

Organização

Dra. Leticia Carla Baptista Rosa Jordão
Ma. Andressa Paula de Andrade
Ma. Tatiana Manna Bellasalma e Silva
Ma. Mylene Manfrinato dos Reis Amaro

Anais
**III CONGRESSO INTERNACIONAL DE
DIREITOS HUMANOS E NOVOS PARADIGMAS**

ISSN: 2965-5560



**III CONGRESSO INTERNACIONAL DE
DIREITOS HUMANOS E NOVOS PARADIGMAS**

27 de setembro a 01 de outubro 2021

DIRETOR GERAL

Prof. Me. Gilmar de Oliveira

DIRETOR DE ENSINO

Prof. Me. Daniel de Lima

DIRETOR FINANCEIRO

Prof. Eduardo Luiz Campano Santini

DIRETOR ADMINISTRATIVO

Prof. Me. Renato Valenca Correia

SECRETÁRIO ACADÊMICO:

Tiago Pereira da Silva

COORD. DE ENSINO, PESQUISA E EXTENSÃO-CONPEX:

Prof. Me. Luciana Moraes Silva

COORDENAÇÃO ADJUNTA DE ENSINO:

Prof. Dra. Nelma S. R. de Araújo

COORDENAÇÃO ADJUNTA DE PESQUISA:

Prof. Me. Luciana Moraes Silva

COORDENAÇÃO ADJUNTA DE EXTENSÃO:

Prof. Dr. Jeferson de Souza Sá

COORDENADOR NEAD - NÚCLEO DE EDUCAÇÃO A DISTÂNCIA:

Prof. Me. Jorge Luiz Garcia Van Dal

COORDENADORA DO CURSO DE DIREITO

Prof. Dra. Letícia Carla Baptista Rosa Jordão

COMISSÃO CIENTÍFICA

Prof. Me. Andressa Paula de Andrade

Prof. Dra. Letícia Carla Baptista Rosa

Prof. Me. Mylene Manfrinato dos Reis Amaro

Prof. Me. Tatiana Manna Bellasalma e Silva

EDITORAÇÃO ELETRÔNICA/DIAGRAMAÇÃO

Prof. Dr. Luiz Geraldo do Carmo Gomes

Luiz Augusto Ruffo

UniFatecie – Centro Universitário Fatecie

Rodovia BR – 376, KM 102, nº 1000 – Chácara Jaraguá – CEP 87701-970 –
Paranavaí/PR

Andressa Paula de Andrade
Letícia Carla Baptista Rosa
Mylene Manfrinato dos Reis Amaro
Tatiana Manna Bellasalma e Silva
Organizadoras

ANAIS
II CONGRESSO INTERNACIONAL DE
DIREITOS HUMANOS E NOVOS PARADIGMAS



PARANAÍ/PR
2021

FICHA CATALOGRÁFICA

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação - CIP

C749 Congresso de Direitos Humanos e novos paradigmas do direito.
UNIFATECIE (3. : 2021) Paranaíba, PR).

Anais do 3º Congresso de Direitos Humanos e Novos Paradigmas do
Direito. UniFatecie, 27, 28, 29, 30 de setembro e 01 de outubro de 2021,
organizado por Letícia Carla Baptista Rosa. . . et al. Paranaíba, PR:
EduFatecie, 2023.

634 p.

Outros coordenadores: Andressa Paula de Andrade, Tatiana Manna
Bellasalma e Silva, Mylene Manfrinato dos Reis Amaro.

ISSN: 2965-5560

1. Direitos humanos– Congresso. 2. Direitos humanos – Pesquisa.
3. Direitos sociais. 4. Direitos fundamentais. I. Andrade, Andressa Paula de.
II. Silva Tatiana Manna Bellasalma e. III. Amaro, Mylene Manfrinato dos
Reis. IV. Centro Universitário UniFatecie.

CDD: 23 ed. 341.48

Catalogação na publicação: Zineide Pereira dos Santos – CRB 9/1577



SUMÁRIO

1. A (IN)EFICÁCIA DA PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR DE ALIMENTOS

Tatiana Mana Bellasalma e Silva; Rafaela Nardelli.

2. A CONFISSÃO NO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Samira Abdallah; Camila Virissimo Rodrigues da Silva Moreira.

3. A ESTABILIDADE EM DECORRÊNCIA DA GESTAÇÃO

Camila Esposito barbato; Aline Menezes Gonçalves.

**4. A EXPOSIÇÃO IMODERADA DA CRIANÇA E ADOLESCENTE NAS REDES
SOCIAIS (OVERSHARENTING) EM FACE A RESPONSABILIDADE PARENTAL E
OS DIREITOS PERSONALÍSSIMOS DO MENOR**

Larissa Aparecida Antunes; Luís Gustavo Liberato Tizzo.

**5. A INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS DECORRENTE DO ABANDONO
AFETIVO DOS FILHOS**

Fabíola Cristina Carrero; Ysabely Souza Mega.

**6. A INFLUÊNCIA DO CASO DANIELLA PEREZ NA LEI Nº 8.072/90
DE CRIMES HEDIONDOS**

Fernanda Elerbrock Candido dos Santos; Christian Rodrigues Tenório.

**7. A OBSCURIDADE DA LEI PENAL BRASILEIRA CONTRA
PORTADORES DE PSICOPATIA**

Mariana Nuner Belli.

**8. A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA GUARDA DE
ANIMAIS DE ESTIMAÇÃO APÓS O DIVÓRCIO OU DISSOLUÇÃO DE UNIÃO
ESTÁVEL**

Fabíola Cristina Carrero; Stefany Alves Souza Rocha.



9. ANÁLISE PUNITIVA DO CRIME DE RECEPÇÃO FRENTE AOS CRIMES PATRIMONIAIS

Uriel Annibal e Silva; Cristian Tenório.

10. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA NA ADOÇÃO À BRASILEIRA

Valéria Silva Galdino Cardin; Claudia Aparecida Costa.

11. JUIZ DAS GARANTIAS: DIREITO FUNDAMENTAL ASSEGURADO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA

Giancarlo Teixeira de Campos; Luis Gustavo Liberato Tizzo.

12. AS TEORIAS NATALISTA E CONCEPCIONISTA ANTE O ABORTO E OS DIREITOS DO NASCITURO

Andressa Andrade; Rabech Ohany Souza Mafra.

13. ATIVISMO JUDICIAL

Aline Elizabete Heidemann; Andressa Paula de Andrade.

14. BLINDAGEM DA EMPRESA CONTRA CORRUPÇÃO

Sinclair Languer Kurunzi Rolim

15. CICLO DE VIOLÊNCIA INTRAFAMILIAR INFANTIL

Andressa Paula de Andrada; Mariana Daniela Macedo Napoli

16. DA EXPLORAÇÃO DE MULHER NO ÂMBITO DA PROSTITUIÇÃO

Andressa Paula de Andrade; Rillari Monique Gomes Moraes

17. DA FUNÇÃO SOCIOAMBIENTAL DA PROPRIEDADE PRIVADA

ZEVERICOSKI, Gabriel Armando Zevericoski; Luis Gustavo Liberato Tizzo.

18. DOS REFLEXOS DA PANDEMIA DO SARS-COV2 POPULARMENTE CONHECIDO COMO COVID-19 OU CORONAVÍRUS SOB O AUMENTO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA EM 2020



João Victor Berbdt de Lima; Crístian Rodrigues Tenório

19. EFEITOS JURIDÍCOS DAS CONDUTAS ALIENATÓRIAS

Letícia Carla Baptista Rosa Jordão; Bruno Mateus Dias Silva

20. FAKE NEWS E A RESPONSABILIDADE CIVIL PELA DISSEMINAÇÃO DE NOTÍCIAS FALSAS

Tatiana Mana Bellasalma e Silva; Vitória dos Santos Morassutti

21. FALÊNCIA DO SISTEMA PRISIONAL: CRIMINALIZAÇÃO E POBREZA

Crístian Rodrigues Tenório; Mariana de Santana Medeiros

22. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

Laila Abdallah; Camila Viríssimo Rodrigues da Silva Moreira.

23. LEI MARIA DA PENHA – POLÍTICAS PÚBLICAS COMO MEDIDAS PROTETIVAS ÀS VÍTIMAS DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

Mariana Correia Fortunato; Camila Virissimo Rodrigues da Silva Moreira

24. MISTANÁSIA: A MORTE INFELIZ DOS ESQUECIDOS OU DEIXADOS MORRER

Roberta Simões dos Santos; Jônatas Antonio Dias; Luiz Geraldo do Carmo Gomes

25. O ASSÉDIO MORAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Lucas Da Cunha Oliveira; Aline de Menezes Gonçalves

26. O AUMENTO DOS CRIMES SEXUAIS DURANTE A PANDEMIA POTENCIALIZADOS COM O DISTANCIAMENTO E ISOLAMENTO SOCIAL

Crístian Tenorio; Ana Paula Barbosa de Oliveira

35. O MERCADO DE CRIPTOMEDAS E A FALTA DE REGULAMENTAÇÃO NO BRASIL, TRAZEM UM ALERTA PARA O POSSÍVEL CRIME DE ESTELIONATO E LAVAGEM DE DINHEIRO

Ricardo Silveira e Silva; Henrique de Oliveira Assoni.



