineficaz quando os direitos da criança e do adolescente ocorrem no seio familiar, onde os casos não são denunciados e os direitos de todas as crianças são brutalmente violados, humilhados e maltratados em um círculo silencioso. Aqueles que têm a obrigação legal de protegê-los.

Assim, concluiu-se que o abuso infantil no seio da família requer urgentemente a implementação da educação sexual no ambiente escolar para que este possa atuar como mediador entre a criança e os pais. Nos casos em que a família passa a ser a agressora e não a defensora.

6 REFERÊNCIAS

BRASIL ESCOLA. Violência Sexual no Âmbito Familiar contra crianças e adolescente.

BRASIL. Lei n. 8.069 (1990). Estatuto da Criança e do Adolescente. Brasília, DF: Senado, 1990.

CARTILHA Educativa. Campanha de Prevenção à Violência Sexual contra Crianças e Adolescentes – Cartilha Educativa.

DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias I. -- 10. ecl. rev., atual. e ampl. -- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

FALEIROS, Eva T. Silveira (Org.). Abuso sexual conta crianças e adolescentes: os descaminhos da denúncia. Brasília: SDH, 2003.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Apelação Criminal n. 1.0400.99.000806-4/001(1)**, Primeira Câmara Criminal. Relator: Des. Sérgio Braga. Belo Horizonte, 22 fev. 2005.

RANGEL, Patrícia Calmon. Abuso sexual intrafamiliar recorrente. Curitiba: Editora Juruá, 2001, p. 105.

SILVA, Cristiana Russo Lima da. O grito silencioso da criança diante da violência sexual intrafamiliar. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3231, 6 maio 2012.

STF - RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO: ARE 830274 SC

SZEBOT. Letícia Macedo Morilha. Violência sexual intrafamiliar e a proteção a luz do ECA. Brasil Escola, 2021.

A SEGURANÇA JURÍDICA DOS TRANSEXUAIS VIOLENTADOS NO ÂMBITO DOMÉSTICO

NASSARA FONSECA DIAS:

Bacharelanda em Direito pelo
Centro Universitário FAMETRO

DARIO AMAURI LOPES DE ALMEIDA

(orientador)

RESUMO: O presente estudo dedica-se à análise da segurança jurídica de pessoas transexuais que sofrem violência no âmbito doméstico com a aplicabilidade da Lei n. 11.340/2006, popularmente conhecida como Lei Maria da Penha, dando ênfase às mulheres transgênero em situação de violência doméstica e familiar. Para tanto, faz uma análise dos conceitos de sexo, gênero e orientação sexual, trazendo o entendimento da doutrina sobre o tema. Adiante, passa à contextualização da Lei Maria da Penha. Por fim, é apresentada a possibilidade de a mulher transgênero figurar como vítima de violência doméstica e familiar, apresentando-se o posicionamento de diferentes instituições relacionadas ao Poder Judiciário, além de se proceder à análise da jurisprudência em segunda instância de tribunais de diferentes estados brasileiros que versam sobre o assunto. Trata-se de uma pesquisa qualitativa com análise documental e de conteúdo, tendo como objeto de análise, julgados sobre a temática. A aplicabilidade da Lei Maria da Penha à mulher transgênero mostra-se, além de adequada, necessária, para a proteção destes sujeitos de direito e garantia de sua dignidade humana.

PALAVRAS-CHAVE: Pessoas Transexuais; Identidade de Gênero; Violência de Gênero; Violência Doméstica; Direito Penal.

1 INTRODUÇÃO

Define-se “gênero” como um conjunto de comportamentos socioculturais impostos, delimitados pela lógica binária para definir o que é ser homem ou mulher (Connell, 2015). Essa definição dificulta a auto percepção sobre si, que é subjetiva e dinâmica. A identidade de gênero congrega um conjunto de valores, motivações e experiências apreendidas ao longo da vida que legitima outras formas de ser. As pessoas que se identificam nos padrões de aparências e comportamentos culturalmente impostos ao sexo biológico são denominadas homem ou mulher cisgênero ou cis, cuja identidade e expressão de gênero correspondem ao sexo (Connell, 2015). A linearidade entre corpo-sexo-gênero na sociedade ocidental faz com que pessoas transgênero ou trans não se identifiquem com o gênero atribuído ao nascimento, legitimado por meio de características sexuais anatômicas. Assim, mulheres transgênero não se reconhecem no gênero masculino designado ao nascimento, mas, ao longo da vida, reconhecem-se no gênero feminino como mulheres transexuais ou travestis (Flotskaya, 2018).

Mulheres transgênero se deparam, frequentemente, com ações discriminatórias na sociedade que são oriundas de estigmas decorrentes de um histórico de patologização de sua

identidade pelas ciências médicas (Ring, 2018). Ao buscarem a realização da hormonização ou até de procedimentos cirúrgicos a fim de ter a imagem corporal feminina, deparam-se com o despreparo e falta de sensibilização dos profissionais nos serviços de saúde para o acolhimento e atendimento dessas necessidades. Tal situação pode resultar em tratamento abusivo, negligência e culminar em condições prejudiciais à saúde mental, física e sexual (Caravaca-Morera, 2017).

As mulheres cisgênero ou transgênero estão mais suscetíveis a sofrer violência a qualquer momento da vida pelo fato de serem mulheres (Brilhante, 2016). A violência de gênero se torna mais grave para aquelas que possuem condições socioeconômicas precárias, que fazem uso abusivo de substâncias psicoativas e as que são profissionais do sexo, pois estão mais expostas aos processos históricos que as vulnerabilizam (Leddy, 2019).

Ainda, ressalta-se que a violência de gênero envolve três estruturas sociais — o patriarcado, o machismo e o capitalismo —, que agem de modo insidioso e operam por meio de lógicas que vão hierarquizar corpos e vidas (Meneghel, 2017). As relações de poder que permeiam a sociedade e as famílias, e que se valem da inferiorização do gênero feminino mediante a supremacia do patriarcado, alimentam a violência de gênero reproduzida contra as mulheres trans. Essa violência pode resultar em assassinatos, estupros, agressões físicas, verbais, psicológicas, sexuais, coerção, ataques em ambientes públicos ou privados, discriminação em locais de trabalho formal, serviços de saúde e instituições de ensino (United Nations, 2011).

A violência de gênero perpetrada contra as mulheres trans nos serviços de saúde ocorre, por vezes, pela reprodução de uma prática assistencial binária e discriminatória, imersa numa estrutura de opressão denominada transfobia institucionalizada. Tais situações contribuem para a assistência dissonante às necessidades em saúde das mulheres trans, bem como para a desconsideração de suas especificidades e favorecimento da não procura por cuidados à saúde (United Nations, 2011). De acordo com a Política Nacional de Saúde Integral de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais, a atenção integral à saúde dessas pessoas no Sistema Único de Saúde (SUS) reconhece que o estigma, a discriminação, a violência doméstica, sexual e social são causadores de adoecimento e necessitam de estratégias de enfrentamento e cuidado de forma intrassetorial e intersetorial, como consta nas diretrizes e atribuições trazidas pela política no âmbito do Ministério da Saúde e Secretarias Estadual e Municipal de Saúde (Ministério da Saúde, 2013).

Diante dos esclarecimentos intróitos, é fundamental que os enfermeiros conheçam as evidências científicas sobre o fenômeno da violência de gênero que permeiam a vida das pessoas trans, em especial das mulheres trans, a fim de exercer a prática coerente com as suas necessidades jurídico-sociais e de saúde. Destaca-se ainda, que a aquisição ou a ampliação de conhecimentos necessários ao cuidado integral à vida dessas mulheres pode contribuir para a redução de novas situações de violência nos serviços públicos e possibilitar a visibilização por meio do debate sobre a temática nos espaços sociais e políticos.

2 GÊNERO E SEXO

Compreende-se por sexo biológico, o órgão genital que integra a estrutura corporal, dividindo-se em dois grupos: homem e mulher. Rubio diferencia o sexo biológico da seguinte forma:

As diferenças de sexo seriam dadas pela natureza e marcariam a fronteira biológica (flexível, embora nos inquiete sair do sistema binário) que nos classifica em homens e mulheres. [...] o sexo continua nos dividindo em duas grandes categorias com base nos órgãos reprodutores, cromossomos e hormônios (RUBIO, 2020, p. 94).

Diferente do sexo biológico o gênero está associado ao modo como cada indivíduo se enxerga. No caso das pessoas transexuais, relaciona-se à quando se nasce com o órgão genital masculino ou feminino, porém, a identificação se dá com o sexo oposto (GUEDES, 2019, p. 30).

Desde o momento do nascimento a questão biológica é fator balizador de conduta futura a ser repassada. O destino é traçado conforme a genitália de cada pessoa (JESUS, 2012, P.07).

A ideia de que a genitália está ligada ao gênero, limita as pessoas que não se identificam com o seu sexo biológico, criando portanto, uma lacuna onde se encontram os transexuais (BENTO, 2017, P.09). Berenice Bento define a transexualidade da seguinte maneira: [...] a transexualidade é uma experiência identitária, caracterizada pelo conflito com as normas de gênero. Essa definição se confronta com a aceita pela medicina e pelas ciências psi que a qualificam como uma “doença mental” e a relaciona ao campo da sexualidade e não ao gênero. Definir a pessoa transexual como doente é aprisioná-la, fixá-la em uma posição existencial que encontra no próprio indivíduo a fonte explicativa para seus conflitos, perspectiva divergente daqueles que a interpretam como uma experiência identitária (BENTO, 2017, P.10).

No livro “Corpo e(m) Discurso: Ressignificando a Transexualidade”, Mônica Ferreira Cassana narra a luta que as pessoas transexuais enfrentam para assegurar um lugar de pertencimento na sociedade, dada a rejeição que esse grupo enfrenta: Muito mais do que um corpo de exclusão (não é homem, não é mulher), o sujeito transexual apresenta um corpo de transição entre um gênero e outro. Nessa transição, que foge à organização estabilizada da norma, da rigidez da estrutura, configura-se um corpo ambivalente, (in)capaz de ser significado como legítimo nessa sociedade, configurando-se como um corpo (im)possível, cujos sentidos significam justamente no lugar do discurso (CASSANA, 2018, p. 25).

3 ORIENTAÇÃO SEXUAL E IDENTIDADE DE GÊNERO

Perfazendo uma conexão com o tema, Berenice Bento em sua obra “O que é transexualidade” discorre sobre: No Brasil, são as pessoas transexuais que reivindicam a identidade legal de gênero e que têm apontado os limites de uma visão interna à própria transexualidade que resume a violência, a discriminação e marginalização que sofrem, a uma única pauta: a cirurgia de transgenitalização (BENTO, 2017, P.56).

Em recente Resolução normativa nº 2.265/2019, o Conselho Federal de Medicina atualizou o protocolo para os cuidados voltados ao público transgênero. Assim dispõe o artigo 1º:

Art. 1º Compreende-se por transgênero ou incongruência de gênero a não paridade entre a identidade de gênero e o sexo ao nascimento, incluindo-se neste grupo transexuais, travestis e outras expressões identitárias relacionadas à diversidade de gênero.

§ 1º Considera-se identidade de gênero o reconhecimento de cada pessoa sobre seu próprio gênero.

§ 2º Consideram-se homens transexuais aqueles nascidos com o sexo feminino que se identificam como homem.

§ 3º Consideram-se mulheres transexuais aquelas nascidas com o sexo masculino que se identificam como mulher.

§ 4º Considera-se travesti a pessoa que nasceu com um sexo, identifica-se e apresenta-se fenotipicamente no outro gênero, mas aceita sua genitália.

§ 5º Considera-se afirmação de gênero o procedimento terapêutico multidisciplinar para a pessoa que necessita adequar seu corpo à sua identidade de gênero por meio de hormonioterapia e/ou cirurgias (BRASIL, 2019).

A Resolução aperfeiçoa o protocolo para os cuidados com a saúde de pessoas transgênero, desclassificando a transexualidade como patologia de transtorno mental no rol da Classificação Internacional de Doenças (CID-10).

A ciência jurídica vem se adaptando às constantes mudanças que ocorrem na sociedade, acolhendo pleitos para alteração de gênero sem a necessidade de cirurgia de transgenitalização, conforme exemplo abaixo:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO CONSTITUCIONAL E REGISTRAL. PESSOA TRANSGÊNERO. ALTERAÇÃO DO PRENOME E DO SEXO NO REGISTRO CIVIL. POSSIBILIDADE. DIREITO AO NOME, AO RECONHECIMENTO DA PERSONALIDADE JURÍDICA, À LIBERDADE PESSOAL, À HONRA E À DIGNIDADE. INEXIGIBILIDADE DE CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO OU DA REALIZAÇÃO DE TRATAMENTOS HORMONAIIS OU PATOLOGIZANTES. 1. O direito à igualdade sem discriminações abrange a identidade ou expressão de gênero. 2. A identidade de gênero é manifestação da própria personalidade da pessoa humana e, como tal, cabe ao Estado apenas o papel de reconhecê-la, nunca de constituí-la. 3. A pessoa transgênero que comprove sua identidade de gênero dissonante daquela que lhe foi designada ao nascer por auto identificação firmada em declaração escrita desta sua vontade dispõe do direito fundamental subjetivo à alteração do prenome e da classificação de gênero no registro civil pela via administrativa ou judicial, independentemente de procedimento cirúrgico e laudos de terceiros, por se tratar de tema relativo ao direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade. 4. Ação direta julgada procedente (STF - ADI: 4275 DF - DISTRITO FEDERAL 0005730-88.2009.1.00.0000, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 01/03/2018, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-045 07-03-2019).

A decisão afeta de maneira positiva a vida da mulher transexual, observado o reconhecimento de sua personalidade jurídica.

Os Ministros acolheram o pedido com base no que dispõe o Pacto de São José da Costa Rica cumulado com a Constituição Federal, aplicando a Lei de Registros Públicos (LRP) - Lei nº 6.015 de 31 de Dezembro de 1973 consoante seu artigo 58, o qual alude que "o prenome será definitivo, admitindo-se todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios." (BRASIL, 1973).

4 AS RELAÇÕES DE GÊNEROS E OS PRINCÍPIOS DA IGUALDADE E DA DIGNIDADE HUMANA

A alteração no registro civil, traz consigo a legitimidade jurídica que as pessoas transexuais buscam, proporcionando-lhes dignidade conforme prevê o artigo 1º, inciso III da Constituição Federal:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, Formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como Fundamentos: [...]

III – a dignidade da pessoa humana (BRASIL, 1988).

Os índices de violência e assassinatos só aumentam, observados relatórios de 2018 com 163 mortes e 2017 com 179. (BOND, 2019)

4.1 Princípio da igualdade

Este princípio foi consagrado pela Constituição federal no seu artigo 5º, inciso I:

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.

O princípio da igualdade ou isonomia, é fundamentado no pensamento de que todos os seres humanos, nascem iguais e desta forma devem possuir as mesmas oportunidades de tratamento. Portando, é através da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, criada na França que o princípio da igualdade passou a servir de alicerce do Estado moderno, dando assim grande colaboração a todas as constituições modernas.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas afirma em seu artigo 1º:

Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade

O conceito de igualdade está diretamente ligado ao sentimento de justiça. E este princípio pode ser analisado sob dois enfoques interligados entre si. Uma igualdade entendida como formal e outra considerada como material. A formal, refere-se a expressão utilizada de que "todos são iguais perante a lei", é a igualdade diante da lei vigente e da lei a ser elaborada, impedindo privilégios a qualquer grupo. E proibindo o tratamento

diferenciado aos indivíduos com base em critérios como : raça, sexo, classe social, religião e convicções filosóficas e políticas como consta no artigo 3º inciso IV da Constituição Federal.

Enquanto a material, pressupõe que as pessoas inseridas em situações diferentes sejam tratadas de forma desigual, tratando igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades. Servindo de instrumento de concretização da igualdade em sentido formal, para aplica-la ao mundo prático.

Assim ensina, Lenza (2010, p. 124):

O art. 5º, caput, consagra que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Deve-se, contudo, buscar não somente essa aparente igualdade formal (consagrada no liberalismo clássico), mas, principalmente, a igualdade material, na medida em que a lei deverá tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades. Isso porque, no Estado social ativo, efetivador dos direitos humanos, imagina-se uma igualdade mais real perante os bens da vida, diversa daquela apenas formalizada perante a lei (2009, p. 679).

Esta desigualdade é necessária, com o objetivo de obter um resultado mais justo, já que as diferenças existentes entre os cidadãos não podem ser ignoradas. O tratamento desigual não tem como finalidade discriminar negativamente, e sim reduzir essas desproporcionalidades na sociedade.

Merece destaque, ainda, que em virtude deste princípio seja possível o ajuizamento de "ações afirmativas". Visando, colocá-las em um mesmo patamar, equiparando com as demais que não sofreram as mesmas espécies de restrições.

Portanto, a violação desse princípio ofende não somente a constituição, e sim a essência do próprio ser humano. Assim, o princípio da igualdade deverá ser aplicado de forma que se alcance a sua plenitude, a ideia de igualdade não só perante a lei, mas a todo o Direito e perante a justiça. Destacando, a necessidade de observância do Direito Penal à luz deste princípio e de um Estado Democrático de Direito. Somente assim, poderá atingir uma real e efetiva igualdade e a verdadeira justiça.

4.2 Princípio da dignidade da pessoa humana

Um indivíduo, pelo só fato de integrar o gênero humano, já é detentor de dignidade. Esta é qualidade ou atributo inerente a todos os homens, decorrente da própria condição humana, que o torna credor de igual consideração e respeito por parte de seus semelhantes.

Sarlet (2001, p. 60), analiticamente, 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 co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos

Para Dallari (2002, p. 8), constitui a dignidade um valor universal, não obstante as diversidades sócio-culturais 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.

Corroborando com a perspectiva, Sponville, (1999 p. 126):

A dignidade é composta por um conjunto de direitos existenciais compartilhados por todos os homens, em igual proporção. Partindo dessa premissa, contesta-se aqui toda e qualquer ideia de que a dignidade humana encontre seu fundamento na autonomia da vontade. A titularidade dos direitos existenciais, porque decorre da própria condição humana, independe até da capacidade da pessoa de se relacionar, expressar, comunicar, criar, sentir. Dispensa a autoconsciência ou a compreensão da própria existência, porque “um homem continua sendo homem mesmo quando cessa de funcionar normalmente”.

Como observa Sarlet: (2001, p. 50) “mesmo aquele que já perdeu a consciência da própria dignidade merece tê-la considerada e respeitada.”

O respeito à dignidade humana, por esse prisma, não constitui ato de generosidade, mas dever de solidariedade. Dever que a todos é imposto pela ética, antes que pelo direito ou pela religião.

Por isso, é auspiciosa a consagração do princípio da dignidade da pessoa humana no art. 1º, III, da nossa Constituição Federal. Significativa, mesmo, é a inclusão do princípio no pórtico da Constituição como fundamento da própria República Federativa do Brasil, como símbolo do compromisso assumido pela Constituição Federal com os valores mais caros ao homem.

5 TIPOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER TRANS

Os diversos tipos de violência diferem a partir da forma como se manifestam. Ocorrem a partir da utilização de força física ou poder sobre si mesmo, pessoa ou grupo, causando algum tipo de dano. Os tipos de violência podem ser classificados como violência física, psicológica, moral, sexual, econômica e social.

Os atos de violência podem utilizar um ou mais tipos de violência. Como nos casos de violência doméstica em que, geralmente, os atos de violência física podem vir acompanhados de violência psicológica, moral, sexual ou econômica.

5.1 Violência física

A violência física é a utilização da força física sobre alguém. Tapas, golpes, socos, chutes, puxões, empurrões ou a utilização de algum artefato com o objetivo de impor-se pelo uso da força física, oprimir, ferir ou causar qualquer tipo de dano físico.

5.2 Violência psicológica e moral

Com a inserção do art. 147-B no Código Penal, passa a ser crime praticar violência psicológica contra a mulher. Tutela-se, no novel crime, o direito fundamental “a uma vida livre de violência, tanto na esfera pública como na esfera privada” (Convenção de Belém do Pará, Decreto n. 1.973/1996, art. 3º), em especial a liberdade da ofendida de viver sem medo, traumas ou fragilidades emocionais impostos dolosamente por terceiro. Vejamos:

Art. 147-B. Causar dano emocional à mulher que a prejudique e perturbe seu pleno desenvolvimento ou que vise a degradar ou a controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, chantagem, ridicularização, limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que cause prejuízo à sua saúde psicológica e autodeterminação:

Pena — reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, se a conduta não constitui crime mais grave.

A pena cominada ao delito admitiria a aplicação de ambos os benefícios da Lei n. 9.099/1995 (transação penal e suspensão condicional do processo). Para o contexto de violência doméstica contra a mulher são vedados estes benefícios, cf. art. 41 da Lei n. 11.340/2006 (Súmula 536 do STJ) e, para os demais casos, caberá avaliar a presença dos requisitos subjetivos. Eventualmente admitida a transação penal, fica inviabilizado o acordo de não persecução penal, nos exatos termos do art. 28-A, § 2º, inc. I, do CPP.

De qualquer forma, tão ou mais importantes do que as consequências jurídicas para o agressor, deve o operador ficar atento para garantir a proteção da mulher, estabelecendo-se medidas que assegurem sua segurança, intimidade, privacidade, mesmo que a infração admita algum benefício despenalizador. De certo modo, pecou o legislador.

Cabe ressaltar que a violência psicológica e a moral utilizam-se de palavras ou atos ofensivos como forma de agressão. Humilhação, exposição, xingamentos ou a opressão e submissão fazem com que a vítima seja coagida sem a necessidade de utilização da força física.

5.3 Violência sexual

A violência sexual ocorre quando os atos de violência assumem um caráter sexual. Assédios, abusos, violações e estupro são considerados atos de violência sexual. Esses casos ocorrem quando não há o consentimento entre as partes ou quando a vítima é incapaz de opor-se ao ato. Como nos casos de violência contra crianças, idosos, pessoas com déficits cognitivos, ou temporariamente inaptas.

5.4 Violência econômica

A violência patrimonial ou econômica ocorre quando a propriedade ou os meios de subsistência são negados ou retirados por uma pessoa, ou grupo. Furtos, roubos, subtrações ou impedimentos podem ser caracterizados como esse tipo de violência. Em alguns casos de violência contra a pessoa trans, o agressor utiliza-se da dependência financeira da vítima para oprimir e subjugar-la.

5.5 Violência social

A violência social ocorre devido à utilização da força de um grupo social sobre outro. Discriminação, preconceito, desrespeito às diferenças, intolerância ou submissão de um grupo é entendido como violência social.

5.6 Violência doméstica

A violência doméstica ocorre dentro do núcleo familiar. Pode ser causada por companheiros, parentes ou tutores. Dentro dessa tipificação, predominam os casos de violência contra a mulher e os casos de violência contra criança.

Cada categoria de violência recebe uma atenção diferente do Estado a partir de leis e formas de prevenção. A violência contra a mulher e as pessoas trans, incluindo as lésbicas pode ocorrer dentro das relações de conjugalidade (casamento legal ou relacionamento íntimo) e do núcleo familiar, e as tipificações e punições para os agressores estão previstas na Lei Maria da Penha (Lei 11.340/06).

6 A LEI MARIA DA PENHA E SUA APLICAÇÃO NO CONTEXTO DE PESSOAS TRANS

A Lei nº 11.340/2006 foi criada para proteger a mulher vítima de violência doméstica, uma vez que o Estado percebeu a necessidade da criação de políticas públicas voltadas a garantir uma maior proteção a esse grupo específico, devido a sua vulnerabilidade a esse tipo de ofensa.

O artigo 5º, inciso I, II e III da Lei supracitada dispõe da seguinte forma:

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual (BRASIL, 2006).

Observa-se que o artigo 5º inclui a palavra gênero ao se referir ao grupo que é tutelado pela Lei Maria da Penha. Com isso, a mulher transexual passa a configurar como vítima de violência doméstica e familiar. O ofensor irá responder nos termos da referida Lei.

Essa Lei foi criada para salvaguardar a vida da mulher, visto que a violência praticada contra esse grupo da sociedade é recorrente e está em constante crescimento. Essa violência está ligada de forma intrínseca ao fator cultural no qual a mulher é vista como ser inferior.

Culturalmente, em várias partes do mundo, a mulher é inferiorizada sob diversos prismas. Pior ainda, quando é violentada e até mesmo morta, em razão de costumes, tradições ou regras questionáveis sob a aura dos direitos humanos fundamentais. No Brasil, verifica-se uma subjugação da mulher no nível cultural, que resvala em costumes e tradições (NUCCI, 2020, p. 850).

Por unanimidade, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) estabeleceu que a Lei Maria da Penha se aplica aos casos de violência doméstica ou familiar contra mulheres transexuais. Considerando que, para efeito de incidência da lei, mulher trans é mulher também, o colegiado deu provimento a recurso do Ministério Público de São Paulo e determinou a aplicação das medidas protetivas requeridas por uma transexual, nos termos do artigo 22 da Lei 11.340/2006, após ela sofrer agressões do seu pai na residência da família.

Art. 22. Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras:

I - suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003 ;

II - afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida;

III - proibição de determinadas condutas, entre as quais:

a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor;

b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação;

c) freqüentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida;

IV - restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar;

V - prestação de alimentos provisionais ou provisórios.

VI – comparecimento do agressor a programas de recuperação e reeducação; e (Incluído pela Lei nº 13.984, de 2020)

VII – acompanhamento psicossocial do agressor, por meio de atendimento individual e/ou em grupo de apoio. (Incluído pela Lei nº 13.984, de 2020)

§ 1º As medidas referidas neste artigo não impedem a aplicação de outras previstas na legislação em vigor, sempre que a segurança da ofendida ou as circunstâncias o exigirem, devendo a providência ser comunicada ao Ministério Público.

§ 2º Na hipótese de aplicação do inciso I, encontrando-se o agressor nas condições mencionadas no caput e incisos do art. 6º da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, o juiz comunicará ao respectivo órgão, corporação ou instituição as medidas protetivas de urgência concedidas e determinará a restrição do porte de armas, ficando o superior imediato do agressor responsável pelo cumprimento da determinação judicial, sob pena de incorrer nos crimes de prevaricação ou de desobediência, conforme o caso.

§ 3º Para garantir a efetividade das medidas protetivas de urgência, poderá o juiz requisitar, a qualquer momento, auxílio da força policial.

§ 4º Aplica-se às hipóteses previstas neste artigo, no que couber, o disposto no caput e nos §§ 5º e 6º do art. 461 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil).

"Este julgamento versa sobre a vulnerabilidade de uma categoria de seres humanos, que não pode ser resumida à objetividade de uma ciência exata. As existências e as relações humanas são complexas, e o direito não se deve alicerçar em discursos rasos, simplistas e reducionistas, especialmente nestes tempos de naturalização de falas de ódio contra minorias", afirmou o relator, ministro Rogerio Schietti Cruz.

O juízo de primeiro grau e o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) negaram as medidas protetivas, entendendo que a proteção da Maria da Penha seria limitada à condição de mulher biológica. Ao STJ, o Ministério Público argumentou que não se trata de fazer analogia, mas de aplicar simplesmente o texto da lei, cujo artigo 5º, ao definir seu âmbito de incidência, refere-se à violência "baseada no gênero", e não no sexo biológico. Violência contra a mulher nasce da relação de dominação

Em seu voto, o relator abordou os conceitos de sexo, gênero e identidade de gênero, com base na doutrina especializada e na Recomendação 128 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que adotou protocolo para julgamentos com perspectiva de gênero. Segundo o magistrado, "gênero é questão cultural, social, e significa interações entre homens e mulheres", enquanto sexo se refere às características biológicas dos aparelhos reprodutores feminino e masculino, de modo que, para ele, o conceito de sexo "não define a identidade de gênero".

Para o ministro, a Lei Maria da Penha não faz considerações sobre a motivação do agressor, mas apenas exige, para sua aplicação, que a vítima seja mulher e que a violência seja cometida em ambiente doméstico e familiar ou no contexto de relação de intimidade ou afeto entre agressor e agredida.

Schietti ressaltou entendimentos doutrinários segundo os quais o elemento diferenciador da abrangência da lei é o gênero feminino, sendo que nem sempre o sexo biológico e a identidade subjetiva coincidem. "O verdadeiro objetivo da Lei Maria da Penha seria punir, prevenir e erradicar a violência doméstica

e familiar contra a mulher em virtude do gênero, e não por razão do sexo", declarou o magistrado. Ele mencionou que o Brasil responde, sozinho, por 38,2% dos homicídios contra pessoas trans no mundo, e apontou a necessidade de "desconstrução do cenário da heteronormatividade", permitindo o acolhimento e o tratamento igualitário de pessoas com diferenças. Quanto à aplicação da Maria da Penha, o ministro lembrou que a violência de gênero "é resultante da organização social de gênero, a qual atribui posição de superioridade ao homem. A violência contra a mulher nasce da relação de dominação/subordinação, de modo que ela sofre as agressões pelo fato de ser mulher".

7 DA CONFIGURAÇÃO DA PESSOA TRANSEXUAL COMO VÍTIMA DE FEMINICÍDIO

De início, tal como lecionam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, "o transexual não se confunde com o homossexual, bissexual, intersexual ou mesmo com o travesti. O transexual é aquele que sofre uma dicotomia físico-psíquica, possuindo um sexo físico, distinto de sua conformação sexual psicológica. Nesse quadro, a cirurgia de mudança de sexo pode se apresentar como um modo necessário para a conformação do seu estado físico e psíquico". Desta forma, entende-se que igualmente o transexual, comporta personalidade singular e dominante para estar dentro do amparo legal de normas que versem sobre o direito Feminino.

Surge, porém referente à indagação inicial dois posicionamentos: um primeiro, conservador, entendendo que o transexual, geneticamente, não é mulher (apenas passa a ter órgão genital de conformidade feminina), e que, portanto, descarta, para a hipótese, a proteção especial;

A segunda, já para uma corrente mais moderna, desde que a pessoa portadora de transexualismo transmute suas características sexuais (por cirurgia e modo irreversível), deve ser encarada de acordo com sua nova realidade morfológica, eis que a jurisprudência admite, inclusive, retificação de registro civil.

Rogério Greco (2016, p. 99), não sem razão, explica: "Se existe alguma dúvida sobre a possibilidade de o legislador transformar um homem em uma mulher, isso não acontece quando estamos diante de uma decisão transitada em julgado. Se o Poder Judiciário, depois de cumprido o devido processo legal, determinar a modificação da condição sexual de alguém, tal fato deverá repercutir em todos os âmbitos de sua vida, inclusive o penal".

A nosso ver, a mulher de que trata a qualificadora é aquela assim reconhecida juridicamente, a doutrina aponta alguns critérios para definir o que se pode considerar mulher para os efeitos desta qualificadora: a) psicológico: o indivíduo nasce do sexo masculino, mas, psicologicamente, não aceita esta condição e se identifica com o sexo oposto. É o que move os transexuais a buscar a o procedimento de reversão genital; b) biológico: identifica-se a mulher por sua constituição genética e suas implicações físicas externas; c) jurídico: para este critério, é mulher quem é assim reconhecido juridicamente, ou seja, quem exibe em seu registro civil identidade do gênero feminino, ainda que não tenha nascido nesta condição, nem exiba as características próprias do sexo feminino. É o que normalmente ocorre com os transexuais, que, após a reversão, buscam também alterar seu registro civil.

No caso de transexual que formalmente obtém o direito de ser identificado civilmente como mulher, não há como negar a incidência da lei penal porque, para todos os demais efeitos, esta pessoa será considerada mulher. A proteção especial não se estende, todavia, ao travesti, que não pode ser identificado como pessoa do gênero feminino. Se a Lei Maria da Penha tem sido interpretada extensivamente para que sua rede de proteção se estenda à pessoa que, embora não seja juridicamente reconhecida como mulher, assim se identifique,

devemos lembrar que a norma em estudo tem natureza penal, e a extração de seu significado deve ser balizada pela regra de que é vedada a analogia in malam partem. E, ao contrário do que ocorre com outras qualificadoras do homicídio em que se admite a interpretação analógica, neste caso não se utiliza a mesma fórmula, nem há espaço para interpretação extensiva, pois não é o caso de ampliar o significado de uma expressão para que se alcance o real significado da norma. Mulher, portanto, para os efeitos penais desta qualificadora, é o ser humano do gênero feminino. A simples identidade de gênero não tem relevância para que se caracterize a qualificadora.

Ressalta-se, por fim, que a qualificadora do feminicídio é subjetiva, pressupondo motivação especial: o homicídio deve ser cometido contra a mulher por razões da condição de sexo feminino. Mesmo no caso do inciso I do § 2º-A, o fato de a conceituação de violência doméstica e familiar ser um dado objetivo, extraído da lei, não afasta a subjetividade. Isso porque o § 2º-A é apenas explicativo; a qualificadora está verdadeiramente no inciso VI, que, ao estabelecer que o homicídio se qualifica quando cometido por razões da condição do sexo feminino, deixa evidente que isso ocorre pela motivação, não pelos meios de execução.

Temos decisão pioneira do TJDF em sentido contrário, argumentando que a novel qualificadora é objetiva:

"A inclusão da qualificadora agora prevista no art. 121, § 2º, inciso VI, do CP, não poderá servir apenas como substitutivo das qualificadoras de motivo torpe ou fútil, que são de natureza subjetiva, sob pena de menosprezar o esforço do legislador. A Lei 13.104/2015 veio a lume na esteira da doutrina inspiradora da Lei Maria da Penha, buscando conferir maior proteção à mulher brasileira, vítima de condições culturais atávicas que lhe impuseram a subserviência ao homem. Resgatar a dignidade perdida ao longo da história da dominação masculina foi a ratio essendi da nova lei, e o seu sentido teleológico estaria perdido se fosse simplesmente substituída a torpeza pelo feminicídio. Ambas as qualificadoras podem coexistir perfeitamente, porque é diversa a natureza de cada uma: a torpeza continua ligada umbilicalmente à motivação da ação homicida, e o feminicídio ocorrerá toda vez que, objetivamente, haja uma agressão à mulher proveniente de convivência doméstica familiar. 3 Recurso provido. (Acórdão n.904781, 20150310069727RSE, Relator: GEORGE LOPES LEITE, 1ª Turma Criminal, Data de Julgamento: 29/10/2015, Publicado no DJE: 11/11/2015. Pág.: 105).

Já a violência psicológica e a moral utilizam-se de palavras ou atos ofensivos como forma de agressão. Humilhação, exposição, xingamentos ou a opressão e submissão fazem com que a vítima seja coagida sem a necessidade de utilização da força física.

8 CONCLUSÃO

A mulher transgênero, embora tenha nascido com características físicas do sexo masculino, identifica-se com o gênero oposto e passa a agir de acordo com o papel por este desempenhado, emoldurando-se em um cenário em que sofre duplo preconceito: por não se identificar com seu sexo biológico e por desempenhar papel social de mulher, o que acaba por contribuir para sua marginalização na sociedade.

Durante a elaboração desta pesquisa, uma grande dificuldade constatada foi a falta de literatura jurídica tratando, em específico, sobre a possibilidade de aplicação da Lei Maria da Penha às mulheres transgênero, tendo pouca visibilidade e alcance as poucas obras que versam sobre o tema. De igual maneira, o reduzido número de decisões abordando a temática, bem como a falta de posicionamento por parte dos Tribunais Superiores.

Embora a Lei Maria da Penha contemple a violência psicológica no art. 7º, inc. II, até a entrada em vigor da Lei n. 14.188/2021 não havia no ordenamento jurídico brasileiro um tipo penal correspondente. Era contraditório constar expressamente essa forma de violência em uma das leis mais conhecidas e importantes do país, que a define como uma “violação dos direitos humanos” (art. 6º) e, ao mesmo tempo, a conduta correspondente não configurar necessariamente um ilícito penal. Diversas condutas consistentes em violência psicológica – como manipulação, humilhação, ridicularização, rebaixamento, vigilância, isolamento – não configuravam, na imensa maioria dos casos, infração penal. Apesar de serem ilícitos civis, não configuravam crime. Não raras vezes, vítimas compareciam perante autoridades para registrar boletins de ocorrência por violência psicológica e eram informadas de que a conduta não configurava infração penal.

A ausência de tipificação também dificultava o deferimento de medidas protetivas de urgência, pois, embora os tribunais superiores e o art. 24-A da Lei Maria da Penha permitam a medida protetiva civil autônoma, ainda há, lamentavelmente, muita resistência em se conceder instrumentos de proteção divorciados da infração penal, de um registro de boletim de ocorrência ou procedimento criminal.

A nova legislação sinaliza quanto à maior gravidade da lesão corporal em contexto de violência de gênero e dá maior visibilidade à violência psicológica, tanto na esfera criminal quanto para o deferimento de medidas protetivas de urgência.

Por outro lado, a visão humanizada dos poucos estudiosos que enfrentam o tema e que possuem, majoritariamente, um entendimento compartilhado, de maneira unânime, por parte das instituições que compõem o Poder Judiciário, conferiu segurança para ser apresentadas percepções que convergem em diversos aspectos, defendendo a aplicação da Lei Maria da Penha às mulheres trans em situação de violência doméstica e familiar.

A análise realizada neste estudo foi motivada a partir de um desconforto ao observar a maneira como a temática ainda é enfrentada no meio jurídico, existindo, ainda, uma quantidade considerável de casos que são levados aos tribunais de segunda instância em razão, unicamente, de um entendimento arcaico e desumano por parte dos operadores do Direito no país, o que reflete a urgente necessidade de uma oxigenação em âmbito jurídico, indo ao encontro do que preconizava Belchior, em 1976, em sua ainda atual poesia, quando cantava sobre o envelhecimento do que, há pouco tempo, ainda era novo, ressaltando a necessidade de um rejuvenescimento geral, que acompanhasse as evoluções da sociedade.

Por fim, cumpre ressaltar que a elevação de penas ou criação de crimes, isoladamente, não possuem o condão de trazer automaticamente efeito dissuasório da prática de novos atos de violência contra as mulheres. É essencial que as novas normas penais sejam aplicadas dentro no espírito holístico da Lei Maria da Penha, que prevê a necessidade de concretização de políticas

públicas de prevenção e proteção à mulher. Não se deve cair na ilusão do populismo punitivo, ofuscando a centralidade das políticas públicas de prevenção à violência contra as mulheres, sendo o coração da Lei Maria da Penha.

9 REFERENCIAS

BEAUVOIR, Simone. **O segundo sexo: a experiência vivida**. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1960.

BRILHANTE, AVM. Moreira, GAR. Vieira, LIES. Catrib, AMF. **A bibliometric study on gender violence**. Saúde Soc. 2016;25(3):703-715. <https://doi.org/10.1590/S0104-12902016148937>

CARAVACA-MORERA JA, Bennington M, Williams C, Mackinnon K, Ross LE. **Contemporaries homo sacer: barriers to accessing healthcare services for trans populations**. Texto Contexto Enferm. 2017;26(3):e3710016. <https://doi.org/10.1590/0104-07072017003710016>

CASSANA, Mônica Ferreira. **Corpo e(m) Discurso: Ressignificando a Transexualidade**. Curitiba: Editora e Livraria Appris Ltda, 2018. Disponível em: <https://pt.scribd.com/book/405700864/Corpo-e-m-Discurso-Ressignificando-a-Transexualidade>. Acesso em: 21 de abril de 2022. E-book.

CONNELL R, Pearse R. Gênero: uma perspectiva global. 13 ed. São Paulo: Versos; 2015. BENTO, Berenice. **O que é transexualidade**. São Paulo: Editora e Livraria Brasiliense, 2017. Disponível em: <https://pt.scribd.com/book/405778252/O-que-e-transexualidade>. Acesso em: 21 de abril de 2022. E-book.

BOND, Letycia. **Brasil registrou 124 assassinatos de pessoas transgênero em 2019**. 2019. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2020-01/brasil-registra-124-assassinatos-de-pessoas-transgenero-em-2019>. Acesso em: 21 de abril de 2022.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 21 de abril de 2022.

BRASIL. **Lei 6.015** de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. DIÁRIO OFICIAL DA UNIÃO. Atos do Poder Legislativo, Brasília, DF, 17 abril 2015. P 02. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015compilada.htm. Acesso em: 21 de abril de 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação direta de inconstitucionalidade: ADI 4275. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 2019. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/768143102/acao-direta-de-26inconstitucionalidade-adi-4275-df-distrito-federal-0005730-8820091000000/inteiro-teor-768143111?ref=juris-tabs>. Acesso em: 21 de abril de 2022.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos Humanos e Cidadania**, 2002, p. 8.

ENTIDADES DE FISCALIZAÇÃO DO EXERCÍCIO DAS PROFISSÕES LIBERAIS/CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Dispõe sobre o cuidado específico à pessoa com incongruência de gênero ou transgênero e revoga a **Resolução CFM nº 1.955/2010**. **Resolução nº 2.265**, de 20 de setembro de 2019. Disponível em:

<http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-n-2.265-de-20-de-setembro-de-2019-237203294>. Acesso em: 21 de abril de 2022.

FLOTSKAYA N, Bulanova S, Ponomareva M, Flotskiy N, Konopleva T. **Gender Identity Development among Teenagers Living in the Subarctic Region of Russia**. Behav Sci (Basel) 2018;8(10):90. <https://doi.org/10.3390/bs8100090>

GRECO, Rogerio. **Curso de direito penal**, vol. III, 2016.

GUEDES, Maria Helena. **As transexuais!** Vitória: Clube de Autores, 2015. Disponível em:

<<https://pt.scribd.com/book/421372626/As-Transexuais>>. Acesso em: 21 de abril de 2022. E- book.

LEDDY, AM. Weiss E, Yam E, Pulerwitz J. **Gender-based violence and engagement in biomedical HIV prevention, care and treatment: a scoping review**. BMC Public Health. 2019;19:897. <https://doi.org/10.1186/s12889-019-7192-4>

LEI Nº 11.340, DE 7 DE AGOSTO DE 2016. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 21 de abril de 2022.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado: Igualdade Formal e Material**. São Paulo: Saraiva, 2010.

MENEGHEL SN, Margarites AF. Femicídio em Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil: iniquidades de gênero ao morrer. Cad Saúde Pública. 2017;33(12):e00168516. <https://doi.org/10.1590/0102-311x00168516>

MINISTÉRIO DA SAÚDE (BR). Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa. Departamento de Apoio à Gestão Participativa. Política Nacional de Saúde Integral de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais [Internet]. Brasília: Ministério da Saúde; 2013 [cited 2021 Feb 21]. Available from: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/politica_nacional_saude_lesbicas_gays.pdf

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 16.Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. Editora Forense.

RING MEM. Transgénero, no es una enfermedad. Rev Cub Salud Pública [Internet]. 2018 [cited 2020 Jun 17];45(4):e1540. Available from: <http://scielo.sld.cu/pdf/rcsp/v45n4/1561-3127-rcsp-45-04-e1540.pdf>

RUBIO, Pilar Pardo. **Primavera das Mulheres: 100 Questões Essenciais para Entender o Feminismo no Mundo Contemporâneo**. São Paulo: Editora Cultrix, 2020. Disponível em: <https://pt.scribd.com/book/455753329/Primavera-das-Mulheres-100-Questoes-Essenciais-para-Entender-o-Feminismo-no-Mundo-Contemporaneo>. Acesso em: 21 de abril de 2022. E-book.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2001, p. 50-60).

SPONVILLE, André. Op. cit., p. 126.

UNITED NATIONS. Discriminatory laws and practices and acts of violence against individuals based on their sexual orientation and gender identity. General Assembly [Internet]. Geneva: United Nations Human Rights Council; 2011 [cited 2020 Jun 18]. Available from: https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Discrimination/A.HRC.19.41_English.pdf

OS EFEITOS JURÍDICOS DO CRIME DE *STALKING* DIANTE DA LEI MARIA DA PENHA

AMANDA LYGIA LOPES DE SÁ:
Graduada em Direito no Centro
Universitário Santo Agostinho.

AMANDA PEREIRA DA COSTA ⁷¹

(coautora)

GUSTAVO LUÍS MENDES TUPINAMBÁ RODRIGUES ⁷²

(orientador)

RESUMO: O presente artigo pretende levantar a importância do *STALKING* no ordenamento jurídico brasileiro e, para isto, se faz necessário compreender sua origem e a legislação pertinente no ordenamento Jurídico. A pesquisa se deu por meio de revisão bibliográfica narrativa, tendo em vista que analisa os efeitos jurídicos do crime de *STALKING* diante da Lei Maria da Penha no Brasil. Tendo como problema: Quais os efeitos jurídicos materializados pela tipicidade do *Stalking* perante a violência doméstica e familiar? O centro do estudo foi à análise da Lei de *stalking* que foi adicionada recentemente a legislação brasileira. Posto isto, buscou entender como esse novo mecanismo é evidenciado nas violências sofridas pelas mulheres, ou por aqueles que se identificam pelo sexo feminino, além de discutir sobre a materialidade dos danos que a classe feminina enfrenta após as reiteradas perseguições. Contudo, pretende-se entender a problemática e os meios para combater essa ilicitude, ao passo que se verifica os efeitos estabelecidos pelo mais recente tipo penal.

Palavras-chave: *Stalking*; Lei Maria da Penha; vítimas; dano: efeitos jurídicos.

1 INTRODUÇÃO

Recentemente foi inserido na legislação brasileira por meio da Lei nº 14.132/2021, o artigo 147-A do código Penal, que revogou o artigo 65 da Lei nº 3.688 de 1941 (BRASIL, 2021). Tendo em vista que passou a punir severamente a conduta de perseguição reiterada que antes era prevista como contravenção penal, passando a ser considerada crime, cuja pena é de reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, podendo ser aumentada de metade se o crime for praticado contra mulher, por razões da condição de sexo feminino.

Todavia, percebe-se que apesar de já existir uma lei conhecida como Maria da Penha que visa coibir as violências no âmbito doméstico, foi preciso criar um reforçador para amparar as

⁷¹ Graduada em Direito no Centro Universitário Santo Agostinho.

⁷² Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul-PUCRS, especialista em Direito Administrativo pela Universidade Federal do Ceará-UFC, graduado em Bacharelado em Direito pela Universidade Federal do Piauí-UFPI. Professor em Direito Penal pelo Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA.

vítimas quanto quaisquer lacunas que vier a surgir na Lei Maria da Penha. Além de tornar proporcional a pena para uma conduta que, embora muita das vezes seja vista como algo de menor importância, pode ter efeitos colaterais devastadores na vida de quem a sofre.

Assim, o *stalking* pode ser considerado emocional quando se refere a uma relação familiar ou amorosa (presente ou passada) entre o agente e a vítima; ou funcional, quando se trata de trabalho, comércio ou educação e quando se estuda a relação entre perpetradores e vítimas. Além disso, assume a forma de perseguição idólatra, ligada a obsessão de fãs, visando artistas, líderes políticos e religiosos ou outras figuras públicas. Também está disponível presencial e remotamente.

Eles se comportam de várias maneiras, desde agressões físicas e emocionais, ameaças, agressões sexuais e comportamentos menos sérios e até emocionais, como envio de mensagens de texto e abordá-los propondo um relacionamento. Ocorre que mesmo nestas últimas situações a conduta do "*stalker*" é incomodativa, desagradável e possessiva, uma vez que gera desconforto, medo e constrangimentos.

Diante disso, são de extrema relevância que haja uma análise quanto os efeitos jurídicos materializados pelo crime de *stalking* diante da Lei Maria da Penha. Para entender como as violências descritas no tipo penal se adequa quantos as violências prelecionadas pela a esfera quanto à proteção a classe feminina. Assim, como também, discutir a sua aplicabilidade em face desse Instrumento Criminal. Para assim analisar os danos sofridos pela a vítima e ver as possíveis reparações que podem ser desencadeadas pelo o Estado.

2 EVOLUÇÕES DO *STALKING*

Stalking é um termo de origem inglesa, ainda não temos uma tradução exata para a língua portuguesa. A expressão provém do verbo *to stalk* que traduzido traz "perseguir", deriva dessa expressão alguns sinônimos como: importunar, assediar, seguir, espreitar, dessa forma, sendo considerado como situações invasivas.

A necessidade de ampliar o escopo da lei levou à criminalização do *stalking*, comumente referido como "*stalking*". Dentre as diversas formas de autonomia, o principal objetivo dessa forma de autonomia é preencher a lacuna na proteção dos direitos interpessoais.

O ponto de partida para que o "*Stalking*" suscitasse o interesse da comunidade jurídica surgiu numa época em que, apesar de ser este um comportamento já refletido em outras tipificações legais, clarificou-se a necessidade de proteger outras vertentes dos bens jurídicos pessoais e interpessoais, de forma a evitar que as vítimas, colocadas em situações de perigo específicas, se sentissem legalmente desprotegidas.

2.1 O *STALKING* NO MUNDO

O conhecimento deste fenômeno remonta ao direito penal romano, o que mostra desde logo que havia um interesse generalizado por este tipo de direito nesta época. Na prática jurídica, a palavra "*stalking*" refere-se à perseguição e foi com esse tipo de perseguição reiterada que a celebridade americana Rebeca Scharffer na década de 1990, teve sua morte de forma precoce, ficou conhecido como um marco histórico, e por isso é chamado de "o crime dos anos 90". A vítima foi perseguida por um fã durante três anos, fatos que posteriormente a levariam ao assassinato.

Tal concepção mudou com o tempo, o que se entende, pois, neste período, as práticas de tais condutas tinham uma incidência maior entre desconhecidos, até que, eventualmente, surgiram os primeiros casos de perseguição entre pessoas com precedentes de relações de intimidade entre si.

Este fenômeno, que se alastrou por toda a Europa, começou a desvendar casos como os anteriores, tornando o ordenamento jurídico necessitado de intervenção penal neste sentido. De forma pioneira, o caso da Dinamarca é amplamente conhecido, sendo o país que já está bastante avançada nesse quesito, tendo legislado sobre o "*stalking*" desde os anos 30 no século XX.

Segue-se então o Reino Unido e a Irlanda que em 1997 encontraram legislação específica para preencher as lacunas que existiam quanto a esta matéria, acompanhados da Bélgica em 1998, depois a Holanda em 2000, Malta em 2005, Áustria em 2006, a Alemanha em 2007 e Itália em 2009 (KYVSGAARD, B., *op.cit.*, pp. 67 e 68).

Para os países que não criminalizam o *stalking*, alguns destes o sistema penal, embora não estilizado, sentiu a necessidade de fazê-lo. Há outros que não o fazem porque pensam que a legislação à sua disposição prova ser suficientes para lidar com a situação resultante ou porque tiram conclusões só que o assunto não tem significado social nem acadêmico.

2.2 NUANCES DO *STALKING* NO BRASIL

O Brasil, na verdade, delongou para tratar desse assunto. Como sempre, os legisladores parecem estar esperando que várias situações trágicas se materializem antes de tomar medidas de proteção para as vítimas – neste caso, as mulheres.

Assim, surgiu no ordenamento jurídico interno a primeira lei que tratou ampla e especificamente da violência contra a mulher - a chamada Lei Maria da Penha (Lei 11.340/06), inspirada no fato que uma mulher foi alvo duas vezes da tentativa de homicídio do ex-marido (BRASIL, 2006).

Dessa maneira, somente em 2006 os legisladores brasileiros começaram a implementar medidas destinadas a represar a violência de gênero. Já era tarde, mas ao longo do tempo várias

outras ações foram tomadas com o mesmo objetivo - coibir e punir a violência contra a mulher de forma mais severa e eficaz.

Ocorreu então uma mudança extremamente importante no cenário do crime, também voltada para a proteção das mulheres como um dos mecanismos para coibir a violência contra elas, é a recente criminalização do *stalking* – que é o foco deste estudo.

Como o *stalking* foi recentemente inserido no Código Penal pela Lei no 14.132/2021, com o nomen iuris “crime de perseguição” (BRASIL, 2021), discute-se sobre sua aplicabilidade, sobretudo no âmbito da Lei Maria da Penha. Assim, é de suma importância analisar a incidência desse tipo penal no tocante a classe feminina.

Dessa forma, no âmbito da violência doméstica e familiar, o homem geralmente persegue a mulher na tentativa de reatar o relacionamento, e antes as condutas de perseguição poderiam ser enquadradas como perturbação da tranquilidade. Nesse sentido, essa norma penal poderá dificultar para a classe feminina, pois ela terá que ser perseguida e ao mesmo tempo sendo vítima de algum dos verbos constantes no caput do artigo 147-A do Código Penal (BRASIL, 1940).

O *stalking* pode ser cometido no âmbito da violência doméstica e familiar, a qual já foi explicada alhures. No que diz respeito ao menosprezo ou discriminação à condição de mulher, não se refere apenas a subjugar o sexo feminino, mas também por outros fatores, como a não subserviência para com o homem, o qual se considera superior, não aceitando o término do relacionamento, por ciúmes ou até mesmo por servir a comida fora do horário (NUCCI, 2020).

Nesse sentido, em relação ao *stalking*, verifica-se esse menosprezo e discriminação, por exemplo, quando a parceira consegue um emprego e por achar que ela não tem condições de assumir aquele cargo por ser mulher ou por ciúmes, o parceiro acaba perseguindo e vigiando a vítima.

Em relação às duas hipóteses vistas acima, Bittencourt (2020, p. 233-234) afirma que:

“Na primeira hipótese o legislador presume o menosprezo ou a discriminação, que estão implícitos, pela vulnerabilidade da mulher vítima de violência doméstica ou familiar, isto é, o ambiente doméstico e/ou familiar são as situações caracterizadoras em que ocorre com mais frequência à violência contra a mulher por discriminação; na segunda hipótese, o próprio móvel do crime é o menosprezo ou a discriminação à condição de mulher, mas é, igualmente, a vulnerabilidade da mulher tida, física e psicologicamente, como mais frágil, que encoraja a prática da violência por homens covardes, na presumível certeza de sua dificuldade em oferecer resistência ao agressor machista.”

Assim, refere-se ao fato de o homem não aceitar determinados comportamentos pelo simples fato de serem oriundos de mulheres ou pela desobediência. Nessa perspectiva, ele pode perseguir a vítima pelo fato dela ter conseguido um emprego e para vigiá-la, já que para alguns homens, a mulher tem um papel exclusivamente doméstico. Existe também o fato de o homem não aceitar a autonomia da mulher, bem como ter o sentimento de posse, de modo a não aceitar ouvir um “não”, pelo fato de ter a convicção de que a mulher, por ser um ser inferior, não pode contrariá-lo.

Inclusive, nos casos de não correspondência amorosa, o *stalker* pode se valer da internet ou vigiá-la presencialmente para ter noção da rotina da vítima, para que finalmente possa cometer estupro ou homicídio (CASTRO; SYDOW, 2019).

Assim, essa discriminação ou menosprezo à condição de mulher pode até intensificar para as perseguições e conseqüentemente, a ocorrência de algum crime.

3 O CRIME DE *STALKING* EM FACE DA LEI MARIA DA PENHA

Preliminarmente, faz jus destacar que para entender como ocorre a configuração do crime de ***STALKING*** nas violências domésticas e familiar, é necessário conhecer a Lei Maria da Penha. É preciso entender como ocorre à periodicidade de sua forma e como esta é subdividida.

Insta esclarecer que o instrumento ao combate as violências sofridas pela a classe feminina, completou 16 anos em 2022, ao passo em que ao decorrer dos anos passou por diversas transformações, pois para atingir seu objetivo, que nada mais é, do que assegurar que os direitos femininos sejam resguardados, foi necessário trazer novos mecanismos eficazes ao amparo as vítimas de violência doméstica, familiar e nas relações íntimo afetivo. As mudanças são lentas, mas seguem com força total na busca de assegurar os principais direitos femininos. (SAMPAIO, 2022).

Ressalta-se, que a tipificação do delito de perseguição, mais conhecidos como ***STALKING***, tem como objetivo impedir a prática da perseguição reiterada. Em se tratando das violências sofridas pela a classe feminina, ocorre por meio de ideologias machistas, sentimento de posse ou até mesmo pela não aceitação do fim de um relacionamento. Foi uma grande conquista, pois reforçou a segurança ao tocante as agressões sejam de ordem física ou moral, preenchendo assim, as lacunas em aberto para evitar à impunidade as violências doméstica e familiar no anseio da perseguição de como reiterada (FARIAS, 2021).

Contudo, percebe-se que a materialidade do ***STALKING***, diante da esfera da Lei Maria da Penha se concentra em condutas, no qual, o agressor enxerga a vítima como submissa, tornando assim possessivo, o que dificulta a aceitação do fim de um relacionamento, por exemplo. No entanto, por não ter a atenção da vítima, começa a persegui-la diversas vezes, até conseguir o seu objetivo principal: “voltar sua atenção unicamente para ele”.

3.1 O ADVENTO DA LEI MARIA DA PENHA

Salienta-se, preliminarmente, que a **Lei Maria da Penha** foi um grande avanço ao combate às violências domésticas, sofridas por mulheres, que eram vistas pelo o patriarcado como submissas, um mero objeto de procriação do consorte. Ademais, tinham como principais responsabilidades a educação dos filhos e a organização do lar.

Inclusive, em algumas situações de desobediência ou outro motivo conjugal, o homem estava legitimado a se utilizar da violência como forma de punição, sendo considerado um exercício regular do direito, tendo em vista que ele era considerado o chefe da família (BIANCHINI; BAZZO; CHAKIAN, 2021).

Contudo, foi a partir da criminalização da Lei Maria da Penha que as mulheres de fato, ganharam notoriedade no tocante à segurança. Destaca-se, que o nome dessa Lei foi criado em homenagem a Maria da Penha Fernandes, vítima de um relacionamento abusivo.

Ao ser vítima da primeira tentativa de assassinato do seu marido, Maria da Penha só saiu viva do crime porque se fingiu de morta, uma vez que temia levar o segundo tiro, mas logo depois foi socorrida a tempo para o hospital e conseguiu sobreviver (PENHA, 2012).

Dessa forma, além de ser vítima de tentativas de assassinato por seu marido, ela ainda foi vítima do Estado, o qual demorou a julgar seu caso e ainda não teve seu direito resguardado. Por conta disso, foi necessário que ela apresentasse uma denúncia à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, a qual tem o objetivo de analisar casos de violação de direitos humanos (CUNHA; PINTO, 2021).

A violência doméstica e familiar tipificada na Lei Maria da Penha tem como principal objetivo a proteger a classe feminina de eventuais ou habituais danos a integridade física, ou psicológica. Devido a isso não pode ser aplicada para resguardar os direitos dos homens. No entanto, isto não significa que apenas o homem é sujeito ativo, ou seja, que apenas 'ele' comete o crime de violência doméstica.

Vale ressaltar que essa violência não ocorre somente contra a mulher, podendo abranger travestis, transexuais, transgêneros e relacionamentos lésbicos (BIANCHINI; BAZZO; CHAKIAN, 2021; CUNHA; PINTO, 2021). É justamente devido a isto que a Lei nº 11.340/2006 não é limitada à relação entre marido e mulher ou namorado e namorada. Mas abrange a proteção àquelas pessoas que se identificam com o sexo feminino.

Destarte, que o artigo 5º da Lei Maria da Penha, preleciona que a violência doméstica e familiar contra a classe feminina, é constituída de qualquer ação ou omissão que visa causar danos físicos, psicológicos ou patrimoniais. Percebe-se, contudo, que este dispositivo visa à proteção

jurídica contra a esta, que se encontra com seus direitos violados pelo o seu agressor. Nesse diapasão, os incisos do referido artigo elencam três situações que materializam a violência doméstica e familiar.

O inciso I, refere-se ao âmbito doméstico, no qual é configurado quando a vítima está sendo violentada em ambiente de moradia, não sendo necessário o vínculo de permanência ou habitualidade. Já o inciso II, trata-se do âmbito familiar, que é descrito por um grupo de pessoas com vínculo de parentesco, seja por afinidade ou por vontade expressa. A agressão aqui ocorre quando o marido, ou companheiro, causa dano a integridade física ou psicológica da esposa/companheira. Não sendo obrigatório que a prática da ilicitude seja em ambiente familiar, podendo ocorrer, por exemplo, em uma loja.

Todavia, o inciso III, concerne à relação íntimo-afetivo compreendido por relacionamentos afetivos, independentemente do tempo em que os dois estão juntos, seja como casados, ou namorados. Portanto, ocorrerá esse tipo de violabilidade mesmo que a relação tenha sido passageira, não sendo importante o local em que a violência é consumada.

3.2 VIOLÊNCIAS CONTRA MULHER CONFIGURADAS POR MEIO DO *STALKING*

O crime de **STALKING** é conhecido pela a perseguição habitual, uma vez que o agente ao utilizar o meio virtual ou presencial, irá abordar a vítima, proferindo ameaças físicas e psicológicas, podendo até mesmo restringir o seu direito de ir e vir, ou invadir e perturbar a sua liberdade e privacidade. Essas situações são comuns nos casos de agressores que não aceitam o fim do relacionamento. Para garantir a eficácia ao combate a tais transgressões, o agente pode ter como Pena – reclusão, de 06 (seis) meses a 02 (dois) anos, e multa.

Para a psicóloga Vanessa Lucia, o **STALKING** é considerado uma pessoa emocionalmente desequilibrada que tenta suprir suas frustrações através de ameaças e que esse descontrole pode até chegar a um nível de desenvolvimento de sociopatia e psicopatia (CEARÁ GOVERNO DE ESTADO, 2021, *online*).

O agressor utiliza a intimidade para perseguir e coagir a vítima para fazer suas vontades. Sendo que muitas das vezes ela nem percebe o que está ocorrendo, justamente por desconhecer a materialidade do **STALKING**. “Ameaças verbais e físicas que sofrem, não compartilha com ninguém, suportando sozinha os dramas, dores e aflições de viver sob o assédio de ser coagida ao indesejado” (JESUS, 2008, *online*).

Posto isto, o comportamento de perseguição, em várias situações é desencadeado por meio de agressões e violências que são caracterizadas por condutas de ameaças, xingamentos, humilhações, calúnia, difamação, e dentre outras, que abalam o psicológico da vítima. No qual, o perseguidor inicia com ameaças e torna-se mais tarde, obsessivo, utilizando todos os meios possíveis para chamar a sua atenção. Dessa forma, pode ser analisado que:

O *stalking* inicia por meio de ameaças, pois o agressor passa a proferir xingamentos, a fazer chantagem, importunação a residência da vítima, além de humilha-la e utilizar meios horrendos para convencer que ela é a culpada por ele agir dessa forma, conseqüentemente, por não atingir o seu objetivo, passa a realizar violência física, sendo o auge da crueldade por ser um delito mais curto (FARIAS, *online*).

Um caso que gerou uma grande repercussão no Brasil, foi o de Ana Hickmann. A apresentadora recebia diversas mensagens e tentativas de contato do seu fã Rodrigo Augusto de Pádua, até que o comportamento deste se tornou extremamente obsessivo e no dia 26 de Maio de 2016 invadiu o hotel em que Ana estava hospedada, ameaçando a matar por não corresponder aos sentimentos dele (G1, 2016).

A vítima estava acompanhada pelo irmão do seu marido, Gustavo Corrêa e pela a sua esposa, Giovana Oliveira no quarto e na tentativa de desarmar o perseguidor, houve uma luta corporal entre ele Gustavo. Foram efetuados disparos que acabaram acertando Giovana no braço e no abdômen, Gustavo 27 conseguiu desarmar o bandido e o acertou com três tiros em que o *stalker* não resistiu e faleceu no mesmo instante (G1, 2016).

Percebe-se que este caso iniciou por meio do mundo digital, no qual a vítima recebeu diversas mensagens insistentes do seu agressor, mas ao não ser respondido, acabou se tornando extremamente violento, colocando-a em perigo e os seus acompanhantes.

Conseqüentemente, a violência psicológica desencadeia danos emocionais gravíssimos à parte sofredora. Uma vez que ela se encontra em estado de vulnerabilidade, pois o *stalker* passa a controla-la mentalmente. Proferindo ofensas, ameaças, tenta a todo custo diminuir sua autoestima, a fim de fazer com que ela se sinta inferior e não consiga encontrar uma saída para se livrar do controle mental, de modo que:

O medo e a insegurança são frequentes para a vítima do *stalking*, pois elas não se sentem seguras em nenhum lugar, ao passo que a cada agressão consumada a vítima passa a não acreditar que conseguirá vencer aos terrores impostos por seu agressor. Na maioria das vezes, esse nível se refere a realidade da vítima, no entanto, antes disso acontecer, devido ao medo e a insegurança que a controlam, ela chega ao ponto de não conseguir enxergar uma saída para a situação cruel em que se encontra (MONTEIRO, 2021, *online*).

Por fim, é notório que além de combater a conduta do *stalking* para proteger a vitima de qualquer violência física, ou psicológicas irreparáveis futuramente, é imprescindível que ela faça acompanhamento com um psicólogo, a fim de reparar os danos que foram materializados com a

prática delitiva. Pois se constata que tal violência engloba uma série de problemas mentais, como a depressão e a ansiedade.

3.3 DANOS SOFRIDOS PELAS VITIMAS DO CRIME *STALKING*

Para que se tenha noção da proporção do dano causado à vida de uma pessoa vítima de *stalking*, é preciso entender primeiramente o que de fato constitui o dano. A consumação de dano é defendida por Maria Helena Diniz como: "lesão, visto a diminuição e destruição na vida da parte sofredora, que, devido a certo evento, sofre contra sua vontade, sendo flagrada a violação ao um bem ou interesse jurídico, patrimonial ou moral" (1996, p. 49).

Destarte, que os danos causados pelo o crime de *stalking*, podem ser de ordem moral e material. Em que nos tempos atuais, permite que sejam indenizados, pois a consequência gerada por esta ilicitude não engloba apenas um prejuízo. Mas desenvolve também uma frustração à vítima devido o agressor utilizar todos os meios possíveis para conseguir alcançar o que tanto deseja.

No entanto, para que sejam cabíveis é necessário que tanto o dano moral e o dano material sejam atuais, reais e certos. Pois não é cabível de indenização prejuízos hipotético, vago e que não foram de fato comprovados. É importante não banalizar as indenizações para que acabem o sofrimento da vítima seja diminuído ou até mesmo o desprezando em virtude de acreditarem que as acusações não passam de um modismo do momento (CHAMONE, 2008).

O primeiro dano que deve ser analisado é o dano moral, pois está relacionado com a integridade psicológica da vítima, tendo em vista que ela é frequentemente atormentada e assombrada pelos os traumas desenvolvidos pela a prática do *Stalking*. Este dano é fácil de ser observado, pois está configurado nos insultos, xingamentos, humilhações e restrições que o agressor a sujeita.

Não deve ser limitado apenas como uma adversidade psicológica, sendo definido por Sergio Cavellieri como: "Nessa linha de raciocínio, só deve ser configurada como dano moral a dor, a humilhação, o sofrimento de incapacidade imposto pelo o agressor, ao culpar e acusar injustamente a vítima, que, fugindo à normalidade, vai interferir drasticamente no seu comportamento psicológico, causando-lhe aflições, insegurança, medo, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar" (CAVALIERI, 2020, p. 103).

No tocante, ao dano material, a sua materialidade ocorre quando viola o patrimônio da parte sofredora. Pode ser observado quando a vítima troca de celular ou notebook, devido ao seu ex-companheiro ter os clonados. Possuindo total acesso de suas informações íntimas.

Pode ser usado como exemplo de dano material, o depoimento de uma vítima que teve perda de produtividade em seu ambiente de trabalho devido a insistentes perseguições e constrangimentos realizados por um *stalker*. Em seu relato a vítima diz: "ele queria destruí-me em termos de carreira e pessoalmente, porque me disse uma vez que me havia de destruir. Felizmente,

o meu chefe da altura foi compreensivo e aconselhou-me a concentrar-me no trabalho e esquecer o resto. Como sou professora contratada, infelizmente não consegui ficar mais tempo na escola onde me encontrava" (COSTA, 2012, online).

Dessa forma, observa-se que a prática do *stalking*, não afeta apenas a integridade psicológica da vítima, mas afeta também o seu patrimônio. Em suma, esta ilicitude afeta a vida da pessoa, que é perseguida reiteradamente, impedida de poder viver sem medo de sair de casa e poder ter uma rotina normal.

4 OS EFEITOS JURÍDICOS MATERIALIZADOS PELA A TIPICIDADE DO *STALKING* DIANTE DA LEI MARIA DA PENHA

O novo instrumento ao combate às violências domésticas e intrafamiliar possui mecanismos que possibilita a proteção da classe feminina, tendo em vista que há possibilidade de punição ao agressor, buscando resguardar os direitos fundamentais da vítima, ou seja, proteger sua dignidade humana.

Insta, esclarecer os efeitos jurídicos evidenciados pela a Lei Maria da Penha tem finalidade de proteção à violência doméstica. O seu artigo 1º, por exemplo, traz a relevância da lei, uma vez, que ela cria mecanismos de coibir e prevenir a violência erradicadas contra a mulher, ou aqueles que se identificam pelo o sexo feminino, obedecendo assim as garantias Constitucionais, e da Convenção Interamericana, uma vez que, visam Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a classe feminina e da "Convenção sobre a extinção de Todas as Formas de agressão".

Ademais, a Constituição traz em seu artigo 5º, a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Todavia, percebe-se que é necessária a busca de igualdade a todos, na medida de suas desigualdades. Pois assim seria possível atrelar justiça e equidade aos casos em que necessitam de amparo.

4.1 ANÁLISE DAS ILICITUDES DESCRITAS NO ARTIGO 147-A DO CÓDIGO PENAL

De acordo com a tipificação do referido crime, é classificado como: crime comum, o qual tem como sujeito ativo qualquer pessoa, muito embora esse tipo penal seja preponderantemente direcionado às mulheres, ou aqueles que se identificam pelo o sexo feminino. Além disso, esse tipo de delito também é conceituado como crime bicomum, uma vez que não exige condição especial de sujeito ativo e passivo, podendo se dar por qualquer indivíduo (MASSON, 2021).

Nesse sentido, nos casos do *stalking* ser praticado em um contexto em que o sujeito ativo e o sujeito passivo tiveram uma relação íntima de afeto ou familiar, será considerado crime comum, no qual, poderá ser enquadrado como violência doméstica e familiar, podendo aplicar as medidas protetivas.

Nesse sentido, Eduardo Cabette (2012) afirma que:

Apesar de já ser prelecionado que a conduta do '*Stalker*', trata-se de crime comum, podendo se proceder mediante a prática delitiva de qualquer pessoa, mesmo assim é frequente ser visto como sujeito passivo, homens, e sujeito ativo as mulheres, especificadamente no âmbito doméstico, familiar, íntimo afetivo.

Dessa forma, essa estatística ocorre em razão do sentimento de posse, machismo, ou até mesmo a não aceitação do fim do relacionamento, o que acaba refletindo na motivação dos comportamentos dos agressores para suas condutas persecutórias. Pois buscam por meio da agressão seja ela física ou psicológica, a atenção de suas predadoras voltadas unicamente para ele.

Destarte, que este novo tipo penal, se trata de crime de forma livre, uma vez que a prática delitiva não exige quem estará no polo ativo, assim qualquer pessoa pode praticar tal ilicitude, e pode ocorrer por qualquer meio e de qualquer forma, visto que pode ser evidenciado tanto presencialmente como nas redes sociais. Nesse sentido, pode ser praticado por contato virtual, bem como através das pessoas em comum com a vítima, de forma a buscar, a qualquer modo, formas de intrusão na vida da vítima contra sua vontade (GERBOVIC, 2014).

Ressalta-se, que esse tipo penal pode ser classificado como transeunte, ou não transeunte, no âmbito da Lei Maria da Penha, poderá ser considerado transeunte quando o *stalker* praticar, por exemplo, lesão corporal ou até mesmo feminicídio, e será não transeunte quando os atos persecutórios forem precedidos, por exemplo, de crimes contra a honra e ameaça. Trata-se de um tipo penal doloso, ou seja, o agente precisa ter a intenção de praticar tal conduta para se configurar o crime de *stalking*.

Quanto aos outros elementos do tipo penal em análise, pode-se evidenciar que ele possui dois núcleos para que reste configurada a conduta normativa (SPENCER, 2021). Sendo assim, é necessário que o agente, ameace a integridade física e psicológica da vítima, por meio da prática de perseguição reiterada, que poderá ocorrer tanto presencialmente, como a invasão de domicílio, ou por meio da internet, como a intimidação por meio de mensagens no Instagram, além de restringir o direito de ir e vir, no que concerne a sair de casa, ou mudar de residência.

Ao analisar o tipo penal descrito no artigo 147-A, é possível observar o seu enquadramento na violência psicológica descrita no artigo 7º, inciso II da Lei Maria da Penha, visto que o *stalker* pratica condutas reiteradas, as quais vão violar a integridade psicológica da mulher (Brasil, 2006).

Posto a isto é evidente que o tipo penal configura um crime habitual, ou seja, aquele que é praticado por meio de condutas reiteradas, bem como quando ocorrem comportamentos iguais e repetitivos. Assim, observando separadamente as condutas que configuram a violência psicológica, evidencia que todas elas podem ser praticadas pelo o *stalker*, com exceção do isolamento. Inclusive, o *stalker* pratica a violência psicológica, por exemplo, quando passa a vigiar de forma constante,

degradar e controlar as ações da vítima, constranger, limitar seu direito de ir e vir e prejudicar seu desenvolvimento (BIANCHINI; BAZZO; CHAKIAN, 2021).

Posto a isto se pode perceber que diante da gravidade do crime, sobretudo quando cometido contra as mulheres, o legislador criou um tipo penal autônomo e de maior seriedade, de forma a punir com uma pena maior o sujeito ativo que comete essa infração. Dessa forma, é notório que há um conjunto de condutas praticadas pelo agressor que ofendem e causam um dano emocional na vítima, justamente porque na maioria das vezes ela acaba tendo que mudar sua rotina e hábitos para evitar ou para tentar fugir do homem que a persegue.

Destarte, que quanto às perseguições que resultam em agressão física se enquadra na espécie de violência física; e as condutas que restringem a capacidade de locomoção ou privacidade, serão enquadradas na espécie de violência patrimonial. Tais condutas ocorrem, por exemplo, quando o agente bloqueia contas bancárias que tinham conjuntamente para que a vítima não se mude de cidade/Estado, pois assim consegue manter seus atos persecutórios com o objetivo de reatar o relaciona.

Dessa forma, apesar das ilicitudes elencadas na Lei Maria da Penha não se referir especificadamente do crime *stalking*, em determinados situações pode ocorrer de forma conjunta ou como última conduta resultante da perseguição do agente, o que permite a aplicação da referida legislação para amparar as mulheres que foram vítimas desse comportamento, inclusive a aplicação de medidas protetivas como já fora demonstrada anteriormente.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho se justifica pela necessidade de se levantar a origem, evolução, e a Legislação do Crime de *STALKING* junto com a Lei Maria da Penha no ordenamento jurídico pátrio.

Diante disso, a pesquisa pautou-se na fundamentação, no tipo de conduta, sobretudo, no universo feminino.

Atendido este aspecto, foi imperioso transcorrer que a análise do levantamento legal e histórico nos proporciona conhecer melhor esse Crime e como ele ocorre, que na maioria das vezes permanece nos bastidores, mas desenvolve nas suas vítimas marcas para o resto da vida.

Desse modo, verifica-se que as principais formas de práticas do referido crime, se dá pela impunidade, pela vulnerabilidade do sexo feminino e pela inoperante ação daqueles que foram constituídos para combatê-lo, por exemplo, podemos citar o próprio Estado.

O propósito de desenvolver uma análise dos vários aspectos que envolvem as mulheres e/ou aqueles que assim se consideram, no referido crime, faz-se pela necessidade de se conhecer seu tipo penal e quais as punições para aqueles que o comete.

Diante do exposto na pesquisa, podemos dizer que o atingimos bons resultados, e que estes só foram possíveis devido a sensibilidade dos envolvidos na pesquisa, revelando uma mudança de comportamento acerca do assunto abordado, ou seja, o Crime de STALKING e a Lei Maria da Pena.

Diante da situação-problema que nos fez, questionamos: Quais os efeitos jurídicos materializados pela tipicidade do *Stalking* perante a violência doméstica e familiar?

E assim foi possível concluir que o crime de STALKING é caracterizado como violência de Gênero, que requer tratamento específica e que precisa da atenção por parte das entidades governamentais no que diz respeito às políticas Públicas de combate a esse crime.

Assim, é possível afirmar que a pesquisa alcançou o ápice de seus objetivos, conseguiu desenvolver no público envolvido uma sensibilidade crítico reflexiva, e despertou possibilidades de aprofundamento no assunto, ora proposto.

REFERÊNCIAS

BRAGA, Ana Paula; RUZZI, Marina. **O que fazer em caso de “stalking”**(perseguição)?2010. Disponível em: <https://bragaruzzi.com.br/2019/02/06/o-que-fazer-em-caso-de-stalkingperseguiacao/>. Acesso em: 22.set.2022.

BRASIL. Agência do Senado. **Lei que criminaliza o stalking é sancionada**. IN: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/04/05/lei-que-criminaliza-stalking-e-sancionada>. Acesso em: 25.set.2021.

_____. Presidência da República. Lei nº 11.340/2006 - Lei Maria da Pena, 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. **Diário Oficial** [da] União, Brasília, DF, 8 ago. 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/111340.htm. Acesso em: 25.set.2022.

BIANCHINI, Alice; BAZZO, Mariana; CHAKIAN, Silvia. **Crimes Contra Mulheres**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **“Stalking” ou assédio por intrusão e violência contra a mulher**. [2012?]. Artigo publicado no site Jusbrasil. Disponível em: <https://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/121937129/stalking-ou-assedio-porintrusao->

relacao-e-aplicabilidade-das-medidas-protetivas-de-urgencia-em-casos-deviolencia-domestica-e-familiar-contra-a-mulher. Acesso em: 25.set.2022

COSTA, Bruno Bottiglieri Freitas. Stalking: **A tutela penal e os prejuízos à saúde**. 2017. Disponível em: . Acesso em: 22.SET.2022.

COSTA, Maria João. **O testemunho de mais uma vítima de stalking**. Vítimas de Stalking. IN.<https://vitasdestalking.blogs.sapo.pt/13720.html?thread=25496>. Acesso em: 25.set.2022.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência Doméstica: Lei Maria da Penha – 11.340/2006: comentada artigo por artigo**. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

CHAMONE, Marcelo Azevedo. Jus.com.br. **O dano na responsabilidade civil**. IN:<https://jus.com.br/artigos/11365/o-dano-na-responsabilidade-civil>. Acesso em: 25.set.2022.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil**- São Paulo. Editora: Saraiva, 1996. V. 7. P. 49.

FARIAS, Christiane Martins. **Stalking: Perspectivas sobre a Lei 14**. 132/21.

G1. Disponível em: <<http://g1.globo.com/minas-gerais/noticia/2016/05/homem-e-morto-dentro-de-hotel-na-zona-sul-de-belo-horizonte-diz-pm.html>>. Acesso em 22 out. 2022

GERBOVIC, Luciana. **Stalking**. 2014. 119 f. Dissertação (Mestrado em Direito) –Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstre>. Acesso em: 25.set.2022.

GOVERNO DO CEARÁ. **Vítimas de stalking devem procurar apoio psicológico para se livrarem de traumas**. Disponível em: <https://www.ceara.gov.br/2021/08/02/vitimas-de-stalking-devem-procurar-apoio-psicologico-para-se-livrarem-de-traumas/#:~:text=Elas%20refor%C3%A7am%20que%20as%20v%C3%ADtimas,d e%20tempo%20vivendo%20nessa%20situa%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 22.set.2022.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal “Stalking”**. 2009. Disponível em: . Acesso em: 22.set.2022.

JESUS, Damásio. **Stalking**. Jus.com.br. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/10846/stalking>. Acesso em: 20 de março de 2022.

LUZ, Nuno Miguel Lima, Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, **“Tipificação do crime de stalking no Código Penal Português”**, 2012, p. 19.

MASSON, Cleber. **Direito Penal: parte geral** (arts. 1 a 120). 15. ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021. v. 1.

MONTEIRO, Lilian. **Stalking: tome as rédeas e evite ser perseguido e controlado**. Estado de Minas. Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/bem_viver/2021/08/29/interna_bem_viver,1299513/stalking-tome-as-redeas-e-evite-ser-perseguido-e-controlado.shtml. Acesso em: 21.set.2022.

PENHA, Maria da. **Sobrevivi... posso contar**. 2ª edição. - Fortaleza: Armazém da Cultura, 2012.

SANTOS, Bárbara Fernandes Rito dos, "**Stalking: parâmetros de tipificação e o bem-jurídico da integridade psíquica**", Almedina, 2016 p. 17;

SYDOW, Spencer Toth. **Congresso Digital 4.0 - Stalking** – MeuCurso. [S.l.: s.n.], 2021. 1 vídeo (2h10min.). Publicado pelo canal Meu Curso. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=fa9-tjlcJOQ>. Acesso em: 21.out.2022

INTERRUPÇÃO DE GRAVIDEZ: O ÚTERO COMO ARENA DE DISPUTA

ALDAYANE VIANA DE OLIVEIRA:

Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho-UNIFSA.

CRISTHYANNE MACÊDO DA SILVA ^[1]

(coautora)

VERÔNICA ACIOLY DE VASCONCELOS ^[2]

(orientadora)

RESUMO: Objetiva-se com o presente estudo demonstrar temática da descriminalização da interrupção da gravidez em como o direito brasileiro tutela o direito à vida desde a concepção e considera o aborto como crime, além de elencar conceitos e hipóteses para se compreender o atual cenário do país sobre esta temática. Nesse sentido, verifica-se a divergência entre a lei e a realidade social, vez que as mulheres não deixam de abortar pelo fato de ser crime. Para tanto, o trabalho discorrerá sobre o crime de aborto, as opiniões, contrárias e favoráveis à manutenção das hipóteses de interrupção da gravidez, o confronto entre aqueles que defendem os interesses legítimos da mulher e do outro lado o interesse de proteger à vida do nascituro e até os argumentos que sustentam a criminalização total do aborto no Brasil. O artigo apresenta o papel e as competências da rede de apoio nos casos em que é necessária a autorização para haver a realização da interrupção da gravidez nas hipóteses previstas em lei. Além da importância no avanço das discussões, como forma de enxergar os direitos reprodutivos das mulheres sobre o crivo constitucional e como garantia fundamental a partir da revisão da literatura especializada em Direito Penal, da coleta de artigos sobre o tema e de dados de pesquisas realizadas com objetivo de esclarecer, desmitificar e contribuir para reflexões em matéria de aborto no país.

Palavras-chave: Interrupção da gravidez, saúde pública, direito a vida, direito penal simbólico.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo direciona-se para a temática da descriminalização da interrupção da gravidez. O direito brasileiro tutela, o direito à vida desde a concepção e considera de forma expressa o ato de abortar como crime previsto nos artigos 124 a 126 do Código Penal. Contudo, o próprio Código Penal em seu art. 128 prevê, expressamente, duas circunstâncias em que profissionais de medicina poderão, sem punição, realizar a interrupção da gravidez. Conforme dispõe os incisos I e II, respectivamente, nos casos em que não exista outro meio de salvar a vida da gestante e quando a gravidez resulta da prática delitiva de violência sexual.

Além disso, a jurisprudência e o STF, a partir da ADPF nº 54/2004^[3], trouxe como possibilidade de interrupção de gravidez a realização da antecipação terapêutica do parto, no caso de anencefalia. Uma decisão, que embora não atinja todas as mulheres, trouxe um novo impacto

na forma de enxergar os direitos reprodutivos das mulheres sobre o crivo constitucional de garantia fundamental.

Ainda assim, discutir a respeito da descriminalização do aborto traz a torna um inevitável e intenso debate de argumentos das partes envolvidas, do Estado brasileiro e da sociedade. Inescapável é o confronto entre aqueles que defendem os interesses legítimos da mulher em ter respeitada a sua dignidade e do outro lado o interesse de proteger à vida do nascituro, sob o argumento de que ela começa a partir da concepção e que deve prevalecer sobre quaisquer outros direitos.

Dessa forma, nos últimos dez anos uma onda conservadora tem provocado mudanças na tentativa de restringir esse direito e impor uma gravidez compulsória às vítimas, mesmo com as hipóteses legais estabelecidas na lei penal e com entendimento jurisprudencial consolidado. Dessa forma, o útero feminino mais uma vez se torna uma arena de disputa, onde se invade a ética privada, desrespeita o direito de escolha, compromete a saúde das mulheres e ofende direitos humanos consagrados pela Constituição Federal Brasileira e a Declaração Universal dos Direitos humanos.

Nessa perspectiva, reverbera no cenário atual manifestações quanto à interrupção de gravidez em decorrência de estupro, que é a forma mais grave de violência sexual contra a mulher e continua, infelizmente, ocorrendo em números alarmantes no Brasil. Assim, analisando os dados do Anuário de Segurança publicado em 2022, identifica-se que as crianças e adolescentes representam a maioria das vítimas desse crime. Nessas circunstâncias, a imposição do dever de seguir com a gestação seria prejudicial à vida da criança, atingindo as três esferas físico, mental e social do conceito de saúde estabelecido pela Organização Mundial de Saúde.

Em vista disso, a pesquisadora Diniz afirma que nem tudo vale no campo moral para fundamentar práticas de saúde como deveres para os cidadãos de um Estado Laico, devendo-se questionar se as justificativas são suficientes para impor à mulher uma gestação^[4]. Ou seja, necessário debater se os argumentos apresentados para a total criminalização do aborto são pressupostos necessários para retirada das hipóteses legais à interrupção da gravidez.

O desenvolvimento da pesquisa terá como base a revisão bibliográfica narrativa, com método de abordagem dedutivo. Este artigo tem como questão norteadora: por que o controle do útero é motivo de disputa no direito brasileiro? O problema de pesquisa vem elencar conceitos, hipóteses para se compreender o atual cenário do país sobre a temática do aborto. Por fim, o presente artigo visa identificar quais os argumentos que sustentam a criminalização total do aborto no Brasil e quais os argumentos daqueles que defendem a legalização do aborto. A partir da revisão da literatura especializada em Direito Penal, da coleta de artigos sobre o tema e de dados de pesquisas realizadas com objetivo de esclarecer, desmitificar e contribuir para reflexões em matéria de aborto no país.

2 DO CRIME DE ABORTO

2.1 O que é o aborto?

O significado etimológico da palavra aborto, origina-se do latim *abortus*, derivado de "*aboriri*" no qual o prefixo "*ab*" significa privação e "*oriri*" nascimento, assim, o aborto é uma privação do nascimento ou a expulsão do feto do interior do corpo materno tendo como consequência a destruição do produto da concepção (PIERANDELI, 2005).

Aos olhos da doutrina jurídica, o aborto é a cessação da gravidez, cujo início se dá com a nidação. Antes do termo normal, causando a morte do feto ou embrião, é considerado crime contra à vida, no qual tem por objetividade jurídica a tutela do direito à vida ou a possibilidade desta, pois para o direito penal a palavra aborto preconiza a ação criminosa em si. (NUCCI, 2019)

Contudo, para a ciência médica, a palavra aborto significa o resultado da ação, o qual é a expulsão do feto que pode ocorrer entre a 20ª até a 22ª semana da gestação. Por este motivo considera como incorreta como a palavra é utilizada no campo jurídico. Assim, é perceptível o corrompimento da palavra aborto para algo criminoso, que retira da mulher o direito a sua autonomia e liberdade sexual (REBOUÇAS, 2010).

2.2 Hipóteses de aborto criminoso

No Título I da parte especial do Código Penal, inseridos no capítulo I classificados como "dos crimes contra a vida", estão previstos os dispositivos que proíbem e os que permitem a realização do aborto em determinadas situações. A princípio, a Legislação Penal Brasileira, prevê como crime as formas de aborto provocado, elencados nos artigos 124 a 127, *in verbis*:

Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lhe provoque: Pena - detenção, de um a três anos. Aborto provocado por terceiro Art. 125 - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de três a dez anos. Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de um a quatro anos. Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência. Forma qualificada Art. 127 - As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém à morte. (BRASIL, 1940)

No artigo 124, prevê o aborto provocado pela própria gestante ou se a mesma consentir que outrem o faça, este se caracteriza quando a gestante por sua livre e espontânea vontade deseja realizar o aborto usando seus próprios meios, sejam eles seguros ou não, com pena de detenção de um a três anos.

Da mesma maneira, está disposto no artigo 125, o aborto provocado por um terceiro sem a autorização da gestante, ou seja, o agente aguça o aborto na gestante, causando danos tanto na

vida intrauterina como na integridade física e psíquica da mulher, se tipifica por ser um aborto forçado, com pena de reclusão de três a dez anos. Por outro lado, no artigo 126 tipifica o aborto provocado por terceiro com o consentimento da gestante, o qual permite que outra pessoa realize o aborto, com pena de reclusão de um a quatro anos.

Vale ressaltar que o consentimento da gestante deve perdurar até que seja realizado todo o processo de abortamento. Se, porventura, a gestante queira desistir ou se arrepender de sua vontade e venha solicitar que o terceiro cesse suas ações diante do procedimento, e este não o atenda, para ela o fato será considerado atípico e o terceiro responderá conforme o crime previsto no 125, mencionado anteriormente. (MASSON, 2018).

Diante disso, no artigo 127 estão previstas causas de aumento de pena para os crimes dos artigos 125 e 126 acima mencionados. Assim, caso o agente provoque o aborto e em razão deste e dos meios para provocá-lo a gestante venha sofrer lesões corporais gravemente, a pena é aumentada de um terço, porém se em razão disso lhe causar a morte, as penas serão duplicadas.

Portanto, tem-se que as hipóteses mencionadas acima se referem ao aborto praticado de intencionalmente e voluntário, partindo principalmente da vontade da gestante, não importando o número de semanas ou meses da gestação e sim a morte da possível vida intrauterina. Neste caso, as mulheres que se submeterem a realizar um aborto por sua livre e espontânea vontade, ainda que com a ajuda de terceiros, poderão responder pelo crime, podendo ser presas e até julgadas pelo Tribunal do Júri.

2.3 Causas de exclusão da ilicitude do aborto

Sob outro aspecto, além das hipóteses de criminalização, no artigo 128 em seus incisos I e II estabelecem as hipóteses de exclusão da ilicitude, ou seja, os permissivos legais como o aborto necessário e o aborto no caso de gravidez resultante de estupro.

Destarte, nas duas hipóteses referidas acima, o único profissional que está apto e legalmente autorizado para realizar a cessação da gravidez é o médico, assim como é o único habilitado a decidir se de alguma outra forma a gestante pode ser salva, sem que ocorra o processo de aborto. Neste caso, é afastado a ilicitude da gestante e do médico que realiza o procedimento.

Conforme leciona Damásio de Jesus (2020), na legislação brasileira não há culpabilidade quando, diante do caso concreto, não se pode exigir do sujeito conduta diversa daquela por ele cometida. Sobre a gravidez resultante de estupro, prevista no inciso II, é importante ressaltar que grande parte dos estupros acontecem no decorrer da vida reprodutiva da mulher, onde a maioria os casos de estupros acontecem em casa, conforme dados colhidos pela pesquisa quantitativa realizada pela Agência Patrícia Gavão e Locomotiva em 2022.

Além disso, torna o problema ainda mais grave é que 70% das vítimas de estupro, por medo e/ou vergonha, acabam não denunciando à polícia o crime e não tendo acesso aos meios disponibilizados legalmente. Outros 61% sentem medo de serem denunciadas à polícia por procurarem os serviços de saúde em busca de um aparato profissional e seguro, caso desejem realizar um procedimento abortivo.

Isso mostra a construção de uma mentalidade social pautada no descrédito e desrespeito com as vítimas de violência sexual, as quais por maioria das vezes deixam de ser vítimas e passam a ser criminosas aos olhos da sociedade (AGÊNCIA PATRÍCIA GALVÃO e LOCOMOTIVA, 2022).

Considerado a gravidez em decorrência do estupro, muitos decretos, leis e portarias foram criados com a finalidade de garantir o acesso a um atendimento eficaz e conseqüentemente a realização dos procedimentos legais. O Decreto n.º 7.958/2013 estabeleceu normas para que houvesse a realização do atendimento as vítimas de violência sexual pelos profissionais de segurança pública e os profissionais do Sistema Único de Saúde-SUS;

No mesmo sentido, a Lei n.º 12.845 de 2013 veio dispor sobre o atendimento obrigatório e integral de pessoas em situação de violência. Portanto, não apenas estabelece a obrigação dos estabelecimentos de saúde como também a integralidade da assistência, incluindo prevenção para que se evite a gravidez na situação de estupro, o acompanhamento ambulatorial para avaliar se não houve danos e outras repercussões na vida reprodutiva e sexual da mulher, e o acesso ao aborto legal e seguro se for o caso (BRASIL, 2013).

Dessa maneira, ocorrendo a interrupção da gestação fora das hipóteses de excludentes de ilicitudes previstas no artigo 128 do Código Penal, haverá um fato típico, e por conseguinte a aplicação de uma pena. Além disso, por se tratar de crime contra a vida, o processo seguirá o rito especial do tribunal do Júri. Essa tipificação do aborto, prevista na lei infraconstitucional que data de 1940, ou seja, é anterior a própria Constituição Federal de 1998 que marcou rompimento histórico ao sair de um Regime Ditatorial para o Regime Democrático.

A partir desse advento, as normas infraconstitucionais, devem ser olhadas a luz do Estado Democrático de Direito, nesse sentido, necessário indagar-se a conduta tipificada poder representar um risco aos valores que fundamentam a sociedade. E no caso do aborto, deve ser considerar o prejuízo desse tipo incriminador para garantia de direitos fundamentais. Assim, é preciso enxergar quem é o alvo dessa tipificação, que comportamentos o Estado tem em vista defender ao criar esse delito, qual o bem jurídico tutelado (AMARAL,2020).

2.4 A criminalização do aborto no Brasil

O contexto histórico brasileiro nos revela um país onde a religiosidade era grande, principalmente a cristã, e uma sociedade constituída e dominada pelo patriarcado que não olhava a mulher como sujeita de direitos, mas sim, a colocava à margem da imagem dos homens. Com a vinda da família real portuguesa, dotada de religiosidade, principalmente do cristianismo, a igreja católica possuía enorme influência sobre diversos campos sociais na época, como na educação, direito e nos costumes.

A igreja usava seus discursos ideológicos para controlar e moldar as mulheres e seus comportamentos. Isso se comprova pelo fato de que mesmo diante da ausência de previsão penal nas ordenações Filipinas que vigorava na época, o crime de aborto era fiscalizado pela polícia dos bons costumes, já que a sociedade enxergava a prática de aborto como sinal de infidelidade por

parte da mulher, e era necessário salvaguardar a família e seu marido dessas condutas. Ou seja, o aborto já era visto como crime antes de sua tipificação como tal (CASTELBAJAC, 2010).

Diante de uma sociedade machista e patriarcal, as mulheres não tinham liberdade sobre seus corpos e nem mesmo sobre suas escolhas. Também eram vistas como criminosas pela sociedade se fugissem do padrão de comportamento exigido na época.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, no seu artigo 5.º, caput, cujo objetivo é garantir a proteção aos direitos fundamentais a todas as pessoas sem distinção de qualquer natureza, assim prevê:

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 (...) (BRASIL, 1988).

Mas essa igualdade não abraçou a todos, não quanto o Estado decidiu usar disso como meio para submissão feminina, ao argumento de que o objeto jurídico protegido no crime de aborto seria o direito à vida do nascituro, que o adquire a partir da concepção. De um lado temos uma proteção à vida e do outro a dignidade da pessoa humana e a garantia dos direitos reprodutivos da mulher. Todavia, a Constituição Federal, além de prevê o direito à vida, também estabelece que homens e mulheres são iguais em direitos e deveres, e por isso seria o aborto seguro uma forma de efetivar a igualdade material entre os sexos (AMARAL, 2020).

Outro ponto, que merece ser ressaltado, diz respeito ao perfil das mulheres que sofrem com a criminalização do aborto. Diante de um contexto histórico marcado pelo obscurantismo no que diz respeito a garantia de direitos femininos. O Estado quando criminaliza o aborto acaba por direcionar suas penas às mulheres com menor renda, devido à baixa instrução, acesso a serviços de saúde e métodos contraceptivos. Tornando-as alvos e acabam sendo duplamente punidas pelo Estado Brasileiro (BESSA, 2020).

Diante disso, conforme pesquisas realizadas pelo Instituto de bioética (ANIS), a criminalização é causadora de graves consequências a saúde e ainda assim a lei penal não funciona devido os dados mostrarem que 1 em cada cinco mulheres na faixa etária de 40 anos já fez um aborto, sendo que 4,7 milhões já realizaram o aborto entre os 18 e os 39 anos; Por isso a lei se torna ineficaz enquanto a prática é realizada e a punição não é efetivada (ANIS, 2019).

Ou seja, o aborto faz parte da realidade da vida das mulheres brasileiras que mesmo diante da criminalização ainda continuam realizando o procedimento de forma irregular e insegura. Em que o fato de ser crime em nada diminui a prática, pelo contrário, guiados por argumentos de cunho moral, religioso e conservadores, o Estado negligencia a realidade das brasileiras e condena as mais pobres, às lesões e mortes decorrentes da realização de aborto (ORLANDI, GOMES, 2020).

Nesse contexto, o aborto é direcionado também a questão racial e de desigualdade social, tendo em vista que suas vítimas são mulheres pretas, pardas, analfabetas e com baixa renda, que

por conta da ilegalidade precisam procurar meios clandestinos e arriscados para interromper a gravidez. O que lhe tira o direito à saúde, visto que devido à natureza desses procedimentos muitas morrem ou sofrem consequências gravosas. Isso quando não são condenadas pelo juízo de reprovação quando procuram o sistema de saúde e sofrem as duras penas de um crime que as desumaniza (BESSA, 2020).

Através de Relatório realizado pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, em 2018 foram analisando 55 processos entre os anos de 2004 e 2017 e constatou-se que 60% das mulheres processadas pelo crime de aborto eram negras e muitas foram denunciadas pelos próprios funcionários que deveriam presta-lhe a assistência ao seu direito à saúde. Devido ao sigilo desses processos não foi possível ter dados mais amplos a respeito do contexto socioeconômicos dessas mulheres, mas pelas descrições se subentende serem mulheres de comunidades vulneráveis e de baixa renda (SEVERI, F. et al., 2022).

Essa realidade não foge da teoria que o racismo é estrutural, isto é, está presente nas instituições com grande influência nas esferas políticas e jurídicas. As mulheres são tratadas como criminosas, delinquentes e muitas não conseguem responder ao processo em liberdade. Tendo suas prisões preventivas decretadas sobre o argumento de garantia da ordem social, por serem consideradas prejudiciais à sociedade e fugirem do comportamento submisso, de mera reprodutora, que é amoldado às mulheres por uma sociedade que pouco evoluiu na garantia da igualdade entre gêneros e continua centralizada na supremacia do homem (SEVERI, F. et al., 2022).