36. PANORAMAS GERAIS ACERCA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

Helena de Oliveira dos Santos; Camila Veríssimo Rodrigues da Silva Moreira

37. RECONHECIMENTO PESSOAL POR FOTOGRAFIA E AS FALSAS MEMÓRIAS

Andressa Paula de Andrade; Wesley Crystian Santos de Oliveira

38. STALKING E A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA AS MULHERES

Beatriz Stephany Zanueli Arneiro

39. TRIBUTAÇÃO DE CRIPTOMOEDAS

Erick Henrique Kelman de Souza; Luis Gustavo Liberato Tizzo

40. UMA ANÁLISE DA INTERDEPENDÊNCIA ENTRE DIREITO TRIBUTÁRIO E DIREITOS HUMANOS

Juliana Marteli Fais Feriato; Francesca Haide Fukita

41. UMA BREVE ABORDAGEM ACERCA DA HISTÓRIA DA CONSTITUIÇÃO

Paulino Peres; Diogo Martinez Ribeiro; Rayani Segantini de Araújo

42. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR: O IMPACTO DURANTE A PANDEMIA DO COVID-19

Fabíola Cristina Carrero; Sarah Cristina de Paula Silva

43. VISÃO MODERNA DO INQUÉRITO POLICIAL E SUA IMPORTÂNCIA COMO INSTITUTO PENAL GARANTISTA NO CENÁRIO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Camila Viríssimo Rodrigues da Silva Moreira; Danielly Kristine Lopes Abou Rejaili



A (IN)EFICÁCIA DA PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR DE ALIMENTOS

Tatiana Mana Bellasalma e Silva¹

Rafaela Nardelli²

RESUMO: Este trabalho visa apresentar os aspectos legais, axiológicos, doutrinários e jurisprudenciais acerca da a prisão civil da prisão civil do devedor de alimentos. Os alimentos são os recursos materiais prestados entre familiares com o intuito de promover a dignidade humana daquele que não pode fazê-lo por si só, autorizando, em caso de descumprimento de tal obrigação, até mesmo a prisão civil do devedor inadimplente, em caráter excepcional no ordenamento jurídico. Embora a prisão civil do devedor de alimentos seja constitucionalmente autorizada e aplicada no ordenamento hodierno, muitas são as discussões que envolvem a legitimidade da prisão civil como meio de coagir o devedor de alimentos a cumprir com sua obrigação, bem como quanto a sua eficácia neste intento. De um lado, há quem defenda que sua utilização ofenda a dignidade humana em um país que não garante a subsistência das famílias, de outro há que advogue por entendimento diametralmente oposto, de que a prisão desta natureza coloca a salvo a dignidade do credor. Não se pretende resolver a celeuma, nem tampouco apresentar solução para o impasse, contudo, a apresentação das perspectivas pretende tecer análise acerca de tão importante tema. Empregou-se o método teórico bibliográfico consistente na análise doutrinária e jurisprudencial acerca do tema.

ABSTRACT OU RESUMEN: This work aims to present the legal, axiological, doctrinal and jurisprudential aspects about the civil prison of the civil prison of the debtor of food. Alimony is the material resources provided between family members in order to promote the human dignity of those who cannot do it alone, authorizing, in case of non-compliance with such obligation, even the civil imprisonment of the defaulting debtor, on an exceptional basis in the legal order. Although the civil custody of the maintenance debtor is constitutionally authorized and applied in the current legal system, there are many discussions involving the legitimacy of civil imprisonment as a means of coercing the maintenance debtor to comply with his obligation, as well as regarding its effectiveness in this attempt. On the one hand, there are those who defend that its use offends human dignity in a country that does not guarantee the subsistence of families, on the other hand, there are those who advocate for a diametrically opposite understanding, that imprisonment of this nature safeguards the creditor's dignity. It is not intended to resolve the fuss, nor to present a solution to the problem, however, the presentation of perspectives intends to weave an analysis on such an important topic. The bibliographical theoretical method was used, consistent in the doctrinal and jurisprudential analysis on the subject.

PALAVRAS-CHAVE: Alimentos. Prisão Civil. Dignidade Humana.

KEYWORDS OU PALABRAS-CLAVE: Alimony. Civil Prison. Human Dignity.

INTRODUÇÃO

Além dos laços sanguíneos, a família, instituição fundamental na formação

¹ Doutoranda em em Direito pela Universidade Cesumar - Unicesumar /Bolsista. Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Cesumar - Unicesumar. Especialista em direito processual civil pelo UNIVEM e em Tecnologias aplicadas a docência pelo UNICV. Professora da pós-graduação em Direito – UNICESUMAR e EMAP. Professora da graduação em Direito UNIFATECIE, UNICV e UNINGÁ. Coordenadora do Núcleo de Práticas Jurídicas – UNIFATECIE. Advogada.

² Aluna do curso de graduação em Direito da UNIFATECIE. Endereço eletrônico: rafaelaa.nardelli@gmail.com.



física e intelectual do indivíduo, é permeada pela relação de afeto e solidariedade entre aqueles que a compõem.

Neste sentido é que o Estado distribui entre os particulares o ônus de cuidarem uns dos outros dentro de uma mesma unidade familiar.

Surge, nesse contexto, a figura da prestação de alimentos: prestação pecuniária devida entre os membros de uma mesma família, que tem por finalidade fazer frente a todos os custos despendidos para a garantia de uma vida digna e saudável daquele que, em razão de sua vulnerabilidade ainda não pode prover a si.

A importância do instituto é tamanha que a Constituição Federal de 1988 permite, em caráter excepcional, a prisão civil do devedor da verba alimentar.

Entretanto, ainda há muitas discussões acerca do tema, já que ainda paira controvérsia acerca de sua legitimidade e de sua eficiência quando considerado seu fim de coibir a inadimplência das prestações alimentares.

O presente trabalho tem por objetivo traçar uma breve análise do assunto, delineando sua natureza jurídica e avaliando o posicionamento da doutrina e da jurisprudência sobre o tema, a fim de que se possa elucidar a importância do instituto bem como de sua correta e mais eficiente tratativa pelo ordenamento jurídico.

O primeiro capítulo trata da obrigação de prestar alimentos e suas principais características, bem como os seus critérios de fixação.

No capítulo que segue, é feita a análise do instituto da prisão civil, tópico em que são abordados seus aspectos históricos e como se dá sua aplicação na Execução de Alimentos.

Por fim, adentra-se na problemática em si, a partir da qual se conclui que, embora a legitimidade da prisão civil esteja juridicamente sedimentada pela Constituição Federal vigente, há ainda aspectos axiológicos capazes de questionar sua legitimidade.

Não obstante, ainda está longe de se chegar a um denominador comum quanto a sua eficácia, já que o objetivo da ferramenta requer o rigor do encarceramento, o que entra em rota de colisão com a necessidade de se diferenciar a prisão de natureza civil daquela que visa punir os desviantes.

DESENVOLVIMENTO

A OBRIGAÇÃO DE PRESTAR ALIMENTOS NO DIREITO BRASILEIRO

Os alimentos se tratam de prestação material devida entre aqueles que



possuem vínculo familiar, com a finalidade de garantir a vida digna e a subsistência daqueles que, em razão de hipossuficiência, não podem provê-las por si sós.

Dada a essencialidade do fim a que se destinam, os alimentos são tutelados de forma especial pelo Estado e seu inadimplemento autoriza a prisão civil do devedor.

O dever de prestar alimentos é proveniente do princípio da Solidariedade Familiar que rege o Direito de Família, e tem sua origem no Princípio da Afetividade, que também deve sedimentar as relações familiares (DIAS, 2016).

Conforme asseveram Gagliano e Pamplona Filho (2019), a prestação de alimentos está intrinsecamente relacionada ao direito à vida e à preservação da dignidade humana, razão pela qual sua conceituação é bem mais ampla que tão somente o oferecimento de comida para nutrição do corpo.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves (2020, p. 640), “os alimentos abrangem, assim, o indispensável ao sustento, vestuário, habitação, assistência médica, instrução e educação”.

Para Maria Berenice Dias, embora a lei não defina o que seriam os alimentos, é possível, a partir das normas atinentes à matéria, compreender a abrangência do termo:

O Código Civil não define o que sejam alimentos. Mas preceito constitucional assegura a crianças e adolescentes direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura e à dignidade (CF 227). Quem sabe aí se possa encontrar o parâmetro para a mensuração da obrigação alimentar. Também o seu conteúdo pode ser buscado no que entende a lei por legado de alimentos (CC 1.920): sustento, cura, vestuário e casa, além de educação, se o legatário for menor. (DIAS, 2016, p. 912).