Dessa forma, conforme a pesquisadora Diniz, é preciso que se compreenda que o aborto não é uma questão isolada, ele possui múltiplas causas, algumas delas provenientes de falhas do Estado no oferecimento de métodos contraceptivos, educação sexual e não meramente da escolha caprichosa das mulheres que decidem não terem filhos (DINIZ, 1995; BESSA, 2020).

3 A INTERRUPÇÃO DA GRAVIDEZ

3.1 Conceito de interrupção da gravidez

O tema Interrupção da gravidez desperta bastante inquietação social no Brasil e é muitas vezes limitado ao conceito de aborto. De fato, o aborto é uma das formas de alcançar a interrupção da gravidez, mas não é a única. Para a comunidade médica, aborto é um meio pelo qual se alcança a interrupção da gravidez, que seria no sentido literário: a não continuidade da gestação, que pode ocorrer de forma prematura, natural ou artificial, causando a expulsão do feto antes que ele possa sobreviver fora do útero (ANIS, 2019; MICHAELIS, 2022).

De forma que a Interrupção legal da gravidez é aquela que não ocorrer naturalmente, mas sim por meios médicos, conforme hipóteses previstas na legislação e contrário do que se imagina, a interrupção voluntária da gestação é ato complexo que carrega consigo vários impactos à vida da mulher, sendo eles físicos, psicológicos e que envolve questões morais, sociais e religiosas. Além do medo da condenação estatal e social (BESSA, 2020).

A Constituição Federal de 1988 trouxe importantes avanços a respeito dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres no tocante ao reconhecimento desses direitos como compromisso de proteção do Estado Brasileiro. A Conferência Internacional da ONU, realizada no Cairo (Egito), em 1994, asseverou que esses direitos devem ser assegurados sem nenhuma discriminação as mulheres, por políticas públicas oferecidas pelos serviços de saúde relacionadas aos métodos anticoncepcionais, prevenção e tratamento de infecções sexualmente transmissíveis, que deve ser realizados preservando a privacidade das mulheres.

A respeito disso, o direito ao planejamento familiar previsto no artigo 226, §7º, da Constituição de 1988, prevê que é livre a decisão da mulher sozinha ou com seu/sua companheiro(a) de ter ou não filhos e deve ser assegurada pelo Estado, a partir de ações preventivas e educativas ou de acesso a informações. Entre essas ações, o mais conhecido é a “pílula do dia seguinte”, método contraceptivo de emergência que deve ser ofertado às vítimas de violência sexual pelas Unidades Básicas de Saúde (BRASIL, 1988; BRASIL, 2013).

Todavia, muitos questionamentos visando barrar o acesso a esse método, sob a justificativa de que seria abortivo e prejudicial à saúde feminina. Contrário a isso, para a medicina, a pílula do dia seguinte funciona impedindo ou retardando a liberação de óvulos do ovário e não tem efeito abortivo, além de ser segura e adequada para as mulheres. O método que efetiva o direito de autonomia feminina. No entanto, a grande ausência de informação sobre os métodos contraceptivos e falha do Estado na distribuição desses contraceptivos acabam por contribuir com o aumento do número de gravidezes resultantes de estupro, principalmente considerando que a maioria das vítimas são crianças e adolescentes de até 14 anos e que não tem acesso aos contraceptivos e educação insuficiente nas escolas (BESSA, 2020).

Além dos métodos contraceptivos que devem ser assegurados, o Estado também tem a responsabilidade de ofertar a interrupção da gravidez às mulheres que se encaixam nas situações previstas no art.218, incisos I e II do Código penal e nos casos de anencefalia. O procedimento deve ocorrer por documentos com orientações da Organização Mundial de Saúde, é possível a realização da interrupção da gravidez por meio de procedimento seguro.

A própria OMS estabelece dois tipos de interrupção da gravidez. A primeira realizada por medicamentos, no qual o Misoprostol é o principal medicamento utilizado ou pode atuar conjuntamente com a Mifepristona. Outra forma é pela Aspiração Manual Intrauterina, classificado pela OMS como procedimento de baixo risco. Partindo disso, é possível perceber que se a interrupção for realizada nas condições certas é um procedimento seguro para as mulheres e no Brasil, conforme determinação legal, deve ser realizado pelas redes de atendimentos. (OMS, 2013; ANIS, 2019).

3.2 AS REDES DE ATENDIMENTO À MULHER

3.2.1 O atendimento obrigatório e integral às mulheres vítimas de violência sexual

A Constituição Federal em seu artigo 1.º, inciso III, estabelece como fundamento da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana, o que traz a tona uma função do Estado de assegurar aos cidadãos bens e utilidades que forem necessários para uma vida digna,

através do fornecimento de serviços essenciais. A garantia da saúde apresenta-se como um dos mais importantes deveres do Estado, com a missão de garanti-lo mediante políticas públicas, conforme estabelece o artigo 6.º e 196 da carta magna (MASSON, 2019).

A Declaração e o Tratado Internacional em Viena, de 1993, estabelece os direitos das mulheres e meninas como inalienáveis, integral e indivisíveis e a violência de gênero, com inclusão da gravidez forçada como atentatória a dignidade da pessoa humana. A convenção de Belém do Pará (1994) conceitua a violência contra a mulher como “qualquer ato ou conduta baseada em gênero que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada” (BRASIL, 1994).

O aborto legal é um procedimento de interrupção de gestação previsto no ordenamento jurídico brasileiro cujo oferecimento deve ser gratuito, por meio do Sistema Único de Saúde (SUS). O aborto legal é realizado exclusivamente por meio de médicos. No entanto, além desses profissionais, uma equipe multidisciplinar deve acolher e atender as mulheres, conforme a lei, nos casos de gestação: por risco de morte, anencefalia ou decorrente de violência sexual. Essas redes de assistência à saúde, são órgãos de ações e serviços, cuja finalidade é garantir o cuidado integral da população que dele necessita (BRASIL, 2017; DINIZ, 2014).

Todavia, mesmo diante de um direito previsto há mais de 80 (oitenta) anos, ainda há um distanciamento entre a previsão legal e a realidade dos serviços. Apenas em 1989 foi criado o primeiro hospital voltado para assistência ao aborto legal, o hospital de Jabaquara em São Paulo. Contudo, a ausência de normas e orientações prejudicava a efetivação dos serviços de assistência de forma integral e sistemática. Assim, com apoio do movimento feminista e da Federação Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia (FEBRASGO), foi elaborado documentos com finalidade de orientar os serviços e profissionais de saúde (MEDEIROS, 2021).

A Norma técnica para prevenção e tratamento de agravos resultantes da violência contra mulheres e adolescentes prevê o procedimento de justificação e autorização para a interrupção da gravidez. Exceto para os casos que envolvam riscos de morte à mulher e estabelece como deverá ocorrer o atendimento às mulheres vítimas de violência sexual no SUS (BRASIL, 2005).

A assistência deve acontecer em um local com estrutura e equipes apropriadas, longe das grandes maternidades e pronto-socorro, como forma de garantir o sigilo e a privacidade das vítimas. A norma técnica sobre Prevenção e Tratamento dos Agravos Resultantes da Violência Sexual contra Mulheres e Adolescentes não vincula a realização do procedimento à apresentação do boletim de ocorrência. Determinação que na época foi muito criticada pelas instituições religiosas (BRASIL, 2005; MEDEIROS, 2021).

Em 2005, a portaria de nº 1.508/2005 consolidou a responsabilidade do SUS de garantir a assistência às mulheres, além de responder de forma definitiva os questionamentos a respeito do processo de justificação e autorização. Em seu artigo 3.º estabelece a primeira fase constituída pelo relato circunstanciado do evento, que deve ser realizado pela própria gestante, perante os profissionais de saúde do serviço, que deve conter os seguintes elementos:

Art.3º [...]

Parágrafo único. O Termo de Relato Circunstanciado deverá ser assinado pela gestante ou, quando incapaz, também por seu representante legal, bem como por dois profissionais de saúde do serviço, e conterá:

I - local, dia e hora aproximada do fato;

II - tipo e forma de violência;

III - descrição dos agentes da conduta, se possível; e

IV - identificação de testemunhas, se houver. (BRASIL, 2005).

Na segunda fase, conforme estabelece seu artigo 4º, a intervenção médica poderá ocorrer a partir de um parecer técnico detalhado, atestando a compatibilidade da idade gestacional com a data da violência sexual alegada, como forma de comprovar o enquadramento na hipótese legal de interrupção da gravidez prevista no art.228, II do Código penal. O parecer é feito a partir da realização de exames físicos gerais, como o exame ginecológico, avaliação do laudo ultrassonográfico e demais exames necessários. Sendo que a mulher durante todo o processo receba atenção de saúde multiprofissional, composta por obstetra, anestesista, enfermeiro, assistente social ou psicólogo.

Seguido o processo, na terceira fase, tem-se a assinatura do termo de responsabilidade pela gestante ou seu representante legal, caso a vítima seja incapaz. No termo consta a advertência aos crimes de falsidade ideológica e de aborto. Encerra-se com o termo de consentimento Livre e Esclarecido.

Segundo o Código Penal, o consentimento livre e esclarecido trata-se de requisito imprescindível para realização da interrupção de gravidez em caso de violência sexual. No caso de crianças e adolescentes, a falta de capacidade civil deve se compreender os direitos que envolvem a assistência à saúde, conforme princípio da proteção integral estabelecido no artigo 1.º do Estatuto da Criança e do Adolescente, de forma que os direitos fundamentais estarão acima de qualquer outro que possa prejudicá-lo (BRASIL, 1940; BRASIL, 1990).

Nesse sentido, qualquer exigência ou motivo que afaste ou impeça o acesso ao seu direito de saúde constituirá lesão. Devendo a equipe médica constatar se a vítima pode ou não decidir sozinha e informar sobre a necessidade de ter um responsável que a acompanhe.

Todavia, a ausência de um representante legal não deve impedir o atendimento pela equipe de saúde em nenhuma consulta e todos os riscos devem ser informados à criança ou adolescente. Para a realização da interrupção da gravidez é obrigatória a presença de um responsável, caso a criança ou adolescente opte pela continuação da gravidez deve ser respeitada a sua escolha, mesmo diante da discordância dos pais ou responsáveis (PORTELA, 2005; BRASIL, 1990).

Diante de posicionamentos conflitantes, onde exista o desejo pela interrupção da gravidez da criança ou adolescente, e a família seja contrária e não esteja envolvida na violência sexual, deve ser buscada a via judicial por meio do Conselho Tutelar ou Promotoria de Justiça da Infância e da Juventude. Assim, temos uma situação onde o judiciário atuará diante da ausência de uma norma regulamentadora para esses casos. Importante destacar que a atuação do magistrado não pode ser exercida de forma indiscriminada, devendo este analisar os impactos das decisões para partes, não devendo se afastar dos objetivos de garantia dos direitos fundamentais em primeiro plano (SENTONE, 2019).

A portaria de nº 1.508/2005 trouxe um impacto positivo para direitos da mulher à plena garantia de sua saúde sexual e reprodutiva, além de representar sua autonomia perante decisões que impactam seu corpo e sua vida em sociedade. E após a sua normatização, o sistema de saúde, através das unidades de saúde em todo o território nacional, organizaram-se com objetivo de assistir às mulheres vítimas de violência a hipótese de interrupção de gravidez prevista em lei (MEIRELES, 2021).

Já em 2014, a portaria nº 485, de 1.º de abril de 2014, trouxe mais avanços no serviço de atendimento, estabelecendo o regime de funcionamento integral 24 horas, 7 (sete) dias da semana. E a notificação obrigatória à vigilância epidemiológica do município, com encaminhamento imediato da pessoa para a rede de atenção à saúde. A lei nº 12.845/2013, determinou o oferecimento de atendimento obrigatório pelos hospitais às vítimas de violência sexual, que deve ocorrer de forma multidisciplinar e integral (BRASIL, 2014; BRASIL, 2013).

Todavia, ao contrário do que determina as leis, portarias e normas técnicas do Ministério da Saúde, são poucos os serviços de saúde que ofertam a interrupção legal às mulheres. Em muitos casos a palavra da mulher não é o bastante para lhe garantir o acesso ao serviço, mesmos nos casos previstos em lei. Diversas vezes, continuam a exigir boletim de ocorrência ou autorização judicial para a realização. E, além disso, há existência de barreiras de ordem moral e religiosa que impedem a concretização desse direito (MEIRELES, 2021; ORLANDI, GOMES, 2020).

3.2.2 O que impede o acesso à interrupção legal da gravidez?

No Brasil, conforme estabelece Código de Ética Médica, é direito dos médicos a objeção de consciência, ou seja, o direito de recusa em realizar a interrupção legal da gravidez, inclusive alegando questões morais ou religiosas para a não realização do procedimento (CFM, 2018).

Todavia, não cabe direito individual de recusa nos casos de: ausência de outro médico, se houver risco de morte, ou se a negativa puder causar danos irreversíveis à vítima. Assim, é dever do médico informar à vítima de violência sexual do seu direito e ainda de garantir que a realização do atendimento por outro profissional da instituição ou de outro serviço. Não podendo negar o pronto atendimento nos casos de complicações derivadas do abortamento inseguro, diante da urgência do caso.

Segundo norma técnica do Ministério de Saúde, é dever do Estado e dos gestores de saúde manter nos hospitais públicos profissionais que não apresentem objeção de consciência para realizar o procedimento previsto em lei. O estado brasileiro ao aderir à laicidade concordou com a neutralidade religiosa dos atos de governo e, além disso, estabelece como condição de existência de um Estado democrático e Plural (DINIZ, 2013; BRASIL, 2014).

Assim, a mulher, vítima de violência, não pode sofrer com a recusa individual de um profissional cujo argumento é de ética privada, devendo os entes públicos, garantir a efetivação do seu direito à saúde em todas as esferas física, psíquica e social, e caso ocorra algum prejuízo é devida a responsabilização pessoal e/ou institucional. Entretanto, comprova os dados do censo realizado nos serviços de saúde pelo Brasil, o qual foi possível verificar a existência de sistema de suspeição à palavra da mulher quando ela busca o serviço de interrupção legal. (DINIZ, 2014).

Ainda restou demonstrada que os principais motivos para a restrição nesse acesso são a precariedade do sistema de saúde, que conta com poucos profissionais para realização da interrupção, da negativa individual, por barreiras morais e religiosas e por fim, da falta de capacitação da equipe multiprofissional sobre as leis e normas a respeito da garantia dos direitos femininos em saúde mental e reprodutiva, muitos profissionais, devido à ambiguidade penal que estabelece o aborto como crime contra à vida e, simultaneamente, estabelece hipóteses de exceção, acaba por se sentirem inseguros na realização do procedimento e temem uma futura punição (MADEIRO; DINIZ, 2016).

Uma pesquisa realizada com os estudantes de medicina da capital Teresina demonstra que mesmo com maior proteção aos direitos sexuais e reprodutivos femininos, paralelamente, há aumentos de médicos que usam da objeção médica para não realizar os procedimentos legal, influenciados, principalmente, por questões religiosas. Metade dos estudantes de medicina, inclusive, parece não considerar o estupro como um fator moralmente relevante da interrupção da gravidez. E muitos ainda não cumpririam com seu dever ético de informar a gestante do procedimento e encaminhá-la para outro profissional, pois consideram tais ações como cumplicidade comparável a realização do aborto (MADEIRO, 2016).

Ressalta-se que a objeção de consciência realizado pelo médico não pode se justificar por desconfiança quanto ao estupro e sim fica restrita aos motivos morais privados. Desse modo, a equipe médica não pode realizar um juízo de valor sobre a escolha da mulher ou sua narrativa, pois seria contrária a ética profissional, ao oferecimento de um serviço de saúde pautado no respeito a dignidade da pessoa (SOUZA; SILVA, 2021).

Todavia, na realidade brasileira, verifica-se que a realização do aborto em caso de gravidez resultante de estupro é permitida pela lei penal e conforme normas técnicas não é necessário o oferecimento de boletim de ocorrência ou autorização judicial para realização. Ainda assim, muitos profissionais e instituições de saúde insistem que a vítima apresente provas do fato e organizam marcos investigativos. A mulher é questionada por diversos profissionais para ser averiguada a verdade do estupro, e muitas vezes além de apresentar documentos que comprovem a prática do crime, precisa demonstrar que a gestação foi em decorrência do fato típico.

A palavra da mulher muitas vezes é relativizada pela natureza do delito. O crime de estupro no Brasil se caracteriza por ocorrer, em sua maioria, no círculo social da vítima e dentro de casa. A pesquisa quantitativa realizada pela Agência Patrícia Galvão e Locomotiva mostrou as percepções dos brasileiros acerca do que é considerado estupro, mostrando como está enraizado em nossa sociedade o itinerário de que a mulher casada não pode dizer não as investidas do marido, ou se houve consentimento, mesmo que insuficiente, não seria estupro (INSTITUTO PATRÍCIA GALVÃO; LOCOMOTIVA, 2022).

Atualmente, casos recentes indicam um ativismo judiciário e do Executivo tentando se sobrepor a essa garantia de aborto legal. Como a portaria de nº 2.282 de 27 de agosto de 2020 que dispõe sobre o Procedimento de Justificação e Autorização da Interrupção da Gravidez. A norma foi recebida com muitas críticas, pois traz mais restrições à liberdade sexual e reprodutiva feminina, principalmente, ao acesso das mulheres que busca o Sistema único de Saúde para realizar a interrupção legal da gestação. (BRASIL, 2020)

A norma ainda determinou a exigência de notificação dos profissionais de saúde à polícia nos casos onde as mulheres procurem os serviços de saúde para realização do procedimento de aborto legal. Ao passo que tal situação fustiga o exercício desse direito constitucional, obstando o direito individual, fundamentado na dignidade da pessoa humana. Além disso, contrário ao próprio conceito de saúde estabelecido pela OMS, no qual saúde vai além da doença e integra um estado de bem-estar social total, nas esferas físico, mental e social. Para oferta do aborto legal, em nenhum momento, a assistência de saúde é condicionada a comunicação externa ao Judiciário ou a autoridade policial (OMS, 1948; ANIS, 2019).

Os profissionais de saúde não tem competência para iniciar uma investigação e isso só serve como ferramenta de punição e de obstaculização do acesso ao direito. Visto que, vergonha e medo de exposição são os principais motivos para que as vítimas de estupro não procurem atendimento em serviço de saúde (INSTITUTO PATRÍCIA GALVÃO e LOCOMOTIVA, 2022).

A precariedade no atendimento dos serviços públicos voltados para realização do aborto também se apresenta como um fator que dificulta o acesso da mulher ao procedimento. Dados mostram que dos 56 hospitais listados como especializados, apenas 37 estavam capacitados para realização do aborto legal. Cinco deles nunca havia realizado o procedimento e em 6 estados não havia nenhuma estrutura para isso. Além disso, no Brasil, 70% dos serviços de atendimentos estão centralizados na região sudeste, demandando o encaminhamento de vítimas de todo o país para essa localidade. (DINIZ, 2016)

Diante dessa realidade, a mulher vítima de violência sexual é deslocada pelo sistema de saúde, obstaculizando o acesso ao aborto legal. Dentro de um país, no qual o aborto faz parte da vida brasileira, 1 a cada 5 mulher abortará no Brasil, o aborto é a quinta causa de morte materna, muito ocasionadas pelas dificuldades de acesso que acabam por obrigar as mulheres a procurar meios clandestinos e irregulares para realização da interrupção da gravidez. (ANIS, 2019)

Junto a isso a falta de informação sobre como é realizado a interrupção da gravidez e sobre os métodos contraceptivos adequados às necessidades de cada mulher. É necessário que se informe as mulheres sobre seus direitos e requisitos necessários ou não para realização do aborto legal, somente assim as vítimas poderão acessar amplamente os serviços de saúde. Essa informação se torna ainda mais importante nos casos de vítimas de violência sexual, a qual a maiores dos autores são pessoas do círculo social da vítima, saber que pode realizar o procedimento sem precisar denunciar o agressor pode ajudar essas mulheres (ANIS, 2019).

Hodiernamente, por dados do Relatório do Instituto de Bioética, as complicações do aborto realizado clandestinamente e insegura fazem com que muitas mulheres faleça durante o processo. Com efeito, segundo o Ministério da Saúde, houve mais de 1,6 milhões de hospitalizações por aborto entre 2008 e 2017 (ANIS, 2019).

É fundamental que se divulgue essas informações sobre os atendimentos de rede saúde, mas também que essa informação seja dada seguramente. Além disso, o direito à informação é uma forma de garantir o direito a um procedimento seguro e legal. Gerando para o Estado uma responsabilidade do repasse dessa informação. Ainda, preciso que haja um aumento da disponibilidade desse serviço, levando em reflexo de que há muito tempo há previsão legal e pouco ainda se fez eficaz.

4 A ONDA CONSERVADORA E A ALTERAÇÃO DAS POSSIBILIDADES DE INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ

4.1 Os argumentos contra a Interrupção da Gravidez

O aborto sempre foi uma questão polêmica, que provoca reações e debates extremos, e nos últimos anos tem ganhado destaque no cenário político brasileiro. Atualmente, na última eleição presidencial entrou na pauta dos candidatos e muitos projetos de lei visando restringir o acesso ao aborto foram criando nos últimos dez anos. Os principais argumentos contrários ao aborto, se centralizam na noção de que o direito à vida é o mais importante bem jurídico entre os demais direitos constitucionais, visto que a partir da vida poderá gozar de todos os outros direitos (SOUZA, BISPO, 2021).

Ciente disso, vigoram algumas teorias sobre a vida que impactam na questão abortiva, entre elas a mais usada como argumento de defesa dos contrários a prática de aborto, a concepção marcaria o início da vida, ensejando que toda a vida deve ser protegida desde o momento da concepção. Nesse sentido, feto é um ser humano, uma pessoa, desde o momento da concepção.

Os argumentos contra o aborto têm como fundamentos centrais: dogmas religiosos, opinião pública e argumento jurídico, principalmente de defensores da teoria concepcionistas, de acordo com pesquisa realizada na Câmara dos Deputados, de onde se iniciam a maioria dos Projetos de lei contrários ao aborto (MIGUEL, BIROLI, MARIANO, 2017).

A religião Cristã, principalmente o catolicismo, está presente no Brasil desde a sua colonização, uma vez que foi trazida pelos portugueses e durante muito tempo controlou vários aspectos da vida civil brasileira, era considerada a religião oficial do Estado. Atualmente, o debate

sobre o aborto é fortemente constrangido pela influência da Igreja Católica, que o enxerga como um assassinato que deve ser proibido em caráter absoluto (MIGUEL, 2012).

Na Audiência pública realizada pelo Supremo Tribunal Federal para discussão da Arguição de Preceito Fundamental (ADPF 54) que tratava sobre a possibilidade de aborto nos casos de fetos anencefálicos, várias organizações, institutos e a sociedade civil, em geral, foram ouvidos sobre a questão. Em sua maioria os fundamentos foram de que a vida começa a existir a partir da concepção (BRASIL, 2012).

Para Igreja Católica a vida deve ser protegida e respeitada absolutamente, a partir do momento da concepção e de forma absoluta. Visto que durante a sua existência e desde o primeiro momento, o ser humano têm direitos reconhecidos como pessoa, entre eles o direito à vida. Ademais, qualquer ato de aborto provocado aos olhos da igreja, configuram-se em maldade moral, sendo o aborto gravemente contrário à lei moral. Assevera ainda a crença na existência de dano irreparável o inocente morto, seus pais e toda a sociedade. Além disso, A Conferência Nacional Dos Bispos Do Brasil, CNBB, estabelece que tais direitos precisam ser respeitados e reconhecidos pela sociedade civil e pela autoridade política através de leis.

“os direitos inalienáveis da pessoa devem ser reconhecidos e respeitados pela sociedade civil e pela autoridade política. Os direitos do homem não dependem nem dos indivíduos, nem dos pais, e também não representam uma concessão da sociedade e do Estado. Eles pertencem à natureza humana e são inerentes à pessoa em razão do ato criador do qual se origina. A este propósito, entre estes direitos fundamentais, é preciso recordar, direito À vida, À integridade física de todo ser humano desde a concepção até a morte” (CNBB, 2017).

Assim, os argumentos religiosos se centralizam na determinação de que o aborto não pode ser autorizado porque ofende a deus, criador da vida e só ele pode retirá-la. Em seu livro, contra o aborto, o autor Francisco Razzo afirma que a interrupção da gravidez não traz solução para nenhum problema pessoal, muito pelo contrário, agrava a saúde física, mental, emocional e espiritual das mulheres, com o dom sagrado de gerar o filho, todavia não tem o direito de matá-lo, pois se trata de duas pessoas diferentes, além de ser considerado crime conforme estabelece o código penal e que muitas pessoas já foram condenadas pela prática do delito (RAZZO, 2017).

Outros argumentos, partem da mera afirmação do direito à vida e a definição de que esta começa na concepção, cujo aborto violaria o direito à vida, conforme artigo 2.º do Código Civil, o ser humano é o mesmo em qualquer fase de seu desenvolvimento e possui igual dignidade desde o início de sua concepção, refutando as teorias de início da vida a partir do desenvolvimento cerebral, que iniciaria depois de 10,12 semanas de gestação.

Em razão disso, vários projetos de lei foram criados por atores políticos conservadores. Um dos mais conhecidos é o PL nº 434/2021. O projeto visa instituir o Estatuto do Nascituro e estabelecer a ele personalidade civil e direitos fundamentais, enquanto prevê mudanças na lei penal

e Estatuto da Criança e do Adolescente para retirar as hipóteses de aborto legal prevista no artigo 128 do Código Penal, além de criar um tipo penal, o crime de incitação ao aborto, com pena de detenção, de seis meses a um ano, e multa (TONIETTO, SILVA, 2018).

Entre os outros projetos de lei que visam restringir o direito ao aborto, estão o PL 2125 que visa aumentar as penas para até 20 anos para mulheres ou terceiros que interrompam a gestação e para até 30 anos para quem realizar ou auxiliar um aborto sem o consentimento da gestante, ainda que a mulher seja menor de 14 anos ou pessoa com deficiência mental. O projeto de lei 232/2021 visa tornar obrigatória a apresentação de boletim de ocorrência com exame de corpo de delito positivo para realização do aborto decorrente de violência sexual.

Nesse sentido, percebe-se que o debate sobre o aborto continua atual no Brasil, gerando argumentos colocando em xeque direitos das mulheres, e que mesmo diante de uma lei restritiva, que permite a interrupção da gravidez apenas nos casos previstos e de anencefalia, o debate na política internacional brasileira, tem tomando uma onda conservadora, que através de projetos de leis se mostram contrários a garantia desses direitos, pautada em argumentos religiosos e que encontra correspondentes no Congresso Nacional, cuja aprovação representa um retrocesso da legislação atual.

4.2 Argumentos a favor da Interrupção da gravidez

4.2.1 A relatividade do direito à vida

O direito à vida é considerado o mais importante bem jurídico entre os demais direitos constitucionais, visto que a partir da vida poderá gozar de todos os outros direitos. Entretanto, o início da vida ainda é uma questão controversa, visto que a constituição não estabeleceu norma sobre isso, definindo um início. Segundo Masson, a constituição e as ciências jurídicas não possuem atribuição para tal, cabendo as ciências da natureza, entretanto, há muitos pontos de divergência (MASSON, 2019).

No julgamento da ADPF de 54 sobre a descriminalização do aborto no caso de fetos anencefálicos, o Ministro Marco Aurélio argumentou a favor da causa ao citar resolução do Conselho Federal de Medicina que estabelece como início da vida, o início da atividade cerebral. Na qual se daria a partir da 20ª semana de gestação (SOUZA; BISPO, 2020).

Além dessa controvérsia entre o momento que se inicia a vida, existe a ausência de delimitação sobre quando se inicia a proteção jurídica desse bem, e esse silêncio acaba desorientando para solução de várias questões de direito, inclusive sobre a impossibilidade da realização do aborto. Visto que a falta de parâmetros acaba por favorecer a tese de que a realização do aborto deve ser proibida. Contudo, o direito à vida não é absoluto, apesar de aborto ser previsto como crime contra à vida, nos artigos 124 a 126 do dispositivo penal, o direito à vida, contudo, não é considerado superior aos demais direitos. Conforme relato do ministro Marco Aurélio na Arguição de Preceito fundamental, ADPF de 54 (2012, pág. 59).

“Inexiste hierarquia do direito à vida sobre os demais direitos, o que é inquestionável ante o próprio texto da Constituição da República, cujo

artigo 5º, inciso XLVII, admite a pena de morte em caso de guerra declarada na forma do artigo 84, inciso XIX. Corrobora esse entendimento o fato de o Código Penal prever, como causa excludente de ilicitude ou antijuridicidade, o aborto ético ou humanitário – quando o feto, mesmo sadio, seja resultado de estupro. Ao sopesar o direito à vida do feto e os direitos da mulher violentada, o legislador houve por bem priorizar estes em detrimento daquele.” (BRASIL, 2012).

Diante disso, há uma colisão entre o bem da vida e os demais bens protegidos pela constituição, de fato, que deve ser feita uma interpretação a luz constitucional, de maneira a preservar e olhar também para os direitos à saúde, dignidade, liberdade e autonomia da mulher. E não somente à vida, ou possibilidade como único direito passível de proteção, visto que a mulher também é sujeita de direitos aos olhos da constituição (FORNI; KURKOWSKI, 2019).

Portanto, diante da ausência de uma delimitação temporal que marque o início da proteção à vida e de seu caráter não absoluto, é preciso enxergar a mulher como sujeito de direitos, e inseri-los como importantes para o debate contra a criminalização do aborto, pondo fim a vida como direito absoluto o qual anula os demais direitos. E interpretando as leis penais a luz do princípio da dignidade de modo a garantir direitos humanos sexuais e reprodutivos e com isso a possibilidade de aborto.

4.2.2 A laicidade da República Federativa do Brasil

O Brasil se tornou um país laico com o advento da primeira Constituição República de 1891. A laicidade significa reconhecer que para a vida pública, a neutralidade é garantia de segurança da sociedade, protegendo a liberdade de culto e o exercício de religião de uma possível intervenção do Estado. Ao mesmo passo que determina que concepções morais religiosas não sejam usadas como guia para as decisões estatais.

Da mesma forma, a Constituição Federal de 1988, estabeleceu em seu artigo 5º, inciso VI e 19, inciso I. Nesse sentido, em seu voto, o Ministro do Supremo Tribunal Marco Aurélio, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental de n.º 54/2012 asseverou que o estado Brasileiro é neutro no que diz respeito a adoção de uma religião e ainda que a fé e orientações morais dela, decorrentes não podem ser impostas para a sociedade:

Ao Estado brasileiro é terminantemente vedado promover qualquer religião. Todavia, como se vê, as garantias do Estado secular e da liberdade religiosa não param aí – são mais extensas. Além de impor postura de distanciamento quanto à religião, impedem que o Estado endosse concepções morais religiosas, coagindo, ainda que indiretamente, os cidadãos a observá-las. (BRASIL, 2012, Pág.43)

Reafirma que a religião não orienta o tratamento do Estado a outros direitos fundamentais, como direito à saúde física e mental e a liberdade no campo da orientação sexual e reprodutiva,

e uma vez que se inclui crenças religiosas como justificativa para tipificação de crimes. O Estado acaba se valendo de uma moral individualizada que não é adotada por toda a coletividade.

Todavia, o que se ver na realidade brasileira é uma problemática complexa, principalmente considerando o contexto histórico do país, no qual as instituições religiosas dominantes impõem suas convicções religiosas em forma de princípios e leis que regulam o uso da sexualidade e da reprodução.

E ainda, por consequência, acaba por retirar a autonomia feminina, sua liberdade de escolha e viola os direitos reprodutivos das mulheres. Nas palavras de Tomaz e Ferreira, ao estabelecer tipos penais cuja base é atender a padrões morais institucionalizados pela fé e dogmas religiosos, acaba por retirar a legitimidade da soberania popular e por consequência a liberdade dada a cada indivíduo de participar da construção das normas que incidem sobre toda a população (SOUZA; BISPO, 2020).

Logo, tendo em vista o que a moral é composta de caráter individual e subjetivo. O direito não pode se servir dela individualmente para proibir a prática de certo atos, segundo ainda o princípio da alteridade que rege suas normas, ou seja, tendo em vista o caráter coercitivo de suas normas que incidirão por toda a coletividade, indo além dos limites democráticos.

4.2.3 A garantia dos direitos sexuais e reprodutivos femininos

Na Constituição Federal Brasileira de 1988 elenca em seus artigos direitos, deveres e garantias fundamentais inerentes a pessoa humana, para garantir a igualdade e o desenvolvimento de uma sociedade justa e democrática. Contudo, quando se trata da dignidade da pessoa humana relacionada a autonomia feminina sobre seus direitos sexuais e reprodutivos a realidade é outra. As discussões e debates sobre o aborto, o qual é um ato de autonomia feminina sobre seu próprio corpo, na maioria ainda são feitos com base em crenças religiosas, discutindo-se sobre valor moral e não em fatos.

Além disso, isso gera uma grande incógnita, pois desde a antiguidade a mulher sempre foi tratada como um objeto personificado ter a função de reproduzir, além de ser propriedade única e exclusiva de seu marido e por isso não tinha o direito de exercer sua autonomia sobre seu corpo e sobre seus próprios desejos.

Ainda assim, atualmente muitas mulheres são sujeitas a um relacionamento abusivo, impedidas de desfrutar de sua autonomia e de sua dignidade, mesmo diante da nossa Constituição e principalmente da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) onde nos diz não haver distinção entre homens ou mulheres acerca de seus direitos e que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos (BRASIL, 1988; ASSEMBLEIA GERAL DA ONU, 1948).

Considerando os estudos da bioética sobre autonomia feminina, a garantia dos direitos sexuais e reprodutivos, Debora Diniz e Dirce Guilhem em seus estudos sobre feminismo, bioética e vulnerabilidade, publicado na Revista Estudos Feministas, dizem que “conquistas da liberdade são conceitos e princípios que se misturam na busca pela igualdade social, na crítica a todas as formas

de opressão social ou mesmo na proteção de pessoas e/ou comunidades socialmente vulneráveis” (DINIZ; GUILHEM, 2000).

Ademais, os direitos sexuais femininos com o direito reprodutivo ainda são motivos de grandes debates. A luz da nossa Constituição e dos demais acordos, tratados e convenções do qual o Brasil é signatário como a, o exercício da sexualidade deve ser livre e respeitado sem violência ou preconceitos. Contudo, o Brasil ainda possui um patriarcado enraizado o que dificulta ainda mais a consagração desses direitos, assim a mulher ainda é vista como a pessoa que deve cumprir seu papel materno e reprodutor.

4.2.4 Um problema de saúde pública

Segundo dados da Organização das Nações Unidas (ONU), aproximadamente 39 mil mulheres morrem ou são internadas pela realização de aborto de maneira irregular. Segundo Diniz, aborto é um problema de saúde pública, e por meio da pesquisa nacional sobre aborto, confirma-se a partir dos dados nos quais em média mais de 1 milhão de abortos realizados por ano no Brasil e isso se reflete também nos gastos pelos SUS com os problemas de saúde decorrentes dele, o que se estima, na última década em um gasto de 500 milhões de reais no tratamento de complicações decorrentes de aborto (DINIZ, 2016; OMS, 2022).

Consoante a análise dos dados acima é possível concluir que mesmo com a criminalização o aborto não é nada fora realidade feminina e ocorre em abundância no Brasil. Além disso, a criminalização acaba por afetar o Sistema Único de Saúde (SUS) visto que em decorrência dela há procura de ajuda médica por muitas mulheres em decorrência de um aborto mal realizado. A grande controvérsia é que a própria tipificação do aborto como crime acarreta essas consequências, visto que obriga as mulheres a se submeterem a procedimentos inseguros, já que não as ampara. O que gera um paradoxo, visto que as mulheres morrem quando a finalidade da criminalização é proteger à vida (ORLANDI; GOMES, 2020).

Para Organização Mundial de Saúde, OMS, saúde é um estado de bem-estar total nas esferas: físico, mental e social. Um conceito que vai além da falta de doença ou enfermidade, a saúde assume maiores proporções ensejando uma total proteção a pessoa, como ser humano dotado de dignidade. Diante da criminalização do aborto, a saúde, em sua íntegra, é afetada. A mulher que aborta de clandestinamente/irregular gera inúmeros problemas a saúde física da mulher. Segundo dados do relatório ANIS, quinhentas mil mulheres interrompem a gravidez, sendo que uma mulher morre a cada dois dias em decorrências da realização de procedimentos malfeitos no Brasil e a curetagem foi o terceiro procedimento ginecológico mais realizado pelo Sistema Único de Saúde, durante o período de 2014 e 2016 (SEGRE, 1997; ANIS, 2019).

Notável que os problemas decorrentes da realização de aborto irregular violam o direito à vida e a integridade física consagrados na Carta Magna, e, no qual o Estado tem o dever de garantia. Entretanto, cabe a ressalva que de acordo com Organização Mundial de Saúde, o procedimento de aborto não, é algo inseguro e sim de baixa complexidade e risco de morte, e que o grande número de mortes e sequelas se justificam pela realização de procedimentos irregulares,

sem o devido aparato médico. Diante disso, um país que criminaliza o aborto retira todas as condições de acesso a um procedimento seguro para as mulheres, e acaba por obrigá-las a arriscar sua saúde em procedimentos a margem da lei. Assim, devido à imposição legal, as mulheres buscam firm de realizar o procedimento na surdina, no qual as dores e o sofrimento são silenciados e vidas são ceifadas enquanto o Estado lhe tira o poder de escolha e autonomia sobre seus próprios corpos (ORLANDI; GOMES, 2020).

Adiante quanto ao dano ocasionado pelo aborto na saúde mental das mulheres, esta vive em constante estado de fragilidade com a reprovação social que incide na mulher que aborta, que é vista como delinquente. Sendo desamparadas pelas instituições Estatais, pela sociedade e por suas famílias. A mulher perde a sua autodeterminação e desenvolve problemas como angústia, ansiedade, depressão, sentimento de culpa entre outros. Afetando o direito a integridade psíquica das mulheres (FOGANHOLI, 2019).

Outro ponto que gera questionamento é sobre qual o perfil dessas mulheres que buscam atendimento médico do SUS, a esfera social também incide sobre o conceito de saúde. E segundo, Vignoli, em seu artigo sobre o reflexo da criminalização do aborto sob a ótica das mulheres, em situação de vulnerabilidade, a segurança do procedimento de aborto é o proporcional a quantia que a mulher pode disponibilizar. Sendo assim, o contexto de desigualdade social entra com força como uma das causas de aumento dos riscos, já que a falta de recursos por certas mulheres as coloca sem escolhas seguras e em decorrência disso em maiores riscos (BESSA, 2020).

No mais, segundo a definição da OMS, impossível não imaginar a influência dos direitos sociais previstos no artigo 6º da Constituição Federal, como à educação, à moradia, à alimentação e a ausência desses direitos acaba por refletir na situação de saúde, tanto individual como coletivamente. O que, segundo a Fundação Oswaldo Cruz, exige do setor de saúde e demais setores a adoção de medidas contra a desigualdade social. Em suma, as condições sociais afetam a saúde. E no caso do aborto, onde as condições financeiras toma proporções com a segurança do procedimento realizado, acaba por potencializar os efeitos de um procedimento aborto irregular. Então, não seria o aborto um problema linear, visto que as consequências de sua criminalização transpassam o campo do direito penal e afetam diretamente a saúde em ambos os aspectos físico, mental e social. Além de trazer gastos para o Estado e refletir problemas de desigualdade social (KRIEGER; MARCHIORI, 2007).

Os motivos que ensejaram a legalização do aborto em alguns países latino-americanos, como Cuba, México, Uruguai, Guiana, Argentina e agora Colômbia, foram justamente as mesmas causas, debatidas nos demais países onde o aborto é criminalizado, ou seja, a taxa elevada de mortalidade das mulheres que se submetem a um aborto ilegalmente e perigosa (QUINTINO, 2022).

Segundo dados da Organização Mundial de Saúde (OMS) atualmente cerca de 19 milhões de abortos são realizados de forma insegura e totalmente perigosa, pois são praticados por pessoas incapacitadas. Estima-se que 13% das mortes maternas decorrem dessa prática. Sendo que ao nível mundial, as mulheres da América Latina representam 19,5%, com a taxa de mortalidade de 12%, segundo a revista IPAs, do México. Construindo uma análise entre os países que legalizaram o

aborto na América Latina, é possível observar que a legalização partiu também dos países onde o conservadorismo era predominante.

No ano de 1987, Cuba foi o primeiro país a despenalizar o aborto além das hipóteses permitidas, que eram em casos de risco de vida à mulher, de estupro ou nos casos onde a mulher tivesse o risco de transmitir ao feto alguma doença hereditária. E começou a penalizar quem o realizasse fora das normas sanitárias estabelecidas em lei. Desse modo, foi possível prevenir a morte de milhares de mulheres todos os anos na ilha (CAMTRA, 2020).

Após a legalização em Cuba, o México, em 2007, por unanimidade dos votos dos ministros, deixou de penalizar o aborto. Contudo, cada estado tem sua autonomia e seus casos específicos. Na Argentina a lei 27.610/2020 aprovou que seria legal o aborto feito até a 14ª semana de gestação e que é dever do profissional de saúde prestar os devidos procedimentos para ser realizada a interrupção da gravidez com o livre consentimento da gestante maior de 16 anos (ARGENTINA, 2020).

Na Colômbia, o sexto país da América Latina a compor o quadro dos países onde descriminalizaram a prática do abortamento, teve como argumento ensejador que a criminalização alimenta o mercado clandestino e por este motivo os números de mortes aumentavam gradativamente (ARGENTINA, 2020; BBC, 2022).

Dessa forma, entendendo que não se trata apenas dos números elevados de mortes, mas também das garantias que cada mulher deve ter, principalmente a autonomia sobre sua própria vontade, onde o estado tem o dever de garantir a dignidade da pessoa humana e considerar a vontade própria de cada mulher. Contudo, no Brasil a realidade é outra, apesar de ser um estado laico, devido não adotar nenhuma religião como oficial, também é um estado democrático de direito onde a soberania popular é fundamental. Assim, observamos a estagnação do país em relação aos países circunvizinhos, onde seguem avançando por meios da legislação.

Enquanto o Brasil segue com pensamento enraizado na religião, como podemos observar nos discursos feitos na ADPF 442-DF e pensamentos moralistas, e que não avança legislativamente. Visto que a última lei penal que ainda vigora sobre o aborto é o código penal de 1940 e que a última discussão jurisprudencial que culminou na descriminalização do aborto em casos de fetos anencefálicos foi em 2012, completando 10 anos de decisão. E evidenciando cada vez mais o retrocesso brasileiro.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como pode ser observado ao longo deste artigo, o crime de aborto está elencado no Código Penal brasileiro como forma de punir as pessoas que cometem o crime. Por outro lado, a lei se torna ineficaz enquanto a prática do crime não deixa de ser realizada. Considerando que a interrupção da gravidez nas hipóteses legais é um direito garantido de constitucionalmente as mulheres, justamente com a Constituição Federal 1988 em seu art. 5º caput, a qual trouxe importantes avanços no que diz respeito aos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres. A

exemplo disso, as decisões do Supremo Tribunal Federal no julgamento ADPF 54/2004, trouxe a possibilidade de interromper uma gestação com a realização de uma antecipação de forma terapêutica do parto no caso de anencefalia.

Em contrapartida, o fato de abortar até mesmo quando envolve as hipóteses legais de interrupção da gravidez, como a gravidez decorrente da violência sexual, é motivo de discussões quanto ao que se deve fazer em relação a essas mulheres, mesmo sendo submetidas a um processo de autorização, caso desejem realizar a interrupção. É notável a indiferença que a sociedade trata deste assunto, no momento em que muitos têm uma visão conservadora pautada no patriarcado, na religiosidade, nos costumes e na moral, e por este motivo esquecem do verdadeiro bem que está em jogo, que é a vida digna que uma mulher deve ter.

Dessa forma, faz-se uma alusão ao “Mito da caverna” de Platão, pelo fato do estado, preponderar a visão embaraçosa que envolve as questões de aborto no Brasil, considerando o que a sociedade exige para o plano moral, com influência do viés religioso (o que seria a sombra que os prisioneiros visualizavam no interior da caverna). Ao invés de visualizar o real problema, sobre a mulher não ter autonomia sobre seu próprio corpo, e seus direitos sexuais e reprodutivos estarem sendo controlados pelo estado através do ordenamento jurídico, por motivos que não são apenas jurídicos (o que seria a luz solar no exterior da caverna).

Ainda que o papel do ordenamento jurídico seja garantir a proteção dos direitos reprodutivos e a autonomia feminina através do princípio da dignidade da pessoa humana, independentemente de qualquer distinção de qualquer natureza, o preconceito está cravado no seio da justiça, vez que a grande maioria das mulheres que respondem criminalmente são pretas, pardas, analfabetas e de poucas condições econômicas, assim como demonstrado pelo relatório da Defensoria Pública do estado do Rio de Janeiro no ano de 2018. São essas mulheres que sofrem ao procurar a rede de saúde pública em busca de um atendimento humanitário, e ao contrário do que pensam, encontram uma forte barreira e uma certa precariedade do sistema de saúde, vez que são poucos os profissionais destinados a prestar atendimentos necessários, e esses mesmos são responsáveis por denunciá-las.

Por consequência, identifica-se a falha do Estado quanto a lei penal vigente no país, a qual deveria ser interpretada aos olhos da Constituição Federal de 1988, preconizando todos os direitos e deveres nela estabelecidos, em especial a dignidade da pessoa humana, diante dos direitos femininos. Conclui-se então que o estado continua tendo o controle sobre o corpo feminino. Pois do mesmo modo que tutela o direito à vida, a saúde e consequentemente a integridade física de uma mulher, ele restringe a liberdade de escolha por meio da lei penal vigente.

Por este motivo é de suma importância que o tema continue sendo debatido e as falhas no sistema sejam solucionadas, de forma com que ocorra a uma política pública eficaz, desde os meios de informações sobre o assunto, quanto aos meios pelos quais os procedimentos são realizados. Além disso, que as decisões dos países vizinhos, como a Argentina, Colômbia, México e os demais favoráveis ao aborto, sejam considerados válidos ao ponto de vista das políticas públicas brasileiras.

Pois, ainda que os números elevados de mortes sejam um fator determinante, deve ser considerado em conta a proteção da autonomia que cada mulher deve ter sobre seu próprio corpo. Onde o estado não tenha o dever de interferir na liberdade de escolha, mas garantir a dignidade da pessoa humana e a autonomia feminina, independentemente da cor de sua pele, classe social ou econômica.

Por fim, a mulher deve ser vista como um ser de direitos e tratada com total respeito e igualdade, sem que suas escolhas sejam jogadas em uma arena de disputa entre o conservadorismo estatal e a liberdade de escolha individual.

REFERÊNCIAS

ANIS – INSTITUTO DE BIOÉTICA. **Aborto: por que precisamos descriminalizar?**: argumentos apresentados ao Supremo Tribunal Federal na Audiência Pública da ADPF 442 / Anis – Instituto de Bioética. – Brasília: LetrasLivres, 2019. 48 p.: il. ISBN 978-85-98070-61-2 (Impresso); ISBN 978-85-98070-58-2 (PDF). Disponível em: <https://anis.org.br/wp-content/uploads/2020/07/RELATORIO-ABORTO-PT.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2022.

AGÊNCIA PATRÍCIA GALVÃO; INSTITUTO LOCOMOTIVA. **Percepções sobre direito ao aborto em caso de estupro**, [s. l.], 4 fev. 2022. Disponível em: https://assets-dossies-ipg-v2.nyc3.digitaloceanspaces.com/sites/3/2022/04/IPatriciGalvao_LocomotivaPesquisaDireitoabortoemCasodeEstuproMarco2022.pdf. Acesso em: 10 out. 2022.

AMARAL, Bárbara de Freitas. A luta pelo direito ao abortamento seguro: argumentos jurídicos fundamentadores da legalização das práticas de aborto. In: GOSTINSKI, Aline; MARTINS, Fernanda (org.). **Estudos feministas: por um direito menos machista**. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. v. V, cap. 5, p. 76-89. ISBN 978-65-5908-031-1.

BESSA. Marcela Vignoli Cordeiro. Aborto: Reflexos da criminalização sob a ótica das mulheres social vulneráveis. In: GOSTINSKI, Aline; MARTINS, Fernanda (org.). **Estudos feministas: por um direito menos machista**. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. v. V, cap. 3, p. 45-59. ISBN 978-65-5908-031-1.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental 54**. O Tribunal julgou procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, todos do Código Penal. Diário da Justiça Eletrônico. 12 mar. 2012, Brasília. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>. Acesso em: 21 mar. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao. Acesso em: 10 de mar. 2022

BRASIL. Código penal. **Decreto-lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940**. Rio de Janeiro, 7 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 12 mar. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 1.973 de 1º de Agosto de 1996**. Promulga a Convenção Interamericana para prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a mulher, concluída em Belém do Pará, em Julho de 1994. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1973.htm. Acesso: 19 nov. 2022.

BRASIL. **Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990** Estatuto da Criança e do Adolescente. Brasília: Diário Oficial da União, 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 5 nov. 2022.

BRASIL. **Lei nº 12.845, de 1 de agosto de 2013**. Dispõe sobre o atendimento obrigatório e integral de pessoas em situação de violência sexual. Brasília- DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2013/lei/l12845.htm. Acesso em: 19 de nov. de 2022.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria nº 1.508, de 1º de setembro de 2005**. Dispõe sobre o Procedimento de Justificação e Autorização da Interrupção da Gravidez nos casos previstos em lei, no âmbito do Sistema Único de Saúde-SUS. Brasília: DF, Gabinete do Ministro, 1 set. 2005. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2005/prt1508_01_09_2005.html. Acesso em: 05 de nov 2022.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria nº 2.282 de 27 de agosto de 2020**. Dispões sobre o procedimento de Justificação e Autorização de Interrupção da Gravidez nos casos previstos em lei, no âmbito do Sistema Único de Saúde-SUS. Brasília- DF. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2020/prt2282_28_08_2020.html. Acesso: 10 out. 2022.

BRASIL. **Conselho Federal de Medicina**. Resolução CFM nº 2.217, de 27 de setembro de 2018. Aprova o Código de Ética Médica. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil/D.O.U., Brasília, 01 nov. 2018. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2018/2217>. Acesso: 10 out. 2022.

CONFERÊNCIA INTERNACIONAL, 1994, CAIRO. **Conferência Internacional do Cairo**. Sobre população e desenvolvimento das Nações Unidas, realizada no Cairo, Egito, de 5 a 13 de setembro de 1994. Disponível em: <http://www.unfpa.org.br/Arquivos/relatorio-cairo.pdf>. Acesso: 18 de out. 2022.

DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo. Aborto no Brasil: uma pesquisa domiciliar com técnica de urna. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 15, p. 959-966, 2010. DOI: <https://doi.org/10.1590/S1413-81232010000700002> Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csc/a/pYSRDGw6B3zPsVJfDJSzwNt/?lang=pt&format=html>. Acesso em: 21 mar. 2022.

____Débora et al. A verdade do estupro nos serviços de aborto legal no Brasil. **Revista Bioética**, Brasília, v. 22, n. 2, p. 291-298, ago. 2014

____Débora.; MEDEIROS, M.; MADEIRO, A. Pesquisa Nacional de Aborto 2016. **Ciênc. saúde coletiva**, Rio de Janeiro, v. 22, n. 2, p. 653-660, fev. 2017. DOI 10.1590/1413-81232017222.23812016. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/csc/v22n2/1413-8123-csc-22-02-0653.pdf>. Acesso em: 05 de nov 2022

____Débora. Estado laico, objeção de consciência e políticas de saúde. **Cadernos de Saúde Pública**, v. 29, p. 1704-1706, 2013. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/0102-3111XPE010913>. Acesso em: 23 mar. 2022.

____Débora. Quem autoriza o Aborto Seletivo no Brasil? Médicos, Promotores e Juízes em Cena, **PHYSIS: Rev. Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, 13(2):13-34, 2003. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/physis/a/89y5KLDycVPYc4XsZMzYrwM/?lang=pt&format=pdf#:~:text=Ainda%20hoje%2C%20a%20despeito%20da,invi%C3%A1veis%20em%20um%20hospital%20p%C3%ABlico>. Acesso em: 19 de nov. 2022.

DUDH. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Site UNICEF. Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III) em 10 de dezembro 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 23 mar. 2022.

FOGANHOLI, et al. **Traumas Psicológicos Decorrente De Um Aborto Induzido**. Anais. Congresso Multidisciplinar Fap. 2019. Disponível em: <http://www.fap.com.br/anais/congresso-multidisciplinar-2019/poster/235.pdf> . Acesso em: 22 mar. 2022.

FORNI, João Paulo; KURKOWSKI, Rafael Schwez. ABORTO CONSENTIDO: Direito Fundamental Da Mulher Que Deve Ser Tutelado Pelo Tribunal Constitucional Enquanto Garante Da Democracia.. **Revista de direito brasileira**, [s. l.], ano 2019, v. 24, n. 9, 2019. DOI <http://dx.doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2358-1352/2019.v24i9.3831>. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/3831>. Acesso em: 25 mar. 2022.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. Anuário Brasileiro de Segurança Pública – São Paulo: Revista Brasileira de Segurança Pública, v.16, n.3, 2022. ISSN 1983-7364. Acesso em 22/07/2022.

GIL, Antonio Carlos, 1946 – **Como elaborar projetos de pesquisa** / Antonio Carlos Gil. – 6. ed. – São Paulo: Atlas, 2017.

JESUS, Damásio. Parte geral. Damásio de Jesus atualização André Estefam. Direito Penal vol1. 37 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. P. 617. ISBN 9788553619832. Acesso em: 25 out. 2022.

MASSON, Cleber Direito penal: parte especial: arts. 121 a 212 / Cleber Masson. – 11. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2018. Pag 113

MACCOPPI, J. A, V, Resistir para existir: Reflexões sobre a violência Contra a Mulher no Contexto do Aborto. In: GOSTINSKI, Aline; MARTINS, Fernanda (org.). **Estudos feministas: por um direito menos machista**. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. v. V, cap. 6, p. 91-100. ISBN 978-65-5908-031-1.

MADEIRO. A. et al. Objeção de Consciência e Aborto legal: Atitudes de Estudantes de medicina. **Revista Brasileira de Educação Médica**. 40. 1ª edição Jan- Mar 2016. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1981-52712015v40n1e02382014> . Acesso: 02 nov. 2022.

MEDEIROS, Jayce Mayara Mendes Medeiros. Desafios à política de Saúde Brasileira: impactos no direito ao aborto legal. Ver. **Katálysis**. 24 (2) May- Aug 2021. Espaço temático: Violência, Saúde e Classes Sociais. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rk/a/JKSRMSVLjSsOrnqtq7FGS8L/> Acesso: 05 de nov de 2022. DOI: <https://doi.org/10.1590/1982-0259.2021.e75661>

MICHAELES. Moderno Dicionário da Língua Portuguesa, versão digital. Editora Melhoramentos Ltda. 2022. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/>. Acesso: 10 out. 2022.

MIGUEL, BIROLI, MARIANO. Luís Felipe Miguel, Flávia Biroli e Rayani Mariano. **O direito ao aborto no debate legislativo brasileiro: a ofensiva conservadora na Câmara dos deputados**. Rev. Opinião Pública. 23 (1). Abril 2017. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/op/a/c6f4WXNbj6bTV7cn9Kymsb/abstract/?lang=pt>. Acesso: 17 de nov de 2022.

MIGUEL. Luis Felipe Miguel. Aborto e democracia. **Revista Estudos Feministas**. 20 (3). Dez 2012. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ref/a/dDYjxr9Q5R5Q4qx7JSWM6BL/abstract/?lang=pt> Acesso em: nov 2022.

MONTEIRO, C. S.; MONTEIRO, C. S.; MEZZAROBBA, O. **Manual de metodologia da pesquisa no direito**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. E-book.

NUCCI, Guilherme de Souza Curso de Direito Penal: parte especial: arts. 121 a 212 do Código Penal / Guilherme de Souza Nucci. – 3. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Site: ONU News. Oms Divulga Diretrizes Para Melhorar Segurança Em Abortos, 2022. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2022/03/1782252>. Acesso em: 23 mar. 2022.

ORLANDI e GOMES. Kiria Silva Orlandi e Marcella Furtado de Magalhães Gomes. Aborto: uma reunião de Preconceitos, da pura Ilícitude à não Interrupção Autorizada. In: GOSTINSKI, Aline; MARTINS, Fernanda (org.). **Estudos feministas: por um direito menos machista**. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. v. V, cap. 2, p. 29-43. ISBN 978-65-5908-031-1.

PIRANDELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro: parte especial. São Paulo: **Revista dos tribunais**, 2005.

PORTELLA, A. P. et al. **Prevenção e tratamento dos agravos resultantes de violência sexual contra mulheres e adolescentes**: normas técnicas. Brasília: Ministério da Saúde. Departamento de Políticas de Saúde. Departamento de Gestão de Políticas Estratégicas, [2005]. Disponível em: https://bvsmis.saude.gov.br/bvs/publicacoes/prevencao_agravo_violencia_sexual_mulheres_3ed.pdf. Acesso: 15 nov.2022.

RAZZO, F. **Contra o aborto**. 5ª Edição. São Paulo, Editora Record, data de publicação. 6 nov. 2017. ISBN10: 8501110213

REBOUÇAS, M.S; DUTRA, E. Não nascer: algumas reflexões fenomenológico-existenciais sobre a história do aborto. **Psicologia em Estudo**, v. 16, p. 419-428, 2011. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/pe/a/4L8z7BVhwSCDv5KngX65TPs/?lang=pt#>. Acesso: 22 mar. 2022.

REBOUÇAS, Melina Séfora Souza. **O aborto provocado como uma possibilidade na existência da mulher**: reflexões fenomenológico-existenciais -2010.

SEGRE, M; FERRAZ, F. o conceito de saúde. **Revista de Saúde Pública**, São Paulo, v.31 no. 5, Oct. 1997. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rsp/a/ztHNk9hRH3TJhh5fMgDFCFj/?format=pdf&lang=pt>. Acesso: 21 mar.2022.

SENTONE, A. A descriminalização do aborto e o ativismo judicial: a proteção dos direitos fundamentais da mulher. **Revista de direito penal**, v.5. n.1. 2019. e-ISSN: 2526-0200. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/direitopenal/article/view/5380>. Acesso: 18 nov. 2022.

SEVERI, Fabiana Cristina et al. **Aborto no Brasil: falhas substantivas e processuais na criminalização de mulheres**. . [S. l.]: Clooney Foundation for Justice Initiative. Disponível em: <https://cfj.org/report/aborto-no-brasil-falhas-substantivas-e-processuais-na-criminalizacao-de-mulheres/>. Acesso em: 19 nov. 2022. , 2022

SOUZA.L. T; BISPO.A.F. Direito, moral, religião e o começo da vida na ADPF 442. In: GOSTINSKI, Aline; MARTINS, Fernanda (org.). **Estudos feministas**: por um direito menos machista. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. v. V, cap. 5, p. 76-89. ISBN 978-65-5908-031-1.

SOUZA, A e SILVA. N, S. Aborto legal: as dificuldades das vítimas de estupro para realização do procedimento abortivo. Disponível em: <https://repositorio.animaeducacao.com.br/handle/ANIMA/13784>, Acesso em: 15 out 2022.

TONIETTO e SILVA. **Projeto de Lei n. 434/2021**. Institui o Estatuto do Nascituro, que dispõe sobre a proteção integral do nascituro e dá outras providências. Brasília. Câmara dos Deputados, 11 fev. 2021. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2270201>. Acesso em: 18 nov. 2022.

NOTAS:

- [1] Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho UNIFSA. m
- [2] Professora do curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho-UNIFSA, Doutora em Direito e Políticas Públicas pela UNICEUB.
- [3] Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Anuário Brasileiro de Segurança Pública – São Paulo: Revista Brasileira de Segurança Pública, v.16 n.3, 2022. ISSN 1983-7364. Acesso em 22/07/2022.
- [4] DINIZ, 2013 – Estado laico, objeção de consciência e políticas de saúde. Cad. Saúde Pública, Rio de Janeiro, 29 (9): pág. 1704-1706, set, 2013.

DIREITOS DAS PESSOAS SURDAS OU COM DEFICIÊNCIA AUDITIVA: O ENSINO DA LÍNGUA BRASILEIRA DE SINAIS – LIBRAS COMO GARANTIA A UMA EDUCAÇÃO INCLUSIVA

GABRIELA RODRIGUES GUIMARÃES CANTUÁRIA:

Graduanda do Curso de Direito do Centro Universitário Fаметro.

RESUMO: O presente trabalho de conclusão de graduação aborda a questão dos direitos das pessoas surdas ou com deficiência auditiva, enfatizando o ensino da língua brasileira de sinais - LIBRAS, como garantia a uma educação inclusiva. Na Constituição Federal é estabelecido acerca da universalidade do direito a educação, proporcionando que a pessoa surda apresente direitos voltados a sua inclusão na sociedade, em igualdade de condições com as demais pessoas. Assim, essa pesquisa visa analisar a garantia do atendimento educacional especializado aos deficientes auditivos, preferencialmente na rede regular de ensino, investigando instrumentos legais disponíveis e compreendendo a necessidade da implementação da linguagem de sinais como garantia de direito a educação da pessoa surda. Em face do exposto, é mister aduzir que todas as pessoas podem ingressar em um ambiente escolar, seja ele na rede pública ou privada, cabendo ao Estado o dever de promover recursos, almejando a inclusão dessas pessoas por meio de uma educação especial, de modo a assegurar a acessibilidade da informação, educação e comunicação em todos os níveis escolares. Por fim, provocada pelas questões demonstrada, se faz necessário uma análise da importância da inclusão da introdução de libras como garantia de direitos. Conclui-se, haver emergência em garantir o direito a inclusão, educação e acesso a políticas públicas de modo que as pessoas surdas se sintam inseridas na sociedade.

PALAVRAS-CHAVE: Direito. Educação. Inclusão. Libras.

ABSTRACT: This graduation conclusion work addresses the issue of the rights of people who are deaf or hard of hearing, emphasizing the teaching of Brazilian sign language - LIBRAS, as a guarantee of an inclusive education. The Federal Constitution establishes the universality of the right to education, providing the deaf person with rights aimed at their inclusion in society, on equal terms with other people. Thus, this research aims to analyze the guarantee of specialized educational assistance to the hearing impaired, preferably in the regular education network, investigating available legal instruments and understanding the need to implement sign language as a guarantee of the right to education for the deaf person. In view of the above, it is necessary to add that all people can enter a school environment, whether in the public or private network, with the State having the duty to promote resources, aiming at the inclusion of these people through special education, so that to ensure the accessibility of information, education and communication at all school levels. Finally, motivated by the evidenced questions, an analysis is made of the importance of including the introduction of pounds as a guarantee of rights. It is concluded that there is an urgent need to guarantee the right to inclusion, education and access to public policies so that deaf people feel included in society.

KEYWORDS: Right. Education. Inclusion. Pounds.

1 INTRODUÇÃO

O Brasil tem em sua história, relatos de ausência de direitos da pessoa com deficiência auditiva ou surdez, um fato marcante na mudança desse quadro foi a promulgação da Constituição Federal de 1988, que trouxe consigo um olhar diferenciado no que diz respeito a cidadania.

Posteriormente, com o intuito de atender de maneira especial a pessoa com deficiência, criou-se a Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015, onde se institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência).

É válido ressaltar, que por muitos anos os surdos passaram por inúmeras formas de discriminação, tortura e perseguição para serem forçados a falarem, já que eram vistos como uma ameaça para a sociedade.

O Surdo, assim como qualquer outro cidadão brasileiro, tem seus direitos e deveres estabelecidos em leis que regem esse país. A realização dessa pesquisa baseia-se exatamente nessa vertente da inclusão e do direito à educação através das Leis de Inclusão, de modo a assegurar igualdade de condições e acesso a escolarização inclusiva, analisando o tratamento adequado e isonômico aos estudantes surdos, de maneira que venham a tender as necessidades educacionais e que possibilite a garantia de acesso de direitos estabelecidos por lei, possibilitando a inclusão desse aluno no sistema educacional.

De acordo com o decreto nº 7.611 de 17 de novembro de 2011 e com o decreto nº 10.656 de 22 de março de 2021, toda pessoa surda tem direito à educação especializada, chamada também de Atendimento Educacional Especializado – AEE, onde o aluno terá condições de aprender e realmente estar inserido naquele ambiente. A inclusão das pessoas surdas ou com deficiência auditiva no ambiente escolar é questão relevante, na medida em que o ordenamento brasileiro estabelece a educação inclusiva e a igualdade de direitos.

A Organização Mundial de Saúde – OMS pondera a audição como um sentido fundamental em todos os estágios da vida, de modo que, a perda auditiva, quando não tratada, poderá impactar a sociedade por inteira, haja visto que, como esse indivíduo estará inserido na sociedade, como poderá conversar, aprender a ler, escrever, dialogar com outros cidadãos, se não houver políticas inclusivas e formas de almejar essa inserção.

Dessa forma, a Língua Brasileira de Sinais- LIBRAS, surge como forma de estabelecer a comunicação e interação do surdo ou deficiente auditivo na sociedade, sendo reconhecida como meio legal de comunicação e expressão no dia 24 de abril de 2002, por meio da Lei 10.436. A LIBRAS apresenta uma modalidade gestual-visual, onde a comunicação é realizada por meio de gestos, expressões faciais e corporais, tratando-se de uma importante ferramenta de inclusão social, facilitando a acessibilidade à essa comunidade, tendo em vista o fato de que, por meio do surgimento desta língua, foi atribuída a viabilidade da comunicabilidade das pessoas entre si e com os demais indivíduos.

Posto isso, o trabalho objetiva analisar a garantia do atendimento educacional especializado aos deficientes, preferencialmente no ensino regular aos surdos. Além de investigar os

instrumentos legais disponíveis para garantir uma educação inclusiva, de modo a incluir essas pessoas no sistema educacional e acima de tudo evidenciar a necessidade da implementação da linguagem de LIBRAS como garantia do direito à educação da pessoa surda, voltada para a inclusão social, bem como para o fator de que o direito a educação é fundamental, sendo uma garantia a todos.

2 O DEFICIENTE AUDITIVO E SEUS DIREITOS

O Brasil, tem desde o princípio da sua história, informes de discriminação, supressão e aproveitamento daqueles menos favorecidos socialmente. Com o deficiente físico essa história não era diferente, são inúmeros os relatos de famílias que eliminavam seus indivíduos queridos de convívio social, sem falar das incontáveis clínicas de internação psiquiátricas de tratamentos duvidosos a que esses eram muitas vezes submetidos.

Ter um deficiente na família, muitas vezes era considerado uma vergonha principalmente nas famílias da alta sociedade, que os privavam de liberdade. O Estado e a sociedade fechavam os olhos para o que de fato acontecia, de modo que, durante muito tempo, o Brasil tratou os deficientes como alguém não pertencente ao ambiente social, os privando de seus direitos e retratando situações que ferem a dignidade humana.

A mudança nesse cenário vem acontecendo de maneira significativa no que tange a questão constitucional, com a criação de leis e normas que venham a garantir e respaldar juridicamente o direito do deficiente físico, pautado no princípio da igualdade e da isonomia de direitos, de maneira a garantir a equalização dos procedimentos jurídicos na comunidade surda, garantindo que a lei seja aplicada de maneira uniforme entre as pessoas, levando em consideração suas diversidades, para que essa seja aplicada de maneira a atender a necessidade desse cidadão.

Essa mudança começa a ganhar força com a Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes, aprovada pela Organização das Nações Unidas - ONU, mais precisamente no dia 09 de dezembro de 1975, quando a partir desse evento se cria um conceito de pessoa deficiente.

Esse conceito traz consigo muito significado no que diz respeito ao direito da pessoa com deficiência, a partir de então surgem normas e valores que buscam a proteção, o amparo e a inclusão daqueles que não eram vistos, nem sequer lembrados, apenas porque possuíam algum tipo de impedimento de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, do qual o deficiente auditivo faz parte. Assim, ficou definido através dessa Assembleia Geral que pessoa com deficiência é tida como, "qualquer pessoa incapaz de assegurar por si mesma, total ou parcial, as necessidades de uma vida pessoal ou social habitual, em decorrência de uma deficiência congênica ou não, em suas capacidades físicas, sensoriais ou mentais". (ONU, 1975).

Esse conceito foi fundamental para a definição de um termo a ser utilizado na Constituição Federal de 1988, de maneira a buscar tratar da pessoa com deficiência física como alguém provido de direitos, baseado no princípio da igualdade, onde todos devem ter condições de participar ativamente na vida em sociedade.

Assim sendo, o ordenamento jurídico brasileiro apresenta disposições constitucionais e infraconstitucionais acerca do direito da pessoa deficiente e a Constituição Federal vem como uma maneira de proteger esses grupos tantas vezes marginalizados e privados de direitos, a fim de acolher esse cidadão, fazendo uso de terminologias adequadas e não mais discriminatórias, no intuito de promover a inclusão social do surdo na sociedade.

3 BREVE HISTÓRICO DA SURDES NO BRASIL

As diversas abordagens utilizadas para tratar o assunto que envolve o direito do deficiente auditivo, inicia sua trajetória de maneira mais significativa no final dos anos 80, onde foram criadas incalculáveis mobilizações da comunidade composta por pessoas surdas, com a finalidade de impulsionar a Língua Brasileira de Sinais - LIBRAS, de maneira que esta fosse oficializada no país.

No entanto, no Brasil existe um histórico de tratamento discriminatório destinado aos deficientes desde a época da colonização portuguesa, quando esses eram tratados como insignificantes, período em que houve uma total exclusão e segregação social das pessoas deficientes, entre elas os surdos.

Na maioria das vezes o deficiente auditivo era confinado por seus familiares em locais que serviam como esconderijo ou até mesmo cadeias, sendo tratados com discriminação, indiferença, de modo a ser um fator preponderante de exclusão e rejeição social. Assim, os deficientes eram expostos a situações degradantes, privados de liberdade e muitas vezes submetidos a tratamentos com torturas, que em sua grande maioria resultavam em lesões físicas que feriam o corpo e que marcavam a alma.

De fato, a história do deficiente auditivo no Brasil só começa a mudar a partir do século XVI, até então eles eram considerados pessoas ineducáveis. No entanto, a Europa já passava a observar o surdo como um indivíduo com habilidades de aprendizagem e como alguém capaz, porém com algumas limitações. Então, inicia-se assim a luta pela educação dos surdos, na qual tem o francês Eduard Huet, como principal representante desse movimento tão significativo. Huet, era surdo e entendia perfeitamente a necessidade de meios que pudessem proporcionar a inclusão do surdo na educação, ele foi o fundador do Instituto Nacional de Educação de Surdos no Rio de Janeiro.

A sua didática adotou modelos de aprendizagem com o uso da língua de sinais, valorizando os surdos e dando a esses um pouco de autonomia e visibilidade social, sendo assim Huet tem um papel essencial no que tange a questão do surdo no Brasil, pois somente em 1857 com o convite de Dom Pedro II que esse cenário começa a ganhar uma nova configuração, quando é fundada a primeira escola para surdos do Brasil, chamada na época de Imperial Instituto de Surdos Mudos.

A nomenclatura Surdos Mudos foi deixada de lado com o passar dos anos por ser considerada inapropriada, porém a escola se manteve e segue suas atividades até os dias atuais com o nome de Instituto Nacional de Educação de Surdos - INES. Esse instituto tem um papel tão significativo no tangente a questão do direito e inclusão da pessoa surda no sistema educacional, que uma de suas maiores contribuições foi a fundação da Língua de Sinais reconhecida como meio de comunicação e expressão, que aconteceu por meio da aliança da língua de sinais francesa com sinais de que já era operada no Brasil.

Somente a partir desse momento, é que a vida da população surda ganha uma nova perspectiva, inicia-se assim uma caminhada na busca por um lugar e garantias, principalmente relacionados a questão educacional. A jornada agora é mais leve mais inclusiva, do que aquela apresentada em tempos atrás, onde a segregação de direitos era fato corriqueiro na vida desse grupo e banalizado socialmente.

A Constituição de 1988, traz em sua égide o direito à cidadania, fato que torna todos iguais perante a lei, providos de direitos e deveres. Em especial pessoas que possuem algum tipo de deficiência, e estes têm por sua vez os mesmos direitos garantidos, dentro do artigo 5º e 205 da Constituição Federal, no qual discorre sobre a igualdade e a educação de modo que venham a garantir o amplo acesso e o progresso sem qualquer tipo de preconceito, onde essas pessoas possam exercer sua cidadania e tenham a garantia de acesso a direitos básicos. Confira:

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 a propriedade.

Art. 205, A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

E nesse contexto, a Constituição não exclui o deficiente auditivo, muito pelo contrário ela traz consigo leis de inclusão que venham a assegurar os direitos dos grupos menos favorecidos, tendo o princípio da igualdade como um dos pilares básicos de seu contexto, considerando também as diferenças existentes entre todos. É mister ainda aludir acerca do princípio da isonomia, no qual se fundamenta em corrigir as injustiças do passado, advindas do tratamento igual a quem não se encontra em um patamar de igualdade, de modo que todos possam viver em uma sociedade menos excludente e mais justa, sendo os seus direitos assegurados por meio da Carta Magna.

É válido lembrar que a pessoa com deficiência passou por um grande processo evolutivo para chegar ao que se tem hoje, foram períodos de total exclusão social onde eram tratados como invisíveis tanto pela sociedade como pelo Estado, sendo uma obrigação restrita apenas a família. Em face dessa obrigação, os entes familiares assumem um papel de suporte na educação do surdo, alinhando a rotina, acompanhando e auxiliando, sendo uma base para a educação do surdo ou deficiente auditivo e, de fundamental relevância para a socialização das crianças no meio social e educacional. Assim sendo, Cubero sustenta que:

A escola é junto com a família, a instituição social que maiores repercussões têm para a criança. Tanto nos fins explícitos que perseguem expressos no currículo acadêmico, como em outros não planejados, a escola será determinante para o desenvolvimento cognitivo e social da criança e, portanto, para o curso posterior da vida. (CUBERO, 1995, p.253)

Da mesma forma, Oliveira (1993, p.92) afirma que “uma das principais funções da família é a função educacional e, que esta é a responsável por transmitir à criança os valores e padrões culturais do meio social em que está inserido”. Posto isso, a forma pela qual os pais educam seus filhos, as ações e condutas que lhe serão ensinadas, faz com que seja estimulado à criança uma melhor adaptação a coabitação social, de modo que esta apresente uma união cada vez melhor com um número considerável de pessoas, respeitando as diferenças.

No que tange o papel da família, sustentou o Referencial Curricular Nacional:

No geral, as famílias que porventura tiverem dificuldade em cumprir qualquer uma das duas funções para com a criança deverá receber toda ajuda possível das instituições de educação infantil, da comunidade, do poder público, das instituições de apoio para que melhorem os desempenhos junto às crianças. (BRASIL, 1998, p.84)

A surdez, encontra na interação social o seu maior obstáculo, embora seja uma deficiência auditiva, ainda são pouco os mecanismos do Estado para garantir a inclusão desse grupo junto a sociedade. No Brasil, a Libras só foi oficializada no ano de 2002, pela Lei nº 10.436 de 24 de abril, embora já fosse utilizada pelos surdos, ainda não havia regulamentação.

4 A QUESTÃO DA SURDEZ NA ATUALIDADE DO BRASIL

Na história desse país muito se ouviu falar das conquistas, dos feitos históricos que mudaram a vida da sociedade, porém, pouco se ouve falar no que tange a questão das conquistas de direitos adquiridos ao longo dos anos pelas comunidades surdas. No país, cerca de 5% da população é surda e, parte dela utiliza a Libras como auxílio para a comunicação, de acordo com dados do Censo demográfico de 2010, realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, esse número representa aproximadamente 10 milhões de pessoas, sendo que 2,7 milhões não ouvem absolutamente nada.

É nítido nesse cenário a percepção de uma sociedade que ainda traz consigo resquícios de uma herança discriminatória e excludente, que menospreza a dura realidade do deficiente auditivo em suas relações sociais. Quando se enfatiza a conquista de direitos, se evidencia a igualdade, a liberdade e a inclusão através de leis e políticas públicas, acreditando-se assim numa sociedade mais justa e igualitária, com base no princípio da dignidade humana, porém a partir do momento que esses direitos são negados, vidas são atingidas, de maneira muitas vezes irreversíveis.

Contudo, tornar evidente essa realidade traz consigo grandes desafios e perspectivas de melhoria na realidade vivenciada pela comunidade surda no Brasil, fato que torna essencial a busca por meios que venham a garantir a inclusão social, educacional e a dignidade humana do surdo. Diante do cenário que envolve a surdez, no Brasil, é válido ressaltar que ainda se tem um longo caminho a trilhar, e muitos são os desafios que precisam ser superados.

Mesmo com uma legislação que dê espaço e visibilidade para as limitações dessa parcela da população, ainda existe uma grande dificuldade de efetivação e garantia dos direitos ao deficiente auditivo, lacunas que evidenciam a necessidade de políticas públicas que venham a

garantir acessibilidade de direitos, transformando a realidade conjuntural dos surdos no Brasil, como um dos maiores desafios da inclusão educacional e social.

A surdez, ainda é um grande obstáculo no que diz respeito a interação social, sendo esse um dos grandes desafios na inclusão do surdo. Em virtude disso, a Língua Brasileira de Sinais-LIBRAS, vem como uma maneira de garantir essa interação, diante desse aspecto Carvalho e Silva (2014) descrevem a LIBRAS como sendo:

[...] a sigla LIBRAS significa Língua Brasileira de Sinais, sendo definida como forma de comunicação e expressão gestual que transmite ideias e desenvolve uma conversa. É uma língua de modalidade gestual-visual, que inclui movimentos gestuais e expressões faciais que são percebidos pela visão (CARVALHO; SILVA, 2014, p. 10).

Assim, fica claro a necessidade de fazer com que direitos sejam garantidos, principalmente no que tange a questão da inclusão do surdo através da Libras em suas relações sociais, cumprindo um direito constitucional. Na comunidade surda a Língua Brasileira de Sinais é o principal meio de comunicação, mas a inclusão vai muito além, são inúmeras as possibilidades de valorização e inserção social, mas para que isso aconteça é necessário que haja a efetivação das leis, na promoção e garantia de direitos já estabelecidos.

A Lei nº 10.436, de 24 de abril de 2002, reconhece a Língua Brasileira de Sinais – LIBRAS, como meio legal de comunicação e expressão no país, que vem admitir a significância desse importante mecanismo de inclusão da comunidade surda do Brasil. Essa lei, por meio do artigo 1º, caput e parágrafo único, traz consigo o reconhecimento da LIBRAS, no qual aduz:

Art. 1º É reconhecida como meio legal de comunicação e expressão a Língua Brasileira de Sinais – LIBRAS e outros recursos de expressão a ela associados.

Parágrafo único. Entende-se como Língua Brasileira de Sinais- LIBRAS a forma de comunicação e expressão, em que o sistema linguístico de natureza visual-motora, com uma estrutura gramatical própria, constituem um sistema linguístico de transmissão de ideias e fatos, oriundos de comunidades de pessoas surdas do Brasil.

É mister ainda aludir que a Lei nº 10.436/02 ganhou um reforço significativo por meio do Decreto nº 5.626, de 22 de dezembro de 2005, no qual passou a assegurar as pessoas surdas o direito à informação, a comunicação e a educação. Através do supracitado decreto o surdo passou a ter seus direitos assegurados e garantidos, principalmente com relação ao direito à educação, onde no artigo 3º, discorre sobre a necessidade da qualificação dos professores para estarem preparados para uma educação inclusiva por meio das libras:

Art. 3º A Libras deve ser inserida como disciplina curricular obrigatória nos cursos de formação de professores para o exercício do magistério, em nível médio e superior, e nos cursos de fonoaudiologia, de instituições de ensino, públicas e privadas, do sistema federal de ensino e dos sistemas de ensino dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Ambos os documentos possuem uma relevância muito grande no que se refere ao direito do deficiente auditivo, para a comunidade surda esses são mecanismos que vem a fortalecer a luta pela efetivação de direitos. Dessa maneira, todas as pessoas podem ingressar em ambiente escolar, seja ele na rede pública ou privada e cabe ao Estado promover recursos, almejando a inclusão dessas pessoas nas escolas, por meio de uma educação especial, de modo a assegurar a acessibilidade da informação, educação e comunicação em todos os níveis escolares.

Evidencia-se, no entanto, que o surdo, assim como qualquer outro cidadão brasileiro, é provido de direitos constitucionais entre eles os artigos 6º e 205, onde é assegurado acerca do dever do Estado e das famílias na efetivação direitos.

Art. 6º. São direitos sociais a educação, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e a infância, a assistência aos desamparados, na formação desta Constituição.

Art. 205, A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Sendo assim, o direito da pessoa com deficiência auditiva, deve ser cumprido, bem como, vale ressaltar, que já está assegurado em lei.

5 SURDEZ, EDUCAÇÃO E INCLUSÃO SOCIAL

Partindo do pressuposto de que somos todos iguais perante a lei, que somos providos de direitos e deveres, é válido mencionar que quando o assunto é inclusão de deficientes auditivos no sistema educacional, essa igualdade de direitos se torna algo utópico, realidade negligenciada pela falta de espaços adequados e profissionais qualificados que venham a garantir o acesso a esse direito. Dito isso, segundo Lacerda:

A educação de surdos é tema polêmico desde seus primórdios. A língua de sinais é sabidamente língua de constituição de sujeitos surdos (MOURA, 2000), e quando é assumida em espaços educacionais, favorece um desempenho dos alunos surdos (LODI; LACERDA, 2009).

O uso da língua de sinais é reconhecido como mecanismo importantíssimo na efetivação de direitos que regem o deficiente auditivo, em pensar que em pleno século XXI, a língua de sinais ainda seja algo tão pouco trabalhada como forma de inclusão social e educacional nesse país.

Pensar que aproximadamente 10 milhões de brasileiros (IBGE 2010) pertencem a um grupo que tem seus direitos garantidos em lei, mas enfrentam nas suas relações cotidianas a dura realidade de não conseguir vivenciar o direito da comunicação, da educação e da inclusão, por falta de políticas públicas que possibilitem a inclusão da Libras no sistema educacional.

Acerca da universalidade do direito a educação, o Estado deverá assegurar o direito à educação as pessoas surdas mediante a garantia de requisitos, estando estes elencados por meio do artigo 208, inciso I e VII, bem como no §1º e §2º do supracitado artigo. Vejamos:

Art. 208. O dever do Estado com a Educação será efetivado mediante a garantia de:

I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria.

VII – Atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didático escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.

§ 1º- O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.

§2º - O não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente.

Ainda no tangente ao assunto, o Estatuto da Criança e do Adolescente- ECA, também sustenta acerca da garantia à educação a criança e adolescente, de modo a ser garantida a pessoa com deficiência, haja visto que, a educação, em consonância com o aduzido no artigo 205, da Constituição Federal é um direito universal, sendo uma garantia a todo cidadão. Em face do exposto, segue o enunciado previsto no artigo 54, caput e §2º, do ECA:

Art. 54. É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente:

I- Ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria;

II- Progressiva extensão da obrigatoriedade e gratuidade ao ensino médio;

III- Atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;

IV- Atendimento em creche e pré-escolar às crianças de zero a seis anos de idade;

V- Acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;

VI- Oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do adolescente trabalhador;

VII- Atendimento ao ensino fundamental, através de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.

§2º- O não oferecimento do ensino obrigatório pelo poder público ou sua oferta irregular importa responsabilidade da autoridade competente.

Todavia, o direito à educação, o qual tem como premissa a universalização do acesso, deve alcançar as mais diversas peculiaridades do público de alunos. Neste aspecto, a educação deve alcançar também as pessoas com deficiência.

Por conseguinte, cumpre registrar que a Convenção de Nova York, a qual tratou dos direitos das pessoas com deficiência, é um tratado de direito internacional e humano, aprovado no Brasil observando o procedimento do artigo 5º, §3º, da constituição, vale dizer, aquele previsto para as emendas constitucionais. Dessa forma, a Convenção de Nova York é um texto constitucional, sendo que o descumprimento das disposições do sobredito tratado de direitos humanos é uma afronta à própria constituição.

No dia 06 de Julho de 2015 foi promulgada a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência ou Estatuto da Pessoa com Deficiência, Lei nº 13.146/2015, constituindo-se de vários aspectos, dentre eles, no que tange aos direitos aos portadores de necessidade especial, é mister salientar acerca da importância do aluno estar matriculado em uma escola regular de ensino e da escola almejar formas para a inclusão e ensino de qualidade a esse público.

No Brasil, a principal ferramenta de inclusão do deficiente auditivo se dá através da LIBRAS, essa comunicação possibilita inserir o surdo na vida em sociedade, aprender Libras é evoluir, mas principalmente incluir e fazer com que a sociedade garanta acesso a direitos básicos, dê mais acesso e igualdade de oportunidade para aqueles que sofrem com a surdez.

É de extrema notoriedade a importância da língua brasileira de sinais quando abordada principalmente no ambiente escolar, para que se tenha realmente uma educação inclusiva de qualidade, atendendo o seu papel social com responsabilidade. Ainda nesse contexto, a língua de sinais seria basicamente a identidade do surdo como sujeito, como ser social, identidade essa que lhe é negada quando a libras não é trabalhada e aprendida por todos, essa identidade só lhe é permitida quando este entra em contato com outro surdo. Segundo Lane (1992, p.32):

A identidade dos surdos é ela própria muito importante, os surdos parecem concordar que uma pessoa que não surda nunca pode adquirir na totalidade aquela identidade e torna-se um membro habilitado da comunidade dos surdos. Mesmo que essa pessoa tenha pais surdos e um

domínio nativo da ASL, ela nunca terá tido a experiência do crescer surda, nem de frequentar uma escola para surdos, é como se estivesse dividida entre duas culturas. Falar e pensar como uma pessoa ouvinte é negativamente considerado na cultura dos surdos. O surdo que adapta os valores do ouvinte é menosprezado e considerado traídos pelos outros.

É mais que evidente, a significância de fortalecer mecanismos que venham a garantir essa sociabilização do surdo, de maneira que o faça sentir inserido na sociedade como cidadão capaz de pensar, agir e principalmente comunicar-se com o mundo. Proporcionando-o a pensar como indivíduo e como ser coletivo, expandindo a sua identidade e autonomia, dando a consciência de suas limitações, mas acima de tudo enfatizando o poder de suas ações, reforçando seu papel social, e conscientizando acerca de seus direitos e deveres e sua importância na construção de uma sociedade, onde o cidadão faça valer seus direitos.

Nesse diapasão, a Lei nº 13.146/2015 tem uma relevância muito grande no que tange o direito da pessoa com deficiência, trazendo a necessidade de fazer cumprir direitos essenciais, como o direito ao trabalho, a participação política, a educação, ao lazer, a saúde e o direito a acessibilidade.

No mais, no que rege o processo da garantia dos direitos, o Estado possui um papel fundamental na efetivação da norma, sendo seu dever assegurar a igualdade social, a fim de cumprir com os objetivos fundamentais da Constituição, no intuito de construir uma sociedade mais igualitária, menos excludente e mais inclusiva, promovendo a integração social, além de possibilitar a igualdade de direitos perante a lei.

Posto isso, a inclusão do aluno surdo na rede de ensino regular, deve ser muito bem trabalhada, projetada e articulada, tendo em vista fazer parte nos marcos legislativos e ter papel determinante para o desenvolvimento, não apenas educacional, mas principalmente sócio cultural. O Estado tem o dever de garantir que esse aluno tenha acesso a seus direitos e que possa frequentar uma escola regular e ter acesso a um ensino de qualidade, sendo inserido de maneira adequada no sistema educacional desse país.

Sendo assim, evidencia-se mais uma vez a questão do princípio da dignidade da pessoa com deficiência auditiva, que muitas vezes, ao se ver isolada do convívio social pelo simples fato de não poder falar, pelo fato de ter uma sociedade com leis que garantam seus direitos, mas que não as colocam em prática, pela equivocada forma de colocar o deficiente como alguém incapaz. Agir assim é realmente colocar os princípios que regem a Carta Magna desse país como algo distante da realidade de uma grande parcela da sociedade brasileira.

Dessa forma, faz-se necessário ressaltar a necessidade de políticas públicas que viabilizem o acesso e a garantia e efetivação de direitos por parte dos menos favorecidos, de maneira a proteger os direitos dos estudantes surdos e garantir a sua inclusão social através da educação.

Vale ainda ressaltar, que apesar do crescente avanço e dos dispositivos assegurando a integração dessas pessoas, ainda é comum casos em que há recusa, por parte da escola, em matricular o aluno com necessidades especiais. Uma justificativa utilizada é de que a capacidade máxima de alunos portadores de deficiência por sala de aula já estaria esgotada. Todavia, o direito à educação é uma garantia universal, previsto no artigo 205, *caput*, da Constituição Federal, devendo ser disponível a todos de forma igualitária. É notório colacionar o julgado abaixo do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no qual houve a recusa em matricular uma criança com necessidades especiais.

APELAÇÃO – AÇÃO INDENIZATÓRIA – RECUSA NA MATRÍCULA DE CRIANÇA COM NECESSIDADES ESPECIAIS – NÚMERO MÁXIMO DE ALUNOS POR SALA – DANOS MORAIS VERIFICADOS – O Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/15) estabelece que a matrícula de pessoas com deficiência é obrigatória pelas escolas particulares e não limita o número de alunos nessas condições por sala de aula, - As provas dos autos denotam que havia vaga na turma de interesse da autora, mas não para uma criança especial, pois já teriam atingido o número máximo de 2 alunos por turma; - Em que pese a discricionariedade administrativa que a escola tem para pautar os seus trabalhos, a recusa em matricular a criança especial na sua turma não pode se pautar por um critério que não está previsto legalmente. A Constituição Federal e as leis de proteção à pessoa com deficiência são claras no sentido de inclusão para garantir o direito básico de todos, a educação; - Não há na lei em vigor qualquer limitação do número de crianças com deficiência por sala de aula, a Escola ré sequer comprovou nos autos que na turma de interesse da autora havia outras duas crianças com deficiência – e também o grau e tipo de deficiência – já matriculadas, - Dano moral configurado – R\$: 20.000,00. RECURSO PROVIDO. (TJSP; Apelação 1016037-91.2014.8.26.0100; Relator (a): Maria Lúcia Pizzotti; Órgão Julgador: 30ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível – 20ª Vara Cível; Data de Julgamento: 08/11/2017; Data de Registro: 20/11/2017).

A Língua Brasileira de Sinais é um mecanismo importante por minimizar as dificuldades de comunicação, proporcionando uma forma de interação, auxiliando na comunicação, no ambiente de trabalho, na obtenção de informações jurídicas, haja visto que, se apenas o portador de deficiência auditiva for testemunha em um processo e este não souber a LIBRAS nem outra forma de expressar sua opinião, como está irá prestar um depoimento.

De acordo com Sampaio e Sampaio (2009, p. 44) “A educação inclusiva, na medida em que promove um ensino respeitoso e com significado para cada criança, favorece o desenvolvimento da consciência de que todos são igualmente beneficiários de direitos e deveres e incentiva o debate permanente sobre causas coletivas”. Ademais, ainda concernente ao assunto, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná em julgamento de apelação cível e reexame necessário, deferiu acerca da disponibilização de um intérprete em LIBRAS ao deficiente auditivo como forma de assegurar uma educação inclusiva, como podemos ver, in verbis:

APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ENSINO FUNDAMENTAL. APLICAÇÃO DAS NORMAS DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. DISPONIBILIZAÇÃO DE PROFISSIONAL INTÉRPRETE EM LÍNGUA BRASILEIRA DE SINAIS (LIBRAS). ALUNO PORTADOR DE DEFICIÊNCIA AUDITIVA. OBRIGAÇÃO CONSTITUCIONAL DO ESTADO DE GARANTIR ATENDIMENTO EDUCACIONAL ESPECIALIZADO AOS PORTADORES DE DEFICIÊNCIA, PREFERENCIALMENTE NA REDE REGULAR DE ENSINO, PARA O FIM DE ASSEGURAR TRATAMENTO ADEQUADO E ISONÔMICO AOS ESTUDANTES. DIREITO FUNDAMENTAL BÁSICO E DE PRIORIDADE ABSOLUTA. DECISÃO MANTIDA. FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS RECURSAIS (ART. 85, §11, CPC/2015). RECURSO CONHECIDO. (TJ-PR – REEX: 152921936 PR 1592193-6 (Acórdão), Relator: Carlos Eduardo Andersen Espínola, Data de Julgamento: 07/03/2017, 6º Câmara Cível, Data de Publicação: DJ 1992 20/03/2017).

Com o avanço na legislação referente a pessoa com necessidades educacionais especiais, e nesse contexto engloba-se a Lei de Diretrizes e Base da Educação Nacional (Lei nº 9394/1996) e a Política Nacional de Educação na Perspectiva Inclusiva (2008), o aluno com necessidades especiais precisa estar matriculado em uma escola de ensino regular, e para tal são necessárias alterações no sistema educacional não com o objetivo de integrá-lo apenas, mas na busca de uma inclusão que migre do campo da utopia para o campo da realidade. Nesse diapasão, de acordo com Quadros:

A Língua de Sinais Brasileira é uma língua espacial-visual e existem muitas formas criativas de explorá-la. Configuração de mão, movimentos, expressões faciais, gramaticais, localizações, movimento do corpo, espaço de sinalização, classificadores são alguns dos recursos discursivos que tal língua oferece para serem explorados durante o desenvolvimento da criança surda e que devem ser explorados para um processo de alfabetização com êxito. (QUADROS, 2000, p. 26).

A questão que envolve o direito a educação do deficiente físico, em especial o direito do deficiente auditivo, vai além de uma questão educacional, é uma questão de cidadania, de justiça e principalmente de inclusão social.

Negar o acesso à educação e a comunicação é de fato uma das maneiras mais desiguais de se tratar alguém que já vive uma situação de invisibilidade social, que é o caso do surdo, em meio a essa face é que se faz tão necessário evidenciar os direitos previstos em lei, no intuito de buscar mecanismos que venham a garantir políticas públicas que visem a inclusão social e a qualidade de vida do deficiente auditivo.

Na entrevista realizada pela revista Nova Escola, Montoan aduz acerca da educação inclusiva, no qual dispõe:

A educação inclusiva acolhe todas as pessoas sem exceção. É para estudantes com deficiência física, para os que têm comprometimento mental, para os superdotados para todas as minorias e para as crianças que são discriminadas por qualquer outro motivo. Costumo dizer que estar junto é se aglomerar no cinema, no ônibus e até na sala de aula com pessoas que não conhecemos. Já inclusão, é estar com, é interagir com o outro. (REVISTA NOVA ESCOLA, Entrevista Montoan, maio, 2005.

Da mesma forma, Montoan reforça sobre a igualdade de direitos do aluno surdo ao adentrar no ensino regular, de modo a atender as necessidades dos alunos, proporcionando uma educação de qualidade a todos.

A meta da inclusão é desde o início, não deixar ninguém fora do sistema escolar, que deverão adaptar-se às particularidades de todos os alunos (...) à medida que as práticas educacionais excludentes do passado vão dando espaço e oportunidades a unificação das modalidades de educação regular e especialmente em um sistema único de ensino caminha-se em direção a uma reforma educacional mais ampla em que todos os alunos começam a ter suas necessidades educacionais satisfeitos dentro da educação regular. (MONTTOAN, 1997, p.16).

Diante do exposto, é importante frisar acerca da relevância da educação bilíngue, na qual, segundo Lopes (2007, p.67) "a corrente do bilinguismo entende que a língua de sinais, por ser a primeira língua dos surdos, deve ser aprendida o mais cedo possível. O português, como língua majoritária - ensinada, de preferência, em sua modalidade escrita, deve ser a segunda língua aprendida pelo surdo".

O bilinguismo é o ensino e aprendizado da junção de duas línguas, sendo a língua portuguesa e a língua de sinais, tornando-se uma prioridade no ensino das crianças e na garantia do direito a uma educação inclusiva. A educação deve ser um direito de todos os independentes de suas limitações, de modo a ser uma forte aliada na construção de uma nação mais justa, igualitária e inclusiva.

6 CONCLUSÃO

O presente estudo teve como objetivo analisar o direito da pessoa com deficiência auditiva, e o ensino da Língua Brasileira de Sinais - LIBRAS como garantia a uma educação inclusiva, com o escopo de analisar o tratamento adequado e isonômico aos estudantes surdos, de maneira a atender suas necessidades educacionais e que os possibilitem a garantia de acesso de direitos estabelecidos por lei, preferencialmente na rede regular de ensino, investigando os instrumentos legais disponíveis para garantir a inclusão e acesso do surdo ao sistema educacional.

A análise dessa questão vai muito além do direito a educação, ela parte do princípio da igualdade de direitos e resguardam a dignidade e a cidadania da comunidade surda, que consegue através da promulgação da Constituição Cidadã, um horizonte e uma grande aliada em relação a efetivação de direitos garantidos por lei.

Nessa caminhada por efetivação de direitos, a educação inclusiva e a LIBRAS, são ferramentas de grande promoção social e efetivação de direitos, alicerces da construção de uma identidade cidadã e da autonomia do surdo. A Educação é um direito Constitucional, o que torna inconcebível pensar que em pleno século XXI, ainda se permita tamanho despreparo dos governos na efetivação de direitos da pessoa com surdez, desde o império que essa luta vem sendo travada na tentativa de garantir igualdade e emancipação.

É nesse sentido que se reforça a argumentativa de que este Direito deve ser efetivado de maneira eficiente e ampla, sendo um instrumento que possibilite o resgate da dignidade e da cidadania do surdo, sendo uma ferramenta para o fortalecimento da sua identidade cidadã.

Sendo fundamental, enfatizar que para garantir direitos e promover a inclusão do deficiente auditivo e principalmente que seus direitos não sejam violados, que suas demandas educacionais sejam atendidas, é fundamental ressaltar a importância e a necessidade da inclusão da Libras no sistema educacional, respeitando a previsão legal já existente, não bastando apenas inserir o surdo no ambiente escolar, mas acima de tudo assegurar a possibilidade e a acessibilidade de inclusão social para todos.