Madaleno, por sua vez, consigna que a destinação dos alimentos deve ser a de prestar auxílio integral a quem dele precise:

Os alimentos são destinados a satisfazer as indigências materiais de sustento, vestuário, habitação e assistência na enfermidade, e também para responder às requisições de índole moral e cultural, devendo as prestações atender à condição social e ao estilo de vida do alimentando, assim como a capacidade econômica do alimentante, e, portanto, amparar uma ajuda familiar integral. (MADALENO, 2018, p. 1144).

Observa-se, portanto, que os alimentos são essenciais para a preservação da vida digna e da integridade física daquele que necessita e não pode prover o próprio sustento, tratando-se claramente de um direito inerente à personalidade do indivíduo,



e portanto, constitucionalmente tutelado. (MADALENO, 2018).

Sendo assim, a prestação de alimentos tem características que denotam o interesse público em seu adimplemento, se dando sua tratativa por normas cogentes de direito público. (DIAS, 2016).

Segundo a doutrina clássica, a previsão do direito à prestação alimentar dentre os direitos da personalidade confere ao Estado o dever de prestar assistência material aos necessitados, dever esse que o Ente Público transfere às famílias e em um segundo plano à sociedade como um todo. Desta forma, é interesse direto do Estado tutelar de forma especial as famílias, garantindo que haja a mútua prestação de alimentos entre seus membros (GONÇALVES, 2020).

É por esta razão que o inadimplemento da obrigação alimentar é capaz até mesmo de autorizar a prisão civil do devedor de alimentos em caso de inadimplência. Nas palavras de Maria Berenice Dias:

Por isso os alimentos têm a natureza de direito de personalidade, pois asseguram a inviolabilidade do direito à vida, à integridade física. Inclusive estão reconhecidos entre os direitos sociais (CF 6.º). Este é um dos motivos que leva o Estado (CF 226) a emprestar especial proteção à família. Parentes, cônjuges e companheiros assumem, por força de lei, a obrigação de prover o sustento uns dos outros, aliviando o Estado e a sociedade desse encargo. Tão acentuado é o interesse público para que essa obrigação seja cumprida que é possível até a prisão do devedor de alimentos (CF 5.º LXVII). (DIAS, 2016, p. 911).

Quanto às características dos alimentos, observamos que a doutrina não é uníssona quanto à matéria. É possível verificar que os autores elencam as mais variadas características como inerentes à prestação alimentar, de modo que esse rol pode variar muito.

Por esta razão, neste trabalho foram arroladas as características básicas, presentes na maior parte da bibliografia consultada e que se mostram mais relevantes para a construção do objetivo deste artigo.

Primordialmente, importa consignar que é doutrinariamente inequívoco que o direito de receber alimentos trata-se de um direito personalíssimo, já que deriva do vínculo familiar (e, portanto, pessoal) entre credor e devedor e tem por finalidade a preservação da vida daquele que dele necessita. Neste sentido, as lições de Rolf Madaleno:

E este caráter pessoal dos alimentos deriva de alguns pontuais aspectos. Em



primeiro lugar, é personalíssimo enquanto pessoal é o vínculo familiar entre o devedor e credor que compõem os polos da relação obrigacional. O crédito e a dívida são inseparáveis da pessoa, porque estão baseados em determinada qualidade que não é transmissível, estão fora do comércio inclusive. Em segundo plano são pessoais porque surgem de uma situação concreta das possibilidades de um e das necessidades do outro e os alimentos só podem ser reclamados por quem está em estado de necessidade e só são devidos por quem tem meios para atendê-los. Em terceiro lugar, a finalidade dos alimentos não tem caráter patrimonial, não obstante se concretizem em algo material com significado econômico, pois o seu estabelecimento e sua fixação têm em mira assegurar a conservação da vida, do cônjuge, companheiro ou parente, atendendo suas vindicações de cunho material e espiritual, qual seja a satisfação de uma necessidade essencialmente pessoal. (MADALENO, 2018, p. 1161).

O direito ao recebimento de alimentos é, portanto inerente à pessoa humana, servindo à sua dignificação e satisfação dos direitos fundamentais. Nesta linha de raciocínio, considerando o caráter personalíssimo do direito à prestação alimentar, outra característica consagrada pela doutrina é que o crédito alimentar não poderá ser transferido a outra pessoa, nem, em regra, ser objeto de cessão ou compensação. (DIAS, 2016).

Desta forma, os créditos oriundos de pensão alimentar são impenhoráveis e inalienáveis. (GONÇALVES, 2020).

Cabe consignar, contudo, que serão válidas as convenções particulares que tenham por objeto a fixação do valor e modo de prestação do pagamento de alimentos. (DIAS, 2016).

Ainda decorrente da característica personalíssima dos direitos aos alimentos, verifica-se a sua irrenunciabilidade, exceto nos casos em que há renúncia de cônjuges em eventual celebração de acordo, hipótese em que a jurisprudência a permite. Sendo assim, nos casos em que os alimentos são devidos em razão da relação de parentesco, o não exercício do direito de recebê-los ou reclamá-los não importa em renúncia. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019).

O direito à prestação de alimentos também é dotada de reciprocidade, de modo que o dever de sustento é mútuo entre pais e filhos, cônjuges, companheiros e parentes, conforme disposição do Diploma Civil, e qualquer um deles pode vir a juízo exigir-los caso se encontre em situação de necessidade. (DIAS, 2016).

Não obstante, a obrigação alimentar é transmissível, o que significa que se transmite aos herdeiros do devedor, conforme disposição do art. 1.700 do Código Civil de 2002, no limite do quinhão que foi recebido pela herança. (GONÇALVES, 2020).

Por fim, embora não seja citada por todos os autores consultados para a



construção do presente artigo, tem-se como relevante, a característica da proximidade, segundo a qual a obrigação de pagar alimentos será dos parentes em grau mais próximo e, não podendo estes arcar com a obrigação alimentar, os que estiverem em grau mais remoto, conforme leciona Dias (2016).

A obrigação alimentar poderá decorrer da relação de parentesco ou da formação de unidade familiar. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019).

No caso dos alimentos decorrentes da relação de parentesco, a obrigação será recíproca e os alimentos só poderão ser reclamados por aquele que comprovar não ter condições de prover a si próprio. Neste sentido, ensina Carlos Roberto Gonçalves: “Só pode reclamar alimentos, assim, o parente que não tem recursos próprios e está impossibilitado de obtê-los, por doença, idade avançada ou outro motivo relevante.” (GONÇALVES, 2020, p. 680).

Para fixação do dever de prestar alimentos, neste caso, além da necessidade daquele que os reclama, ainda deve-se comprovar ainda a possibilidade de prestação daquele que é demandado, conforme preconiza o Código Civil, em seu artigo 1.694 e seu parágrafo 1º (BRASIL, 2002)³.

A doutrina, contudo, acresce ao chamado binômio necessidade e possibilidade, os critérios de proporcionalidade e razoabilidade, conforme lecionam Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho:

Todavia, a doutrina mais moderna permite-se ir além da mera remissão legal, considerando que o respaldo fático da fixação estará calcado, em verdade, em um trinômio.

E qual seria o terceiro pressuposto?

Exatamente a justa medida entre estas duas circunstâncias fáticas: a razoabilidade ou proporcionalidade.

Vale dizer, importa não somente a necessidade do credor ou a capacidade econômica do devedor, mas, sim, a conjunção dessas medidas de maneira adequada. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019, p. 722).

Quando os alimentos são devidos em razão da relação de parentesco, a obrigação alimentar tem caráter recíproco e solidário, na forma do artigo 1.698 do Código Civil (BRASIL, 2002)⁴. Ou seja, a responsabilização de um dos parentes ao

³ Código Civil/2002, 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.

§1º Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.

⁴ Código Civil/2002, Art. 1.698. Se o parente, que deve alimentos em primeiro lugar, não estiver em condições de suportar totalmente o encargo, serão chamados a concorrer os de grau imediato; sendo



pagamento da obrigação alimentar não exclui a responsabilidade dos demais, havendo uma solidariedade com preferência de pagamento. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019).

Já os alimentos decorrentes do poder familiar, são aqueles que ocorrem na relação entre os pais e os filhos menores, cônjuges, companheiros e conviventes. (DIAS, 2016).

O dever de sustento da prole é preconizado constitucionalmente (BRASIL, 1988) e expresso no artigo 1.566, inciso IV do Código Civil (BRASIL, 2002)⁵, em correspondência ao comando da Lei Maior:

Segundo Carlos Roberto Gonçalves (2020), especificamente no caso dos alimentos devidos aos filhos, a necessidade do alimentando é presumida e a obrigação deverá ser cumprida incondicionalmente, ainda que os filhos incapazes disponham de bens havidos gratuitamente que garantam sua manutenção. Ainda assim, é necessário que se observe a possibilidade dos genitores para o pagamento da prestação alimentar, com o fim de garantir meios de prover também a subsistência do alimentante.

GONÇALVES (2020) ainda expõe que esse dever de sustento dos filhos menores termina automaticamente com a chegada da maioridade civil (18 anos) ou a emancipação do filho incapaz, quando, havendo a necessidade de ser alimentado, pode surgir a obrigação alimentar genérica, decorrente do parentesco, prevista no art. 1.694, do Código Civil, e quando será necessário comprovar a hipossuficiência econômica do alimentando, seja em razão de enfermidade, incapacidade, curso da educação formal ou qualquer outra circunstância que o impeça de arcar com sua própria subsistência.

Diferentemente do dever genérico oriundo da relação de parentesco, o dever decorrente do poder familiar não se estende aos demais ascendentes automaticamente e não é dotado de reciprocidade, conforme ensina Gonçalves:

várias as pessoas obrigadas a prestar alimentos, todas devem concorrer na proporção dos respectivos recursos, e, intentada ação contra uma delas, poderão as demais ser chamadas a integrar a lide.

⁵ Código Civil/2002, Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges:

- I - fidelidade recíproca;
- II - vida em comum, no domicílio conjugal;
- III - mútua assistência;
- IV - sustento, guarda e educação dos filhos;
- V - respeito e consideração mútuos.



O dever de sustento recai somente sobre os pais (CC, art. 1.566, IV), pois tem sua causa no poder familiar, não se estendendo aos outros ascendentes. E não é recíproco, ao contrário da obrigação alimentar do art. 1.694, que o é entre todos os ascendentes e descendentes. Esta, mais ampla, de caráter geral e não vinculada ao poder familiar, decorre da relação de parentesco, em linha reta e na colateral até o segundo grau, do casamento e da união estável. (GONÇALVES, 2020, p. 690).

Quanto ao montante da prestação, é comum que os tribunais fixem os valores em cerca de um terço dos rendimentos do alimentante. No entanto, não há qualquer exigência legal neste sentido, podendo este percentual variar para mais ou para menos. O valor da prestação não é imutável e poderá ser alterado sempre que houver alteração da situação econômica das partes, em respeito aos critérios de fixação já expostos (necessidade e possibilidade, cotejados à luz da razoabilidade e proporcionalidade) (DIAS, 2016).

Quanto ao modo de cumprimento, a prestação alimentar é considerada alternativa, pois pode ser fixada “tanto em valores fixos, quanto variáveis, bem como em prestação in natura, de acordo com o apurado no caso concreto”. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019, p. 722).

Diante de tais considerações, verifica-se claramente a importância de se assegurar a prestação de alimentos aos que dela precisam.

Sendo assim, o ordenamento prevê diversas formas de assegurar ao alimentando o pagamento das prestações devidas pelo credor, dentre elas a prisão civil por dívida de alimentos (DIAS, 2016).

O descumprimento que autoriza a aplicação da prisão por dívida, medida extrema e excepcional, é o da obrigação legal de prestar alimentos, não se aplicando aos alimentos voluntários e indenizatórios. (FARIAS, 2007).

A PRISÃO CIVIL NO DIREITO BRASILEIRO

Este capítulo cuidará do papel da prisão no ordenamento jurídico brasileiro sua natureza jurídica e sua origem, a fim de tecer uma reflexão sobre a validade e eficiência da aplicação da prisão civil como medida coercitiva que objetiva o cumprimento da obrigação de prestar alimentos.

Segundo Pinto (2017), durante a antiguidade, a prisão nada mais era que uma espécie de sala de custódia, que tinha por objetivo impedir a fuga dos condenados, que pagariam por seus crimes com torturas e castigos físicos. Com o advento das ideias iluministas, a sociedade foi atenuando os castigos cruéis e o encarceramento



como forma de punição foi considerado como uma forma menos desumana de punir os desviantes. (PINTO, 2017).

Tem-se ainda, segundo o aludido autor, que o surgimento das prisões remonta ao século XVII na Holanda, quando as punições dos criminosos deixaram de ser as torturas e castigos físicos para se constituírem na privação da liberdade do indivíduo.

Neste período, a prisão era tida como meio de punir os crimes contra a ordem política da época, ou contra a hegemonia da Igreja, por meio das prisões eclesiásticas. (COUTO, 2017).

A possibilidade de execução de dívidas sobre o corpo do devedor já podia ser observada na Lei das XII Tábuas do Direito Romano, quando o credor poderia fazer com que o devedor trabalhasse para ele a fim de quitar a sua obrigação, e, durante a Idade Média, além do encarceramento, o devedor poderia ser escravizado ou ainda expulso da cidade. (PINTO, 2017).

Costa (2014) observa que, diferentemente da prisão penal, que tem por objetivo a punição do indivíduo, a prisão civil por dívida tem natureza coercitiva, que visa obrigar o devedor a satisfazer a obrigação inadimplida.

No Brasil, a prisão civil por dívida é expressa e constitucionalmente vedada, conforme o texto do art. 5º, LXVII, que versa: “Não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”. (BRASIL, 1988).

Verifica-se que, embora a regra seja a vedação da prisão civil por dívida, duas hipóteses não são defesas pela Carta Magna: o depositário infiel e o devedor inadimplente voluntariamente de obrigação alimentícia.

Quanto ao depositário infiel, embora haja a autorização constitucional para sua ocorrência, o STF, em respeito à adesão do Brasil ao Pacto São José da Costa Rica e sua suprallegalidade, já sumulou entendimento de que a prisão civil é ilícita. (BRASIL, 2009)⁶.

Desta feita, a única hipótese de prisão civil lícita no Brasil atualmente é aquela com o objetivo de coagir o devedor da prestação de alimentos a adimpli-la. (COUTO, 2017).

A ação com finalidade de obter alimentos possui rito especial, conforme previsto na Lei nº 5.478/68, que trata especificadamente sobre o assunto, em seu

⁶ Supremo Tribunal Federal. Súmula vinculante 25. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.



artigo primeiro (BRASIL, 1968), que trata especificamente do assunto. Ao despachar a inicial, o juiz poderá de pronto fixar alimentos provisórios e determinar a citação do réu para que apresente contestação (COUTO, 2017).

A sentença oriunda deste tipo de demanda constitui-se título executivo judicial, nos termos do artigo 515, do Código de Processo Civil, abrangendo, inclusive decisões que homologuem acordo extrajudicial entre as partes e que trate da matéria atinente à verba alimentar. (BRASIL, 2015).

O rito do cumprimento da sentença que fixa a obrigação de pagar alimentos está regulamentado nos artigos 528 a 533 do Código de Processo Civil, onde a lei prevê a decretação da prisão do executado em caso de inadimplemento da obrigação após 03 (três) dias de sua intimação para efetuá-lo, ou em caso de não justificar e comprovar a impossibilidade absoluta de fazê-lo. (BRASIL, 2015)⁷.

Quanto à justificativa da impossibilidade absoluta de cumprimento da obrigação, cumpre observar que a impossibilidade econômica justificada neste momento processual deverá ser temporária, de modo que a impossibilidade de cumprir com a obrigação em sua integralidade em razão de diminuição da renda do executado e conseqüente alteração no binômio necessidade x possibilidade, havendo a necessidade de diminuição da parcela devida, deverá ser arguida em ação revisional específica para tanto. (HERTEL, 2011).

A lei ainda prevê que a o preso civil deverá ficar separado dos demais presos, e que a prisão não o eximirá do pagamento das prestações vencidas e vincendas (BRASIL, 2015), o que justifica sua natureza coercitiva e não punitiva. (HERTEL, 2009).

O débito vencido que autoriza a prisão civil do alimentante é aquele que se refere às últimas três prestações vencidas e não pagas antes do ajuizamento da Execução e aquelas que se vencerem no curso do processo, sendo que as demais prestações deverão ser executadas pelo rito de penhora dos bens do executado – artigo 528, §§7º e 8º. (BRASIL, 2015).

⁷ Código de Processo Civil/2015. Art. 528. No cumprimento de sentença que condene ao pagamento de prestação alimentícia ou de decisão interlocutória que fixe alimentos, o juiz, a requerimento do exequente, mandará intimar o executado pessoalmente para, em 3 (três) dias, pagar o débito, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuá-lo.

§2º Somente a comprovação de fato que gere a impossibilidade absoluta de pagar justificará o inadimplemento.