Contudo, evidenciar que o ser humano é fruto de suas relações sociais, mostra a grande importância que a Libras e a educação inclusiva exercem na construção da identidade cidadã do deficiente auditivo. Pensar na educação como um mecanismo de efetivação de direitos garante a esse cidadão a oportunidade de fazer parte de se tornar alguém capaz de promover a construção de sua própria realidade e interagir com a do outro. A educação tem o papel de contribuir no processo de construção, aprendizagem e formação do ser humano, quando esse direito é privado pelo fato de ser deficiente auditivo, o Estado pune o surdo por sua condição de deficiente físico e o põe no patamar de incapaz.

4 REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

BRASIL. Ministério da Educação e do Desporto, Secretaria de Educação Fundamental. **Referencial Curricular Nacional para a Educação Infantil**. Brasília: MEC/SEF, 1988.

CARVALHO, D. B. B. **Política social e direitos humanos: trajetórias de violação dos direitos de cidadania de crianças e adolescentes**. Revista SER Social, n. 8, 2013.

CARVALHO, N.S. A; SILVA, C.A.F. **Educação Inclusiva para Surdos**. Revista Virtual de Cultura Surda, Rio de Janeiro, 2014.

CUBERO, R. **Relações sociais nos anos escolares: família, escola, companheiros**. In: COLL, C. Desenvolvimento psicológico e educação. V. 1. Porto Alegre: Artes Médicas, 1995.

CURY, Munir. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. 7.ed., revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2005.

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DA CRIANÇA. **Portal da família**. Brasília. Disponível em: <https://www.portaldafamilia.org/datas/criancas/direitosdacrianca>. Acesso em 08 de Abril de 2022.

FADC, Fundação Abrinq. **Importancia da Familia na Escola para o Desenvolvimento da Criança**. Disp.: <https://www.fadc.org.br/noticias/a-importancia-da-familia-na-escola-para-o-desenvolvimento-da-crianca>. Acesso em: 30 de abril de 2020.

IBGE, INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Censo demográfico**. 2010.

ISHIDA, Válter Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente: doutrina e jurisprudência**. 12.ed., São Paulo: Atlas, 2010.

JUSBRASIL. **Jurisprudência Favorável para inclusão dos Deficientes nas Instituições de Ensino**. Disponível em: <https://www.jus.com.br/artigos>. Acesso em: 03 de Maio de 2022.

LACERDA, Cristina Broglia Feitosa de. **A inserção da criança surda em classe de crianças ouvintes: focalizando a organização do trabalho pedagógico**. Rio de Janeiro: ANPED, 2000.

LANE, Harlan. **A máscara da benevolência: a comunidade surda amordaçada**. Lisboa. 1992.

LODI, Ana Claudia Balieiro; LACERDA, Cristina Broglia Feitosa. **A inclusão escolar bilíngue de alunos surdos no ensino infantil e fundamental: princípios, breve histórico e perspectivas**. Porto Alegre: Editora Mediação, 2009.

LOPES, Maura Corcini. **Surdez & Educação**. Belo Horizonte: Autêntica, 2007.

MANTOAN, Maria Tereza Egler. (Org.). **A integração de pessoas com deficiência**. São Paulo: Memnon. SENAC, 1997.

MOURA, Maria Cecília de. **O surdo: caminhos para uma nova identidade**. Rio de Janeiro: Revinter, 2000.

OLIVEIRA, P.S. Introdução à sociologia da educação. - São Paulo: Ática, 1993. PRADO, Danda. O que é família. 1 ed. São Paulo: Brasiliense, 1981.

QUADROS, Ronice Muller. **Ideias para ensinar português para alunos surdo**. MEC, SEESP, 2006.

QUADROS, R. M. de & CRUZ, C. R. Avaliação da língua de sinais brasileira. 2000.

REVISTA Nova Escola, São Paulo: Abril, v. 20, n. 182, p. 24-26, maio, 2005.

SAMPAIO, Cristiane; SAMPAIO, Sônia. **Educação inclusiva: o professor mediando para a vida**. Salvador: EDUFBA, 2009, página 44.

VASCONCELOS, Mário Sérgio. **A afetividade na escola: alternativas teóricas e práticas**. Educ.Soc., Campinas, vol. 25.

EXCLUDENTES DE ILICITUDE: UMA ANÁLISE JURÍDICA SOBRE SUA ABRANGÊNCIA EM FACE PROFISSIONAIS DAS FORÇAS DE SEGURANÇA ATUANTES EM OPERAÇÕES DE RISCO

ALEXANDRE BARBOSA LIMA JÚNIOR:
Bacharelado em Direito.

RESUMO: Este trabalho tem como objetivo maior apresentar os direitos dos policiais militares em relação ao seu serviço que demanda alta periculosidade, sendo necessário, por vezes, o emprego da força por parte dos policiais. Estes militares são amparados pelas excludentes de ilicitude que permitem que o policial possa praticar determinado ato que é considerado crime, em situações normais. Contudo, em situações de necessidade, a metodologia utilizada na construção do artigo foi a pesquisa bibliográfica, que agregou ao estudo uma abordagem sob a opinião de distintos autores e publicações científicas correlatas, visando analisar o enfoque legal permitido nas ocasiões das excludentes de ilicitude utilizadas. O artigo possibilitou esclarecer a importância das excludentes de ilicitude na atuação dos policiais militares, sendo possível o uso de todos os meios necessários para resguardar a segurança da população, sem que os considerem criminosos por atuarem de maneira extrema em situações extremas.

PALAVRAS-CHAVE: Excludentes de ilicitude. Segurança Pública. Força Policial. Direito Penal.

ABSTRACT: The main objective of this work is to present the rights of the military police in relation to their service, which demands high levels of danger, sometimes requiring the use of force by the police. These military personnel are supported by the exclusions of illegality that allow the police to practice a certain act that is considered a crime, in normal situations. However, in situations of need, the methodology used in the construction of the article was the bibliographical research, which added to the study an approach based on the opinion of different authors and related scientific publications, aiming to analyze the legal approach allowed in the occasions of the exclusions of illegality used. The article made it possible to clarify the importance of exclusions of illegality in the performance of the military police, if possible the use of all the necessary means to safeguard the safety of the population, without being considered criminals for acting in an extreme way in extreme situations.

KEYWORDS: Illegal exclusions. Public Safety. Police Force. Criminal Law.

1 INTRODUÇÃO

A polícia militar é um órgão de segurança que propõe-se, dentre suas diversas atribuições, a manutenção e organização social, preservando e oferecendo a devida manutenção à ordem pública e protegendo a vida do cidadão. Ocorre que, com o aumento da criminalidade e diante da efetiva atuação dos policiais militares, por vezes, em casos extremos, se faz necessário o uso da força e de material bélico pesado, e assim, tais agentes de segurança podem sofrer sanções previstas em lei em razão de tal excesso, podendo agir em condutas que sejam consideradas ilícitas.

No âmbito policial, a força é definida como sendo o meio pelo qual a polícia controla uma situação que ameaça a ordem pública, a dignidade, a integridade ou a vida das pessoas. Sua utilização deve estar condicionada à observância dos limites do ordenamento jurídico e ao exame constante das questões de natureza ética.

O tema, objeto de estudo, foi escolhido em razão de ser um tema de caráter atual e de grande importância na sociedade. Os policiais militares são os responsáveis pela segurança da população e se deparam, por vezes, com situações em que precisam agir de forma extrema, razão pela qual, a lei lhes confere proteção nas situações jurídicas denominadas de excludentes de ilicitude.

A estrutura do trabalho de curso será desenvolvida de maneira a expor na primeira parte, o conceito legal de excludentes de ilicitude, para, então, discorrer sobre suas especificidades e o impacto causado na função da categoria estudada. As excludentes apresentadas serão o estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular do direito.

Na parte final do trabalho, serão apresentadas as limitações dessas excludentes a fim de evitar a conduta considerada excessiva. Assim sendo, necessário verificar que algumas situações tipificadas como crime poderão ser justificadas, fazendo com que a sua prática não enseje nas penalidades previstas em lei, aplicando a elas as chamadas excludentes de ilicitude.

Portanto, a presente pesquisa abordará a conceituação das previstas excludentes de ilicitude, fazendo referência à atuação dos órgãos de segurança pública, em especial da polícia militar, objetivando verificar quais variantes poderão ser aplicadas nos casos de ocorrências que envolvem tais agentes.

Por fim, nas considerações finais, será demonstrado, de forma sucinta, o impacto dessas excludentes no ofício diário dos policiais militares na proteção de nossa sociedade, sempre guardados e respeitados os princípios da razoabilidade e proporcionalidade concluindo assim, a pesquisa com uma análise crítica do autor.

2 PRINCÍPIOS NO DIREITO PENAL

Os princípios são conhecidos como fontes secundárias do direito, por intermédio deles, o operador do direito, em conjunto com a lei, pode dar a melhor solução para o caso em análise. Diversos princípios estão expressos na Constituição Federal (BRASIL, 1988) e disciplinam a conduta do operador do direito. Dessa maneira, é possível estabelecer que os princípios são importantes tanto para o Direito Penal quanto para outros ramos do direito.

Nucci (2021, p. 63) faz a seguinte ressalva: "Há princípios expressamente previstos em lei, enquanto outros estão implícitos no sistema normativo". A partir dessa definição, pode se deduzir que os princípios podem ser tanto explícitos, quando estão expressamente previstos na lei, ou podem ser implícitos, quando estão contidos no objetivo delineado pelo legislador.

Gonçalves (2021, p. 71) define princípios como mecanismos essenciais para subsidiar decisões judiciais e para a produção legislativa, ao atuarem como parâmetros para o legislador,

seja para estabelecer limitações ou para delimitar o alcance da legislação. Nesse sentido, eles se destacam como verdadeiras ferramentas de aplicação do direito.

A partir das ideias trazidas pelos doutrinadores, os princípios constituem, para o Direito Penal Brasileiro, como um direcionamento tanto para a elaboração de leis quanto para a tomada de decisões dos juízes. Ainda assim, é perfeitamente possível que um princípio também seja aplicado por um operador do direito.

Masson (2020, p. 93) detalha que os princípios têm como principal função estabelecer orientações para a elaboração de leis e aplicação destas pelo operador do direito, como objetivo de regular o *jus puniendi* do estado por intermédio da proteção dos direitos fundamentais inerentes às pessoas. Por esse conceito, fica bem nítida a principal função dos princípios no Direito Penal, funcionando como um moderador entre os direitos do cidadão e o poder de punir do estado.

Bitencourt (2021, p. 25) destaca que a ideia de princípio já existia na França, no século XVIII: “As ideias de igualdade e de liberdade, apanágios do Iluminismo, deram ao Direito Penal um caráter formal menos cruel do que aquele que predominou durante o Estado Absolutista”. Conforme ainda o autor, essas ideias impuseram limitações à intervenção do estado em relação às liberdades dos indivíduos. Portanto, percebe-se que os princípios não são criações recentes e que já disciplinavam o direito há muitos anos.

Prado (2019, p. 126) corroborando com essa afirmação, ressaltou que a “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789”, bem como a “Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948”, trouxeram em seus textos mecanismos ligados aos princípios visando a proteção dos indivíduos. O que confirma a origem dos princípios, sua evolução durante o tempo e a sua importância para o direito penal.

Cunha (2020, p. 77) ressalta que existem diferenças práticas entre os princípios e a lei, destacando primeiramente em relação à resolução de conflitos.

A primeira diferença reside na forma de solução de conflito existente entre ambos. Havendo embate entre leis, somente uma delas prevalecerá, afastando-se as demais. Não será essa a solução, todavia, para o enfrentamento entre princípios.

Neste caso, invoca-se a proporcionalidade (ou ponderação de valores), aplicando-os em conjunto, na medida de sua compatibilidade. Logo, não há revogação de princípios.

Outra diferença, conforme Cunha, está no modo de aplicação prática da lei e do princípio, pois eles possuem formas diferentes de serem aplicados no universo jurídico.

Outra diferença está no plano da concretude. Malgrado ambos sejam dotados de aplicação abstrata, os princípios possuem maior abstração quando comparados à lei. Com efeito, a lei é elaborada para reger abstratamente

determinado fato, enquanto os princípios se aplicam a um grupo indefinido de hipóteses. Por exemplo: a norma incriminadora prevista no artigo 155 do Código Penal serve para reger todas as situações em que ocorra um furto. De outra parte, o princípio da legalidade serve de respaldo para a análise de todo o Direito, e, por conta disso, permeia a análise de todos os tipos penais (CUNHA, 2020, p. 78).

Conforme as explicações do autor, os princípios apresentam grande relevância para o direito penal, pois ao mesmo tempo em que são extremamente relevantes na elaboração de leis também auxiliam na aplicação do direito. As diferenças na sua aplicação jurídica também destacam a importância deles, pois, em alguns casos diferem da aplicação da lei.

Visto uma noção sobre os princípios, passa-se a análise dos princípios em espécie que estão intimamente ligados à exclusão da legítima defesa putativa. O primeiro a ser visto será o princípio da dignidade humana.

2.1 Princípio da dignidade humana

O princípio da dignidade humana está expressamente previsto na Constituição Federal (BRASIL, 1988), constituindo-se em um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, conforme previsto no art. 1º, inciso III da Magna Carta. Com isso, pode-se constatar facilmente a sua importância não só para o Direito Penal, mas para todos os ramos do direito, sendo requisito de observância obrigatória tanto para o legislador quanto para o operador do direito.

Gonçalves (2021, p. 83) ressalta que o Estado, ao elaborar leis, prevenir e reprimir o crime, deve se limitar pela dignidade humana, sendo proibido o desrespeito a esse princípio, mesmo que seja em relação a um infrator. Essa definição ressalta que os agentes do Estado, em suas atuações, devem agir obrigatoriamente sob o crivo do princípio da dignidade humana. Caso isso não ocorra, possivelmente o ato será considerado ilegal.

Bitencourt (2021, p. 35) faz a seguinte definição sobre esse princípio: "Dignidade da pessoa humana é um bem superior aos demais e essencial a todos os direitos fundamentais do Homem, que atrai todos os demais valores constitucionais para si". Por esse conceito fica bem claro o porquê do agente estatal, obrigatoriamente, ter o dever de observar esse princípio, pois a dignidade humana constitui-se em um direito fundamental do indivíduo. Portanto, não é possível que o cidadão renuncie a ele, mesmo que tenha cometido um crime.

Em complemento a essa ideia, Prado (2019, p. 129) enfatiza que o princípio da dignidade humana atua como base para outros princípios fundamentais do Direito Penal, pois caso o Estado transgrida outros princípios como os da legalidade ou da culpabilidade, estará conjuntamente cometendo uma violação ao princípio da dignidade humana. Baseado nessa ideia, a inobservância da lei ou a imputação de culpabilidade a um inocente, constituem em lesão a esse princípio constitucional fundamental.

Como se pode verificar, as definições dos autores ressaltam que a dignidade humana constitui requisito para a elaboração das leis, prevenção e repressão ao crime. Pois, embora o

ato cometido pelo cidadão não esteja em conformidade com a lei, a sua dignidade humana é um dos fundamentos da República Federativa, não podendo ser omitida pelo poder público durante a aplicação da reprimenda. Outro fator é que, sendo a dignidade humana bem superior aos demais, todos os outros valores do indivíduo deverão ser preservados por estarem intimamente ligados a ela.

Historicamente, Prado (2019, p. 131) menciona que o conceito de dignidade humana surgiu com o cristianismo em que a pessoa foi elevada a uma outra categoria, dotada de valores próprios, superiores, detentora de direitos e garantias fundamentais. Consta-se que a dignidade humana não é conceito recente, embora somente a partir de 1988 com a edição da Constituição Federal foi elevada à categoria de norma fundamental.

Pacelli e Callegari trazem uma definição do princípio da dignidade humana a qual contempla uma melhor definição do significado desse princípio e o que ele representa para o sistema jurídico penal atualmente, com os seguintes dizeres:

Mais que um princípio de natureza jurídica, a dignidade humana se situa na base de todo o sistema político, social e econômico brasileiro, instituindo-se como o mais importante núcleo de regulação do Estado. Toda atividade e todos os esforços de intervenção estatal deveriam se orientar pela realização dos direitos humanos, positivados na ordem constitucional em diversos dispositivos, todos eles centralizados no princípio da dignidade humana (PACELLI; CALLEGARI, 2020, p. 98).

Por essa definição, os autores deixam claro que a dignidade humana deve ser base para a elaboração das leis e para disciplinar a atuação estatal. Para eles, as normas de direitos humanos devem estar expressas não só na Constituição, mas também previstas em outros ordenamentos jurídicos, a fim de que sejam observados fielmente, o que fatalmente reduziria sua violação.

Bonifácio apud Bitencourt aponta que a dignidade humana:

(...) "é um dos princípios de maior grau de indeterminação e também uma das fontes mais recorridas da Constituição, especialmente por: justificar as ações do Estado Democrático de Direito em favor dos direitos fundamentais, consolidando um encadeamento lógico-jurídico de um modelo de democracia voltada para a justiça social; conferir um sentido unitário à Constituição; ou realizar uma ponderação de valores tendo em conta as normas e valores constitucionais" (...) (BONIFÁCIO apud BITENCOURT, 2021, p. 35).

Essa conceituação de Bonifácio apud Bitencourt (2021, p. 35-39) aponta que a dignidade humana não possui um conceito definido pelo legislador brasileiro. Todavia, ela deve ser norma de cumprimento obrigatório pelo Estado Democrático de Direito para justificar suas intervenções, dar um sentido único à Magna Carta. Conceder à dignidade humana um caráter de norma fundamental,

respeito aos direitos humanos e até mesmo promover o equilíbrio dos princípios ao realizar a sua aplicação no caso concreto.

Rabenhrost apud Lima (2012, p. 32) conceituou a dignidade humana com a seguinte definição: "é a qualidade particular que atribuímos aos seres humanos em função da posição que eles ocupam na escala dos seres". O autor relaciona a dignidade humana como situação em que a pessoa mereça ser tratada de forma digna. Nesse conceito há evidente valorização do cidadão e dos direitos humanos inerentes a ele.

Greco ressalta que o descumprimento da legislação pelas Forças Policiais gera uma série de consequências negativas, inclusive atenta contra a dignidade humana. O contrário ocorre quando este mesmo órgão respeita as leis e os direitos humanos, fato que contribui para o aumento da credibilidade dos órgãos policiais em relação à sociedade em que atuam. Entre estes aspectos positivos poder ser citado o seguinte: "consegue-se que a polícia seja vista como parte integrante da comunidade, desempenhando uma função social válida" (GRECO, 2020, p. 18).

Com isso, pode-se afirmar, com toda a certeza, que o princípio da dignidade humana deve ser norma de cumprimento obrigatório pelo Estado, principalmente pelos órgãos policiais, que atuam diretamente na aplicação do Direito Penal. Outro princípio que também está ligado a ela trata-se da proporcionalidade que será visto a seguir.

2.2 Princípio da proporcionalidade

Outro princípio primordial para o Direito Penal é o da proporcionalidade, porém, não está explícito na Constituição Federal (BRASIL, 2018) e nas leis infraconstitucionais. Embora seu objeto seja estipular as penas de acordo com a gravidade do delito ou conduta contrária ao ordenamento jurídico, é perfeitamente aplicado ao instituto da legítima defesa, haja vista que o operador, ao utilizar dessa excludente, deverá utilizar dos meios necessários, porém proporcionais à agressão sofrida (NUCCI, 2021, p. 81).

Prado (2019, p. 146) reforça essa ideia da proporcionalidade ao afirmar que esse princípio é responsável pela valoração entre a conduta ilícita praticada e a responsabilidade jurídica que será imposta ao infrator no momento de aplicação da sanção. Trata-se de um princípio que está intimamente ligado à dignidade humana, pois prevê a justa medida de aplicação da reprimenda.

Bitencourt (2021, p. 44) retrata que os reflexos das ideias iluministas e do jus naturalismo, responsáveis também pela origem da dignidade humana, onde o poder absolutista estatal passou a ser questionado, gerou uma nova ordem mundial. A partir daí, os atos desse Estado, principalmente em relação a punições excessivas, passaram a ser recusadas pela sociedade. A consequência disso foi a exigência de respeito à dignidade humana pelo Estado e vedação de exageros, dando origem a outros princípios como os da proporcionalidade e razoabilidade.

Danzmann (2018, p. 41) relata que foram criados alguns mecanismos para disciplinar a conduta dos profissionais de segurança pública no Brasil. Um deles é a Portaria Interministerial nº 4.226/10 a qual prevê que o uso da força por esses profissionais deve observar princípios como os da proporcionalidade, legalidade, necessidade, moderação e conveniência. Nesse contexto, a

portaria prevê que o uso da arma de fogo somente deve ser feito por agentes em caso de legítima defesa própria ou de terceiro quando haja risco iminente de morte ou lesão.

Outro mecanismo também citado por Danzmann (2018, p. 47) foi a Lei 13.060/14 que trata dos instrumentos de menor potencial ofensivo, os chamados IMPO. Conforme disciplina a lei, a conduta dos profissionais de segurança deve se balizar pelo uso desses instrumentos, por trazer menores riscos de causar a morte de pessoas. Tudo isso, deve ser realizado em observância a princípios constitucionais, entre eles o princípio da proporcionalidade.

O Manual Técnico-Profissional nº 3.04.01/2020 da PMMG elenca como IMPO os seguintes instrumentos: “bastão tonfa, gás/agentes químicos, algemas, elastômeros (munições de impacto controlado), armas de impulso elétrico, emprego de cães, entre outros, com o fim de anular ou controlar o nível de resistência” (MINAS GERAIS, 2020). Observa-se que existe uma doutrina consolidada a respeito do assunto.

As informações trazidas pelos doutrinadores, primeiro em relação à origem do princípio da proporcionalidade, que surgiu de movimentos revolucionários e depois em relação às normas criadas para o devido controle dos excessos por parte dos órgãos policiais, têm íntima relação. Verifica-se que ao longo do tempo, com o aperfeiçoamento do conceito de dignidade humana, algumas condutas foram consideradas inválidas e não se ajustavam aos princípios constitucionais.

No Brasil, com a promulgação da Constituição Federal (BRASIL, 1988), uma nova ordem passou a disciplinar a conduta das pessoas, principalmente do Estado. Um exemplo de como o legislador passou a disciplinar a conduta do poder público pode ser visto em Prado (2019, p. 152) quando ele faz menção ao princípio da proporcionalidade em relação à legítima defesa.

Em relação à legítima defesa (art. 25, CP), a repulsa à injusta agressão requer o *emprego de meios necessários, utilizados com moderação*, vale dizer, o uso dos meios indispensáveis à repulsa, e que não ultrapassem os limites necessários para afastar a agressão ilícita. Faz-se indispensável a existência de certa proporcionalidade entre a agressão e a reação defensiva, no tocante a bens e direitos ameaçados (PRADO, 2019, p. 152, grifo do autor).

O art. 25, caput, do CP (BRASIL, 1984) estabelece que os meios para repelir a agressão injusta devem ser necessários e utilizados com moderação. A partir daí, entende-se que esses meios devem ser proporcionais à agressão sofrida, pois um ato realizado sem a devida observância desses pressupostos pode tornar uma ação legítima em ato ilegítimo. Portanto, há que se observar a proporcionalidade, a moderação, mesmo em ações legítimas, em obediência aos princípios constitucionais da dignidade humana e da proporcionalidade.

Outra particularidade do princípio em análise, é que este possui uma divisão em subprincípios ou fatores, conforme Bitencourt (2021, p. 49), sendo: adequação teleológica, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Cada um deles possui uma definição específica e se complementam para formar o princípio da proporcionalidade.

A adequação teleológica menciona que a ação do estado deve ser guiada por valores éticos baseados na Constituição Federal e não se subsidiar em livre arbítrio do administrador. Isso traz uma ideia de supremacia do interesse público sobre o privado e vedação de decisões unilaterais de juízes ou mesmo do legislador.

Já a necessidade está ligada à vedação do excesso de limitações e adoção de meios menos lesivos para conservar o objetivo pretendido pelo estado. Por fim, a proporcionalidade *stricto sensu* obriga o uso de meios adequados e veda a utilização dos meios desproporcionais pelos representantes do estado (BITENCOURT, 2021, p. 52).

Nesse ínterim, pode-se concluir que os princípios estão diretamente ligados à legítima defesa real ou putativa e requer a observância deles em qualquer intervenção estatal, sob pena do ato ser considerado nulo e/ou ilegítimo. Do exposto, passa a analisar as excludentes de ilicitude e suas implicações para o Direito Penal.

3 EXCLUDENTES DE ILICITUDE

O Código Penal Brasileiro (BRASIL, 1984) traz no seu artigo 23 um rol de causas que excluem a antijuridicidade do fato típico praticado por alguém que, em uma primeira análise, poderia ser classificado como crime.

Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato I - em estado de necessidade

II - em legítima defesa

III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito (BRASIL, 1984).

Além das situações descritas no art. 23 do CP, Bitencourt (2022 p. 426) ressalta que a doutrina e a jurisprudência reconhecem outras causas de exclusão da antijuridicidade no ordenamento jurídico brasileiro, as chamadas causas supraleais. Bitencourt cita uma das poucas causas supraleais existentes atualmente no direito brasileiro: "(...) sobra pouco espaço para a ocorrência de alguma excludente supraleal, com exceção, por exemplo, do consentimento do ofendido (...)".

Conforme Masson (2020, p. 195), "fato típico é o fato humano que se enquadrar com perfeição aos elementos descritos pelo tipo penal". A partir dessa afirmação, uma conduta praticada por alguém e que esteja descrita no Código Penal Brasileiro será considerada como crime. Essa conduta somente não será considerada crime caso se enquadre em uma das hipóteses que excluem o fato delituoso.

As causas excludentes do fato típico são as chamadas causas excludentes de ilicitude ou causas excludentes de antijuridicidade, essa denominação varia conforme alguns doutrinadores. Segundo Masson (2020, p. 195-196), constatada uma causa que exclui o crime, também estará excluído o fato criminoso, por não ser considerado contrário ao ordenamento jurídico.

Com base nessa definição, Bitencourt (2021, p. 73) considera ser mais apropriado a utilização do termo excludente de antijuridicidade para definir as causas que excluam infração penal. O autor considera que essa expressão reflete de forma mais precisa para definir uma causa de justificação.

Masson (2020, p. 19) conceitua que: "Ilicitude é a contrariedade entre o fato típico praticado por alguém e o ordenamento jurídico, capaz de lesionar ou expor a perigo de lesão bens jurídicos penalmente tutelados". Essa definição demonstra que o autor é mais um adepto do termo ilicitude para definir uma conduta praticada que é ilícita.

Já Cunha (2021, p. 319) detalha que: "A ilicitude, também denominada de antijuridicidade, é o segundo substrato do conceito analítico de crime". Para ele, as duas expressões são sinônimas e elas representam uma conduta que viola o arcabouço jurídico brasileiro, pois é uma conduta sem qualquer justificativa legal.

Na definição do conceito de antijuridicidade, Zaffaroni e Pierangeli (2021, p. 674) vão ainda mais além e afirmam que a antijuridicidade não é uma exclusividade do direito penal: "Devemos ter presente que a antijuridicidade não surge do direito penal, mas de toda a ordem jurídica (...)".

Para os autores, a partir do momento em que há uma autorização legal, essa antinormatividade sofre uma neutralização que também pode ocorrer em outros ramos do direito. Essa autorização atua como uma excludente de ilicitude e pode perfeitamente ser aplicada em outros ramos do direito, a exemplo do direito civil nos casos de penhor legal.

Conforme Greco (2020, p. 148), o art. 42 do Código Penal Militar também traz, de forma expressa, causas que excluem a ilicitude do fato praticado tornando-o lícito. Essa redação não sofreu qualquer mudança desde a edição do código, portanto permanece original.

Art. 42. Não há crime quando o agente pratica o fato: I - em estado de necessidade;

II - em legítima defesa;

III - em estrito cumprimento do dever legal;

IV - em exercício regular de direito (BRASIL, 1969).

A redação do Código Penal Militar (BRASIL, 1969), desde a sua edição, já contempla as hipóteses em que a conduta humana praticada sob as condições especificadas no art. 42 do CPM exclui o crime. No Código Penal (BRASIL, 1984) a previsão de exclusão da ilicitude somente foi inserida tempos mais tarde, em 1984 por intermédio da Lei 7.209/1984. As redações do caput de ambos os artigos são idênticas e contemplam as mesmas situações em seus incisos.

Em relação aos conceitos de ilicitude e antijuridicidade, apesar de possuírem algumas diferenças, possuem características bem semelhantes. Ambos os conceitos têm por finalidade a conversão de um fato considerado ilícito em lícito.

Gonçalves (2021, p. 88) cita que, em regra, o fato típico é contrário ao direito sendo este considerado ilícito, conforme definição do próprio ordenamento jurídico. Isso se dá pela teoria que foi adotada no sistema jurídico pátrio, chamada de teoria da indiciariedade. Com isso, existe uma presunção que todo fato típico praticado será ilícito. Todavia, caso restar comprovado que o fato está sob o manto de alguma excludente de antijuridicidade essa presunção estará superada.

Com uma maior riqueza de informações, Cunha (2020) esclarece que a teoria da indiciariedade ou também chamada de *ratio cognoscendi* atualmente é a teoria majoritária no sistema jurídico brasileiro.

De acordo com a doutrina majoritária, o Brasil seguiu a teoria da indiciariedade ou da *ratio cognoscendi*. O fato típico é (em princípio) um fato ilícito, pois consiste na concretização do descumprimento da norma penal veiculada mediante o tipo legalmente definido. Neste contexto, se pode afirmar que a tipicidade (classificação jurídica do fato como típico) estabelece antijuridicidade (como sua consequência jurídica), devido à violação da norma penal (CUNHA, 2020, p. 322).

De maneira mais aprofundada, Cunha (2020, p. 323) explica que normas que provocam uma imposição ou mesmo uma proibição incidem de forma genérica sobre o fato típico, denominando-os como fatos ilícitos. Isso provoca uma consequência jurídica importante, pois o ônus de provar uma causa excludente de antijuridicidade é transferido para a defesa do réu.

Em relação às normas que estabelecem uma permissão, como exemplo das excludentes de ilicitude, Cunha explica que elas atuam de forma específica sobre o fato típico, normalmente por intermédio de leis especiais. A Lei 11.690/08 que reformulou o Código de Processo Penal (BRASIL, 1941) prevê que: "o juiz deve absolver o acusado quando existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena, ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência" (CUNHA, 2020, p. 326).

Para reforçar esse posicionamento, Masson (2020, p. 199) informa que no caso de comprovada cabalmente uma causa excludente de ilicitude, faltará ao Representante do Ministério Público uma condição para a ação penal. Dessa forma, o *parquet* deverá encaminhar os autos do inquérito policial ao Poder Judiciário determinando seu arquivamento. Caso não haja dessa maneira, o autor entende que haverá motivos para o magistrado rejeitar a denúncia sob os seguintes argumentos legais:

(...) **Se não o fizer no tocante aos crimes diversos dos dolosos contra a vida**, o magistrado poderá rejeitar a denúncia, com fundamento no art. 395, II, do Código de Processo Penal. O fato narrado evidentemente não constitui infração penal, e, por consequência, falta uma condição para o exercício da ação penal.

Na hipótese de a denúncia ter sido recebida, o juiz poderá, após a apresentação da resposta escrita, absolver sumariamente o acusado, em face da existência manifesta da causa de exclusão da ilicitude do fato, nos moldes do art. 397, I, do Código de Processo Penal. Se assim não agir, deverá, na sentença, absolvê-lo com fulcro no art. 386, VI, do Código de Processo Penal. (MASSON, 2020, p. 325, grifo do autor).

Em se tratando de crimes dolosos contra a vida, de competência do Tribunal do Júri, Masson (2020, p. 325) afirma que o juiz ficará impedido de pronunciar o réu, restando ao magistrado a absolvição sumária do réu com embasamento no art. 415, IV, do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941). Ele utiliza essa afirmação, tendo em vista que, constatada uma causa de justificação da infração penal, estará excluído o fato delituoso.

Baseado nos argumentos dos dois últimos autores, as causas excludentes de ilicitude previstas no art. 23 do Código Penal (BRASIL, 1984) e no art. 42 do Código Penal Militar (BRASIL, 1969) tem o condão de transformar um fato considerado crime em um fato lícito. Ademais, caso isso fique devidamente comprovado, o réu deverá ser absolvido de qualquer acusação que lhe seja feita com base nos diplomas legais já citados e também no Código de Processo Penal (BRASIL, 1941).

Masson (2020, p. 330) também se baseia no conteúdo da Lei 11.690/08 a qual prevê que, mesmo estando diante de uma fundada suspeita sobre a existência de uma causa excludente de antijuridicidade, deverá o magistrado absolver o acusado. Fato diferente do que ocorre na teoria da *ratio cognoscendi* que estabelece que um fato típico, em regra, é ilícito a menos que fique comprovado a existência de uma causa que exclua a antijuridicidade do fato, o que automaticamente transmite o encargo da prova à defesa do acusado.

As causas excludentes de ilicitude ainda possuem componentes que as distinguem de outras causas. Trata-se dos elementos objetivos e subjetivos que ao longo do tempo tiveram suas interpretações modificadas pelos diversos doutrinadores, estudiosos do tema.

3.1 Elementos objetivos e subjetivos das causas excludentes de ilicitude

Bitencourt (2021, p. 99) relata que o entendimento majoritário prevê que os elementos objetivos e subjetivos componentes do tipo penal também existem nas causas de exclusão da antijuridicidade. Embasado nessa afirmação, informa que para ser reconhecida e válida uma causa de justificação que exclua o crime, terá o agente que praticá-la em observância aos pressupostos objetivos e subjetivos. Isso significa que “o agente tenha consciência de agir acobertado por uma excludente, isto é, com conhecimento da situação justificante e com vontade de evitar um dano pessoal ou alheio” (Bitencourt, 2021, p. 196).

O exemplo citado por Bitencourt (2021, p. 198), para explicar o seu entendimento, reside em alguém que, sob alegação de agir em legítima defesa, age por vingança, mesmo que fique comprovado o elemento objetivo, cidadão que estava armado, a intenção inicial do agente não era

se defender, mas matar o seu oponente. Não há nesse caso a caracterização da vontade de se defender, mas pura e simplesmente avontade de se vingar.

Masson (2020, p. 324) traz um conceito adotado na, chamada por ele, “concepção antiga” na qual “alega não exigir o direito positivo à presença do requisito subjetivo”. Todavia, segundo ele, essa concepção objetiva aos poucos foi superada pela concepção subjetiva a qual prevê que, para ser aceita uma causa de exclusão da antijuridicidade, o agente deve atuar sob o conhecimento da situação justificante, ou seja, deve querer praticar a conduta para proteger a sua integridade física ou de terceiros.

Aníbal Bruno apud Masson traz uma explicação sobre a concepção subjetiva e que certamente é adotada de forma majoritária pela doutrina e jurisprudência atuais.

Apesar do caráter objetivo da legítima defesa, é necessário que exista, em quem reage, a vontade de defender-se. O ato do agente deve ser um gesto de defesa, uma reação contra ato agressivo de outrem, e esse caráter de reação deve existir nos dois momentos da sua situação, o subjetivo e o objetivo. O gesto de quem defende precisa ser determinado pela consciência e vontade de defender-se. (BRUNO apud MASSON, 2020, p. 324).

Toledo (1994, p. 201) aponta que, embora ainda haja defensores da concepção objetiva das causas de exclusão da antijuridicidade, a sua posição é favorável à concepção subjetiva. Marauch apud Toledo menciona duas situações impeditivas pelas quais não se pode reconhecer uma eximente. Na primeira situação seria quando alguém pratica uma conduta prevista como excludente, porém em nenhum momento quis agir daquela maneira, mesmo que o desfecho tenha um valor considerado. A segunda seria quando este executor age rigorosamente nos limites da lei, todavia o resultado produzido por seu ato é reprovável pelo ordenamento jurídico.

Como demonstrado pelos autores, a concepção subjetiva prevalece como corrente majoritária reconhecida pela doutrina, impondo ao julgador que, no momento da sua decisão, seja imprescindível avaliar se o agente atuou com plena consciência de estar agindo sob uma causa de justificação. Caso não fique evidenciada essa plena consciência, não poderá o magistrado reconhecer a exclusão do fato delituoso. Em relação à segunda hipótese apontada por Toledo (1994, p. 205), esta será bastante discutida no capítulo que trata do erro, nas descriminantes putativas, que será visto mais adiante.

Discutido os tópicos das excludentes de ilicitude, cabe analisar detidamente a legítima defesa real que é base para avaliação da legítima defesa putativa, assunto principal da pesquisa.

3.2 Aspectos Processuais das Excludentes

À vista das excludentes sucederão consequências processuais, desencadeando a possibilidade de o Ministério Público promover o arquivamento, de o juiz não receber a denúncia, absolver sumariamente ou a de absolvição por ocasião da sentença.

Do mesmo modo, a lei determina a proibição do decreto de prisão preventiva do agente que assim tenha agido. Pelo mesmo ângulo elucidada o parágrafo único do artigo 310 do Código de Processo Penal, no que toca a liberdade provisória:

Art. 310, parágrafo único do Código de Processo Penal: Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do caput do art. 23 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação.

Superada esta oportunidade, na hipótese de ter sido recebida a denúncia, o juiz poderá após a apresentação da resposta escrita, absolver sumariamente o acusado, em face da presença manifesta de causa de exclusão da ilicitude do fato, nos moldes do artigo 397, I, do Código de Processo Penal:

Art. 397, II, do Código de Processo Penal: após o cumprimento do disposto no art. 396-A, e parágrafos, deste Código, o juiz deverá absolver sumariamente o acusado quando verificar: II a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimizabilidade. (g.n)

Por último, superadas todas essas ocasiões, considerando que durante o curso da ação penal restem dúvidas sobre a presença da causa excludente, o juiz no momento da análise do auto de prisão em flagrante poderá conceder a liberdade provisória ao preso que tenha, em tese, agido sob qualquer dessas causas, e posteriormente, quando houver o convencimento, absolvê-lo com fulcro no artigo 386, VI, do Código de Processo Penal, que determina a absolvição do réu diante de circunstâncias que excluam o crime ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência.

3.3 Excesso nas Excludentes

Apesar da inexistência de crime mencionada nas circunstâncias em que estiverem presentes as excludentes, devemos observar o que determina o parágrafo único do artigo 23 do Código Penal: "o agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposo".

Tornando outra a consequência para o excesso correspondente a qualquer das causas excludentes, conforme Bitencourt (2011, p. 879) dispõe:

Em qualquer das causas de justificação, quando o agente, dolosa ou culposamente, exceder-se nos limites da norma permissiva, responderá pelo excesso. A Reforma Penal de 1984, mais bem sistematizada, prevê a punibilidade do excesso em relação a todas as excludentes, ao contrário da

redação original do Código Penal de 1940, que se limitava a prevê-la somente em relação à legítima defesa.

Então, o excesso é punível, seja a título de dolo, seja a título de culpa, que acontece no momento em que se exercita uma ação de salvaguarda ou uma conduta consentida, que, aliás, decorre normalmente da escolha de meio inadequado ou do uso imoderado e por vezes desnecessário de determinado meio, em princípio ajustado, que causa resultado mais grave do que o razoavelmente suportável nas circunstâncias (Bitencourt, 2011, p. 881).

Sendo assim, se o agente se exceder em sua conduta, responderá exatamente por aquilo que não for necessário para fazer cessar o perigo.

3.3.1 Estado de Necessidade

O estado de necessidade é definido pelo artigo 24 do Código Penal, partindo sempre do padrão do homem médio, segundo o qual:

Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias não era razoável exigir-se.

O exemplo clássico traçado pela doutrina, diz respeito a dois naufragos disputando a mesma tábua, que não suporta mais de um, uma vida terá de ser sacrificada para salvar outra (BITENCOURT, 2011, p. 883).

3.3.2 Legítima Defesa

A excludente de ilicitude na modalidade legítima defesa encontra-se estabelecida no artigo 25 do Código Penal: "entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem".

Ela se justifica porque é impossível o Estado diretamente, por intermédio de seus representantes, estar absolutamente em todos os locais, permitindo desta forma, que os cidadãos atuem em legítima defesa em certas e limitadas circunstâncias; frisa-se limitadas para que não se confunda com a vingança pessoal repelida pelo ordenamento.

3.3.2.1 Legítima defesa real e putativa

As espécies de legítima defesa real e putativa dizem respeito ao fato da situação de agressão estar realmente ocorrendo ou tratar-se de falsa percepção do agente. Fala-se em legítima defesa putativa quando a situação de agressão é imaginária, ou seja, só existe na mente do agente. Só o agente acredita, por erro, que está sendo ou virá a ser agredido injustamente (Greco, 2012, p. 128).

Importante destacá-las uma vez que possuem consequências processuais diversas. Um exemplo clássico é apontado pela doutrina em geral:

O sujeito que após ter sido assaltado diversas vezes dispara contra a pessoa que tenta saltar o muro de sua residência, causando-lhe lesões corporais, constatando, finalmente, que não era, um assaltante, mas o seu próprio filho que voltava para casa, tarde da noite, sem as chaves. Nessa hipótese não é possível a aplicação da causa de justificação porque falta o seu pressuposto objetivo, a agressão injusta, que somente existia na representação do agente (BITENCOURT, 2011, p. 916).

Então, na medida em que a legítima defesa real exclui a ilicitude do fato, a mesma excludente na modalidade putativa possui natureza de discriminante putativa, na forma do §1º do artigo 20 do Código Penal, pelo erro de proibição.

3.3.2.1.2 Requisitos da legítima defesa

Em conformidade com o aludido, existem limitações para a aplicação desta excludente, e por razões óbvias diversamente não deveria ser. O próprio artigo saca os requisitos: a agressão injusta; utilização dos meios necessários; moderação no uso dos meios necessários; atualidade ou iminência da agressão; defesa própria ou de terceiros.

Neste prosseguimento, Rogério Greco (2012, p. 129), transparece de que se trata a agressão injusta: "agressão, aqui, é entendido como um ato do homem. Ela deve ser reputada como injusta, ou seja, não pode, de qualquer modo, estar aparada pelo nosso ordenamento jurídico".

Ainda no seguimento da interpretação da lei, motiva de que cuida-se os meios necessários: "são todos aqueles eficazes e suficientes à repulsa da agressão que está sendo praticada ou que está prestes a acontecer", sempre pautados em moderação pela proporcionalidade.

É certo que ultrapassando qualquer dos limites, especialmente os meios para repelir o mal, haverá de responder pelo excesso.

Nos ensinamentos de Bitencourt, (2011, p. 917): "atual é a agressão que está acontecendo, isto é, que ainda não foi concluída; iminente é a que está prestes a acontecer, que não admite nenhuma demora para a repulsa". Finaliza, o autor, delineando sobre o requisito do direito próprio ou alheio, relacionando ele à disponibilidade ou indisponibilidade de tais:

Qualquer bem jurídico pode ser protegido pelo instituto da legítima defesa, para repelir a agressão injusta, sendo irrelevante a distinção entre bens pessoais e impessoais, disponíveis e indisponíveis. Considerando, porém, a titularidade do bem jurídico protegido por esse instituto, pode-se classificá-lo em: próprio ou de terceiro, que autorizam a legítima defesa própria, quando o repelente da agressão é o próprio titular do bem jurídico ameaçado ou atacado, e legítima defesa de terceiro, quando objetiva proteger interesses de outrem. No entanto, na defesa de direito alheio, deve-se observar a natureza do direito defendido, pois quando se tratar de

bem jurídico disponível, seu titular poderá optar por outra solução, inclusive a de não oferecer resistência.

Esses são os requisitos essenciais a configuração da legítima defesa.

3.3.3 Estrito Cumprimento de Dever Legal ou no Exercício Regular do Direito

O estrito cumprimento do dever legal não possui conceito estabelecido pela lei, mas sim pela doutrina pátria. Pode-se defini-lo, contudo, como a causa de exclusão da ilicitude que consiste na prática de um fato típico, em razão de cumprir o agente uma obrigação imposta por lei, de natureza penal ou não (MASSON, 2011, p. 412).

Reforça Mirabete (2009, p.174):

Quem cumpre regularmente um dever não pode, ao mesmo tempo, praticar ilícito penal, uma vez que a lei não contém contradições. [...] A excludente pressupõe no executor um funcionário ou agente público que age por ordem da lei. [...] Tratando-se de dever legal, estão excluídas da proteção as obrigações meramente morais, sociais ou religiosas.

Assim sendo, só ocorre quando há um dever imposto pelo direito objetivo. As obrigações de natureza social, moral ou religiosa, não determinadas por lei, não se incluem na justificativa. O dever pode estar contido em regulamento, decreto ou qualquer ato emanado do poder público, desde que tenha caráter geral (JESUS, 2011, p. 442).

De igual modo, o exercício regular do direito não foi definido pela lei, até mesmo porque não há demais particularidades a serem tracejadas.

Ora, qualquer direito, público ou privado, penal ou extrapenal, regularmente exercido, afasta a antijuricidade. Mas o exercício deve ser regular; deve obedecer a todos os requisitos objetivos exigidos pela ordem pública (BITENCOURT, 2011, p. 230).

A doutrina, por sua vez, possui observação acerca da moderação no exercício de direito em especial, no tocante aos ofendículos, instrumentos que possuem o fim impedir ofensa ao bem jurídico, perfazendo uma forma de proteção. Ressalta a doutrina de forma unânime a necessidade de cuidado redobrado em seu uso.

3.4 Uso dos meios necessários

Masson (2020, p. 348) conceitua os meios necessários como: “aqueles que o agente tem à sua disposição para repelir a agressão injusta, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem, no momento em que é praticada”. Como aponta o autor, para utilizá-los, será necessário que o agredido analise a situação concreta para fazer o emprego correto deles, não lhe sendo exigida uma proporcionalidade dos bens sob conflito. Caso o agente tenha apenas um meio disponível para repelir a injusta agressão, a desproporção do meio será lícita desde que o empregue com

moderação. Na mesma linha de pensamento segue Bitencourt (2021, p. 200) ao afirmar que a ausência de outro meio defensivo pode ser lícita, desde que usada de maneira moderada.

Se não houver outros meios, poderá ser considerado necessário o único meiodisponível (ainda que superior aos meios do agressor), mas, nessa hipótese, a análise da moderação do uso deverá ser mais exigente, mais criteriosa, mais ajustada às circunstâncias (...) (BITENCOURT, 2021, p. 206).

Desse modo, Bitencourt acrescenta uma responsabilidade ao julgador, ao analisar um caso de legítima defesa, em que o meio defensivo utilizado pelo agredido, aparentemente, parece ser desproporcional ao utilizado pelo agressor.

Nucci fala da impossibilidade de se fazer um cálculo preciso dos meios necessários, no intuito de se buscar uma perfeita combinação entre a agressão e a defesa. Linhares apud Nucci explica que: "a escolha dos meios deve obedecer aos reclamos da situação concreta de perigo, não se podendo exigir uma proporção mecânica entre os bens em conflito, nem tampouco a paridade de armas" (LINHARES apud NUCCI, 2021, p. 238).

Cunha (2020, p. 345) ressalta a importância de utilização de meios que causam menos lesões e que estejam à disposição do agredido, desde que eles sejam capazes de repelir a injusta agressão sofrida. Aqui fica evidente a preocupação do autor com a preservação da vida e/ou integridade física do agressor e do agredido, mesmo que este esteja amparado por uma excludente de ilicitude.

Para Reale Júnior (2020, p. 339) o Direito não deve impedir a reação do agredido, promovendo o incentivo da sua fuga, ante ao direito de autodefesa. Pois ao impor essa condição, poderá o agredido sentir sua honra diminuída. Pelo contrário, deve o ordenamento jurídico fortalecer o direito da legítima defesa ao agredido quando este for alvo de uma agressão injusta.

4 O USO DA FORÇA POLICIAL

O uso de força pelos policiais deverá ser norteado pela preservação da vida, da integridade física e da dignidade de todas as pessoas envolvidas em uma intervenção policial. No âmbito policial, a força é definida como sendo o meio pelo qual a polícia controla uma situação que ameaça a ordem pública, a dignidade, a integridade ou a vida das pessoas. Sua utilização deve estar condicionada à observância dos limites do ordenamento jurídico e ao exame constante das questões de natureza ética. Essa é a interpretação institucional da PMMG ao princípio 1 dos Princípios Básicos sobre a Utilização da Força e de Armas de Fogo pelos Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei (PBUFAF). Conforme as circunstâncias e intensidade, o uso da força pode variar da presença policial até mesmo o emprego de força potencialmente letal como o disparo da arma de fogo, considerado último recurso e medida extrema de uma intervenção policial.

5 A POLÍCIA E SUA ATUAÇÃO

O crime, por definição analítica, é um fato típico, ilícito e culpável. A ilicitude, ou também antijuridicidade, é a relação de contrariedade entre a conduta do agente e o ordenamento jurídico. Dessa forma, há sólida ligação entre a o fato típico, onde está inserido a conduta, o resultado, o nexo de causalidade e a tipicidade, e a ilicitude, presumindo-se serem também antijurídicos fatos típicos. Assim, o fato típico, devidamente ajustado ao tipo, é ilícito até que se encontre algum requisito que o torne de algum modo lícito. Logo, a licitude de uma conduta típica é encontrada somente por exclusão, ou seja, somente será lícita uma conduta se o agente atuou amparado por uma das causas de excludentes de ilicitude previstas no artigo 23 do Código Penal. A saber, exclui a ilicitude o estado de necessidade, a legítima defesa, o estrito cumprimento do dever legal ou o exercício regular de direito.

A legítima defesa está insculpida no inciso II do artigo 23 e no artigo 25 do código penal, onde de descreve como legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.

Na atuação policial, ao realizar uma abordagem, o policial deverá observar fundamentos para potencializar suas ações e assegurar que o objetivo proposto seja alcançado. Dentre esses fundamentos, a rapidez e a surpresa são requisitos primordiais. A rapidez consiste na velocidade com que a ação policial é processada, o que contribui substancialmente para a efetivação da "surpresa". Por sua vez, a Surpresa consiste em evitar que o agressor possa antecipar as ações policiais. É agir sem ser percebido diminuindo as possibilidades de ser agredido.

Nessa diapasão, conota-se de sólida similitude a aplicação desses dois importantes fundamentos da atividade policial no instituto da legítima defesa a agressão iminente. Conforme descreve Mirabete (2006, p. 197) em seu livro Manual de Direito Penal, parte I, "pode tratar-se, também, de uma agressão iminente, que está prestes a ocorrer, a que existe quando se apresenta um perigo concreto, que não permita demora à repulsa".

Vimos que a vida é um bem passível de proteção, e nesses moldes, o policial que age legalmente no exercícios de suas funções e é injustamente agredido, ainda que de forma atual ou iminente, deve repelir essa injusta agressão de forma a preservar a sua própria vida ou a de outrem. Essa atual e iminente agressão devem ser dotadas de uma flexível interpretação, uma vez que a conduta agressiva do infrator que atente contra a vida de um policial pode cessar momentaneamente, havendo plenas condições de essa agressão ser iniciada subitamente. Nesse caráter de prever agressão iminente amolda-se a exigência do policial se antecipar a essas atitudes antissociais de forma a preservar a sua própria vida e a vida de outrem. Nas palavras de Nucci, em Manual de Direito Penal:

No contexto de iminência, deve-se levar em conta a situação de perigo gerada no espírito de quem se defende. Seria demais exigir que alguém, visualizando agressão pendente, tenha que aguardar algum ato de hostilidade manifesto, pois essa espera lhe poderia ser fatal. (2011, p. 253)

E, ainda, o citado autor completa: "Aguardar que o agressor saque da arma e dê o primeiro disparo é contar com a sorte, já que o único tiro dado pode ser certo e mortal."

É legítima a defesa que seja necessária, vez que se fosse possível utilizar de outros meios para cessar agressão, injusto que fosse menos lesiva, o policial deve fazê-lo. Concomitante, um parâmetro utilizado pelas forças policiais para ponderar a utilização de força contra infrator chama-se “Uso proporcional da força”. Assim, se um indivíduo age com meios letais contra o policial, este o fará na mesma proporção e nível de ameaça do suspeito, essa técnica denota do princípio da moderação, uma vez que todo excesso será punível. Contudo, em nada se confunde força com agressão. O Estado detém o monopólio do uso de força que é exercida por intermédio dos seus órgãos de segurança. Assim, o policial, no cumprimento de suas atividades, poderá usá-la para repelir uma ameaça à sua segurança ou de terceiros e à estabilidade da sociedade como um todo visto que uma violência contra o policial é um atentado contra a própria sociedade (preâmbulo dos Princípios Básicos sobre a Utilização da Força e de Armas de Fogo pelos Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei).

6 ANÁLISE DE JULGADOS DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS

Conforme os ensinamentos repassados sobre os princípios, as causas excludentes de ilicitude, a legítima defesa real e putativa, passa-se ao estudo das decisões judiciais concretamente.

6.1 Primeiro caso - envolvendo Policial Militar do BOPE Rio de Janeiro

Um dos casos mais emblemáticos de legítima defesa putativa ocorreu no Estado do Rio de Janeiro no ano de 2010. Um Policial Militar, integrante do BOPE da Polícia Militar do Rio de Janeiro, durante uma operação no Morro do Andaraí, alvejou fatalmente um morador da citada comunidade com um disparo de arma de fogo. O motivo alegado pelo policial foi que o morador, que estava sobre uma laje da sua residência, segurava em uma das mãos uma furadeira. Este material se parecia bastante com uma submetralhadora e como forma de repelir a injusta agressão atualou iminente “imaginária” foi efetuado o disparo.

A sentença proferida pelo magistrado que julgou o caso segue descrita integralmente abaixo, uma vez que não houve decisão em sede de recurso.

Vistos, examinados etc. Arquiteta o Ministério Público provocação da tutela jurisdicional do Estado através de ação penal pública incondicionada lastreada em pretérita persecução administrativa deflagrada através de Inquérito Policial, originário da 20ª Delegacia de Polícia, mediante denúncia, onde imputa ao acusado LEONARDO ALBARELLO,

(...) Eis, em apertada síntese, o RELATÓRIO. Examinados, passo a DECIDIR. Vencida a instrução criminal, nada obsta ao imediato enfrentamento do *judicium accusationis*, pois ausente qualquer questão instrumental impeditiva. Caracteriza-se o procedimento do Júri, essencialmente, pela existência de duas fases distintas: o *judicium accusationis* e o *judicium causae*. O marco divisor se dá pelo denominado exame de admissibilidade da acusação. A sentença declaratória incidental de pronúncia, portanto, como decisão

sobre a admissibilidade da acusação, constitui juízo fundado de suspeita, não o juízo de certeza que se exige para a condenação. É a favor da sociedade que nela se resolvem as eventuais incertezas propiciadas pelas provas *in dubio pro societate*. Preserva-se, pois, pelo próprio *fumus boni iuris* reclamado e demonstrado quando da provocação da tutela jurisdicional, não havendo a dissipação categórica dos indícios de autoria. In casu, vicejam do conteúdo probatório, ricas evidências da concretização dos fatos alinhados pela denúncia na vida de relação, estando bem delineada a questão afeta a materialidade, ganhando destaque o exame de necropsia (fls. 77/80). Errar sobre o tipo é, simultaneamente, errar sobre a proibição do fato. Quem não tem a exata representação da realidade, tampouco terá idéia da dimensão jurídica do seu ato. O erro de tipo implica, também, um erro de proibição. No sentido oposto, isoedricamente, encontramos a mesma assertiva: quem erra sobre a proibição do fato erra, simultaneamente, sobre elemento do tipo, qual seja, a ilicitude do comportamento. Eis, em sua essência a "teoria dos elementos negativos do tipo". Antes da reforma da parte geral do Código Penal Brasileiro de 1984, este assunto estava disposto no art. 17, § 1º e 2º do mesmo estatuto, e este estabelecia: § Art. 17 - É isento de pena quem comete o crime por erro quanto ao fato que constitui, ou quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima. § 1º - Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposos. § 2º - Responde pelo crime o terceiro que determina o erro. **A falsa percepção da realidade, a propósito, fora igualmente construída pelos paralelos personagens, pois o último diálogo entre o casal incidiu, exatamente, sobre essa possibilidade: algum policial poderia acreditar que ele, a vizinha vítima, estivesse empunhando uma arma de fogo.** Um pressentimento que não foi vencido pela percepção de linhas energéticas ou espirituais que se cruzam no espaço e se condensam em nosso mundo palpável e perecível. Não houve mão mais poderosa. O infausto não desejado. No erro de tipo inevitável é excluído o dolo e a culpa. Na retrospectiva histórica do fato, qualquer policial teria a mesma ação que o agente, nas mesmas circunstâncias em que este se encontrava. Em síntese, é isento de pena quem, por erro plenamente justificado, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima e não atípica, como sustenta a teoria dos elementos negativos do tipo. Averbem-se que o erro não decorreu de uma circunstância isolada. JULGO IMPROCEDENTE o pedido acusatório para absolver sumariamente o acusado LEONARDO ALBARELLO com arrimo no artigo 415, IV do Código de Processo Penal. Alcançada preclusão pro judicato, dê-se baixa e archive-se. (TJRJ - Processo 02449448220108190001, Relator Juiz Murilo Kieling, Datado Julgamento: 12/12/2011, Data da Publicação: 10/01/2012, grifo do autor).

A partir da análise da sentença, pode-se constatar que o Policial Militar foi absolvido sumariamente pelo juiz *a quo* com fundamento no art. 415, IV, do CPP (BRASIL, 1941), por tratar-se de procedimento de competência do Tribunal do Júri.

No caso em pauta, o juiz reconheceu estar presente causa que isentou o réu de pena ou que excluiu o crime. Essa causa, foi o reconhecimento pelo juiz da incidência do erro de tipo, previsto no art. 20, § 1º, do CP (BRASIL, 1984).

Para chegar a essa conclusão, o magistrado analisou todo o conjunto probatório, inclusive citou na sentença que não foi apenas uma causa individualizada, mas um conjunto de fatores que contribuíram para que o agente praticasse tal erro.

Foi citado ainda na sentença um diálogo que a vítima teve com sua esposa pouco antes de ser alvejado. Na fala deles, foi citado pela vítima que qualquer policial que o visse segurando aquela furadeira poderia se enganar, dada a semelhança da ferramenta com uma arma de fogo.

Greco (2020), ao comentar o caso em sua obra faz a seguinte observação:

O cabo Albarello, embora denunciado pelo Ministério Público, veio a ser absolvido sumariamente, uma vez ter ficado constatado o erro plenamente justificável pelas circunstâncias que, de acordo com a primeira parte do § 1º do art. 20 do Código Penal, conduz a isenção de pena e, conseqüentemente, de acordo com o art. 415, IV, do Código de Processo Penal, a sua absolvição (GRECO, 2020, p. 160).

Conforme constata-se na sentença e na consideração feita por Greco, o fato praticado pelo policial apresentou justificativa prevista em lei, isentando-o de pena. Após toda a instrução probatória, o próprio IRMP pleiteou o arquivamento do processo, sendo confirmada a absolvição sumária do Policial Militar.

6.2 Segundo caso - envolvendo Policial Militar de Minas Gerais

O segundo caso trata-se de fato ocorrido na cidade de Belo Horizonte no ano de 2014 quando Policiais Militares realizavam patrulhamento pelas imediações de uma localidade quando avistaram um adolescente. Segundo versão dos policiais, o adolescente segurava algo nas mãos e pelo fato da região onde ela estava ser de alta incidência criminal, decidiram efetuar a sua abordagem.

No momento da abordagem, o jovem realizou um movimento que fez com o que um dos policiais, agindo sob erro, efetuasse um disparo de arma de fogo em direção ao adolescente. Inicialmente, este policial foi condenado em primeira instância pela Justiça Militar Estadual pelo crime de lesão corporal prevista no art. 209, do CPM (BRASIL, 1969) e, após recurso da defesa ao Tribunal de Justiça Militar, a sentença foi reformada, conforme descrição da ementa.

APELAÇÃO CRIMINAL – LEGÍTIMA DEFESA PUTATIVA – APELANTE DESFERIU UM ÚNICO TIRO NA DIREÇÃO DA VÍTIMA POR, EQUIVOCADAMENTE, TER ACREDITADO QUE ELA PORTAVA UMA ARMA DE FOGO, QUE, POSTERIORMENTE, VERIFICOU-SE SER UMA BLUSA – A PRÓPRIA VÍTIMA DECLAROU QUE ESTAVA CAMINHANDO ENÃO OUVIU A ORDEM POLICIAL PARA QUE PARASSE SUA CAMINHADA E QUE, APÓS NOVA SOLICITAÇÃO, COLOCOU AS MÃOS NA CINTURA, LEVANTOU SUA BERMUDA, QUE ESTAVA CAINDO, E VIROU-SE PARA ATENDER À ORDEM – O APELANTE IDENTIFICOU SITUAÇÃO QUE, SE, DE FATO, EXISTENTE, AUTORIZARIA O USO DA ARMA VISANDO PRESERVAR A SUA INTEGRIDADE E A DOS DEMAIS COMPONENTES DA GUARNIÇÃO – ART. 36 DO CPM – RECURSO PROVIDO PARA ABSOLVER O APELANTE DA IMPUTAÇÃO DO CRIME DE LESÃO CORPORAL, COM FUNDAMENTO NA ALÍNEA “D” DO ART. 439 DO CPPM. (TJMMG - 00014453820149130003, Relator Juiz Fernando Galvão da Rocha, Data do Julgamento: 17/11/2015, Data da Publicação: 25/11/2015)

Na decisão de reforma da sentença, os magistrados do TJM/MG entenderam que o policial militar incorreu em erro, por acreditar que o adolescente iria reagir à abordagem policial, inclusive com agressão letal. Na decisão, os juízes concluíram por dar provimento ao recurso da defesa e absolveram o Policial Militar do crime de lesão corporal com base no art. 439, alínea d, do CPPM (BRASIL, 1969) por entender que houve a incidência da legítima defesa putativa descrita no art. 36, do CPM. Foi citado também, no voto do relator, o art. 42, II, do CPM o qual prevê a legítima defesa como excludente do crime, ficando demonstrado que houve o entendimento pela combinação do erro com as causas excludentes de ilicitude (BRASIL, 1969).

No caso em pauta, Cunha (2020, p. 357) relata que, quando houver circunstâncias que excluam o crime ou que isentem o réu de pena, caberá ao juiz absolvê-lo. A absolvição pode se dar inclusive quando haja fundada suspeita sobre a existência das causas excludentes.

Outro ponto narrado na sentença, foi o reconhecimento de que o apelante acreditou estar diante de uma injusta agressão e a conduta adotada por ele foi a mais adequada para aquela situação, não lhe sendo exigível agir de outra forma. Até mesmo porque foi efetuado apenas um disparo e a vítima foi imediatamente socorrida e não sofreu maiores consequências. Ademais, a versão da própria vítima corroborou com a versão dada pelos militares.

6.3 Terceiro caso - envolvendo Policiais Militares do Mato Grosso

O último caso trata-se de um fato envolvendo dois Policiais Militares do Estado do Mato Grosso no ano 2011. Nesse caso, especificamente, não houve o reconhecimento da discriminante putativa no âmbito no tribunal, mas houve na sessão da 11ª Vara Criminal Especializada da Justiça Militar da Comarca de Cuiabá/MT.

Um dos policiais envolvidos, apelado, efetuou dois disparos de arma de fogo contra outro policial sob a alegação de ter agido em legítima defesa putativa, acreditando que a vítima fosse lhe matar. Embora os dois policiais estivessem de folga, por força do contido no art. 9º, II, a, do

CPM (BRASIL, 1969) por envolver militares da ativa, o fato foi julgado em primeira instância pela vara especializada.

O acórdão do Tribunal de Justiça do Mato Grosso segue descrito abaixo, inclusive explicitando os motivos pelos quais a tese de legítima defesa putativa foi negada.

EMENTA APELAÇÃO CRIMINAL – RÉU POLICIAL MILITAR – DENÚNCIA POR CRIME DE HOMICÍDIO SIMPLES (ART. 205, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL MILITAR) – SENTENÇA ABSOLUTÓRIA – ART. 439, ALÍNEA “D”, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL MILITAR – LEGÍTIMA DEFESA PUTATIVA – IRRESIGNAÇÃO MINISTERIAL – PLEITO DE CONDENAÇÃO DO APELADO PELO CRIME DE HOMICÍDIO SIMPLES (ART. 205, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL MILITAR) – POSSIBILIDADE – AUTORIA E MATERIALIDADE DEVIDAMENTE COMPROVADAS – AFASTADA TESE DE LEGÍTIMA DEFESA PUTATIVA – NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 36 DO CPM – RECURSO PROVIDO EM CONSONÂNCIA COM O PARECER MINISTERIAL.

“Para a caracterização da legítima defesa putativa, pressupõe-se ‘não apenas que a agressão seja atual ou iminente, como também que o agente faça uso moderado dos meios necessários à repulsa, além de ser indispensável que haja erro plenamente justificado acerca da situação de ataque supostamente perpetrada pela vítima’ (TJMT, Ap nº 69665/2012)” (N.U 0023711-37.2014.8.11.0042, MARCOS MACHADO, PRIMEIRA

CÂMARA CRIMINAL, Julgado em 01/08/2017, Publicado no DJE 08/08/2017) Comprovadas tanto a autoria como a materialidade delitiva, impõe-se a condenação do recorrido pela prática do crime de homicídio simples, previsto no art. 205, caput, do Código Penal Militar.

Na narrativa do caso, consta que o policial vítima teria comparecido ao estabelecimento onde a namorada dele trabalhava e passou a incomodá-la. No mesmo local, estava o apelado que vendo aquela situação resolveu adotar providências e teria acionado uma equipe policial de serviço para atuar no caso.

Mesmo comparecendo uma equipe policial naquele local e decidindo por encaminhar a namorada da vítima até a residência dela, o apelado juntamente com uma amiga da namorada da vítima também embarcaram na viatura. Em determinado momento, o policial vítima, que estava em seu carro particular, alcançou a viatura e efetuou uma manobra na frente da viatura, o que obrigou o seu condutor a parar.

Já desembarcado do seu carro, a vítima foi em direção a viatura e agrediu fisicamente o apelado o qual estando de posse de sua arma de fogo, em uma das mãos, efetuou dois disparos vindo a atingir fatalmente a vítima. Consta em um dos depoimentos que o apelado, mesmo no interior da viatura, já estava com a sua arma em uma das mãos.

A versão do apelado para justificar tal conduta de portar a arma foi que ele acreditou que a vítima estivesse armada quando perseguia a viatura em que eles estavam. Alegou que, como conhecedor do treinamento policial, pensou que a vítima, após lhe agredir fisicamente, fosse também efetuar contra ele um disparo de arma defogo, o que o fez agir legitimamente em erro.

Quando da apreciação do apelo ministerial, os desembargadores do Tribunal de Justiça do Mato Grosso em análise ao conjunto probatório, principalmente os depoimentos das testemunhas, entenderam que não houve a incidência de erro de tipo como alegado pela defesa do apelado em primeira instância.

Nesse caso, Masson (2020, p. 401) explica que pela teoria da *ratio cognoscendi* caberá à defesa do acusado provar que este agiu amparado por uma causa que exclua a antijuridicidade. Conforme se observa da decisão do tribunal, essa causa de exclusão do fato típico não ficou plenamente comprovada, o que culminou na condenação do policial pelo cometimento do crime de homicídio. Na decisão, os magistrados entenderam que, por estar no interior de uma viatura com dois policiais militares devidamente identificados e armados, a justificativa de legítima defesa putativa não poderia ser aceita. O erro alegado pelo não ficou plenamente justificado pelas circunstâncias do fato. Sendo assim, decidiram por condenar o apelado a pena do homicídio simples prevista no art. 205, caput, do CPM (BRASIL, 1969) com a reforma da decisão de primeira instância.

O Código Penal brasileiro aborda medidas que garantam o exercício da atividade dos profissionais de segurança de maneira que, no cumprimento do dever, práticas que acabem resultando em ação consideradas crime, sejam agraciadas com a exclusão da ilicitude, conforme garantido pelo art. 23, CP:

Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato:

I - em estado de necessidade;

II - em legítima defesa;

III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito. [...]

Art. 24 - Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.

§ 1º - Não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo.

§ 2º - Embora seja razoável exigir-se o sacrifício do direito ameaçado, a pena poderá ser reduzida de um a dois terços.

Art. 25 - Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem. (BRASIL, 1940).

O termo excludente de ilicitude nada mais é do que um mecanismo jurídico previsto no ordenamento para afastar a tipicidade de determinada atividade culpável, sem que se incorra no afastamento do princípio do devido processo legal. Mirabete nos traz o seguinte ensinamento, ao tratar do tema:

O direito prevê causas que excluem a ilicitude (causas excludentes, justificativas, eximentes ou discriminantes). São normas permissivas, que segundo o entendimento dado não excluem também a tipicidade. Mas tendo em vista a teoria dos elementos negativos do tipo, estas normas eliminam aquela. Não há que se falar fato típico sem a antijuridicidade. A lei penal brasileira em seu artigo 23 adota a expressão “não há crime” quando o agente pratica a conduta mediante o estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento de dever legal e exercício regular de direito. É importante salientar que as normas permissivas não estão somente instituídas na Parte Geral do CP, mas também na Parte Especial, v.g., o artigo 128 e 142 (FABBRINI; MIRABETE, 2009, p.483).

O Estado deposita nos agentes de segurança o dever de garantir a segurança pública, com, assim devendo enfrentar temores muitas vezes desconhecidos, já que o crime organizado brasileiro se encontra em um patamar muito avançado, o que acarreta em confrontos diretos com criminosos que buscam reprimir a atividade dos policiais, utilizando-se de armamento muitas vezes superior aos utilizados pelos próprios agentes, e ostentando tecnologias de ponta que decorrem da prática de atos ilícitos.

Muitas vezes nesses confrontos, o policial se vê entre a vida e a morte, devendo botar em primeiro lugar a sua e o devido cumprimento do dever de reprimir tal ameaça e abater aquele indivíduo que tem uma única finalidade, mata-lo.

Ratificando tal entendimento, bem leciona Bitencourt:

O reconhecimento do Estado da sua natural impossibilidade de imediata solução de todas as violações da ordem jurídica, e objetivando não constringer a natureza humana a violentar-se numa postura de covarde resignação, permite, excepcionalmente, a reação imediata a uma agressão injusta, desde que atual ou iminente, que a dogmática jurídica denominou legítima defesa. (BITENCOURT, 2016, p.424).

A legítima defesa age como um importante amparo jurídico para as atuações dos agentes de segurança, onde resguarda a atuação dos policiais que buscam a garantia do cumprimento da

lei e da segurança pública, tendo em vista o aumento da criminalidade no Brasil, com cada vez mais poder de fogo e tecnologia que os auxiliam nas práticas criminosas.

O crime organizado brasileiro se encontra em um patamar muito superior ao que se mensura, com criminosos ostentando em plena luz do dia em diversos locais do país, fuzil de alto calibre, armas capazes de derrubar helicópteros e destruir carros blindados, granadas e coletes à prova de balas. E, pensar que esses indivíduos portando tamanho arsenal, não confrontem a polícia com o intuito de mata-los, seria no mínimo, ingenuidade.

Assim, mostra-se essencial a intenção do agente de segurança por meio de operações de alto risco que busquem apreender armamentos bélicos e desfazer quadrilhas responsáveis por chefias facções nas mais variadas regiões do Brasil, botando suas vidas em risco por um bem maior.

O Estado então, deve garantir uma retaguarda jurídica a esse agente que, mediante conflito armado, reprimir injusta ou iminente agressão para si ou para outrem. Como podemos analisar na proposta imposta no Pacote Anticrime, Lei 13.964/2019, que pela nova proposta no Art. 23, deixaria de existir o parágrafo único e seria acrescido de 2 parágrafos, onde os a principal atenção vai para o 2º parágrafo, que traz a possibilidade de que 8 agentes de segurança que cometam algum tipo de excesso, por medo, surpresa ou violenta emoção, possam ser isentos de punição.

§ 1º O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposos.

§ 2º O juiz poderá reduzir a pena até a metade ou deixar de aplicá-la se o excesso decorrer de escusável medo, surpresa ou violenta emoção. (BRASIL, 2019).

Da mesma forma podemos verificar o art. 25, onde foram incluídos dois incisos, que podemos verificar que:

Art.25 Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.

Parágrafo único. Observados os requisitos do caput, considera-se em legítima defesa:

I - o agente policial ou de segurança pública que, em conflito armado ou em risco iminente de conflito armado, previne injusta e iminente agressão a direito seu ou de outrem;

II - o agente policial ou de segurança pública que previne agressão ou risco de agressão a vítima mantida refém durante a prática de crimes. (BRASIL, 2019)

Tais medidas apontam maiores garantias aos entes que fazem cumprir a lei, garantindo a eles a preocupação e amparo vindo do Estado, podendo exercer sua atividade de maneira com que não tenha medo de, após realizado seu serviço em prol do bem maior, venha a receber um processo que possa retirar seu emprego e o sustento de sua família.

Portanto, julga-se necessários a criação de medidas mais abrangentes no que se caracterize como legítima defesa funcional ou uma maior abrangência na interpretação da norma em casos que o policial estiver no exercício do dever e em situações de alto risco, com grande pressão psicológica e que necessitem que sejam realizadas tomadas de decisões em questão de segundos, fazendo com que o julgador dê as garantias mínimas esperadas por tais agentes.

CONCLUSÃO

As excludentes de ilicitudes amparam a atuação dos Policiais Militares que trabalham para proteger a sociedade, profissionais cuja jornada de trabalho diário perfaz-se de 24 horas, estando a disposição para ajudar e agir.

Devido à complexidade do serviço executado pelo policial que, há casos, em que faz-se necessário o uso da arma de fogo em operações policiais por crer que estejam amparados por alguma causa excludente de ilicitude. A presente pesquisa analisou a juridicidade do emprego das excludentes sob a ação do exercício da atividade policial.

Do exposto, a pesquisa teve como objetivo geral analisar o regime legal de aplicação das normas e benefícios das excludentes de ilicitude em prol dos policiais presentes em operações de alto risco.

O objetivo específico inicial era pesquisar sentenças, acórdãos e decisões monocráticas para se descobrir os fundamentos das decisões de absolvições ou de condenações. A partir disso, constatou-se que há parâmetros para evitar possíveis problemas em decorrência dessa maior garantia constitucional.

A metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica sendo pesquisadas obras de escritores renomados no Direito Penal Brasileiro, pesquisados acórdãos e sentenças dos Tribunais Brasileiros, além de trabalhos acadêmicos a respeito do assunto.

O pouco tempo disponível para a pesquisa, aliado ao pequeno número de teses de doutorados, artigos científicos ou mesmo de monografias específicas sobre o assunto tornaram-se fatores limitantes ao trabalho. Acredita-se que por se tratar de temas que envolvem diretamente a atividade policial faz com que um pequeno número de escritores se interesse pelo assunto.

Do exposto, a pesquisa foi realizada baseada no tema de forma geral e adaptada à atividade policial, haja vista que a maioria dos doutrinadores utilizam em seus livros exemplos que quase sempre envolvem a atividade de polícia.

Recomenda-se que aqueles que se interessem pelo assunto da legítima defesa putativa, praticada no desempenho da atividade policial, procurem realizar pesquisa de campo ou mesmo pesquisa bibliográfica mais ampla. Nesse ínterim, poderão ter contato com inquéritos policiais, manifestações do Ministério Público que nem sequer chegaram a se transformar em processos judiciais por falta de justa causa para oferecimento da denúncia, ficando evidenciada, desde logo, a incidência da descriminante putativa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICA

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Erro de tipo e erro de proibição: uma análise comparativa**. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2016.

_____. **Tratado de direito penal 1: parte geral (arts. 1º ao 120)**. 27. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

_____. **Tratado de direito penal 1: parte geral (arts. 1º ao 120)**. 28. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidente da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm]. [08/05/22].

BRASIL. **Código Penal Militar**. Decreto-Lei n.º 1.001, de 21 de outubro de 1969. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1001.htm]. [30/04/22].

BRASIL. **Código Penal Brasileiro**. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 1940. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm]. [08/05/22].

BRASIL. Decreto-Lei n.º 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Rio de Janeiro, 13 out. 1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 20 jan. 2022.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral (arts. 1º ao 120)**. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2020. 720p.

DANZMANN, Luiz Gustavo. **Legítima defesa do policial: limites do recurso a armas de fogo na atividade policial**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2018. 114p.

FABBRINI, Renato; MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. 24. ed. vol. I. São Paulo: Atlas, 2009.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Curso de Direito Penal v1: parte geral**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 18 ed., Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

GRECO, Rogerio. **Atividade policial: aspectos penais, processuais penais, administrativos e constitucionais**- 10a edição / Rogerio Greco. - Niterói, RJ: Impetus, 2020; Disponível em; [<https://forumturbo.org/wp-content/uploads/wpforo/attachments/100897/7032-Rogrio-Greco-Atividade-Policial-aspectos-penais-processuais-penais-administrativos-e-constitucionais-10-Ed-2020.pdf>]. [12/05/22].

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. v.1. 14ª ed., Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

JESUS, Damásio de. **Direito penal**. 32º ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 1 v.

LAKATOS, E. M.; MARCONI, M. DE A. **Metodologia do trabalho científico**. São Paulo: Atlas, 2014.

LIMA, Alberto Jorge C. de Barros. **Direito penal constitucional: a imposição dos princípios constitucionais penais**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado - Parte geral** - vol. 1 / - 4.º ed. rev., atual. o amplo. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2011.

MASSON, Cleber. **Direito penal: parte geral (arts. 1º ao 120)**. 14. ed. São Paulo: Método, 2020.

MATO GROSSO. **Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso**. Apelação nº 00237113720148110042. Relator: Desembargador Marcos Machado. Homicídio. Cuiabá, 08 ago. 2017. Disponível em: <https://jurisprudencia.tjmt.jus.br/consulta/visualizar-relatorio/PJe/Segunda/105877499/Acordao>. Acesso em: 28 out. 2022.

MINAS GERAIS. Polícia Militar. **Manual Técnico-Profissional nº 3.04.01/2020: Intervenção Policial, Processo de Comunicação e Uso da Força**. Comando Geral. Belo Horizonte: PM3, 2020.

_____. Tribunal de Justiça Militar do Estado de Minas Gerais. Apelação Criminal nº 00014453820149130003. Relator: Juiz Fernando Galvão da Rocha. Legítima defesa putativa. Belo Horizonte, 25 nov. 2015. Disponível em: <http://cp.tjmmg.jus.br/jurisprudencia/assets/pdfs/ApCr%20Proc.%200001445-38.2014.pdf>. Acesso em: 28 out. 2022.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal. Parte Geral**. 23º. ed. P.177 -190, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André Luís. **Manual de direito penal: parte geral**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

PRADO, Luiz Regis. **Tratado de Direito Penal Brasileiro: parte geral**, volume 1. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Fundamentos do direito penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

RIO DE JANEIRO. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**. Processo nº 02449448220108190001. Relator: Juiz Murilo Kieling. Sentença absolutória. Rio de Janeiro, 10 jan. 2012. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/processos/305356142/processo-n-0244942-8220108190001-do-tjrj>. Acesso em: 16 out. 2022.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 14. ed. São Paulo: Thomas Reuters, 2021.

A TRANSFOBIA E A APLICABILIDADE DA LEI DO RACISMO: ANÁLISE DO JULGAMENTO DA ADO 026 E OS NOVOS CRITÉRIOS INTERPRETATIVOS DO RACISMO DEFINIDOS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

VITÓRIA GAMA DA COSTA:
Graduanda do Curso do Direito do
Centro Universitário Fаметro.

RESUMO: Os impactos negativos em virtude da inércia do poder legislativo, mais precisamente do congresso nacional ao se omitir em legislar uma lei específica a fim de tutelar os direitos básicos da comunidade LGBTQIA+ são considerados imensuráveis em razão de não haver dados oficiais acerca da contabilização dos números tanto das violências em face dessas pessoas, quanto as mortes. Partindo dessa ideia, da proteção dos direitos fundamentais dessa comunidade o poder judiciário se viu na necessidade em intervir para que os direitos básicos fossem respeitados. A intervenção do poder judiciário se deu a partir da ADO nº 026, ato pelo qual o STF por meio de decisão uniforme declarou a criminalização da Homofobia e da Transfobia, por meio de analogia a lei de racismo nº 7.716/89. Diante da relevância social quanto ao objeto em questão, é evidente a necessidade da problematização, afim de assegurar o devido amparo legal específico a essas pessoas, para que dessa forma a sociedade entenda que não se pode banalizar a violência contra essa comunidade, demonstrando que a violência em face dessas pessoas se dão de formas espantosas, cabendo ao Estado analisar essa questão para que possa revisar os instrumentos já existentes, assim como propor uma elevação na criação de outros dispositivos legais almejando proporcionar uma maior segurança dessa população, afim de diminuir a violência, e consequentemente reduzir os números de mortes, garantindo proteção igualitária a todos sem distinção de qualquer natureza, preservando, dessa forma a dignidade enquanto pessoa humana.

PALAVRAS-CHAVE: Criminalização. Transfobia. Dignidade da Pessoa Humana. Poder Legislativo. Ativismo Judicial.

ABSTRACT: The negative impacts due to the inertia of the legislative power, more precisely of the national congress when it omits to legislate a specific law in order to protect the basic rights of the LGBTQIA+ community, are considered immeasurable because there is no official data about the accounting of numbers both violence against these people, as well as deaths. Based on this idea, the protection of the fundamental rights of this community, the judiciary saw the need to intervene so that basic rights were respected. The intervention of the judiciary power took place from the ADO n. Faced with the social relevance of the object in question, the need for problematization is evident, in order to ensure the proper legal support specific to these people, so that society understands that violence against this community cannot be trivialized, demonstrating that the Violence against these people occurs in appalling ways, and it is up to the State to analyze this issue so that it can review the existing instruments, as well as propose an increase in the creation of other legal provisions aiming to provide greater security for this population, in order to reduce violence , and consequently reduce the number of deaths, guaranteeing equal protection to all without distinction of any kind, thus preserving dignity as a human person.

KEYWORDS: Criminalization. Transphobia. Dignity of human person. Legislative power. Judicial activism.

1 INTRODUÇÃO

A criminalização da homofobia e da transfobia se deu por meio do julgamento do STF da ADO nº 026, no entanto, apesar de tal previsão, observa-se que ainda existem vastos números de violência, em frente a população LGBTQIA+, logo, é notório que apesar de já existir a criminalização, ainda existem falhas na legislação. Dessa forma, cabe ao Estado uma reformulação dos instrumentos já existentes, bem como a criação de outros mecanismos legais mais eficazes para garantir amparo a essa parcela da população, para que dessa forma a sociedade entenda que não se pode naturalizar a violência contra essa comunidade.

De acordo com diversos doutrinadores, assim como órgãos e entidades que aludem sobre o assunto, apontam sobre os altos índices de violências e assassinatos, bem como sobre a descriminalização em face dos agressores das pessoas que fazem parte da comunidade LGBTQIA+. Ademais, os dados apresentados nos relatórios e pesquisas feitas pelas ANTRA - associação nacional de Travestis e Transexuais, demonstram que o Brasil continua ocupando o primeiro lugar no ranking em registro de homicídios de pessoas transgêneros, se tornando o país que mata assassina pessoas transexuais. Diante de tais dados, é explícito quanto a importância do entendimento admitido pelo Supremo Tribunal Federal, frente à omissão do poder legislativo, uma vez que proporciona amparo legal, para esse grupo de minorias que fazem parte da sociedade.

Por fim, apesar da criminalização da homofobia e da transfobia, ter sido incluída na lei de racismo, através do julgamento do STF realizado em 2019, no qual trouxe o reconhecimento dos direitos inerentes à população LGBTQIA+, este tem se demonstrado deficiente quanto ao seu objetivo, necessitando dessa maneira de uma legislação específica, afim de tratar dos crimes apenas dessa natureza, assim como a ampliação dos mecanismos vigentes, para que dessa forma seja possível uma redução desses dados, que decorrem de violências e agressões sofridas pela comunidade trans, e conseqüentemente seja evitada mais assassinatos.

2 ORIENTAÇÃO SEXUAL E IDENTIDADE DE GÊNERO

2.1 Orientação Sexual

A orientação sexual do ser humano faz referência a singularidade de cada pessoa em ter uma atração emocional, afetiva ou sexual por pessoas de gênero diferente, do mesmo gênero ou por mais de um gênero. Segundo Thales Nobre Quaresma Araújo (2020), a orientação sexual é dividida em diversas dimensões, entretanto, as mais conhecidas são: a heterossexualidade, bissexualidade e a homossexualidade, nos seguintes termos:

Heterossexualidade: Consiste na pessoa que se sente atraída pela representação de gênero diferente da sua.

Bissexualidade: São pessoas que se sentem atraídas pelas duas representações clássicas de gênero: homem e mulher.

Homossexualidade: São pessoas que se sentem atraídas pela representação de gênero igual à sua.

2.2 Identidade de Gênero

Além da orientação sexual, temos a identidade de gênero, que é entendida como a forma que o indivíduo se identifica, que pode ou não corresponder ao sexo adquirido no nascimento, incluindo o senso pessoal do corpo e outras expressões de gênero.

Destaca-se que, o fator determinante da identidade de gênero é a forma pela qual a pessoa deseja ser reconhecida, bem como pela maneira em que o indivíduo se veja e se sente.

No que consiste a identidade de gênero existem quatro principais tipos de categorias: os cisgênero que são indivíduos que se reconhecem com seu sexo biológico conferido no nascimento; os transgênero se tratam das pessoas que fazem a transição para um gênero diverso ao sexo biológico; os não-binário são os indivíduos cuja identidade de gênero não está limitada às definições de masculino ou feminino e por fim o Intersexual que consiste nas variedades de condições genéticas e/ou somáticas com que uma pessoa nasce. (WESLEY SILVA MEIRELES (2020, p. 10 apud YOGYAKARTA, 2006).

3 DA TRANSFOBIA

A transfobia é determinada como discriminação em face de uma pessoa em virtude da sua identidade de gênero, isso quer dizer que as vítimas desses atos são em desfavor de travestis, mulheres transexuais e homens transexuais, e em grande parte, essas violências são acompanhadas de expressiva crueldade, e é a partir dessa peculiaridade que a transfobia se caracteriza como um crime de ódio, isso porquê, diferente de outros crimes, a identidade de gênero é um elemento determinante para a agressão, tem como principal finalidade atacar a minoria social, e não apenas a pessoa em si. (BRUNA BENEVIDES, 2018).

Vale destacar que a transfobia não se limita apenas a discriminação, pois se trata a todo e qualquer tipo de desprezo, ódio ou preconceito contra as pessoas trans, podendo se manifestar, de forma notória ou disfarçada, por meio de violências.

As vítimas desses atos discriminatórios compõem um grupo minoritário de pessoas vulneráveis, e em virtude da transfóbica distinção que sofre em razão de sua identidade de gênero merecem especial proteção do Governo, pois são sofrendores de intolerância, e em decorrência disso sofrem com constantes violências marcadas pela crueldade, diferentemente das pessoas cisgêneros, que desconhecem tal prática. (BRUNA BENEVIDES, 2018).

É importante destacar que a violência, em especial a física em face a esses indivíduos é cercada de agressões, e muitas das vezes são apenas um início de uma terrível prática, chegando ao ápice da violência, isto é, a morte. Em razão disso, a busca pelo direito à vida tem se tornado a principal luta dessas pessoas, haja vista, ser o direito mais atacado dada a significativa violência

contra eles em virtude de ficarem mais expostas e sujeitas a violências e a morte pois grande parte são profissionais do sexo, negras e em situação de vulnerabilidade social.

A Violência em frente a essas pessoas vítimas desse crime desumano tem sempre o mesmo perfil, isto é, negras/pretas e pobres, e grande utilizam a prostituição como fonte de renda, devido à dificuldade de inserção no mercado formal de trabalho e a deficiência na qualificação profissional causada pela exclusão social, familiar e escolar. E em decorrência dessa exposição em busca de renda aumenta cada vez mais a violência, uma vez que estão em mais vulneráveis aos agressores.

Isso demonstra o reflexo que a discriminação que existe em face a eles, e é diante dessa indiferença que essas pessoas se sujeitam a trabalhos decadentes, pois não são aceitos como pessoas detentoras de direitos, dessa forma se encontram em alta vulnerabilidade social e por consequência serão expostas aos maiores índices de violência. (BRUNA BENEVIDES, 2020).

A ANTRA (2021) - Associação Nacional de Travestis e Transexuais chamou atenção ao fato de que:

Pelo menos 78% dos assassinatos foram direcionados contra travestis e mulheres trans profissionais do sexo, que são as mais expostas à violência direta e vivenciam o estigma que os processos de marginalização impõem a essas profissionais.

Seguindo o critério de classe social, raça ou gênero, no que tange os assassinatos em face das pessoas trans, a ANTRA em 2021 reafirma que:

Em 2021 pelo menos 78% dos assassinatos foram direcionados contra travestis e mulheres trans profissionais do sexo, que são as mais expostas à violência direta e vivenciam o estigma que os processos de marginalização impõem a essas profissionais.

81% eram travestis/mulheres trans negras - pretas e pardas (de acordo com o Estatuto da Igualdade Racial), explicitando ainda mais os fatores da desigualdade racial nos dados de assassinatos contra pessoas trans.

Em 2021, das 140 vítimas de homicídios, 135 eram travestis/mulheres trans, deixando nítido que a motivação, assim como a própria escolha da vítima tem relação direta com a identidade de gênero (feminina) expressa pelas vítimas, que representam 96% dos casos.

Cumprir destacar que as violências e violações de direitos humanos contra a população trans se intensificaram ao longo dos anos, apesar das constantes lutas para o combate. Vale ressaltar que, muitas das vezes as pessoas pertencentes a comunidade não consegue resistir a ausência do acesso a direitos básicos, e diante de casos intensos recorrem a ações extremas, como os suicídios. Destaca-se que há diversos fatores precisam ser enfrentados, tais como:

1. Proibição das discussões sobre gênero, sexualidade e diversidade nas escolas;
2. Interferência no Estado de uma ideologia religiosa em detrimento do Estado laico;
3. Falta de campanhas de educação/prevenção da violência transfóbica;
4. Ausência de projetos, ações e campanhas sobre educação e empregabilidade para a população trans;
5. Dificuldade no acesso ou negação de atendimento de pessoas travestis e mulheres transexuais nas Delegacias da Mulher e demais aparelhos de proteção às vítimas de violência doméstica;
6. Dificuldade no acesso à saúde, especialmente no acesso aos procedimentos previstos no processo transexualizador e cuidados com a saúde mental;
7. Ausência de casas-abrigo para LGBTI+ que são expulsos de casa, em retorno de migração forçada ou tráfico de pessoas, perseguidos politicamente, em situação de rua ou que, por algum outro motivo, não tenha acesso a moradia/local para viver.
8. Omissão frente às violações de direitos humanos e a necessidade de mapeamento, acompanhamento e controle quantitativo sobre a população trans privada de liberdade;

Assim, é evidente a existência de políticas públicas, dentro e fora do âmbito de segurança pública, a fim de assegurar o acesso à saúde, à educação, ao emprego digno, à segurança, e a dignidade, tornando eficaz o combate à violência.

Dessa forma, viver buscando pela sobrevivência é intolerável, além do mais, os avanços das mortes direcionada a população trans, tem apresentado um aumentado significativo. Essa realidade se agrava a partir da inexistência de uma legislação específica que criminalize a LGBTfobia, como meio de coibir e dar um melhor amparo a essa população. Os assassinatos representam apenas o início de algo extremamente assustador, e dessa forma, conviver com a vulnerabilidade à morte é uma realidade com a qual pessoas trans têm que lidar de forma singularizada, já que não há políticas públicas próprias de proteção para essas pessoas que se encontram no Brasil. (BRUNA BENEVIDES, 2018).

3.1 Proteção dos transgêneros dentro da CIDH

A Comissão Internacional de Direitos Humanos – CIDH define a violência contra as pessoas LGBTQIA+ como uma violência social contextualizada, na qual a motivação do agressor deve ser

entendida como um fenômeno enigmático e de várias facetas, e não apenas como um ato individual.

Nesse sentido, a CIDH reafirma que os atos de violência contra as pessoas LGBT, originalmente conhecidos como crimes de ódio, atos homofóbicos ou transfóbicos, estão bem especificados sob o conceito de violência por preconceito contra as orientações sexuais e as identidades de gênero não normativas. A violência por preconceito nada mais é do que um fenômeno social, que se destina contra grupos específicos, tais como as pessoas LGBT, e tem um impacto alegórico, causando terror generalizado à comunidade LGBT.

Seguindo essa linha, é imensurável a importância em discorrer quanto os Princípios de Yogyakarta, pois eles constituem um conjunto de princípios que orientam a aplicação do direito internacional dos direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero. Os Princípios de Yogyakarta tratam de forma ampla quanto o espectro de normas de direitos humanos.

3.1.1 Direito ao gozo universal dos Direitos Humanos

O princípio, se encontra no Yogyakarta, e versa sobre todos os seres humanos nascerem livres e iguais em dignidade e direitos, e terem o direito em desfrutar plenamente de todos os direitos humanos.

3.1.2 Direito à igualdade e a não-discriminação

O princípio reafirma que todos os indivíduos têm o direito em desfrutar de todos os direitos humanos livres de discriminação, em virtude de sua orientação sexual ou identidade de gênero. Todos e todas têm amplo direito à igualdade perante a lei e à proteção desta, sem que haja qualquer discriminação.

Destacando que a lei deve proibir qualquer discriminação, garantindo a todas as pessoas proteção igual e eficaz contra qualquer uma, caso venha a ocorrer alguma violação aos seus respectivos direitos.

4 PRINCÍPIO PARA A CRIMINALIZAÇÃO DA TRANSFOBIA

4.1 Dignidade da Pessoa Humana

A constituição federal, em seu artigo 1º, inciso III traz a questão do princípio da dignidade da pessoa humana, que consiste na garantia a todos os indivíduos seus direitos as necessidades vitais de cada indivíduo.

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III - a dignidade da pessoa humana;

É importante destacar que o fato do indivíduo integralizar o gênero humano, já é por si só detentor de dignidade. Esta é qualidade pertencente a todos os homens, consecutivo da própria condição humana. Ressalta que constitui a dignidade um valor global, não obstante as variedades culturas dos povos. Apesar de todas as suas diferenças físicas, intelectuais, psicológicas, essas pessoas são titulares de igual dignidade. Embora diferentes em sua identidade, apresentam, pela sua humana condição, as mesmas necessidades e faculdades vitais. (ANDRÉ GUSTAVO CORRÊA DE ANDRADE, 2003).

Nas palavras de Alexandre de Moraes em sua obra "Direito Constitucional" conceitua **dignidade** como:

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 e a busca ao Direito à Felicidade".

Diante disso, a proteção constitucional da dignidade humana e ao direito fundamental para uma autodeterminação de gênero, e não reconhecer o direito fundamental dessas pessoas, implicam na violação de direitos fundamentais, que consistem na possibilidade de ser e de existir como se é, afetando fator basilar para o modo único da pessoa, dificultando as condições sem as quais a autodeterminação e a liberdade sexuais e de gênero, simplesmente deixam de ser possíveis.

4.2 Isonomia

O princípio da isonomia foi reproduzido pela Constituição Federal no artigo 5º, caput, que define "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, isso quer dizer que, quando se trata de estabelecer a igualdade para as pessoas transgêneros é necessário promover o bem de todos, sem preconceitos de quaisquer formas de discriminação.

Nesse ponto, é necessário garantir à sua devida proteção, buscando a efetivação dos direitos humanos, elemento fundamental para a construção do respeito das diversidades.

Por fim, a existência de leis que visam a proteção da comunidade LGBTIQ+ se fazem necessárias para que, ao menos, exista uma base legal mais sólida para a garantia dos direitos de comunidade LGBTIQ+, para que exista a efetivação do princípio da igualdade e dignidade estabelecidas na carta magna de 1988.

5 LEI Nº 7.716, DE 5 DE JANEIRO DE 1989

A lei em questão versa sobre os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, isto é, sobre o crime de Racismo, e destacam em seu artigo 1º e 2º quanto as práticas criminosas, e sua devida punição.

1º Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

Pena: reclusão de um a três anos e multa.

É de importância imensurável frisar que anteriormente a equiparação da lei de Racismo a discriminação do grupo (LGBTQIA+) ao crime de racismo, já havia sido objeto de discussão no congresso nacional acerca da inclusão da criminalização da homofobia através da Projeto de Lei Complementar nº 122/2006), no entanto em decorrência dos regimes internos foi arquivado, além das constantes resistências, principalmente de lideranças religiosas, ao afirmar que a matéria viola o direito à liberdade de expressão e temem ficar sujeitas a penas. Logo, apesar de não tratar diretamente de toda a classe LGBTQIA+, o poder legislativo se manteve omissivo, apresentando como homofóbico, logo, transfóbico também, haja vista as pessoas trans fazem parte da classe e tem correlação aos homossexuais.

É de explícita importância discorrer quanto ao momento do posicionamento do STF em seu julgamento da ADO nº 026, onde reconhece de fato à proteção da comunidade LGBTQIA+ como crime de racismo.

Todavia, apesar de ser evidente que tal aplicação não é suficiente, uma vez que a população necessita de um amparo legal próprio para que dessa forma a sociedade entenda que não se pode naturalizar a violência contra essa comunidade, esta trouxe o reconhecimento dos direitos pertencentes à população LGBTQIA+ a sociedade.

6 ATUAÇÃO DO ESTADO E A INÉRCIA DO PODER LEGISLATIVO

O Estado, ao ignorar a existência da população Trans, e os males impostos a ela, se omitindo diante dos números, está chancelando a continuidade das violações e assassinatos, apesar de ele ser o maior detentor de deveres constitucionais, devendo prestar a devida proteção e segurança à população LGBTI+, ainda mais por se tratar de um grupo minoritário, em comparação com os cisgêneros. (BRUNA BENEVIDES, 2018).

A inobservância do Estado é monstruosa que não há dados formais sobre os assassinatos em comento. A ANTRA, a partir desse descaso decidiu difundir e revelar esta discriminação, que persegue e massacra pessoas, apenas por ser quem é, materializando com esses dados os presentes relatórios. (BRUNA BENEVIDES, 2018).

Seguindo nessa dinâmica ANTÔNIO BATISTA (2020), afirma que apesar de já existir na sociedade quantidade de violência suficiente em face da comunidade, a ponto de pertencerem ao

ordenamento jurídico o Estado permanece estático, pois se quer, faz um panorama para saber o aumento quanto aos crimes.