§3º Se o executado não pagar ou se a justificativa apresentada não for aceita, o juiz, além de mandar protestar o pronunciamento judicial na forma do §1º, decretar-lhe-á a prisão pelo prazo de 1 (um) a 3 (três) meses.



Pois bem, ante o exposto, analisemos a problemática que atine à prisão civil acima aludida.

A PROBLEMATIZAÇÃO DA PRISÃO CIVIL POR DÍVIDA DE ALIMENTOS

Embora constitucionalmente prevista e autorizada, muitas são as celeumas que envolvem a prisão civil do devedor de alimentos.

É incontroverso que a natureza da prisão civil por dívida é precipuamente coercitiva, tendo por objetivo compelir o alimentante a adimplir a obrigação alimentar por medo de que a prisão aconteça.

Segundo Cahali (2013, p. 735), trata-se de instrumento “executivo de finalidade econômica; prende-se o executado não para puni-lo, como se criminoso fosse, mas para forçá-lo indiretamente a pagar, supondo-se que tenha meios de cumprir a obrigação e queira evitar sua prisão”.

No entanto, mesmo tendo contornos bem definidos que a diferenciam da prisão de natureza penal, há quem defenda que o encarceramento do devedor de alimentos, ainda que em separado dos presos comuns e por prazo limitado, atentaria contra a Dignidade Humana do executado.

De acordo com PINTO (2017), por exemplo, a norma constitucional, que excetuou a referida prisão de natureza civil no ordenamento jurídico, deve ser interpretada de forma sistemática, considerando que seu intuito era a de restringir as hipóteses de cerceamento da liberdade do indivíduo em favor da dignidade humana, e não o contrário.

Segundo o referido autor, a injustiça instalada na prisão civil do devedor de alimentos se intensifica quando consideramos o cenário sócio econômico brasileiro, eivado de desigualdades e miserabilidade.

Ainda neste sentido, RODRIGUES (et al., 2018, p. 6), assevera que:

A prisão civil é medida inútil e ineficaz, haja vista que impossibilita o devedor de laborar e, conseqüentemente, obter renda para fornecer ao credor. Sendo assim, qual a finalidade deste instituto? Conseguir saldar a dívida ou prender o devedor? O foco principal não poderá ser o interesse público sobressair sobre o interesse particular em encontrar uma solução para conseguir o fornecimento dos alimentos.

De outro norte, há quem entenda que a prisão civil se mostra ineficiente, unicamente por não restringir a liberdade do indivíduo de forma eficaz, uma vez que



há incompatibilidade da medida de cerceamento da liberdade com sua natureza econômica, combinada com a parca estrutura do sistema prisional para tanto (D'ALESSANDRO, 2021).

Advogando em favor desta corrente, COSTA (2014), expõe que o prazo de cerceamento da liberdade é excessivamente curto e que há a possibilidade de recolhimento do indivíduo em prisão domiciliar, dada a falta e estrutura para recolhimento dos devedores em sistema fechado e em separado como determina a lei, o que torna a medida inócua.

Recentemente, em razão da pandemia causada pela COVID-19, responsável pelo estado de crise do sistema, verificou-se de forma mais veemente tal posicionamento, dada a impossibilidade de constrição da liberdade do devedor em regime fechado, o que gerou consequente ineficiência dos mecanismos jurídicos eleitos para a satisfação dos créditos alimentares (D'ALESSANDRO, 2021):

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE ALIMENTOS EM FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. OPÇÃO PELO RITO DA PRISÃO CIVIL (CPC/2015, ART. 528, § 3º). SUSPENSÃO DE TODA PRISÃO DE DEVEDOR DE ALIMENTOS NO ÂMBITO DO DISTRITO FEDERAL, ORDENADA PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, TANTO EM REGIME FECHADO, COMO EM REGIME DOMICILIAR, ENQUANTO DURAR A PANDEMIA DO CORONAVÍRUS. ADOÇÃO DE ATOS DE CONSTRIÇÃO NO PATRIMÔNIO DO DEVEDOR, SEM CONVERSÃO DO RITO. POSSIBILIDADE. EQUILÍBRIO NA RELAÇÃO JURÍDICA ENTRE AS PARTES. ACÓRDÃO RECORRIDO MANTIDO EM SUA INTEGRALIDADE. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. 1. A questão controvertida nos autos consiste em saber se, enquanto durar a impossibilidade de prisão civil do devedor de alimentos, em razão da pandemia do coronavírus, é possível a determinação de penhora de bens em seu desfavor, sem que haja a conversão do rito da prisão para o da constrição patrimonial. (BRASIL, STJ, 2021).

Veja-se que devido à situação excepcional, as prisões tiveram de ser substituídas por prisões domiciliares, mesmo havendo o reconhecimento de que tal medida não oferecia o constrangimento suficiente para efetivar a satisfação dos créditos alimentares (GARCIA, 2021).

Não obstante, mesmo antes de tal circunstância excepcional - a pandemia -, a prisão domiciliar já era possível em razão de vulnerabilidades do devedor, como idade avançada ou doenças graves:

RECURSO EM HABEAS CORPUS. PRISÃO CIVIL POR DÍVIDA DE ALIMENTOS. CONVERSÃO EM PRISÃO DOMICILIAR. EXCEPCIONALIDADE DA MEDIDA. CIRCUNSTÂNCIAS QUE AUTORIZAM A SUBSTITUIÇÃO. 1- Ação distribuída em 12/07/2016. Recurso ordinário



interposto em 24/05/2017 e atribuído à Relatora em 17/07/2017. 2- O propósito recursal é definir apenas se é cabível a substituição da prisão civil por dívida de alimentos em prisão domiciliar. 3- A prisão civil possui função essencialmente coativa, uma vez que busca, por meio de uma técnica de coerção, refrear a eventual renitência do devedor e compeli-lo a adimplir, tempestivamente, a obrigação alimentar. 4- A substituição da prisão civil por prisão domiciliar é admitida apenas em situações excepcionais, tal como na espécie, em que o paciente demonstra ter sido acometido por doenças graves - esclerose múltipla, diabetes e poliartrrose - que inspiram cuidados médicos contínuos, sem quais há risco de morte ou de danos graves à sua saúde e integridade física. 5- Recurso em habeas corpus provido (BRASIL, STJ, 2017).

Entretanto, há quem entenda pela adequação da medida restritiva de liberdade.

De acordo com HERTEL (2009), os alimentos são necessários à manutenção da vida de dignidade do indivíduo, de modo que a prisão civil do devedor de tal prestação – que possui caráter excepcional – em nada violaria o princípio da dignidade humana.

Segundo o autor (2011, p. 72), “a prisão do devedor de alimentos não ofende a dignidade da pessoa humana: ao contrário, ela preserva a vida e a dignidade do credor dos alimentos”. De acordo com o professor seria descabido considerar a prisão uma violação simplesmente em razão da falta de recursos econômicos do indivíduo para adimpli-la, já que o sistema jurídico dispõe de ações revisionais que visam adequar a prestação alimentar ao binômio necessidade x possibilidade das partes envolvidas, assim como contempla a jurisprudência atinente:

RECURSO ORDINÁRIO EM "HABEAS CORPUS". EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. DÍVIDA ATUAL. ADEQUAÇÃO AO ENUNCIADO SUMULAR 309/STJ. CAPACIDADE FINANCEIRA DA ALIMENTANTE. AFERIÇÃO. INADMISSIBILIDADE DA VIA ELEITA. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA A EVIDENCIAR A IMPOSSIBILIDADE ABSOLUTA DE PAGAMENTO DA TOTALIDADE DO DÉBITO ALIMENTAR, NOS MOLDES PRECONIZADOS NO §2º DO ART. 528 DO CPC. BASE DE CÁLCULO. RESCISÃO DO CONTRATO DE TRABALHO QUE NÃO RETIRA A LIQUIDEZ DO TÍTULO EXECUTIVO. MUDANÇA DA CAPACIDADE ECONÔMICA EM RAZÃO DA SITUAÇÃO DE DESEMPREGO E NASCIMENTO DE OUTROS FILHOS QUE DEVE SER DISCUTIDA EM AÇÃO PRÓPRIA. REDUÇÃO DO VALOR DA PRESTAÇÃO EM AÇÃO REVISIONAL. RETROATIVIDADE A PARTIR DA CITAÇÃO DAS EXEQUENTES NESTA DEMANDA. PRECEDENTES. PRISÃO CIVIL. REGIME DE CUMPRIMENTO DURANTE A PANDEMIA APÓS A PERDA DE EFICÁCIA DO ART. 15 DA LEI 14.010/2020. [...] 7. A redução do valor da pensão alimentícia opera-se a partir da citação das exequentes na ação revisional e não desonera a executada de adimplir as parcelas anteriores, cuja cobrança permanece hígida. Precedentes. 8. "A rescisão do contrato de trabalho do devedor de alimentos não tem o condão de retirar a liquidez do título executivo judicial que fixou o valor da pensão alimentícia em percentual incidente sobre a sua remuneração mensal. A mudança da situação financeira do alimentante deverá ser discutida em ação revisional de



alimentos, não em execução" (AgRg no REsp 1391531/RS, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, Terceira Turma, julgado em 28/04/2015, DJe 12/05/2015).
9. Cenário nacional e mundial de excepcionalidade em decorrência da da pandemia do novo coronavírus (Covid-19) que recomenda, excepcionalmente, o diferimento do cumprimento da prisão civil em regime fechado ou imediatamente em regime domiciliar, a critério do credor, tendo em vista a possibilidade de o devedor de alimentos vir a contrair tão perniciosa doença. (BRASIL, STJ, 2021).

Ainda de acordo com HERTEL (2011), não merece prosperar o argumento de que preso o devedor não conseguiria angariar recursos para o pagamento de sua obrigação, uma vez que esteve solto e não se interessou por fazê-lo.

Nas palavras do autor:

Nem se argumente que, preso, o devedor não terá como honrar com o pagamento. É que a sua prisão foi decretada exatamente pelo fato de ele, quando solto, não ter honrado com a obrigação respectiva. Ademais, caso o devedor de alimentos tenha alguma dificuldade financeira para honrar com o respectivo cumprimento da sua obrigação alimentar, deverá ele mover a respectiva ação revisional (HERTEL, 2011, p. 73).

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça corrobora com tal entendimento, conforme se depreende de seus recentes julgados:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE FAMÍLIA. ALIMENTOS. MENOR. NECESSIDADE. PRESUNÇÃO. EXECUÇÃO. ALIMENTANTE. PRISÃO. CRIME. ATIVIDADE LABORAL. CAPACIDADE. DÍVIDA. OBRIGAÇÃO. ARBITRAMENTO. BINÔMIO NECESSIDADE - POSSIBILIDADE. ART. 1.694, § 1º, DO CC/2002. OBSERVÂNCIA. 1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ). 2. A mera circunstância de o devedor de alimentos estar recolhido à prisão pela prática de crime não afasta a sua obrigação alimentar, tendo em vista a possibilidade de desempenho de atividade remunerada na prisão ou fora dela a depender do regime prisional do cumprimento da pena. 3. É imprescindível aferir a possibilidade financeira do réu preso tanto no regime prisional fechado, como no semiaberto ou aberto, em que é possível, inclusive, o trabalho externo. 4. Na espécie, o tribunal de origem, ao não acolher o pedido do recorrente, afastou de plano a obrigação por se encontrar custodiado, sem o exame específico da condição financeira do genitor, circunstância indispensável à solução da lide. 5. A mera condição de presidiário não é um alvará exoneratório da obrigação alimentar, especialmente em virtude da independência das instâncias cível e criminal. 6. Recurso especial provido (BRASIL, STJ, 2021).

Verifica-se, portanto que não há consenso na doutrina acerca da eficiência da prisão civil do devedor de alimentos, embora se verifique sua legitimidade e inconstitucionalidade, já que expressamente autorizada pela norma constitucional.

Não obstante, também é possível verificar que a jurisprudência entende por seu



cabimento embora não seja uníssona quanto a sua efetividade.

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto verificou-se que a prisão civil do devedor de alimentos encontra seu fundamento na defesa da dignidade do credor da referida prestação, bem como nos princípios que envolvem a matéria, sendo inclusive medida de caráter excepcional, autorizada unicamente por defender aspectos tão caros ao ordenamento jurídico.

Os alimentos, apesar da impropriedade do termo que os designa tem o condão de abarcar todos os recursos materiais necessários à vida digna do indivíduo que não tem condições de provê-los por si, fundando-se na solidariedade e afetividade familiar, bem como nos deveres inerentes ao instituto.

Entretanto, da análise da doutrina, bem como da jurisprudência vigente não é possível tecer conclusão indene de dúvidas que a medida atinge completamente seus fins, seja pela incompatibilidade do mecanismo (natureza punitiva) com os fins que a justificam (natureza econômica), seja pelo fato de violar os direitos personalíssimos do devedor em favor de se resguardar os do credor.

De um lado verifica-se que, por não ter condão punitivo, a prisão civil não pode lançar mão dos mesmos rigores da prisão penal, o que, paradoxalmente esvazia sua função coercitiva, cuja efetividade, se dá justamente pela privação da liberdade, o que deveria compelir o devedor a cumprir com a obrigação que lhe foi imposta.

Especialmente com a implantação da pandemia do coronavírus, verificou-se a necessidade de repensar a prisão civil, já que a ineficácia estrutural do sistema se intensificou diante do estado de crise.

De outro norte, a implantação de tais rigores poderia implicar, mormente quando se considera a desigualdade econômica que assombra o país – que muitas vezes impossibilita inúmeras pessoas de manterem a si e sua prole com dignidade -, na violação dos direitos personalíssimos do devedor, recolhendo ao cárcere somente a parcela mais pobre da população sem acesso ao Poder Judiciário.

Embora ainda parem tais dúvidas, o Tribunal competente tem adotado a prisão civil como mecanismo adequado para tanto, modulando seus efeitos quando necessário.

REFERÊNCIAS



BRASIL. **Constituição (1988)**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 22. jun. 2021.

_____. **Lei nº 5478**, de 25 de julho de 1968. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5478.htm. Acesso em: 02. set. 2021.

_____. **Lei nº 10406**, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 22. jun. 2021.

_____. **Lei nº 13105**, de 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 02. set. 2021.

_____, Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Recurso em Habeas Corpus 144.872/SP, Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, julgado em 11. maio. 2021. DJe 14. maio. 2021. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202100925736&dt_publicacao=14/05/2021. Acesso em: 08. set. 2021.

_____, Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Recurso em Habeas Corpus 86.842/SP. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, julgado em 17. out. 2017. DJe 19. out. 2017. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201701672330&dt_publicacao=19/10/2017. Acesso em: 08. set. 2021.

_____, Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Recurso Especial 1882798/DF. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, julgado em 10. ago. 2021. DJe 14. ago. 2021. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202001655981&dt_publicacao=17/08/2021. Acesso em: 08. set. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Recurso Especial 1914052/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Brasília, julgado em 22. jun. 2021. DJe 28. jun. 2021. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202003462185&dt_publicacao=28/06/2021. Acesso em: 08. set. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula vinculante 25. Não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel. Sessão Plenária de 16/12/2009. DOU de 23/12/2009, p. 1. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula774/false>. Acesso em: 22. jul. 2021.

_____. Tjdft. Apelação nº 2.000.02.1.002.833-8. Relator: Desa. Adelith de Carvalho Lopes. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>. Acesso em: 31. jul. 2021.



COSTA, Sidiane Kuhn. **A in(eficiência) da prisão civil do devedor alimentar.** 2014. Monografia (Graduação em Direito) – Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais, Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande Do Sul, Ijuí, 2014. Disponível em: <<https://bibliodigital.unijui.edu.br:8443/xmlui/handle/123456789/2567>>. Acesso em: 21. jul. 2021.

COUTO, Bruno Nascimento de. Prisão civil do devedor de alimentos: uma medida ineficaz?. **Colloquium socialis.** vol. 01. nº Especial 2. p. 410-417. DOI: 10.5747/cs.2017.v01.nesp2.s0169. Presidente Prudente, Jul/Dez, 2017. Disponível em: <<http://www.unoeste.br/site/enepe/2017/suplementos/area/Socialis/01%20-%20Direito/PRIS%C3%83O%20CIVIL%20DO%20DEVEDOR%20DE%20ALIMENTOS%20UMA%20MEDIDA%20INEFICAZ.pdf>>. Acesso em: 22. jul. 2021.

D’ALESSANDRO, Gustavo. **A prisão civil do devedor de alimentos e a pandemia da covid-19: o litígio estrutural como forma de concretização de direitos fundamentais.** Ibdfam. 18. Maio. 2021. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/artigos/1700/A+pris%C3%A3o+civil+do+devedor+de+alimentos+e+a+pandemia+da+covid-19%3A+o+lit%C3%ADgio+estrutural+como+forma+de+concretiza%C3%A7%C3%A3o+de+direitos+fundamentais>>. Acesso em: <14. Set. 2021.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** 11. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves. **O novo procedimento da separação e do divórcio.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: direito de família.** 9.ed. rev. e ampl. vol. 6. São Paulo: Editora Saraiva, 2019.

GARCIA, Fernanda Mathias de Souza. **A prisão civil por execução de dívida alimentar em tempos da pandemia do coronavírus (covid-19): uma visão acerca das medidas adotadas pelo cnj, pelo stj e pelo legislativo.** III Encontro Virtual do Conpedi. Direito de Família e das Sucessões I. Florianópolis, 2021. p. 111-129. Disponível em: <<http://site.conpedi.org.br/publicacoes/276gsitlp/jhhp06p2/G9tkcv24HUO2GI5x.pdf>>. Acesso em: 14. set. 2021.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família.** 17. ed. vol. 6. São Paulo: Editora Saraiva, 2020.