Em 2019, o ministro do STF Gilmar Mendes destacou quando a essa inércia do legislativo, destacando que:

A omissão do Congresso é grave por deixar de proteger a comunidade LGBTI. Para o ministro, a falta de uma legislação afronta, ainda, a dignidade humana.

[...] Resta claro que a mora legislativa discutida consubstancia inegável insuficiência na proteção constitucional que determina a criminalização da discriminação atentatória à dignidade humana.

No entanto, é notório que a população trans é invisível diante do Estado, apesar das constantes lutas pela visibilidade e reconhecimento da identidade de gênero, sendo possível de se observar a partir da omissão quanto a existência de instrumentos viáveis, além de possíveis políticas públicas que atendam suas gritantes demandas.

7 JULGAMENTO DA ADO Nº 026

Em 03/06/2019, o plenário do STF em unanimidade entendeu que de fato houve omissão do congresso nacional por não criar uma lei específica para criminalizar a homofobia e transfobia visando resguardar direitos básicos da comunidade LGBTQIA+.

E diante disso, os membros por meio de votação reconheceu a criminalização das condutas homofóbicas e transfóbicas reais ou supostas se enquadrariam nos crimes previstos na lei 7.7716/89, garantindo uma qualificadora em homicídios dolosos por configurar motivo torpe, porém, a prática da homofobia e transfobia não alcança e nem restringe o exercício da liberdade religiosa desde que não seja configurada o discurso de ódio.

Dessa maneira, segue o entendimento do STF sobre a ADO 026 e relatado seguinte:

ADO 26 / DF DE MANDADOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO (CF, ART. 5º, INCISOS XLI E XLII), POR TRADUZIREM EXPRESSÕES DE RACISMO EM SUA DIMENSÃO SOCIAL – Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08/01/1989, constituindo, também, na hipótese de homicídio

doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, "in fine").

Portanto, é perceptivo quanto a existência do ativismo judicial visando evitar a dependência do legislativo enquanto perdurar o lapso temporal da chegada da lei será equiparado as condutas homofóbicas e transfóbicas nos delitos previstos na lei 7.716/89.

7.1 Ativismo judicial

Segundo Vladimir Passos de Freitas, o ativismo judicial teve a sua origem após a Segunda Grande Guerra Mundial, com a expansão das declarações de direitos na Declaração Universal de Direitos Humanos da ONU (1948) e nas novas Constituições dos países democráticos.

E reafirma que há duas espécies distintas de ativismo: difuso e concreto. A primeira, geralmente exercida pelo Supremo Tribunal Federal, ao apreciar em ações que envolvem discussão sobre a constitucionalidade de determinadas normas. Elas geram resultados sobre um número indeterminado de pessoas. Já a segunda, é exercida pelos juízes na análise de ações judiciais entre partes interessadas (casos concretos), costuma envolver direitos individuais ou coletivos, nesta hipótese através de ações civis públicas.

Logo, a criminalização da transfobia como racismo decidida pelo STF por analogia, traz de forma clara a prática de ativismo judicial consistente em fazer o que o Congresso se negava a fazer.

7.2 Eficácia da ado 026 e os novos dispositivos legais

No que tange aos assassinatos e violências contra travestis e transexuais é evidente quanto ao crescente números, mesmo antes da criminalização já havia dossiês relatando a situação em questão. Até junho de 2019 não havia legislação que pudessem prestar tutela a essa comunidade, no entanto, após a decisão do STF os números não pararam de aumentar. Partindo dessa premissa, a criminalização não tem se apresentado eficaz, uma vez que o Brasil ainda se mantém como o país é ainda o que mais assassina pessoas trans em todo o mundo pelo 13º ano consecutivo. (Ester Pinheiro, 2022).

Caê Vasconcelos afirma que um dos maiores motivos para essa ineficácia da aplicação da lei de racismo é a dificuldade para denunciar esses crimes, uma vez que o sistema de justiça também reproduz a LGBTIfobia. Poucos estados brasileiros possuem delegacias específicas para o atendimento dessa população. Aos Estados que não possuem, garantem que o atendimento pode ser feito nas demais delegacias, mas, quem é LGBTI+, sabe que a realidade é diferente.

No Brasil ainda há barreiras para o reconhecimento institucional da criminalização, conforme já foi publicado em 2021 pelas pesquisas organizadas pela All Out e coordenada pelo Instituto Matizes, e apontam que, passados dois anos da decisão do STF, a criminalização da LGBTfobia ainda não é uma realidade no país.

Para Kaio de Souza Lemos (2022), homem trans, coordenador da **IBRAT**, ele destaca a falta de boletins de ocorrência é um exemplo da causadora da invisibilidade dessa comunidade,

transformando dessa forma em um crime invisível, dificultando o mapeamento de políticas públicas. Por outro lado, integrantes da ANTRA tem plena convicção que os dados analisados nessa pesquisa não representam exatamente todos os assassinatos e a violência contra pessoas trans. No Brasil a falta de dados oficiais são um problema na criação de políticas públicas, são redes como o **(IBTE)**, a **Antra** e a **Rede Trans** que fazem o levantamento desses dados.

Por fim, Maria Eduarda Camargo Pereira e Helen Correa Solis Neves (2019) destacam que que a criminalização por si só pode não produzir bons resultados. Assim, apostar no poder do Direito Penal para coibir tal forma de preconceito, no atual contexto brasileiro é um erro. Portanto, criminalizar a LGBTfobia é imensamente necessário, a fim de proteger os direitos imprescindíveis dessa parcela da população, porém, não da forma que está sendo feita no Brasil. Antes de tudo, é fundamental que o Poder Judiciário assuma sua real posição e deixe para o Poder Legislativo a função típica de criar leis e, além disso, a educação deve se tornar pauta principal do Poder Executivo, a fim de que, com uma educação de qualidade, seja possível formar melhores cidadãos, com pensamentos e atitudes mais tolerantes. (2019).

8 CONCLUSÃO

O Presente Trabalho de Conclusão de Curso tem por finalidade abordar acerca do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão - ADO nº 026, momento em que o STF criminalizou a prática de violência em face da população LGBTQIA+ por meio da aplicação da lei de racismo nº 7.716/89 até que haja uma lei específica oriunda do congresso nacional.

Destaca-se que tal ato do Supremo Tribunal Federal foi realizado por unanimidade do plenário, e a decisão foi fundamentada na urgência e necessidade quanto a proteção dos direitos fundamentais dessa comunidade, em razão da inércia do poder legislativo.

Quanto a criminalização da transfobia por meio da aplicação da lei de racismo, é evidente que essa não tem se apresentado como um instrumento eficaz para o combate à violência e conseqüentemente para a diminuição dos assassinatos dos transgêneros/transsexuais. Se formos observar os dados disponibilizados pela ANTRA – associação nacional de travestis e transexuais, é possível observar que os números têm crescido demasiadamente, em razão da ausência de proteção por parte do Estado.

A ANTRA aponta que os dados que compõem as pesquisas, de fato, não representam exatamente toda a complexidade que envolve os assassinatos e as violências contra as pessoas trans. Esses dados encontrados são apenas uma parte desses casos, e servem para demonstrar os altos índices, a fim de dar visibilidade quanto a necessidade de políticas públicas focadas na redução de homicídios contra pessoas trans. (Bruna Benevides, 2021).

Apesar das insistentes lutas das pessoas trans pela busca da proteção dos seus direitos, é nítido que apenas as ferramentas existentes não são suficientes, precisando de outros mecanismos a fim de atender tanta demanda. A ANTRA – 2021 reafirma quanto a necessidade da criação de uma lei específica, para que a sociedade entenda de uma vez que não se pode banalizar a violência

em face dessas pessoas, além de dar enfoque quanto a necessidade de reforçar as políticas sociais e de apoio a comunidade LGBTQIA+ e por fim elaborar meios de fortalecer as instituições já existentes que lutam pelos direitos dessas pessoas, além de garantir a proteção de defensores de direitos humanos que visam assegurar a sobrevivência dos transgêneros/transsexuais, em razão deles serem vítimas de constantes violações impactados por fatores sociais. (Bruna Benevides, 2021).

Por fim, salienta-se que o aumento das violências, assassinatos e violações dos direitos fundamentais das pessoas trans traz à tona o reflexo da perseguição por parte dos setores conservadores do Estado, e ataques a existência dessas pessoas, o que acaba por colocá-lo como principal grupo que tem suas vidas precarizadas e expostas a diversas formas de violações, confirmando desse modo que o Brasil vem passando por um método de recrudescimento em relação a maneira com que trata pessoas trans.

9 REFÊRENCIAS

BENEVIDES, Bruna. Mapa dos assassinatos de Travestis e Transexuais no Brasil em 2017. ANTRA: Associação de travestis e transexuais, 2017. Disponível em: <https://antrabrasil.files.wordpress.com/2018/02/relatc3b3rio-mapa-dos-assassinatos-2017-antra.pdf>. Acesso em: 23/04/2022.

BENEVIDES, Bruna. Mapa dos assassinatos de Travestis e Transexuais no Brasil em 2017. ANTRA: Associação de travestis e transexuais, 2017. Disponível em: <https://antrabrasil.files.wordpress.com/2018/02/relatc3b3rio-mapa-dos-assassinatos-2017-antra.pdf>. Acesso em: 23/04/2022.

BENEVIDES, G. Bruna; NOGUEIRA, N. B. Sayonara. DOSSIÊ ASSASSINATOS E VIOLÊNCIA CONTRA TRAVESTIS E TRANSEXUAIS BRASILEIRAS EM 2020. ANTRA: Associação de travestis e transexuais, 2020. Disponível em: <https://antrabrasil.files.wordpress.com/2021/01/dossie-trans-2021-29jan2021.pdf>. Acesso em 17/05/2022.

BENEVIDES, G. Bruna; NOGUEIRA, N. B. Sayonara. DOSSIÊ ASSASSINATOS E VIOLÊNCIA CONTRA TRAVESTIS E TRANSEXUAIS BRASILEIRAS EM 2021. ANTRA: Associação de travestis e transexuais, 2020. Disponível em: <https://antrabrasil.files.wordpress.com/2021/01/dossie-trans-2021-29jan2021.pdf>. Acesso em 28/10/2022.

GONÇALVES, Antonio B. STF e a criminalização da homofobia. Migalhas de peso, 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/319644/stf-e-a-criminalizacao-da-homofobia>. Acesso em 05/03/2022.

LAKATOS, E. M.; MARCONI, M. DE A. Metodologia do trabalho científico. São Paulo: Atlas, 2014.

LEMONS, Kaio de Souza. Há 13 anos no topo da lista, Brasil continua sendo o país que mais mata pessoas trans no mundo. Brasil de Fato: uma visão popular do Brasil e do Mundo. Disponível em <https://www.brasildefato.com.br/2022/01/23/ha-13-anos-no-topo-da-lista-brasil-continua-sendo-o-pais-que-mais-mata-pessoas-trans-no-mundo>. Acesso em 17/04/2022.

LUÍS, Pedro G.G; CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA E TRANSFOBIA: PROTEÇÃO LEGISLATIVA INSUFICIENTE, 2020. Disponível em <https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/prefix/14286/1/Pedro%20Gastal%2021551547.pdf>. Acesso em 07/11/2022.

MEIRELES, Wesley Silva. Criminalização da homofobia e transfobia: análise do julgamento da ADO n. 26 pelo STF. 2020. Monografia (Graduação em Direito) - Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2020.

OLIVEIRA, Mariana; BÁRBIERI, Luiz Felipe. STF permite criminalização da homofobia e da transfobia, 2019. Disponível em <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/06/13/stf-permite-criminalizacao-da-homofobia-e-da-transfobia.ghtml>. Acesso em 08/03/2022.

PEREIRA, Maria E. C; NEVES, Helen C. S. Criminalização da LGBTfobia: Uma problematização necessária. Jus.com, 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/75791/criminalizacao-da-lgbtfobia>. Acesso em: 25/03/2022.

PINHEIRO, Ester. Há 13 anos no topo da lista, Brasil continua sendo o país que mais mata pessoas trans no mundo. Brasil de Fato: uma visão popular do Brasil e do Mundo. Disponível em <https://www.brasildefato.com.br/2022/01/23/ha-13-anos-no-topo-da-lista-brasil-continua-endo-o-pais-que-mais-mata-pessoas-trans-no-mundo>. Acesso em 17/04/2022.

Princípios de Yogyakarta. Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero, Indonésia, 2006

Supremo Tribunal Federal. ADO 26. Íntegra da tese. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/939911266/acao-direta-de-inconstitucionalidade-por-omissao-ado-26-df-9996923-6420131000000>. Acesso em 05/04/2022.

TEIXEIRA. Carla A. S; AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO Nº 26 E MANDADO DE INJUNÇÃO Nº 4733, 2019. Disponível em <https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/prefix/13724/1/21500456.pdf>. Acesso em 01/11/2022.

DIREITOS FUNDAMENTAIS DE CIDADÃOS NUMA ORDEM JURÍDICA GLOBAL E DIGITAL: A EFICÁCIA DO ACESSO A INTERNET COMO DIREITO FUNDAMENTAL.

LUANNY PEREIRA SILVA

JOSSANNER NERY NOGUEIRA LUNA

(orientador)

Resumo: O tema em pauta foi escolhido por tamanha relevância social, no âmbito global, pois muda a vida de pessoas a simples inclusão de todos os cidadãos e classes sociais, ao acesso à internet. É um direito essencial para inclusão e digitalização para todos os tipos de pessoas, implica no crescimento profissional e desenvolvimento humano. Desse modo as classes sociais mais pobres e os países menos desenvolvidos perdem mais um elemento fundamental para o desenvolvimento da cidadania plena individual. Usando o método dedutivo e a partir de revisões bibliográficas, analisou-se o surgimento de novos direitos na sociedade da informação sob o prisma da teoria geracional dos direitos fundamentais, alocando-se a conectividade como inerente à quinta geração, graças a seu caráter emancipador no exercício da cidadania, e o acesso à internet como garantia primordial para exercício desse direito, cuja essência consiste em propiciar a interligação de vários princípios e outros direitos também fundamentais.

Palavras-chave: Direito fundamental. Acesso. Internet. Conectividade. Meio digital.

Abstract: The topic in question was chosen due to such social relevance, at the global level, as it changes people's lives with the simple inclusion of all citizens and social classes in accessing the internet. It is an essential right for inclusion and digitalization for all types of people, it implies professional growth and human development. In this way, the poorest social classes and the least developed countries lose yet another fundamental element for the development of full individual citizenship. Using the deductive method and from bibliographic reviews, the emergence of new rights in the information society was analyzed through the prism of the generational theory of fundamental rights, allocating connectivity as inherent to the fifth generation, thanks to its emancipatory character in the exercise of citizenship, and access to the internet as a primary guarantee for the exercise of this right, whose essence is to provide the interconnection of various principles and other fundamental rights.

Keywords: Fundamental right. Access. Internet. Connectivity. Digital medium

Introdução

No momento em que se pensa, no acesso à internet, e em que sentindo ela se torna importante a tal ponto de virar um direito fundamental na vida das pessoas, deve-se levar em consideração todos os atos em que usá-la se torna necessária, comum ou até mesmo por comodidade.

No mundo de hoje, é quase impossível não precisar de internet em algum momento do dia, pois a mesma tem função necessária em todos os tipos de comunicações, seja no trabalho, na

escola, faculdade, no trânsito, nos hospitais e etc., tudo isso tornou o acesso à internet um direito fundamental ao cidadão, e a problemática em pauta é justamente a eficácia desse direito na vida das pessoas.

O que está sendo feito pelo responsável da nutrição dos direitos fundamentais na vida das pessoas, para sanar a necessidade que cada cidadão tem de usar a internet? Deve-se levar em consideração um caso em concreto que aconteceu a pouco tempo no mundo inteiro, a pandemia do Corona vírus.

No momento em que uma pandemia afetou a vida das pessoas e as deixou impossibilitadas de se locomover aos lugares, a internet se tornou a única opção de comunicação e acesso a todos os serviços de tal forma que até mesmo os atendimentos médicos estavam sendo realizados muitas vezes por chamadas de vídeo entre o médico e o paciente, não indo muito longe, antes mesmo da pandemia cirurgias já eram realizadas nesse estilo, em que outros médicos participavam por vídeo chamada feita pela internet.

Até mesmo quando o governo brasileiro disponibilizou o auxílio emergencial para as pessoas afetadas pela paralização da pandemia e pessoas vulneráveis socialmente e principalmente financeiramente, era necessário um acesso a celular ou computador que tivesse internet para que a solicitação e todos os tramites de saque ou pagamentos fossem feitas em cada mês.

Analisando ao que se sabe de ações realizadas não somente no Brasil, mas também em outros países, busca-se ter os resultados da eficácia do acesso à internet como um direito fundamental, e na falta de ações, demonstrar o que pode ser feito para que haja uma concreta realização desse direito na vida das pessoas.

O DIREITO DE ACESSO A INTERNET

Os motivos que me levaram a esta pesquisa, foi o pico de necessidade ao acesso à internet que aconteceu durante a pandemia e que com certeza não terá regressão nas ideias implantadas.

Neste sentido, é notória a relevância social desta pesquisa, visto que as pessoas sem nenhuma possibilidade de usar as tecnologias, e acessar a internet, para viver no mínimo em igualdade de possibilidades com outras pessoas, por ser a internet um direito fundamental, podem não ter a mínima possibilidade de ter acesso total a esse direito, o que nos leva a notar também, como é levado em consideração os direitos fundamentais das pessoas no nosso país.

Quando se fala em eficácia de um direito, busca-se saber, o que de fato tem sido feito pelo estado, para sanar a necessidade de quem precisa, no sentido do direito em si. Em se tratando do direito fundamental do acesso à internet, busca-se então notícias de políticas e ações feitas nesse exato sentido, que é garantir o acesso à internet para quem precisa.

Este artigo tenta determinar a conectividade, especialmente por meio do acesso à internet como direito fundamental, especialmente por estar consubstanciado nos mecanismos de interação

social, participação política e disseminação do conhecimento/informação para o exercício da dignidade humana na sociedade moderna.

Utilizando métodos dedutivos e revisões bibliográficas, sob o prisma da teoria da geração dos direitos fundamentais, analisa-se o surgimento de novos direitos na sociedade da informação, que se beneficiam de seu caráter emancipatório no exercício cívico e do acesso à Internet como garantia originária. A essência do exercício desse direito é proporcionar a interligação de princípios e outros direitos fundamentais, como a liberdade de expressão, a cidadania, o direito à informação e a liberdade de comunicação.

“Sabidamente, a internet tem sido instrumento precioso para o desenvolvimento da democracia, tendo inclusive promovido manifestações históricas, como a iraniana contra Mahmud Ahmadinejad, acusado de fraudar sua reeleição” (RANGEL, 2015).

Em contrapartida, de acordo com Roncolato (2012), um dos fundadores da internet e vice-diretor do Google, Vint Cert, criticou a publicação da ONU que determina que acesso à rede é um direito humano fundamental. Na visão do pesquisador, a internet tem apenas o papel de permitir a difusão de conhecimento.

A tecnologia é um ativador de direitos, mas não um direito por si só. Existem altos padrões para determinar se algo é um direito humano. Devem ser itens que os seres humanos precisam para ter uma vida saudável e significativa, como proibição da tortura e liberdade de opinião. É um erro colocar qualquer tecnologia em particular nesta importante categoria. O tempo vai mostrar que estamos valorizando as coisas erradas (RONCOLATO, 2012, p. [?]).

Como resultado, em suma, verificou-se que a conectividade se caracteriza como forma para efetivação de outros direitos fundamentais, enquanto o acesso à internet é um dos instrumentos com aptidão à concretização desses direitos.

Na mesma linha de pensamento do autor português, Bilbao Ubillos considera a diversidade estrutural dos direitos fundamentais. Na Constituição se encontram direitos, de cunho fundamental, que se dirigem normalmente às relações privadas. Em outro extremo há aqueles direitos, que por sua natureza, são oponíveis apenas em face do Estado. De qualquer modo, o juízo definitivo ocorrerá mediante o caso concreto, dentro das circunstâncias de cada caso.

A IMPORTÂNCIA DO ACESSO A INTERNET

Como você imaginaria um mundo sem internet hoje? Hoje, é difícil imaginar a vida cotidiana sem as redes sociais. E-mail, buscadores e relacionamentos eletrônicos, comércio eletrônico, transações bancárias, enfim, a Internet e seus efeitos estão presentes em tudo que nos cerca, sem dúvida com implicações jurídicas.

Ao longo dos últimos 50 anos, a Internet se desenvolveu, popularizou e entrou na vida dos seres humanos em todo o mundo, e é inegável que a Internet oferece muitas formas de acesso à comunicação e facilidades sociais em todo o mundo.

Com apenas um clique, você pode interagir com pessoas de todo o mundo a qualquer momento. A distância, no mundo da internet, não existe, e as pessoas se tornam mais íntimas e se comunicam pelas redes sociais.

Atualmente, com a popularidade e democratização do acesso às redes sociais, sociedades inteiras de diversos países se organizam por meio da Internet, e essas são realidades que existem em todos os níveis. Isso porque as redes sociais, antes apenas um meio de entretenimento e algo sem importância até mesmo política, agora ganham força na reportagem de protestos, conflitos, guerras, política, assuntos polêmicos, conflitos étnicos, manifestações, encontros sociais e românticos, relacionamentos e informações de todos os tipos.

Além disso, existe em atividades laborais, áreas hospitalares, áreas comerciais e áreas econômicas. A inclusão digital é considerada um direito fundamental, como o direito à água, luz, informação, saúde, privacidade etc. "O direito de uso da Internet e das novas tecnologias digitais deve prevalecer sobre todos os outros direitos, pois é cada vez mais comum hoje que outros direitos funcionem adequadamente".

Nessa linha de pensamento a internet como um todo é, sem dúvida, um espaço aberto e democrático entre ricos e pobres, sem distinção, sem olhos, cor de pele, credo, gênero ou origem, um território global de trânsito livre e sem fronteiras.

Deve-se enfatizar que ainda hoje, apesar da Internet e de seu papel no mundo, ainda existem cerca de 3,5 bilhões de pessoas conectadas à Internet e surpreendentes 5 bilhões de pessoas inacessíveis e excluídas do mundo digital. A Internet é a porta de entrada da informação e o combustível da democracia, mas o acesso à informação é necessário.

O que acontece na internet hoje em dia, surpreendentemente, no século 21, alguns países como Irã, Mianmar, Cuba e China estão ameaçando cada vez mais a liberdade na rede, por exemplo, por meio de controle de conteúdo e censura, o que por si só indica uma violação do direito à informação e à liberdade.

A Organização das Nações Unidas (ONU) deixou claro que o acesso à Internet é um direito humano e que desconectar as pessoas da Internet viola esse direito. O artigo 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos garante o direito de todos à informação:

"Artigo 19: Todos os seres humanos têm direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras."

As Nações Unidas acreditam que cortar o acesso à Internet, por qualquer boa razão, e usar a violação de propriedade intelectual como justificativa, "é uma violação do artigo 19". Na Internet

o acesso à informação na rede promove muitas oportunidades e facilidades, principalmente no desenvolvimento social, como educação acessível e inclusiva etc., e o poder do Estado de não interromper esse acesso é totalmente necessário.

Como um exemplo disto, temos recentemente a guerra na Ucrânia, do qual a queda do acesso as redes de comunicação online, causou um caos, de nível tamanho a aumentar as baixas não só de vidas, mas também de dignidade, o que acabou levando a ações de personagens externos a história, com poderio econômico suficiente, para reativar essa possibilidade de conexão.

A inclusão digital é a democratização do acesso à tecnologia da informação, permitindo que todos entrem na sociedade da informação. A inclusão digital também significa simplificar seu dia a dia e maximizar seu tempo e potencial.

Importante a leitura de Celso Bastos:

[...] os direitos fundamentais são, em princípio (na medida do possível), diretamente aplicáveis, regra que, no entanto, comporta duas exceções: a) quando a Constituição expressamente remete a concretização do direito fundamental ao legislador, estabelecendo, por exemplo, que este somente será exercido na forma prevista em lei; b) quando a norma de direito fundamental não contiver os elementos mínimos indispensáveis que lhe possam assegurar a aplicabilidade, no sentido de que não possui a normatividade suficiente à geração de seus efeitos principais sem que seja necessária a assunção, pelo Judiciário, da posição reservada ao legislador. (BASTOS, p. 264)

Analisando tal pensamento, liga-se a conclusão, de que sem a iniciativa dos legisladores, ou dos que estão numa certa posição de poder, assim como o direito a internet, várias outras normas fundamentais, não são efetivamente prestadas a população, trazendo problemas de inclusão social, falta de oportunidade e incentivo para as classes menos favorecidas de condição social etc.

Considerações Finais

Neste sentido conclui-se que, em se tratando da realidade brasileira, notadamente injusta e desigual, cuja concentração de renda recai nas mãos de poucos, e do modelo de Estado Social, consagrado na Constituição de 1988, voltado para a promoção da igualdade substantiva, evidencia-se a necessidade de maior rigorosidade em aplicar a oportunidade de acesso a internet a todo cidadão, seja nas escolas, nas prefeituras, onde se fizer a necessidade, que haja oportunidade.

Para isso é necessário um esforço conjunto dos poderes federais, estaduais e municipais, além de que haja informação, pois mesmo que se crie programas para que as pessoas tenham mais oportunidades, também é necessário que essa informação chegue aos ouvidos de quem precisa, através de propaganda em rádios, tvs e veículos de comunicação.

Assim sendo o remédio para a desigualdade, no que tange em sentido ao acesso a internet, é a efetivação de ações sociais em contrapartida com o uso dos veículos de comunicação.

Conclui-se então que os direitos fundamentais variam conforme a ideologia, a modalidade de Estado, a espécie de valores e princípios que a Constituição consagra, tendo como elementos definidores os valores considerados como essenciais da nossa cultura.

Os direitos fundamentais nascem e se desenvolvem com as Constituições nas quais foram reconhecidos e assegurados. Logo, cada Estado tem seus direitos fundamentais específicos e, de qualquer modo, "os direitos fundamentais são essa forma indispensável e universal, de todos, de realização da liberdade." "Os direitos fundamentais são a bússola das Constituições", de tal sorte que "não há constitucionalismo sem direitos fundamentais."

Referências

AGÊNCIA BRASIL. **Marco Civil da Internet garante qualidade da rede e proíbe corte do serviço.** TNH1, Maceió, 23 abr. 2016. Disponível em: < [Marco Civil da Internet garante qualidade da rede e proíbe corte do serviço | Agência Brasil \(ebc.com.br\)](#) >. Acesso em: 31 ago. 2016.

AQUINES, Thiago. **O que muda com o limite de uso dos planos de internet banda larga?** 2016. Disponível em: < [Tiago Aquines - Advogado OAB/RS 84.513: O que muda com o limite de uso dos planos de internet banda larga?](#) >. Acesso em: 31 ago. 2016.

BASTOS, Celso apud SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, p. 264.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, p. 561.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, p. 615- 616.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da Republica Federativa do Brasil:** promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Juarez de Oliveira. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. 168 p. (Série Legislação Brasileira).

CAVALCANTE FILHO, João trindade. **Teoria geral dos direitos fundamentais.** Disponível em: < [Joao Trindade - Teoria Geral Dos Direitos Fundamentais | PDF | Constituição | Estado \(scribd.com\)](#) >. Acesso em: 31 ago. 2022.

COURTIS, Christian. **La Prohibición de Regressividad en Materia de Derechos Sociales:** Apuntes Introductórios, in: COURTIS, Christian (Org.). Ni Un Paso Atrás. Buenos Aires: Ed. Del Puerto, 2006.

HARTMANN, Ivar Alberto Martins. **O acesso à internet como direito fundamental.** Porto Alegre: PUCRS, 2007. TCC (Graduação), Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Disponível em: < [Microsoft Word - Ivar A. M. Hartmann.doc \(ufsc.br\)](#) >. Acesso em: 29 ago. 2022.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Censo Demográfico 2010**: sinopse do censo e resultados preliminares do universo. Rio de Janeiro: IBGE, 2011. Disponível em: < [Censo 2010 | IBGE](#) >. Acesso em: 29 ago. 2022.

LOPES, Liliana. **A eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídica privada**. Disponível em: < [Dissertação Liliana Lopes Nery 2012 \(ufmg.br\)](#) > acesso em 01 de out. de 2022

MARCON, João Paulo Falavinha. **O acesso à internet como um direito humano fundamental, perante as legislações internacional e brasileira**. 2013. Disponível em: < [www.academia.edu/3068120/O acesso à internet como um direito humano fundamental perante as legislações internacional e brasileira](http://www.academia.edu/3068120/O_acesso_a_internet_como_um_direito_humano_fundamental_perante_as_legisla%C3%A7%C3%B5es_internacional_e_brasileira) >. Acesso em: 28 ago. 2022.

MORAES, Eduardo de Abreu; FRANÇA, Viviane Souza. **Acesso à internet banda larga como direito fundamental do cidadão**. 2014. Disponível em: < www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=5159f683253665f2 >. Acesso em: 29 ago. 2022.

NUNES, Emily Canto. **MP investiga novos planos de internet fixa com limite de consumo de dados**. IG, São Paulo, 03 mar. 2016, Tecnologia. Disponível em: < [MP investiga limite de consumo na banda larga fixa – Tecnoblog](#) >. Acesso em: 25 ago. 2022.

PINHO, Rodrigo Rebelo. **Teoria Geral da Constituição e Direitos Fundamentais**. Ed. 12 – São Paulo: Saraiva, 2012.

RANGEL, Tauã Lima Verdan. **Comentários ao reconhecimento do Direito à Internet como Direitos Humanos**: primeiros apontamentos. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVIII, n. 139, ago 2015. Disponível em: < [Conteúdo Jurídico | Comentários ao reconhecimento do Direito à Internet como Direitos Humanos: Primeiros Apontamentos \(conteudojuridico.com.br\)](#) > . Acesso em: 31 ago. 2022.

SALGADO, Joaquim Carlos. **Princípios Hermenêuticos dos direitos fundamentais**, p. 246.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SALGADO, Joaquim Carlos. **Princípios Hermenêuticos dos direitos fundamentais**, p. 246.

_____. Senador Ricardo Ferraço. Senado Federal. **PL 174/16**: Insere o inciso XIV no art. 7º da Lei 12.965, de 23 de abril de 2014, para vedar a implementação de franquia limitada de consumo nos planos de internet banda larga fixa. 2016. Disponível em: < [PLS 174/2016 - Senado Federal](#) >. Acesso em: 25 set. 2022.

TEIXEIRA, Sérgio. **Como o furacão Netflix está transformando a televisão**. Revista Exame, 11 mar. 2015. Disponível em < [Como o furacão Netflix está transformando a televisão | Exame](#) > . Acesso em: 31 ago. 2022.

UBILLOS, Juan María Bilbao. La eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales en el ordenamiento español. In: MONTEIRO, António Pinto, NEUNER, Jörg, SARLET, Ingo (Organizadores). **Direitos Fundamentais e Direito Privado: uma perspectiva de direito comparado**, p. 180-189.

VASCONCELLOS, Marina de Oliveira; LUIZ, Fernando Vieira. **O princípio da proibição do retrocesso social e sua importância na contemporaneidade**. Revista da ESMESC, v. 22, n. 28, p. 39-58, 2015.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA E A VEDAÇÃO DO POLIAMORISMO

JEFTE DE SOUZA LIMA:
graduando do Curso de
Direito do Centro
Universitário Santo Agostinho
(UNIFSA).

ISAMAYLA MACEDO PINHEIRO LEAL⁷³

(coautora)

FRANCISCA JULIANA CASTELLO BRANCO EVARISTO DE PAIVA⁷⁴

(orientadora)

RESUMO: O presente artigo visa discorrer de forma clara sobre as problemáticas que cercam o tema Poliamorismo. partindo-se de um apanhado da evolução histórica das formações familiares com vista a expressar a mutabilidade dos moldes de família e do entendimento doutrinário sobre o assunto. Ainda, demonstra-se, em contrapartida, a dificuldade de aceitação das diversas feições de família, centrando-se no entendimento doutrinário que elenca a reprodução do patriarcalismo como causa de resistência da sociedade, assim como aborda a tendente interpretação jurisprudencial engessada que desvela a omissão legislativa quanto a necessidade de acompanhar a evolução sociale afetiva, fato que pode ser observado no posicionamento do Conselho Nacional de Justiça em Pedido de Providências – 0001459-08.2016.2.00.0000. Ocorre que tais posicionamentos geram um sistema excludente, no sentido de negar aos que fogem ao padrão reproduzido pela lei, ate o momento, o exercício de direitos fundamentais indiscutivelmente garantidos na Constituição Federal, tais quais, a liberdade de escolha, a livre formação familiar, a dignidade. Não obstante, elencou a atribuição de natureza principiológica a monogamia como fator para o cenário atual de desamparo ao modelo familiar Poliamorista. Para tanto, utilizou-se de pesquisa bibliográfica a partir de método indutivo.

Palavras-chave: poliamor, afeto, monogamia como valor, direito a felicidade, liberdade de escolha.

1INTRODUÇÃO

⁷³ graduando do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho(UNIFSA).

⁷⁴ Bacharel em Direito. Advogada. Professora. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS).

É inaceitável fechar os olhos ao fato de as relações amorosas e formatos de família estarem cada vez mais flexíveis. O espaço dominado pela monogamia em uma sociedade estruturada com base no patriarcalismo hoje é marcado pelo surgimento de novas constituições familiares e afetivas, com formatos diversos.

Ocorre que, tais mudanças geram discussões sociais, uma vez que, não é de fácil aceitação pelos ainda atados a noções patriarcais padronizadas de família formada por um homem e uma mulher, apenas, o que é refletido em nosso ordenamento jurídico. Ocorre que, tal flexibilização ganhou amparo legal pela constituição de 1998, pela qual fica assegurada a família a especial proteção do Estado, abarcando suas diferentes formas e arranjos e respeitando a diversidade das constituições familiares, entretanto, o mesmo não ocorreu no código civil, o que implica nas interpretações hostis dadas ao tema.

Resta importante frisar sobre a figura do poliamorismo que é, em poucas palavras, a relação estável que envolve afetividade entre mais de duas pessoas que se conhecem e se aceitam amorosamente, que vem desacortinando discussões no direito, como, a decisão do CNJ (Conselho Nacional de Justiça) pela qual restou vedado aos cartórios brasileiros proceder as escrituras públicas de relações poliafetivas.

Não obstante, entre os argumentos para tal tomada de decisão está o de que a sociedade brasileira tem a monogamia como elemento estrutural o que faz com que os tribunais repilam relacionamentos que apresentem paralelismo afetivo. Ocorre que, ao vedar que seja a união poliamorística matéria de lavratura de escritura pública como união estável acaba por limitar à autonomia de vontade das partes e impossibilitar para tais casais a conquista de livre afetividade e vivência digna na sociedade brasileira.

Ainda, é argumentado pelo CNJ que a família é um fenômeno social e cultural com aspectos antropológico, social e jurídico que refletem a sociedade de seu tempo e lugar. As formas de união afetiva conjugal – tanto as “matrimonializadas” quanto as “não matrimonializadas” – são produto social e cultural, pois são reconhecidas como instituição familiar de acordo com as regras e costumes da sociedade em que estiverem inseridas.

Quanto ao tema, em decorrência da resistência da sociedade e do não amadurecimento do debate, para a ideia de ilegalidade ou mesmo de equiparação ao concubinato, entretanto, os institutos não podem ser equiparados ou confundidos. Ainda em se tratando do entendimento de ilegalidade, argumenta-se que não está de acordo com os moldes do ordenamento constitucional e civil, visto que apenas se prevê a figura da relação baseada na monogamia, nesse viés, vale ressaltar que não existe nenhum regramento que expressamente proíba o poliamorismo, como faz com o concubinato.

Nesse viés, em um país alicerçado no pluralismo político, a intervenção do estado deve se voltar a proteção e não de exclusão, não podendo predeterminar quais modelos de entidade familiar que se pode constituir. Deste modo, evidencia-se a necessidade da sociedade efetivar a prática e reprodução de respeito que deve ser dado ao direito de

liberdade de escolha e constituição familiar, uma vez que, tal direito, assim como outros que são garantidos pelo ordenamento são inatos a dignidade humana.

O presente artigo foi desenvolvido através de uma pesquisa bibliográfica narrativa com abordagem indutiva com vista a analisar a decisão tomada pelo Conselho Nacional de Justiça, diante Pedido de Providências – 0001459-08.2016.2.00.0000, quanto ao registro por cartórios de uniões não monogâmicas e as questões que essa decisão levanta quanto a formação familiar moderna, assim como busca estabelecer possíveis respostas, ou nos aproximarmos de respostas, a partir de questões mais amplas, partindo-se do estudo ou análise de materiais já elaborados, preferencialmente livros e artigos científicos.

Ainda, segundo Monteiro (2019), o método indutivo possibilita a comprovação de verificação de uma tese particular para o geral a partir da observação. Nesse sentido, o método de abordagem utilizado foi o indutivo, partindo da consulta de obras, legislação e jurisprudência brasileira atinente à temática para que sejam geradas conclusões amplas, gerais, universais organizando o raciocínio sem intenção de esgotar o assunto que merece especial atenção.

1 A evolução do Direito de Família no Brasil

A família é a realidade sociológica que constitui a base do Estado, o núcleo fundamental do qual todas as organizações sociais dependem em qualquer situação cotidiana ao considerá-la, a família parece ser um elemento necessário e Sagrado, merece a mais ampla proteção do Estado (GONÇALVES, 2022).

A família é, obviamente, a instituição que mais sofre e é afetada por pela cultura, sociedade, direito e religião, pois atualmente, cada entidade familiar busca a felicidade porque são apoiadas nos relacionamentos para sobreviver. Assim, o conceito de família já não se limita ao aspecto exclusivo da relação heterossexualidade, tornando o casamento e a fertilidade obsoletos, indica a existência de uma entidade familiar (DOMINGOS, 2013).

Durante o Século VIII, as civilizações Gregas e Romanas, tinham relações diferentes do que vemos atualmente, pois a família girava em torno do poder patriarcal, ou seja, no marido ou no pai. No entendimento de (JATOBÁ, 2016), a história é bem clara em seu rito temporal, que na Idade Média, a Igreja Católica teve grande influência na formação de núcleo familiar que por muitos é considerado certo, caracterizada ou composta por uma relação monogâmica entre homem e mulher.

Já no século XVI, os Jesuítas tiveram uma importante parcela na formação e catequização dos índios e com isso impondo formações sociais e morais nos costumes dos indígenas, como a valorização da castidade e da repreensão de famílias que moravam e se agrupavam debaixo do mesmo teto, como também a união de parentes da mesma família.

No século XX, a sociedade brasileira ainda era patriarcal, hereditária e conservadora. Orientada pelos princípios, a composição familiar mais aceita era a de pai, mãe e filhos. Assim, o casamento devia ser monogâmico e indissolúvel. Além disso, é a

eventual entrada da mulher no mercado de trabalho, o controle da natalidade por meio da disseminação de anticoncepcionais, o surgimento de novos valores na criação dos filhos e a despersonalização nas relações sociais. Aos poucos, as pessoas reconheceram o enfraquecimento da igreja e a impossibilidade de manter casamentos baseados em relacionamentos insatisfatórios.

Assim Dias (2021, p.145) ensina:

A família tinha viés patriarcal, e as regras legais refletiam esta realidade. A influência religiosa persistiu. Somente era reconhecida a família unida pelos sagrados laços do matrimônio, por ser considerado um sacramento, ou seja, sagrado em sua origem. Não havia outra modalidade de convívio aceitável. O casamento era indissolúvel. A resistência do Estado em admitir outros relacionamentos era de tal ordem, que a única possibilidade de romper com o casamento era o desquite, que não dissolvia o vínculo matrimonial e, com isso, impedia novo casamento.

Segundo Maria Berenice Dias, no Código Civil de 1916, o casamento é inseparável, portanto, mesmo que a possibilidade de separação seja de fato ocasionada por “disputas”, sob esse ponto de vista a relação conjugal ainda é imutável, dominante, formal, mesmo em o fim de um casamento, o fardo da preocupação passa do homem para a mulher. Como o casamento não é dissolvido, o ônus do cuidado ainda existe, pelo menos do homem para a mulher, dependendo de sua inocência e necessidade, e assim é reconhecido no processo de divórcio. A preocupação não é a necessidade, mas o comportamento moral da mulher.

O judiciário brasileiro tem tomado decisões que aplicam os princípios e normas previstos na Constituição Federal de 1988, em alguns casos, contrariando o sentido literal de suas

disposições, como, por exemplo, no Acórdão nº 4.277 Ação Direta Inconstitucional, estendendo os direitos e obrigações inerentes às uniões estáveis heterossexuais às uniões estáveis homossexuais.

No texto da Carta Magna de 1988 foi aceito um conceito mais amplo de família, tendo uma pluralidade em suas formações, como a família monoparental, homoafetiva, anaparental e unipessoal, tendo os vínculos afetivos como base para tornar aqueles que não têm um dos pais, por algum motivo específico, sendo esse fruto da adoção, e é bem-vindo.

Ensina Maria Berenice Dias (2021):

Faz-se necessário ter uma visão pluralista da família, abrigando os mais diversos arranjos familiares, devendo-se buscar a identificação do elemento que permita enlaçar no conceito de entidade familiar todos os relacionamentos que têm origem em um elo de afetividade, independentemente de sua formação. O desafio de hoje é achar o toque identificador das estruturas interpessoais que permita nominá-las como família. Esse referencial só pode ser identificado na afetividade.

Vale salientar, que durante a história o Direito de Família foi o que mais evoluiu em todos os seus aspectos, principalmente no âmbito legislativo, onde os diferentes tipos de formação familiar ganharam força nas leis que resguardam o direito de amar, independentemente de qual forma seja.

2 A monogamia como Principio e como valor

Para Engels (2002), a monogamia foi a primeira espécie de formação familiar não baseada em condições naturais, mas em condições econômicas, um triunfo da propriedade privada espontânea sobre a propriedade privada (Engels, 2002, p. 75). Basicamente uma forma de perpetuar uma propriedade. Ele, ainda, descreve claramente a heterogeneidade masculina, que está ligada ao casamento monogâmico, uma vez que os homens mantêm relações fora do casamento, consideradas naturais, e apenas os filhos ilegítimos não são reconhecidos.

Nesse sentido, a monogamia é um sistema de propriedade privada estabelecido na Grécia antiga e no Oriente Médio que visa delinear as constituições familiares, restringir a liberdade sexual das mulheres, proteger as relações entre pais e filhos e iniciar o patriarcado com homens solteiros como núcleo.

Os princípios são a fonte do direito, têm a natureza de obrigações e são proposições ideais que restringem e orientam a compreensão do ordenamento jurídico. Eles são normativos e são as diretrizes centrais que sustentam a lei e fornecem subsídios para sua adequada interpretação e aplicação.

Não obstante, um princípio, enquanto lei moral, é um valor que orienta um indivíduo a aderir a um determinado comportamento, e está relacionado à liberdade pessoal, pois, apesar de ser influenciado pelo processo de socialização, um princípio se estabelece sem imposição. Como a monogamia é um princípio que "deveria" ser imposto a todos, suprime a liberdade individual e mina a autonomia privada.

A monogamia é a teoria enraizada e reproduzida na sociedade brasileira quanto a estruturação do Direito de Família, sendo, conseqüentemente, o argumento predominante utilizado diante de levantamento em sentido contrário ao reconhecimento da formação familiar poliafetiva. Nesse âmbito de discussão para a inserção da classificação do tema, se

deve ser entendida como de natureza principiológica ou valorativa, quando de sua interpretação e aplicação.

Diante a celeuma, é imprescindível diferenciar-se a força normativa e o papel que exerce o valor e o princípio no âmbito hermenêutico. Vale destacar que não podem ser confundidos, já que, resultam em consequências jurídicas diversas.

Enquanto os princípios têm sentido deontológico- relativo às normas e aos preceitos que guiam o sujeito moralmente-, os valores não indicam consequências jurídicas pelo não cumprimento do comportamento desejado; portanto, os valores não são considerados normas, indicam apenas relações de preferência de ação. Em outras palavras, ao contrário dos valores que apenas refletem valor qualitativo as condutas, os princípios têm conteúdo de caráter normativo; pertencem ao plano deontológico com tónus de coercibilidade e sua aplicação implica um dever ser que propõe uma avaliação de lícito ou ilícito (FIÚZA; POLI, 2016).

Tendo então essa força obrigatória e cerceadora, a definição da monogamia como princípio deve ser entendido como ameaça à igualdade, ameaça à autonomia privada de escolha dos sujeitos com vista a pluralidade familiar, ou seja, a liberdade, liberdade essa alcançada com a ampliação efetivada pelos da CF/88 que mitigou o patriarcado enraizado, também motivo para a perpetuação do padrão monogâmico e inflexível.

Considerar a monogamia como um princípio é dar a esse instituto a força de norma, e dar-lhe essa força de norma é dar respaldo a interpretações destoadas ao texto constitucional. Adotar essa postura de interpretação é alijar ou mesmo desconsiderar a diversidade de realidades familiares e negar proteção a diversos núcleos familiares (FIÚZA; POLI, 2016).

Corroborar a esse entendimento a jurista Maria Berenice Dias (2022), ao dizer:

Principalmente no âmbito do Direito das Famílias, vã é a tentativa de engessar comportamentos dentro de parâmetro pré-estabelecidos e conservadores. As consequências são desastrosas.

Afinal, condenar à invisibilidade o que foge do modelo convencional eleito como único e aceitável, provoca injustiças enormes.

Garantido constitucionalmente o primado do direito à liberdade, à igualdade e à solidariedade, é preciso reconhecer que o direito fundamental almejado por todos é o direito à felicidade. Para isso é necessário respeitar as diferenças. É o que permite retirar da invisibilidade, impor responsabilidades e garantir a todos, todos os

direitos. Assim, é indispensável admitir que o elemento identificador das relações de conjugalidade e parentalidade é o vínculo de natureza afetiva. Enquanto não houver respeito ao direito de as pessoas amarem e exercerem a livre expressão de sua sexualidade, não é possível afirmar que se vive em uma sociedade livre, pluralista e igualitária.

O despertar dos direitos humanos, apregoando a liberdade e a igualdade, colocou a pessoa como sujeito de direito e a dignidade humana tornou-se o valor maior.

Nesse viés, resta claro o entendimento de que a adoção e interpretação da monogamia como princípio normativo perpetra uma ameaça aos verdadeiros princípios norteadores do direito de família e resulta na exclusão de famílias paralelas que se fazem invisíveis aos olhos da lei e da proteção que é dada aos grupos familiares monogâmicos. Como exemplo, diretamente violado resta o princípio do pluralismo familiar, pelo qual, contrariamente, como se pode e deve extrair da normativa constitucional, se garante a liberdade de escolha com vista a dinamicidade da composição familiar como meio de alcance da dignidade da pessoa, conquistadas a duras penas (CARVALHO, 2019).

2.1 A suficiência do Afeto

Não obstante, atualmente, o reconhecimento da família tem como requisito não preponderantemente a lei mas sim o afeto, ou seja, a constituição familiar antes restrita a definição jurídica e padronizada do casamento passa a ser fática, tendo o afeto e a realização mútua de dignidade como elemento essencial de constituição, ultrapassando as previsões de definição trazidas pela lei e abarcando todo e qualquer grupo em que os membros que ali se encontrem vejam e considerem uns aos outros como ente familiar se escolhendo para viver como uma família. Assim, as constituições diversificadas de família hoje não se amoldam ou se acomodam a modelos padronizados e reproduzidos pela sociedade até pouco tempo. As famílias da contemporaneidade são plurais, abertas e tem como elemento essencial e suficiente a sua formação o *intuito familiae* e o afeto como elemento volitivo não se podendo limitar sua validade a moldes legais que se encontram em desarmonia com a evolução social (CARVALHO, 2019).

Dias (2021) corrobora ao pensamento e discorre que:

Como as uniões extramatrimoniais não eram consideradas de natureza familiar encontravam abrigo somente no direito obrigacional, sendo tratadas como sociedades de fato. Mesmo que não indicadas de forma expressa, outras entidades familiares, como as uniões homossexuais – agora chamadas de uniões homoafetivas – e as uniões paralelas – preconceituosamente nominadas de

“concubinato adulterino”- são unidades afetivas que merecem ser abrigadas sob o manto do direito das famílias.

Nesse sentido, o posicionamento em apressado de vedar a lavratura de escritura pública que tenha por objeto a união “poliafetiva” tem como consequência a limitação a autonomia da vontade das partes e o não acompanhamento do atual e predominante entendimento de que o objetivo da família é o desenvolvimento digno da pessoa, estando intrinsecamente ligado a liberdade de escolha de como e com quem viver, tendo como elemento suficiente à sua configuração o afeto.

2.2 Os limites de intervenção do Estado nas relações poliafetivas

Ainda, é importante discutir a temática quanto os limites de intervenção do Estado nas relações afetivas. Deve-se entender que, desde que respeitada reste a dignidade e o interesse dos terceiros, é as partes envolvidas que cabem estabelecer as regras de convivência, o que aceitam, não cabendo ao Estado violar essa esfera de intimidade e dizer o que pode ou não pode de modo inflexível de forma que impossibilite que as partes se sintam realizadas.