HERTEL, Daniel Roberto. A Execução da Prestação de Alimentos e a Prisão Civil do Alimentante. **Revista da EMERJ**, v. 12, nº 46, 2009, p. 166-181. Disponível em: <emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista46/Revista46_166.pdf>. Acesso em 02. set. 2021.

HERTEL, Daniel Roberto. A Extinção da Prisão do Devedor de Alimentos será a Solução de que Problema Social?. **Revista da EMERJ**, v. 14, nº 56. p. 72-73, 2011. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista56/revista56_72.pdf>.



Acesso em 02. set. 2021.

MADALENO, Rolf. **Direito de família**. 8. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro, 2018.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. 37. ed. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2000.

PINTO, Marcos José. A prisão civil do devedor de alimentos: constitucionalidade e eficácia. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2017. Disponível em: <<http://escola.mpu.mp.br/publicacoes/obras-avulsas/e-books-esmpu/a-prisao-civil-do-devedor-de-alimentos-constitucionalidade-e-eficacia>>. Acesso em 22. jul. 2021.

RODRIGUES, Cibele et al. A ineficácia da prisão civil. **Revista eletrônica das áreas sociais e humanas do Centro Universitário Católico Salesiano Auxilium - eHumanitas**. nº 06, primeiro semestre, 2019. Disponível em: <<https://unisalesiano.com.br/aracatuba/wp-content/uploads/2020/12/Artigo-A-Ineficacia-da-prisao-civil-Pronto.pdf>>. Acesso em: 08. set. 2021.



A CONFISSÃO NO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Samira Abdallah⁸

ME. Camila Virissimo Rodrigues da Silva Moreira⁹

RESUMO: A crise no sistema judicial possibilitou institutos da justiça negocial em nosso país com a intenção de maior efetividade, desafogando o judiciário. O acordo de não persecução penal é um instituto novo de justiça negocial e foi incorporado no código de processo penal, no art.28-A, tendo vigência em janeiro de 2020. Trata-se de um acordo, oferecido pelo ministério público ao investigado, desde que a situação caiba nos requisitos da lei, que exige a confissão do ato delituoso pelo investigado. Em contrapartida terá uma pena diminuída e não haverá a denúncia do ministério público. Consequentemente o investigado não terá constado o delito em sua ficha de antecedentes, nem reincidência. No entanto a obrigatoriedade da confissão, além de ferir princípios do processo penal, fere princípios constitucionais. A justificativa é de maior celeridade ao aplicar a norma penal. Para alguns estudiosos a confissão serve como prova, em caso de descumprimento do acordo ou a não homologação dele pelo judiciário, para outros não passa de um ato pré-processual sem força probatória.

ABSTRACT: The crisis in the judicial system has allowed negotiated criminal justice in our country with the intent of greater effectiveness, and thus, relieving the judiciary. The non-criminal prosecution agreement is a new institute for negotiated criminal justice and was incorporated into the Code of Criminal Procedure, in the article 28-A, effective in January 2020. It is an agreement, offered by the Public Prosecutor's Office to the investigated person, provided that the situation meets the requirements of the law, which requires a criminal act confession by the investigated. In exchange for this, the penalty will be reduced and there will be no indictment from the public prosecutor's office. As a result, the investigated will not have the offense recorded in his/her record, nor recidivism. However, the compulsory nature of the confession, besides violating the principles of criminal procedures, violates constitutional principles. The justification is hastier when applying penal law. For some scholars the confession serves as evidence in case of noncompliance with the agreement or its non-validation by the judiciary, for others it is nothing more than a pre-procedural act without probative force.

PALAVRAS-CHAVE: Ministério público. Pacote anticrime. Confissão.

KEYWORDS: Public prosecution. Anti-crime package. Confession.

INTRODUÇÃO

O Brasil vem tentando se adequar, com o passar dos anos, de um modelo positivista para um modelo de justiça negocial inspirado em modelos estrangeiros no âmbito penal, sem que o Estado participe efetivamente, apenas com o controle da constitucionalidade e legalidade.

A partir da vigência da Lei “anticrime”, em 23 de janeiro de 2020, foi

⁸ Graduanda de direito, turma 2018-2022, Unifatecie, samiab6@gmail.com

⁹ Graduação em Direito- Faculdades Nobel (2005). Especialização na área de Direito Penal e Processo Penal - Universidade Estadual de Londrina (2008). Mestrado em Ciências Jurídicas - Centro Universitário de Maringá (2013), Professora, Unifatecie, camila.moreira@fatecie.edu.br



acrescentado no CPP o artigo 28-A, que autoriza o acordo de não persecução penal, regulamentando os requisitos, impedimentos e procedimentos, que antes já havia sendo aplicado pela resolução 181/2017 do CNMP.

Com essa inovação no ordenamento jurídico observou um desencadeamento de discussões sobre a aplicabilidade deste instituto, muitos debates sobre sua materialidade e alcance. O referido instituto autoriza o ministério público a negociar um acordo com o investigado em troca de uma pena mais branda e o não oferecimento da denúncia, se os requisitos previstos na legislação assim permitirem, com a condição que o investigado confesse a autoria do delito.

A questão é, a condição da confissão para o acordo de não persecução penal é constitucional? Até onde vão os efeitos dela? E se depois do acordo pronto o juiz não homologar, a confissão terá peso no processo penal contra o investigado? O ministério público pode usar essa confissão no processo penal em caso do descumprimento do acordo? São questões polemicas abordadas no decorrer do trabalho.

O objetivo é analisar o acordo de não persecução penal e suas condições, em especial a exigência da confissão para a concretização dele, e tentar oferecer argumentos para uma reflexão acerca deste instituto de justiça negocial, pois existe muitas incertezas quanto a sua aplicação e as consequências.

2. ANÁLISE DAS JUSTIÇAS NEGOCIAIS PENAIS

Ao longo dos anos a justiça negocial penal vem ganhando força no mundo, com isso são editadas leis com a possibilidade de solução entre as partes dos conflitos penais. Um fator que é relevante entre os países que trabalham com essa justiça negocial é o tipo de sistema jurídico adotado por cada país, ele representa o patrimônio cultural e histórico de seu povo, o *common law* ou o *civil law*¹⁰ (WÜRZIUS, 2020, p.551-568).

Os Estados Unidos adotam o sistema jurídico *common law* e utilizam a justiça negocial, que é a negociação direta entre a acusação e a defesa em troca de uma pena mais branda para evitar o julgamento, e a chamam de *plea bargaining*, também conhecida como “negociação de declaração de culpa”. Esta negociação pode ser feita

¹⁰ *Common law* é um sistema baseado nos costumes, em decisões de tribunais enquanto o *civil law* é orientado pelas codificações do direito e baseado nas interpretações das leis.



para qualquer delito e diretamente ao órgão acusador, não necessitando do juiz de direito na participação do acordo, exigindo por parte do acusado a admissão de culpa, e pode ser acordado até antes do trânsito em julgado (WÜRZIUS, 2020, p. 551-568).

Por ser o país que mais tem presos no mundo (DA SILVA, 2021), a justiça negocial desafoga o sistema judiciário dos Estados Unidos, acelerando a solução dos casos, porém existem muitas discussões sobre até onde ela é vantajosa, debates entre os prós e os contras do *plea bargaining*.

Na Inglaterra também aderem o sistema *common law*, chamam o acordo da justiça negocial de *plea of guilty*, com o mesmo formato da negociação dos Estados Unidos, exigindo a confissão da culpa ao final do acordo, e de contrapartida o acusado recebe uma concessão, como por exemplo uma diminuição de pena. Neste caso não existe o processo penal, pois essa transação ocorre extrajudicialmente (FIGUEIREDO, 2019).

Esses dois modelos de justiça negocial citados são bem semelhantes, e ambos são um sucesso nos tribunais, embora ainda exista resistência, os críticos desse modelo de justiça consensual penal acreditam que o Estado que deveria aplicar a pena de acordo com o delito cometido, e não a negociar com o acusado (FIGUEIREDO, 2019).