Pablo Estolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2021, p.193) asseveram

A atuação estatal não poderia invadir essa esfera de intimidade, pois, em uma relação de afeto, são os protagonistas que devem estabelecer as regras aceitáveis de convivência, desde que não violem a sua dignidade, nem interesses de terceiros. Qual é a legitimidade que o Estado tem para dizer quando alguém deve ser perdoado ou se alguma conduta deve ser aceita? O que dizer, por exemplo, do casal que vive em poliamorismo?

Vê-se pois que a imposição de natureza valorativa da monogamia deve ser impetrada com vista a limitar o Estado de cercear a liberdade do indivíduo, consagrando-se a monogamia como uma faculdade, uma escolha de modo de vida, não cabendo juízo de validade, como é caracterizado ao ser aplicada a monogamia como princípio, coercitivo por natureza, e sim de qualidade dos arranjos familiares, não gerando assim exclusão as conformações afetivas plurais ou poliamorísticas posto que resta nessa conformação respeitada a dignidade e a vontade das partes.

2.3 Poliamorismo e concubinato

Ao tratar desse possível posicionamento é interessante considerar a tendência, pode-se dizer, inerente ao tema do poliamorismo, de ser constantemente confundido com o concubinato. Ocorre que, como já desenvolvido ao longo desse trabalho, enquanto o poliamorismo é a afeição a formação familiar não monogâmica mas com consentimento e ciência das partes, não havendo infidelidade, ou melhor, não havendo desrespeito ao

valor juridicamente tutelado da fidelidade, o concubinato reflete o completo oposto, ou seja, a deslealdade, entre os cônjuges, a infidelidade.

Ainda, nessa linha de raciocínio, diz Pablo Estolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2021, p.193):

Embora a fidelidade (e a monogamia, por consequência) seja consagrada como um valor juridicamente tutelado, não se trata de um aspecto comportamental absoluto e inalterável pela vontade das partes. Nessa linha, por coerência lógica, preferimos simplesmente encarar a monogamia como uma nota característica do nosso sistema, e não como um princípio, porquanto, dada a forte carga normativa desse último conceito, é preferível evitá-lo, mormente em se considerando as peculiaridades culturais de cada sociedade.

O que deve se entender é que não existe uma escolha melhor que a outra devendo se observar a particularidade, a significância de cada uma, não devendo existir uma verdade acabada, visto que todos os caminhos são possibilidades.

Nesse sentido, importante observar que a monogamia talvez devesse ser considerada um princípio só no casamento, vedando-se o concubinato, nos termos de configuração de falta de fidelidade, lealdade e cumprimento do contrato, não de forma genérica e excludente de realidades afetivas dignas que não envolvem infidelidade, como o poliamorismo.

3 O Conselho Nacional de Justiça e a vedação ao registro de uniões Poliamorísticas

Bem destaca a jurista Maria Berenice Dias (2021) que:

A histórica omissão do legislador não pode ensejar a exclusão de direitos, perversa tentativa de não ver o que foge do modelo do que não é espelho. Esta falta de visão só vem em prejuízo de quem tem o direito de viver com quem quiser.

Enquanto houver segmentos alvos da exclusão social, enquanto o direito à livre expressão da sexualidade não for respeitada, não se está vivendo em um Estado Democrático de Direito.

Pautando-se nesse entendimento, difícil é coadunar com o posicionamento adotado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ)- uma instituição pública voltada a aperfeiçoar o desempenho do sistema judiciário brasileiro, com especial zelo quanto a garantir a transparência no âmbito administrativo e no processual, além de controlar o cumprimento dos deveres por parte dos juízes. Tudo isso buscando, em tese, melhorar a atuação desse poder, de modo que ele possa atender melhor às necessidades dos cidadãos no país-

diante do tema de relações não monogâmicas. A decisão atendeu a pedido da Associação de Direito de Família e das Sucessões (ADFAS), que acionou o CNJ contra dois cartórios de comarcas paulistas, em São Vicente e em Tupã, que teriam lavrados escrituras de uniões estáveis poliafetivas.

Na ocasião do dia 26/06/2018 posicionou-se o ministro e relator do processo, João Otávio de Noronha, pelo impedimento aos cartórios de registrar união entre mais de duas pessoas. De acordo com Noronha as competências do CNJ se limitam ao controle administrativo, não jurisdicional, conforme estabelecidas na Constituição Federal.

Nesse diapasão, o registro de união estável poliamorística, de acordo com o ministro Noronha, não tem respaldo na legislação nem na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), que, por exemplo, só reconhece direitos a benefícios previdenciários, como pensões, a herdeiros em casos de associação por casamento ou união estável. Nesse viés, a permissão da escrituração em questão junto aos cartórios na interpretação atual de desamparo legislativo deixaria também tais grupos familiares desamparados quanto a questões previdenciárias.

Como diz Maria Berenice dias (2022), afinal, as pessoas precisam agir segundo as normas legais. E quando não há lei, não há direito. Simples assim.

Ainda, argumentou sobre uma suposta imaturidade da matéria perante a sociedade. Em outras palavras, quis dizer que os relacionamentos simultâneos de mais de duas pessoas seriam praticamente inexistentes e que por isso não seriam uma matéria que merecesse normatização ou de relevância social suficiente a provocar a criação de normas sobre ela, uma vez que a lei esta condicionada a refletir o meio social.

Em contrapartida ao argumento acima, Maria Berenice Dias (2021) defende que:

Não ver, dizer que uniões de diferentes conformações não existem, é incentivar comportamentos antiéticos.

Sequer é necessária expressa previsão legal para que os vínculos afetivos – todos eles – sejam enlaçados pelo direito, com a imposição de responsabilidades recíprocas.

Ainda, é interessante observar que, ainda no viés de que a arte imita a vida, as novelas, principalmente, costumam ter um cunho argumentativo, retratando as questões discutidas ao tempo. Atualmente, questões recorrentes nas mesmas são o descobrir-se das personagens quanto ao que gosta, como se define e onde se enquadra quanto a sua sexualidade, bem como a flexibilização dos formatos familiares. Mostram o medo e retração que envolvem personagem que fogem aos padrões, as idealizações. Ocorre que, a mensagem que se passa é a de que amor é fluido, é algo idealizado de forma diferente

em cada indivíduo, tendo em vista que cada um tem uma origem diferente, e que existem vários tipos de amor.

Lins (2007, p.327), quando versa sobre o poliamor, diz que:

Existem pessoas que sentem necessidade de mais, e essas pessoas buscam compartilhar seus sentimentos com aqueles que também sentem essa necessidade, abrindo assim espaço para múltiplas relações interpessoais amorosas, as quais negam a monogamia tanto como um princípio, quanto uma necessidade.

Se paira na arte a fluidez das relações e feições afetivas como reflexo da vida, da sociedade, e nos pareceres doutrinários se repete o mesmo entendimento, arisca-se então a concluir que o argumento de que por não ser madura e relevante a pauta não coube ainda a lei resguardar a matéria não tem sustentabilidade.

Nesse viés, a necessidade de admitir as inúmeras e inusitadas feições de família é latente, não se podendo negar que as normas jurídicas devem se adequar e assumir contornos dinâmicos ou não farão mais sentido, regram o vazio, o ultrapassado, já que a sociedade passa por diuturnas mutações (FIÚZA; POLI, 2016).

No entanto, em análise ao dinamismo social o que se constata é a falha dos institutos jurídicos em seu dever de acompanhar o mundo dos fatos com vista a garantir a tutela devida o que gera uma desarmonia socio-normativa, um alijamento dos interessados, no caso, as pessoas que se entendem não monogâmicas, ou em desafeto a relações monogâmicas, aqui se destacando em especial, a nova composição familiar poliamorística que vem emergindo na sociedade e desvelando a tendência de os tribunais repelirem relacionamentos que apresentam paralelismo afetivo com o argumento de que o ordenamento não os regulamenta, esquecendo-se de considerar que não é, em contrapartida, defeso pelo mesmo.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Observando o estudo em comento, verifica-se que o contemporâneo trabalho se justifica pela necessidade de se levantar a evolução do Direito das Famílias no Brasil, a diferença de poliamorismo e concubinato e a vedação dos cartórios nas uniões poliamoristas.

Diante disso, a pesquisa pautou-se em fundamentações e doutrinas para o melhor entendimento dos relacionamentos poliafetivos e suas implicações no Direito das Famílias.

Atendido este aspecto, é mister destacar que a partir do decorrer da história, é nítido a mudança na Constituição e no Direito civil, onde as relações mudaram com o tempo e as formações familiares obtiveram novas identidades que envolve a afetividade como base, e ainda há uma intolerância e a perpetuação dessa, implica em restrições por parte do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) para com uniões poliamorísticas.

A diferenciação da monogamia como valor e princípio, que é algo estabelecido por uma cultura advinda principalmente pelos primórdios da religião e sua perpetuação pelo mundo e suas implicações na sociedade atual.

Além disso, rebaixar uma entidade familiar para invisível não só vai contra própria Constituição Federal, mas também, constitui uma atitude desumana, uma vez que confere tratar indivíduos na mesma posição de maneira diferente, até mesmo prejudicando a segurança jurídica é estabelecida pela produção de várias decisões contrastantes entre si.

Tal cenário, se concretizado, além de configurar mais uma vitória ao legado do patriarcado e do preconceito dará à sociedade esperança de que a lei será eventualmente aplicada ser fiéis aos seus próprios princípios e normas, e a própria justiça.

Diante do exposto, pode-se dizer que a pesquisa traz relevância social, principalmente no que diz respeito às atualizações na seara de diálogo das fontes do Direito Constitucional brasileiro e Direito Civil, e por seguinte, no Direito das Famílias, e a evolução que as novas relações pautadas no afeto, e que as mudanças de comportamento e de pensamento possam mudar a decisão do Conselho Nacional de Justiça e a vedação ao poliamorismo.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Pedido de Providências 0001459-08.2016.2.00.0000. CF/1988 art :226 paragrafo3º; Lei-8935/1994, art.6º Lei-10.406/2002, art.1.513. Pedido de providências. união estável poliafetiva. entidade familiar. reconhecimento. impossibilidade. família. categoria sociocultural. imaturidade social da união poliafetiva como família. declaração de vontade. inaptidão para criar ente social. monogamia. elemento estrutural da sociedade. escritura pública declaratória de união poliafetiva. lavratura. vedação. Requerente: Associação de Direito de Família e das sucessões- ADFAS. Requerido: Terceiro Tabelião de Notas e Protestos de letras e títulos de São Vicente-SP e outros. Relator Min. João Otávio de Noronha, 26 de junho de 2018. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/InfojurisI2/Jurisprudencia.seam?jurisprudenciaIdJuris=51260&indiceListaJuris>. Acesso em: 21/abr/2022

CARVALHO, Dimas Messias. Direito das Famílias. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. E-book. ISBN: 9788553610372. Disponível em: <https://bibliotecadigital.saraivaeducacao.com.br/books/646011>. Acesso em: 08/abr/2022

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias.14. ed. rev. ampl. e atual. — Salvador:Editora JusPodivm, 2021. Disponível em:<https://forumturbo.org/wp-content/uploads/wpforo/attachments/77747/5512-Manual-de-Direito-das-Familias-Maria-Berenice-Dias.pdf>

-----, Manual de Direito das Famílias. 10ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.2015.

-----, IBDFAM 25 anos: um sonho transformado em realidade. Site: Berenice dias.com.br, 2022. Disponível em: <https://berenedias.com.br/ibdfam-25-anos-um-sonho-transformado-em-realidade/>. Acesso em: 25/out/2022

-----, A democratização do Afeto. Site: Berenedias.com.br, 2021. Disponível em: <https://berenedias.com.br/a-democratizacao-do-afeto/>. Acesso em: 24/out/2022

-----, Código Civil, duas décadas sem avanço. Site: Berenedias.com.br, 2021. Disponível em: <https://berenedias.com.br/codigo-civil-duas-decadas-sem-avancos/>. Acesso em: 24/out/2022

----- Casamento e o conceito plural de família. Site: Berenedias.com.br, 2021. Disponível em: <https://berenedias.com.br/casamento-e-o-conceito-plural-de-familia/> - Acesso em: 26/11/2022

DOMINGOS, Sérgio. Direito das famílias. REVISTA JURÍDICA CONSULEX, Ano XVII, nº 402, outubro/2013.

ENGELS, Friedrich. A origem da família da propriedade privada e do estado. São Paulo: Editoraesca.

FIÚZA, Cesar; POLI, Luciana Costa. Famílias plurais o Direito Fundamental à família. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 67, jul./dez. 2015. DOI: 10.12818/P.0304-2340.2015v67p151 Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1730>. Acesso em: 08/abril/2022

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Estado de Direito e Constituição. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva 2007. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5109759/mod_resource/content/0/FERREIRA%20FILHO%20Manoel%20Gon%3%A7alves.%20Estado%20de%20direito%20e%20Constitui%C3%A7%C3%A3o.pdf Acesso em: 02/maio/2022

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. Novo Curso de Direito Civil - Direito de Família. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. E-book. ISBN: 9786555592511. Disponível em: <https://bibliotecadigital.saraivaeducacao.com.br/books/754442>. Acesso em: 08/abr/2022

GIL, Antonio Carlos. Como Elaborar Projetos de Pesquisa. 3, ed. São Paulo: Atlas , 1996.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. Direito de Família. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2022

JATOBÁ, Clever. Pluralidade das Entidades Familiares: Os novos contornos da Família contemporânea Brasileira. 2, ed. Rio de Janeiro: Publit, 2016.

LINS, Regina Navarro. A cama na varanda: arejando nossas ideias a respeito do amor e sexo: novastendências. ed. rev. e ampliada. Rio de Janeiro: BestSeller, 2007.

MONTEIRO, Cláudia Servilha; MEZZAROBBA, Orides. Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. E-book. ISBN: 9788553611553. Disponível em: <https://bibliotecadigital.saraivaeducacao.com.br/books/648284>. Acesso em: 28/abr/2022

ESTUPRO DE VULNERÁVEL: ANÁLISE DA VALORAÇÃO DA PALAVRA DA VÍTIMA

MATHEUS PASSOS DO NASCIMENTO:
graduando do curso de Direito pelo Centro
Universitário de Ensino Fametro

RESUMO: Este artigo faz uma análise do que é a expertise de credibilidade do depoimento, sua importância no campo jurídico e sua correta aplicação nos crimes sexuais contra vulneráveis, mencionando a execução dos mesmos por operadores de justiça, sendo seu dever garantir a ambas as partes o correto acesso à justiça e realizar as observâncias do princípio da segurança jurídica. Além disso, é incorporado ao presente a forma como deverá ser elaborado o laudo da referida perícia, devendo seguir o protocolo indicado, seguindo a conduta de respeito à norma constitucional, suas garantias, o Código Penal e os direitos das pessoas envolvidas no processo. Assim este artigo se refere às técnicas e sistema de análise utilizados pelos especialistas, permitindo assim aos operadores de justiça chegarem a uma conclusão para solucionar o crime.

PALAVRAS-CHAVE: Credibilidade. Violência sexual contra vulneráveis. Protocolo

ABSTRACT: This article makes an analysis of what is the credibility expertise of the testimony, its importance in the legal field and its correct application in sexual crimes against vulnerable people, mentioning the execution of the same by justice operators, being their duty to guarantee both parties the correct access to justice and comply with the principle of legal certainty. In addition, the way in which the report of said expert should be prepared is incorporated here, following the indicated protocol, following the conduct of respect for the constitutional norm, its guarantees, the Penal Code and the rights of the people involved in the process. Thus, this article refers to the techniques and analysis system used by specialists, thus allowing justice operators to reach a conclusion to solve the crime.

KEYWORDS: Credibility. Sexual violence against vulnerable people. Protocol.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. O estupro de vulneráveis 2.1 Perspectiva multidimensional sobre o estupro de vulnerável 2.2 Experiência em Credibilidade de Testemunho 2.2.1 Análise de conteúdo baseada em critérios 2.2.2 Testemunho 2.2.2 Relatório de Perícia Psicológica 2.2.4 Incorporação da expertise da credibilidade testemunhal em conjunto com o laudo psicológico 3. Conclusão - 4. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Os crimes sexuais contra vulneráveis no Brasil são considerados como uma agressão que uma pessoa produz contra a integridade de outra, sem seu consentimento, e que se desenvolve em um ambiente clandestino, oculto e, na maioria dos casos, familiar. A Constituição da República do Brasil de 1988 inclui os vulneráveis de violência sexual no grupo de atenção prioritária, prestando-lhes atenção especial. Além disso, esse grupo inclui pessoas com deficiência, além de crianças e adolescentes.

Por outro lado, estes casos carecem de provas contundentes que permitam ao juiz convencer-se do fato para sentenciar, deixando o depoimento da vítima como única prova da acusação, levando a que possa ser apresentada uma falsa acusação por vários fatores.

O teste de credibilidade testemunhal é praticado e aceito internacionalmente, buscando-se com ele aferir a credibilidade do depoimento da suposta vítima. Existem também diversos precedentes jurisprudenciais que determinam a importância.

No Brasil, a validade da credibilidade do depoimento de uma pessoa vulnerável é determinada por meio de um teste tríplice ou também conhecido como perspectiva do depoimento da vítima, que é realizada pelo delegado e/ou juiz da causa com base em três conceitos específicos, porém, essa percepção não tem respaldo científico.

Em virtude disso, surge a necessidade de uma perícia para analisar a credibilidade do depoimento fundamentado em fundamentos científicos e devidamente comprovados, de forma que nenhuma das partes processuais seja prejudicada, mas contribua significativamente para o juiz proporcionando uma visão ampla e avaliada pelo especialista e, assim, pode resolver de forma clara e correta.

O processo penal que ocorre no Brasil tem grandes variações e opera de maneiras diferentes, ao contrário de anos atrás. As variantes estão diretamente relacionadas ao papel que cada operador de justiça desenvolve, razão pela qual os Promotores se veem na tarefa de compilar dentro de todos os seus processos judiciais o maior número de elementos de condenação para trazê-los ao juiz que julgará o caso. Por outro lado, o juiz se vê com um desafio ainda maior ao ter que emitir um juízo de valor na hora de decidir e explicar cada um de seus argumentos jurídicos escrutinados de cada parte processual.

Essa tarefa ganha muito mais importância com a nova forma como as audiências são desenvolvidas no país. Quando se trata de casos de crimes sexuais contra vulneráveis, é necessária uma análise minuciosa dos depoimentos de crianças e adolescentes sobre agressões sexuais. Esse juízo de valor que deve ser proferido deve ser devidamente fundamentado no momento da prolação da sentença.

Na maioria das vezes, os crimes sexuais ocorrem em um ambiente familiar, cultural ou social das vítimas, onde o agressor procura se aproveitar disso, para que a vítima não denuncie com base na confiança ou relacionamento que tinham antes do cometimento do crime. Pelo exposto, o juízo de valor é resultado da avaliação que o juiz deve realizar, o que o leva a considerar diversas dúvidas e questionamentos sobre os ilícitos como; quem fala a verdade, se a vítima foi abusada sexualmente porque não denunciou na época, a pessoa pode ou não ter sido suscetível a manipulação, etc. É, pois, aqui que se destaca a importância da prova pericial de credibilidade do testemunho.

O teste de credibilidade testemunhal é uma análise para avaliar as declarações verbais de vítimas de crimes como estupro, abuso sexual, assédio ou estupro, amplamente utilizado no campo forense como prova psicológica que visa dirimir as dúvidas anteriormente expostas, onde uma

entrevista estruturada deve ser realizada com a vítima, avaliando o conteúdo do depoimento da pessoa, determinando assim sua qualidade e seu conteúdo específico, devendo ser indicativa de uma narrativa gerada a partir de registros da memória da própria vítima ou diferenciar se são produto de sua imaginação, fantasia, invenção ou influência de outra pessoa.

A credibilidade do depoimento deve ser diferenciada da veracidade do depoimento. A pessoa que relata os fatos, ou seja, a suposta vítima tem todas as faculdades para transmitir tal fato, e é essa pessoa que deve dar veracidade às suas palavras através de seus gestos, sua coerência, etc. Quando a pessoa está diante de um analista, é o analista quem deve dar credibilidade à história. A veracidade é um atributo do entrevistado enquanto a credibilidade é uma conclusão a que o analista chega após ouvir a história. Isso tem muito a ver com a dinâmica que ocorre ao entrevistar a pessoa afetada.

Este teste deve ocorrer devido à escassez de evidências que existem na maioria dos crimes sexuais. Em geral, esses crimes tendem a ocorrer sem testemunhas devido à natureza do ato, sem deixar provas, e quando ocorre no âmbito familiar muitas vezes é ocultado ou manipulado e na maioria das vezes existem versões contraditórias entre a vítima e o agressor.

Nesse sentido este artigo tem como objetivo geral analisar quais os riscos de uma condenação injusta pelo crime de estupro de vulnerável fundamentada unicamente no depoimento da vítima, além de especificamente demonstrar a questão da relativização do depoimento da vítima em caso de estupro; verificar quais os riscos e probabilidade de uma condenação equivocada; e, explicar quais as consequências de uma condenação injusta e a aplicação do princípio *in dubio pro reo*.

Com isso, este projeto de pesquisa se justifica pela extrema necessidade de verificar a questão do estupro contra vulneráveis como sintoma de uma dinâmica social não estruturada, na qual todos os indivíduos encontram-se envolvidos. Nos âmbitos acadêmico, social, científico e pessoal, o artigo se justifica no fato do conhecimento está em pleno estado de desenvolvimento e aprimoramento na sociedade moderna, e isso implica a possibilidade de se encontrar, na prática, atitudes desvinculadas dos últimos achados científicos. Assim, a pesquisa é fundamental para o desenvolvimento do conhecimento do aluno, sendo um dos alicerces da universidade, indispensável para a qualificação crítica do corpo docente e discente. A pesquisa foi realizada em livros e artigos eletrônicos com o objetivo de fornecer informações práticas importantes em um estilo eficiente e acessível. O trabalho de pesquisa final versará sobre tópicos relacionados ao tema sendo os principais pontos utilizadas juntamente com diretrizes sistemáticas e passo a passo.

2 O ESTUPRO DE VULNERÁVEIS

O estupro de crianças desperta fortes paixões. A raiva do próprio ato é agravada pela ameaça simbólica de estupro de filhos à ordem moral da sociedade. Não é de admirar que a mídia de massa No Brasil e internacionalmente tenha clamado por histórias de estupro de crianças no Brasil, muitas vezes inventando aspectos dos eventos onde os fatos não eram conhecidos. A mídia e os políticos têm sido muito rápidos em atribuir os estupros mais proeminentes a 'outros' - pessoas desesperadas em busca de cura sexual por HIV ou degeneradas pelo uso excessivo de álcool e/ou drogas (NETTO, 2009).

No entanto, em um país como O Brasil, onde cerca de 20.000 meninas e mais de 30.000 mulheres adultas são estupradas e denunciam a polícia a cada ano de acordo com dados do Ministério de Justiça do Brasil (2019); o estupro infantil não é uma atividade marginal de um pequeno número de homens ou pedófilos com distúrbios psicológicos. Sua escala vertical sugere que existem aspectos importantes da sociedade que, se não legitimam, pelo menos fornecem espaço para essas atividades (BRASIL. 2019).

O Relatório Mundial sobre Violência e Saúde da Organização Mundial de Saúde (2019) identificou o estupro infantil como um importante problema de saúde pública. Está associado ao aumento do risco de problemas de saúde sexual e reprodutiva, problemas de saúde mental, aumento de comportamentos de risco à saúde, como tabagismo e abuso de álcool, e problemas comportamentais (OMS 2019).

Estudos internacionais sugerem que cerca de 20,00% das mulheres e 5–10% dos homens podem experimentar alguma forma de vitimização sexual na infância. Argumentando que o abuso é mais comum em famílias pobres, carentes de apoio social ou localizadas em comunidades com menos capital social, o capítulo do relatório da OMS (2019) descreve uma série de fatores sociais que são considerados influências importantes sobre o abuso infantil. Embora a base de pesquisa seja altamente fragmentada, ela sugere que as influências sobre o estupro de vulnerável incluem aspectos-chave do contexto social em que ocorre, como normas culturais que cercam os papéis de gênero, relações pais-filhos, a natureza do sistema de bem-estar social e a natureza e extensão da proteção social e capacidade de resposta do sistema de justiça criminal (ONU 2018).

Em muitos aspectos, entretanto, a discussão dos fatores de risco para estupro no Relatório Mundial sobre Violência e Saúde da OMS (2019) demonstra quão limitada é a base de conhecimento global sobre esse problema e quão pouco se sabe sobre a melhor forma de prevenir o problema e apoiar as vítimas. Isso é particularmente verdadeiro no Brasil. Neves (1995) comentou nesta época que muito pouca pesquisa formal foi realizada sobre o estupro de vulnerável no Brasil. Mais de duas décadas depois, esse ainda é o caso. O artigo de Neves (1995) ainda é a uma tentativa com muito valia de explorar empiricamente o contexto social do estupro de vulnerável.

Outra pesquisa procurou descrever a natureza e a magnitude do problema, para identificar os fatores que são estatisticamente significativamente associados a experiências de abuso sexual de vulnerável ou aspectos de prevenção e tratamento como o trabalho de ex-Procurador do Município de Diadema, Rodrigo Moraes de Sá do ano de 2002. Este trabalho de Sá (2002) traz uma característica notável da literatura sobre abuso sexual infantil, com exceção da contribuição de Neves (1995), é uma falha em considerar a natureza de gênero da violação e em discutir a vulnerabilidade ao abuso sexual infantil através das lentes das relações de poder de gênero.

Embora se saiba que uma proporção substancial de estupro de vulnerável é perpetrada por outras crianças, jovens do sexo masculino e, às vezes, mulheres, os homens adultos são mais frequentemente os perpetradores e as meninas as vítimas. Além disso, muitas vezes há uma falha em situar o estupro de vulnerável no contexto mais amplo da educação infantil (JORDAN, 2014).

O desenvolvimento de uma compreensão sociológica do rapto infantil requer reflexão sobre múltiplos aspectos da infância, incluindo ideias sobre desejos sexuais e atividade sexual das crianças, perspectivas intergeracionais sobre desejos sexuais, educação infantil e hierarquias sociais (BERTASSO, 2017).

Hoje é amplamente reconhecido que o estupro e a agressão sexual de vulneráveis são comuns, mas amplamente subnotificados; crimes que afetam particularmente as experiências de vida das crianças afetadas. No entanto, foi apenas nos últimos anos que as pesquisas chamaram a atenção para a alta incidência de estupro de vulneráveis que não denunciam uma agressão sexual à polícia (NETTO, 2009).

Claramente, existem várias razões para isso. Muitas crianças que foram estupradas descrevem sentimentos de vergonha e impotência que representam barreiras claras para o relato desses crimes. A decisão delas de não denunciar agressão assexuada também pode ser uma escolha racional; a literatura sugere que é muito improvável que os perpetradores de agressão sexual sejam acusados, muito menos condenados, e que as vítimas frequentemente sofrerão consequências negativas significativas durante e após um processo de estupro. As crianças que sofrem estupro talvez enfrentem dificuldades ainda mais graves em tudo isso. Jordan (2014, p. 18) argumentou, recentemente que as denúncias de estupro feitas por familiares de vulneráveis correm um risco muito maior de não serem levadas a sério pela polícia e pelos promotores.

Em muitas pesquisas, as próprias crianças afirmam que uma das razões pelas quais não denunciam a agressão sexual é o medo de represália que pode sofrer por parte da mãe e de seus familiares, mas principalmente de seus agressores. E pode de fato ser isso o que acontece. Jordan (2014) relatou que várias crianças que ele entrevistou não foram levadas a sério pelo polícia e por seus familiares quando relataram a agressão sexual.

Até recentemente, havia também outras barreiras significativas que impediram a acusação de quem abusou sexualmente de vulneráveis. No Brasil, algumas das provas da jurisprudência vinculavam claramente a castidade à veracidade, ou seja, um exame de conjunção carnal é fundamental (DIAS, 2008).

2.1 Perspectiva multidimensional sobre o estupro de vulnerável

Formular um cenário contextual em que todos esses fatores estão integrados pode ser útil para obter uma compreensão multidimensional deste fenômeno. Em primeiro lugar, no Brasil os discursos sociais dominantes de algum tempo para cá, são aqueles que enfraquecem as mulheres e crianças. Assim domínio e violência contra esses grupos é inevitável ou mesmo incentivada (GUSMÃO, 2010).

O contexto social e histórico do Brasil é caracterizado pela pobreza e sérios problemas sociais que foram agravados ao longo da história por problemas sociais graves. No tempo da escravidão, era comum, senhores de escravos e seus empregados estupravam negras (crianças ou não constantemente). Este último levou a certos mitos, como o estupro como algo comum, o que possivelmente torna as crianças vulneráveis à violência e ao abuso (ABRAPIA, 2017).

Dentro desse contexto mais amplo, as famílias pobres são frequentemente desestruturadas e sem apoio social e, conseqüentemente, isoladas. Relações interpessoais precárias em uma família podem levar o agressor a abusar da criança em uma chamada 'triangulação de estupro' para punir a mãe e o resto da família. Os perpetradores que podem sofrer de abuso de álcool e drogas e que podem estar desempregados e sentir que precisam exercer poder sobre aqueles mais vulneráveis do que eles, também podem ser mais propensos a cometer esses atos (COUVRE, 2013).

Assim, as estimativas da incidência e prevalência de estupro e outras formas de agressão sexual variam dependendo de como os termos são definidos, quais tipos de agressões sexuais são incluídos, o período de tempo durante o qual os dados são coletados, métodos de amostragem usados, idade e sexo da população estudada, e o localização da amostra (FOA, 2018).

Além disso, como poucos países realizaram estudos que documentam de forma abrangente a prevalência de estupro e agressão sexual, a incidência mundial é difícil de determinar. No entanto, os dados disponíveis confirmam que a violência sexual e o estupro são vivenciados por uma grande minoria de mulheres em todo o mundo (GOMES, 2011).

Desta forma, as conseqüências traumáticas da agressão sexual a vítimas vulneráveis de estupro se tornaram um foco de políticas sociais e jurídicas, pesquisas acadêmicas e intervenções de saúde mental. À medida que os efeitos negativos da agressão sexual se tornam mais bem reconhecidos, há cada vez mais atenção à possibilidade de que as intervenções psicossociais possam reduzir o sofrimento e limitar o sofrimento (ABRÁPIA, 2017).

Existem agora várias modalidades de tratamento disponíveis para vítimas de estupro e agressão sexual, incluindo farmacologia; técnicas comportamentais como inundação, dessensibilização sistemática, dessensibilização dos movimentos oculares e reprocessamento; terapia cognitivo-comportamental, terapia cognitiva; relaxamento; terapia racional-emotiva; Terapia de Grupo; hipnose; terapia familiar/casal; terapia existencial, abordagens humanísticas; e terapia psicodinâmica. Uma revisão crítica desta literatura, entretanto, revela muitos artigos baseados em impressões clínicas, mas poucos estudos medindo os resultados do tratamento (FOA, 2018).

Uma das questões na avaliação das intervenções de estresse pós-traumático é o grau em que os sintomas remitem espontaneamente. Foa, 2018 relatou que, embora 94,00% das vítimas de estupro em seu estudo preenchessem os critérios para transtorno de estresse pós-traumático em 1 semana após o estupro, isso foi reduzido para 47,00% aos 94 dias após o estupro. Assim, a redução natural dos sintomas requer que estudos controlados sejam considerados ao discutir a eficácia. Embora existam centenas de relatórios originais que descrevem a eficácia dos tratamentos para indivíduos que foram expostos a eventos traumáticos, a grande maioria não são estudos com base empírica.

2.2 Experiência em Credibilidade de Testemunho

A Constituição da República do Brasil de 1988 garante proteção especial às pessoas que foram vítimas de infrações penais, a fim de evitar a revitimização, nomeadamente no que se refere à obtenção de provas, do mesmo modo, sugere a adaptação de métodos que facilitem o conhecimento da realidade dos fatos (BERTASSO, 2017).

Portanto, a credibilidade do depoimento é um mecanismo utilizado para avaliar o depoimento da vítima ou testemunha e existem vários métodos para analisar a credibilidade do depoimento. Manzanero et al. (2017) propôs o Modelo Holístico de Avaliação de Provas Testemunhos (HELPT) que propõe não emitir um julgamento como tal, mas sim facilitar a decisão do juiz quanto à credibilidade da vítima vulnerável com base em critérios científicos.

Existem obstáculos na justiça brasileira no que diz respeito à declaração de vítimas vulneráveis, isso devido aos estereótipos que se concentram em catalogar a pouca capacidade que essas pessoas têm para testemunhar; alguns autores como Gomes (2011) dizem que operadores da justiça evidenciam a falta de conhecimento especializado quando se tenta validar a credibilidade do depoimento de uma pessoa, já que ela não tem competência para avaliar esse fator.

Um estudo realizado por Aamodt (2006) na Universidade de Radford, buscou identificar se existiam ou não diferenças individuais para detectar o engano, o que determinou que juízes e policiais tendem a pensar que as histórias contadas são falsas.

Portanto, Manzanero et al. (2017) concluiu que a experiência não pode ser suficiente para poder apontar quem seriam as vítimas reais e quem estaria mentindo, por isso o estudo de técnicas específicas deve ser usado para avaliar a credibilidade com o menor percentual de erro.

Devido a este resultado, Manzanero et al. (2017) outros desenvolveram o método HELPT; indicando como objetivo principal do procedimento obter todas as informações possíveis de testemunhas e vítimas de um ato criminoso, com o mínimo de interferência, e avaliar sua credibilidade

Basicamente, esse método foi desenvolvido para poder avaliar a credibilidade de pessoas que se encontram em situação de vulnerabilidade, como menores, idosos e pessoas com deficiência intelectual ou mental (PEREZ, 2017).

Durante a avaliação dos fatores de influência, todas as informações referentes ao caso particular são compiladas para poder propor a hipótese inicial; depois é feita a avaliação para analisar as condições de testemunhar da vítima; a hipótese é levantada e finalmente a declaração é obtida através de algum procedimento que se ajusta vítima; no final a declaração é avaliada (GOMES, 2011).

Um erro não intencional pode ocorrer devido a diversos fatores e, dependendo de cada fator, aplica-se o método mais adequado para verificar a credibilidade do depoimento narrado. Por outro lado, se se conclui que se trata de mentira deliberada, aplica-se a análise de conteúdo com base em critérios para confirmar que o depoimento é de fato falso (PARRA, 2020).

2.2.1 Análise de conteúdo baseada em critérios (CBCA)

Esta técnica de análise que avalia a qualidade do conteúdo de uma declaração a partir de uma série de critérios já estabelecidos. O CBCA procura determinar se as declarações narradas na entrevista são baseadas em eventos reais que eles vivenciaram, se são meras invenções da imaginação ou se foram influenciadas por terceiros (JORDAN, 2014).

É necessário indicar que o fato de não atender a todos os critérios significa que a afirmação é falsa, é mais geral considerar que uma afirmação verdadeira deve atender a 16 dos 19 critérios. O CBCA estabelece 19 critérios agrupados em 5 áreas específicas, os quais serão pontuados conforme atendam aos critérios estabelecidos, sendo 0 a pontuação mínima e 19 a pontuação máxima. O quadro abaixo, modificada por Steller (2018, p. 33), detalha os 19 critérios a serem considerados:

Quadro 1 - Critérios CBCA

Características gerais: Valorizam a coerência e o potencial informativo da entrevista
Estrutura lógica. Produção não estruturada. Quantidade de detalhes.
Conteúdo específico: Os detalhes, o contexto, as informações apresentadas na conversa são particularmente levados em consideração.
Engrenagem contextual. Descrição das interações. Reprodução da conversa. Complicações inesperadas durante o incidente.
Peculiaridades do conteúdo: São características que se levam em conta se a afirmação é falsa porque aumenta sua especificidade e vivacidade.
Detalhes incomuns. Detalhes supérfluo.
Incompreensão de detalhes relatados com precisão.
Associações externas relacionadas. Alusões ao estado mental subjetivo. Atribuição do estado mental do autor do crime

Incompreensão de detalhes relatados com precisão.

Conteúdo referente à motivação: Se você é uma pessoa que deliberadamente oferece falso testemunho para acusar alguém inocente, você não implementaria esses itens porque isso tiraria a credibilidade.

Correções espontâneas. Admitir falhas de memória. Levantar dúvidas sobre o testemunho. Autodepreciação.

Perdão do ofensor

Elementos específicos do delito: As características do depoimento narrado são contrastadas com as típicas desse tipo de evento.

Detalhes específicos do crime.

Detalhes específicos do crime.

Fonte: Steller (2018, p. 33),

2.2.2 Testemunho

O Código Penal (CP) descreve a prova testemunhal no artigo 342 seguinte forma: testemunho é um instrumento pelo qual se conhece o depoimento do acusado, da vítima e de outras pessoas que possam ter presenciado o fato. Ou seja, a lei descreve o depoimento como um mecanismo pelo qual os fatos do crime são divulgados oralmente em detalhes, o depoimento é recebido tanto pela vítima quanto pelo réu, bem como por testemunhas no caso de haver; onde cada um narra sua versão dos fatos (NETTO, 2009).

No entanto, apenas o testemunho como tal não pode ser considerado como prova única. Como mencionado anteriormente, os crimes sexuais são muitas vezes de natureza clandestina, faltando assim provas em crimes como abuso e assédio sexual. Assim, o testemunho pode até ser categorizado como meras presunções. No entanto, o CP estabelece no artigo 342 que a prova como tal deve ter um nexos de causalidade, que deve ser fundamentado, e terá que ser baseada em fatos reais introduzidos por meio de algum meio de prova, como a perícia (SOARES, 2018).

Parra (2020) em seu livro comenta que a antecipação de prova é um meio excepcional de prova, o que está associado à impossibilidade de narrar o depoimento ou ao fato de que pode haver obstáculos à sua prática em juízo. Nesta hipótese, prevê-se que seja realizada perante o juiz em conjunto com o perito e o advogado de defesa do réu (AAMONDT, 2006).

Esses obstáculos, apontados por Parra (2020), estão justamente relacionados à possibilidade de a vítima se sentir ameaçada ou, devido ao trauma causado pelo crime sexual que foi cometido contra ela; a vítima seja colocada em situação de risco em que está sendo na mesma sala que o seu agressor impede que dê o seu depoimento em detalhes, por isso a lei estabeleceu mecanismos para prestar o seu depoimento para que não haja revitimização

O artigo 342 do CP permite a realização de depoimentos antecipados nas situações em que uma pessoa tenha sido vítima de crimes contra a integridade sexual e reprodutiva, e habilita o procurador a ser aquele que o requer: "o juiz, a requerimento, o procurador, o advogado da vítima, pode solicitar medidas especiais que facilitem o depoimento da vítima" (MANZANERO et al., 2017).

Da mesma forma, a própria lei estabelece os meios que podem ser utilizados para colher o depoimento das vítimas, o que deve ser previamente justificado, neste caso, por se tratar de pessoas vulneráveis, e também vítimas de crimes sexuais ser prestada por estes meios que se revelarem mais adequados. Sob fundamento, a vítima pode solicitar ao juiz que preste seu depoimento evitando confronto visual com o acusado do crime, seja por videoconferência (GOMES, 2011).

2.2.3 Relatório de Perícia Psicológica

O laudo pericial historicamente tem referências na época romana, há precedentes onde o laudo pericial era solicitado para dirimir uma controvérsia; Não é até a Idade Média que o termo "*expert*" nasceu, pois os especialistas em um determinado assunto e, conseqüentemente, os relatórios técnicos obtêm o nome de "opinião especializada". Essencialmente, os peritos são especialistas credenciados e qualificados para que, por meio de métodos e técnicas; eles se encarregam de expor os resultados do relatório que fizeram com base na aplicação de seus conhecimentos. O COGEP indica no artigo 159 do Código de Processo Penal (CPP) que o objetivo da perícia é que os peritos apurem os fatos objeto do processo (BERTASSO, 2017).

Perez (2017) comenta que a perícia é "um laudo elaborado por um especialista na área, cujo objetivo é orientar o Juiz sobre determinado assunto, que lhe dê conhecimento suficiente para proferir sentença, serve também como prova judicial".

Basicamente, a lei e a doutrina apontam o laudo pericial como meio de prova que se insere no processo para de alguma forma ampliar o conhecimento do Juiz sobre determinada matéria e que ele possa ter uma visão mais clara na hora de tomar uma decisão. Em Direito, todas as acusações que são feitas devem ser provadas, tanto o promotor quanto a defesa devem apresentar argumentos que favoreçam as partes que representam e assim levar o juiz a se convencer dos fatos (STELLER, 2018).

O laudo pericial, no entanto, apresenta argumento totalmente imparcial, pois não busca agregar e beneficiar uma das partes processuais, ao contrário, revela o que o juiz desconhece da realidade dos fatos. Gomes (2011, p. 34) afirma que "este tipo de prova não é apresentado em um julgamento a ser provado, pois estes são coletados como fatos reais e concretos". Ou seja, a

contribuição do laudo pericial expõe uma realidade não conhecida pelo juiz, a qual é atestada por especialista na matéria, razão pela qual não necessita ser provada.

2.2.4 Incorporação da expertise da credibilidade testemunhal em conjunto com o laudo psicológico.

É necessário requerer que, após a avaliação psicológica realizada pelo perito psicológico à pessoa com deficiência alegadamente vítima de um crime de violência sexual, seja realizada a credibilidade do depoimento. Essa perícia deve seguir metodicamente o Modelo Holístico de Avaliação de Testes (HELPT), cujos resultados fornecem uma resposta para avaliar a credibilidade do depoimento da pessoa (JORDAN, 2014).

Assim, na ausência de um preceito legal que permita a inclusão desta perícia, propõe-se a realização de um projeto de lei de reforma para que a avaliação da credibilidade dos processos seja contemplada no artigo 342 do CP para crimes sexuais; Dessa forma, os peritos psicológicos terão a obrigação de realizar a avaliação de credibilidade *ex officio*, o que permitirá ao juiz ter uma visão mais ampla para que, somado aos demais meios de prova, possa tomar uma decisão, devendo ser observado que esta é uma contribuição técnica com avaliação científica que não deve ser tida como a única verdade, é importante colher todas as provas (PEREZ, 2017).

Por sua vez, sugere-se que a Procuradoria Geral da República crie um protocolo que estabeleça as diretrizes sob as quais deve ser realizado o laudo psicológico sobre a credibilidade do depoimento, garantindo assim a transparência e o efetivo cumprimento da norma (NETTO, 2009).

É importante que a pessoa com deficiência que solicita ajuda do Estado não caia na revitimização. A CF de 1988 garante proteção especial às vítimas de infrações penais e garante a não revitimização. Portanto, o desenvolvimento do protocolo para avaliar a credibilidade do depoimento deve ser realizado por profissionais da área, para que possam estabelecer os padrões necessários que não agravem o trauma dos crimes sexuais em vítimas vulneráveis (AAMONDT, 2006).

Para a elaboração do laudo psicológico de credibilidade do depoimento, devem ser levados em consideração os seguintes pontos:

1 - O coordenador da unidade de avaliação integral designará um perito psicológico especializado em violência sexual contra vulneráveis que será responsável pela realização da avaliação psicológica juntamente com a credibilidade do depoimento, adotando os critérios estabelecidos no Modelo de Avaliação Holística do Depoimento (MANZANERO et al., 2017).

2 - A avaliação da credibilidade do depoimento deve ser feita a todas as pessoas que prestam depoimento em caso de crime de violência sexual, seja vítima ou testemunha (MANZANERO et al., 2017).

3 - Medidas especializadas serão usadas para facilitar o testemunho no caso de pessoas com deficiência intelectual (MANZANERO et al., 2017).

3 CONCLUSÃO

O estudo aqui realizado demonstra a delicadeza do tema em questão, conceituando e comentando diversos termos e situações que fazem a necessidade de destaque deste tema mais verossímil, isso também se deve ao fato que grande parte dos casos, como mostrado, vem de dentro do ambiente familiar.

A família neste ponto possui grande responsabilidade no que se refere aos cuidados com o idoso, tal responsabilidade tem se tornado cada vez maior, em contra ponto no entanto o Estado demonstrou e prossegue demonstrando um distanciamento das obrigações que a ele cabem, pois, se a lei estivesse sendo colocada em prática, através de políticas públicas, haveria uma considerável nos inúmeros casos de negligência, abandono, e violência contra idosos.

Verifica-se que nos últimos anos houve um aumento da população idosa e por consequência, uma expectativa de vida mais duradoura. Assim, diante do envelhecimento populacional, verifica-se maior incidência de casos de violência contra os idosos, aumentando ainda mais na pandemia.

A princípio encontram-se na Constituição Federal de 1988 e no Código Penal brasileiro, diversos direitos, garantias e mecanismos de proteção para os indivíduos da terceira idade, com isso, para saber o quanto um idoso é protegido pelo estado é necessário primeiramente que este tenha plena noção dos direitos que possui, já que neste ponto a intervenção estatal depende diretamente da ciência de qualquer ocorrido e relatos de indivíduos sobre vítimas de maus tratos

Portanto torna-se necessário um investimento no sistema de denúncias para maior eficiência no atendimento as vítimas, dessa forma visando um cenário em que não seja preciso uma intervenção direta do terceiro espectador, que pode até recorrer à violência contra o agressor em casos extremos mesmo este sendo menor, no caso de agressor menor faz-se necessário que a responsabilidade recaia não apenas sobre os pais, mas também sobre o menor, principalmente se ele já for maior de 16, já possuindo uma boa consciência de seus atos. O Estado brasileiro vem tentando se adequar com a criação de normas como a lei Maria da Penha e o Estatuto do Idoso, assim tentando ser abrangente as mais diversas formas e casos de violência.

Porém, a luta contra a violência aos idosos não deverá se limitar somente a denúncia, portanto é importante salientar outros meios para maior eficácia no combate ao fenômeno, como a interação entre os serviços de assistência social e de saúde, sendo este de suma importância.

Por fim, a violência contra o idoso vem desafiando os órgãos públicos que ainda procuram lutar contra os maus-tratos praticados contra a pessoa idosa, tentar investigar e corrigir agressores é uma tentativa de alívio da situação e uma tentativa de acolher o idoso e garantir seus direitos.

4 REFERÊNCIAS

MINAYO, Maria Cecília de Souza. Manual de enfrentamento à violência contra a pessoa idosa. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. Brasília, 2014. Disponível em: Acesso em 12 de novembro de 2022.

WELL, Livia Van. Estatuto do Idoso comentado: título III: das medidas de proteção, capítulo II: das medidas específicas de proteção. 2013. Disponível em: Acesso em: 12 de novembro de 2022.

<https://www.scielo.org/article/sausoc/2008.v17n3/90-100/#:~:text=O%20abuso%20pode%20ser%20de,qualidade%20de%20vida%20do%20idoso.>
Acesso em 12 de novembro de 2022.

<https://unitau.br/noticias/detalhes/4845/pandemia-acentua-violencia-contr-o-idoso-e-especialistas-orientam-attitudes-que-devem-ser-tomadas/> Acesso em 13 de novembro de 2022.

<https://brasil.un.org/pt-br/131518-violencia-contr-idosos-aumentou-durante-pandemia-alerta-especialista-da-onu> Acesso em 13 de novembro de 2022.

<https://brasil.un.org/pt-br/131518-violencia-contr-idosos-aumentou-durante-pandemia-alerta-especialista-da-onu> Acesso em 13 de novembro de 2022.

<https://ufal.br/ufal/noticias/2021/6/dados-confirmam-que-violencia-contr-idosos-cresceu-com-a-pandemia> Acesso em 13 de novembro de 2022.

<https://www.camara.leg.br/noticias/774878-pandemia-de-covid-agravou-situacao-de-violencia-contr-idosos/>. Acesso em 13 de novembro de 2022.

MINAYO, Maria Cecília de Souza. Violência contra idosos: o avesso do respeito à experiência e à sabedoria. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2004. Acesso em: 13 de novembro de 2022.

<https://aconchegoidosos.com.br/blog/como-identificar-maus-tratos-contr-idosos/> Acesso em 13 de novembro de 2022.

CENEVIVA, W. "Estatuto do Idoso, Constituição e Código Civil: a terceira idade nas alternativas da lei". A Terceira Idade, v.15, n.30, p.7-23, 2004. Acesso em 24/04/2022.

<HTTPS://AGENCIABRASIL.EBC.COM.BR/DIREITOS-HUMANOS/NOTICIA/2018-09/EM-15-ANOS-ESTATUTO-DO-IDOSO-DEU-VISIBILIDADE-AO-ENVELHECIMENTO> ACESSO EM 30 DE MAIO DE 2022.

<HTTP://WWW.PLANALTO.GOV.BR/CCIVIL_03/CONSTITUICAO/CONSTITUICAO.HTM> ACESSO EM 30 DE MAIO DE 2022.

<<https://jus.com.br/artigos/27973/menor-infrator-como-se-defender>> acesso em 05 de junho de 2022.

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm> Acesso em 07 de junho de 2022.

<<https://emporiiodireito.com.br/leitura/medida-protetiva-de-urgencia-da-lei-maria-da-penha-pode-ser-aplicada-a-adolescente-infrator>> Acesso em 07 de junho de 2022.

Barroso, R. A. (2014). Há Direitos dos idosos? Em Julgar nº 22. Coimbra: Coimbra Editora. p, 124

Barroso, R. A. (2014). Há Direitos dos idosos? Em Julgar nº 22. Coimbra: Coimbra Editora. p, 127.