Conforme MELO (2019), entre as vantagens deste instituto está a eliminação de julgamentos, esvaziando os fóruns criminais; a tramitação é rápida; economia de recursos; mais sucesso com menos trabalho, nos Estados Unidos as carreiras dos promotores são de acordo com as altas taxas de condenações. Outro ponto importante é o esvaziamento das prisões, por mais que o acusado irá cumprir pena, ela será menor. Também é considerado um bom negócio para o réu culpado. A razão para o ingresso desses instrumentos conhecidos como justiça negocial são vários, o autor LANGER (2017, p. 76) elenca eles:

As razões variam de uma jurisdição para outra, mas uma razão em comum tem sido o aumento da criminalidade na maioria destes países nos últimos anos. Esta situação produziu uma sobrecarga nos seus processos penais, requerendo deles que tratem de mais casos criminais em menos tempo do que antes. A obtenção do consentimento do acusado, portanto, através de negociações ou do oferecimento de benefícios, poderia tornar os procedimentos penais inquisitoriais regulares desnecessários ou oferecer uma justificativa para simplificar ou expressamente evitá-los. Compreendido este contexto, a introdução de mecanismos de negociação consensual tem sido vista como uma maneira de tornar os rígidos sistemas inquisitoriais mais flexíveis.



Segundo MELO (2019), a incerteza, a ansiedade de não saber qual será o desfecho do processo, no *plea bargaining* evita esse desgaste emocional, pois assim que as partes se acertarem e o juiz homologar, o caso se dá por encerrado. As desvantagens dessa justiça negocial, é que é um enorme risco para os inocentes, pois o réu que é inocente espera conseguir a absolvição, e pode receber uma pena maior que o razoável por não ter feito o acordo. O autor LOPES JUNIOR (2021, p. 347) faz uma análise a respeito do assunto:

O pacto no processo penal é um perverso intercâmbio que transforma a acusação em um instrumento de pressão, capaz de gerar autoacusações falsas, testemunhos caluniosos por conveniência, obstrucionismo ou prevaricações sobre a defesa, desigualdade de tratamento e insegurança. O furor negociador da acusação pode levar à perversão burocrática, em que a parte passiva não disposta ao “acordo” vê o processo penal transformar-se em uma complexa e burocrática guerra. Tudo é mais difícil para quem não está disposto a ‘negociar’. O panorama é ainda mais assustador quando, ao lado da acusação, está um juiz pouco disposto a levar o processo até o final, quiçá mais interessado que o próprio promotor em que aquilo acabe o mais rápido e com o menor trabalho possível. Quando as pautas estão cheias e o sistema passa a valorar mais o juiz pela sua produção quantitativa do que pela qualidade de suas decisões, o processo assume sua face mais nefasta e cruel. É a lógica do tempo curto atropelando as garantias fundamentais em nome de uma maior eficiência.

Neste mesmo sentido MELO (2019) expõe que o custo da inocência é outro fator das desvantagens do instituto, pois não é raro que o réu inocente faça o acordo por medo do tamanho da pena que pegará se for à julgamento. Também é conhecido que alguns promotores blefam ao intimidar o acusado e forçar um acordo, mesmo existindo muitos promotores sérios, e que realmente são bem intencionados, esses casos acontecem.

A França, que adota sistema jurídico *Civil Law*, onde a fonte jurídica principal é a lei e os precedentes não vinculam o julgamento, servem apenas como uma orientação (TEIXEIRA, 2016), o que prevalece nesse sistema é a documentação, o que foi escrito, a defesa pode contra-argumentar a tese da acusação, e no final apenas uma parte sai vencedora, ao contrário do sistema *Common Law*, que a finalidade é o consenso entre as partes (FIGUEIREDO, 2019).

Na França o ministério público, quando está diante de um delito, tem a faculdade de iniciar uma ação contra o acusado ou impor um outro meio alternativo. Em qualquer situação eles podem dar procedimento ou simplesmente arquivar, diferentemente do que acontece no Brasil, que o ministério público tem a obrigatoriedade de seguir o procedimento que da lei, essa opção de seleção se dá ao



MP da França é institucionalizada. Esse acordo que o ministério público faz, se cumprido ele é arquivado e aparece como reincidente. Agora se houver o descumprimento e novo delito, responde pelo tribunal como reincidente (FIGUEIREDO, 2019).

Na Alemanha o índice de reincidência de crimes que são punidos de forma alternativa é muito baixo. O que levou a diminuição da criminalidade foi a criação, em meados de 80, de medidas que substituem a privação de liberdade, a suspensão condicional do processo e prestação de serviços à comunidade (FIGUEIREDO, 2019).

2.1 JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA NO BRASIL

No Brasil, analisando a evolução histórica do direito penal, o Estado vem paulatinamente substituindo a vítima, ficando responsável pela punição do ato delituoso, representando a vontade da sociedade. Nesse contexto, o ordenamento jurídico tornou-se robusto e burocrático, criminalizando muitas condutas com a finalidade de não cair ao descrédito da sociedade, o que acarretou em um sistema judicial lento e pouco efetivo, resultado de aumento considerável de demandas (ALMEIDA, 2020).

Nessa situação, surgiu em 1995, com a lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, a lei 9.099, entrando em vigor em 26 de novembro deste mesmo ano, um novo modelo de justiça com novos institutos, atendendo o artigo 98, I, da Constituição federal¹¹ que determina maior celeridade e informalidade a prestação jurisdicional nos delitos de menor lesividade. Em 2013 foi editada a Lei 12.850/2013, denominada de Lei das Organizações Criminosas, citando o instituto da delação premiada, uma justiça colaborativa.

Surge um novo tipo de jurisdição com a transação penal, a composição civil do dano e a suspensão condicional do processo. Em agosto de 2017 o CNMP- Conselho Nacional do Ministério Público – editou a resolução 181/2017, que prevê a possibilidade de o ministério público propor ao acusado o acordo de não persecução penal.

¹¹ Art. 98.CF- A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I - Juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau.



A resolução 181/017 define circunstâncias de cabimento ou não do acordo e suas consequências em caso de descumprimento. No caso de o acordo ser cumprido, não é instaurada a ação penal contra o acusado e a investigação é arquivada.

Em 24 de janeiro de 2018 o Conselho Nacional do Ministério Público publicou a Resolução 183/2018, alterando alguns dispositivos da resolução 181/2017, tal Resolução regulamentou o acordo de não persecução penal até a Lei 13.964/19, o Pacote Anticrime, que acrescentou o artigo 28-A¹² no código de processo penal. Nosso acordo de não persecução penal foi amparado em experiências de modelos estrangeiros.

Em uma análise a esse dispositivo, AVENA (2021, p. 296) acredita que não é função do ministério público esse tipo de atribuição:

Antes da vigência da Lei 13.964/2019 (o chamado pacote anticrime), o acordo de não persecução penal estava regulamentado por meio da Resolução do Conselho Nacional do Ministério Público n.º 181/2017, alterada pela Resolução n.º 183/2018. Este ato normativo sempre teve sua constitucionalidade questionada, na medida em que o art. 130-A, § 2º, da Constituição Federal estabelece como atribuições do CNMP as relacionadas ao “controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público e do cumprimento dos deveres funcionais de seus membros”, não lhe facultando a criação de institutos de natureza processual penal.

A justiça negocial penal é considerada uma afronta ao princípio da obrigatoriedade da ação penal, pois esses acordos entre ministério público diretamente com o investigado mitigam esse princípio, pois mesmo se tratando de naturezas diferentes e cada um possui requisitos específicos para realiza-los, em diversas situações autorizam o MP a deixar de oferecer denúncia, e o investigado cumpre uma pena sem sequer ter um julgamento (AVENA, 2021, p. 296). O autor LOPES JUNIOR (2021, p. 346) faz uma crítica acerca da justiça negociada:

É importante que se compreenda que a negociação no processo penal é sempre sensível, pois representa um afastamento do Estado-juiz das relações sociais, não atuando mais como interventor necessário, mas apenas assistindo de camarote o conflito. Portanto, é uma opção sempre perigosa. Ademais, significa uma inequívoca incursão do Ministério Público em uma área que deveria ser dominada pelo tribunal, que erroneamente limita-se a homologar o resultado do acordo entre o acusado e o promotor. Não sem razão, a doutrina afirma que o promotor é o juiz às portas do tribunal.

¹² Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente.



Desta maneira, entre os prós e contras, percebe-se uma fragilidade quanto ao acordo de não persecução penal por envolver bens jurídicos tão essenciais. A negociação da justiça penal causa incertezas. Com troca de papéis entre o ministério público e o juiz, causa uma insegurança em relação a banalização deste instituto, como por exemplo, o oferecimento do ANPP pelo ministério público indistintamente, ainda que as investigações sejam infundadas e sem os elementos mínimos de autoria e materialidade (JOHANN JÚNIOR, 2020).

3 DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL (ANPP)

O acordo de não persecução penal está amparado pelo artigo 28-A do código penal, acrescentado em 2019 pela Lei 13.964, nestes termos:

Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente (BRASIL, 1942, art.28-A).

Trata-se de um benefício para quem cometeu algum delito menos relevante, desde que ele cumpra os requisitos que a lei prevê. Não se confunde com o *plea bargaining*, apesar de ser inspirado nele, porém esse modelo norte americano é bem mais amplo e sem tantas restrições (NUCCI, 2021, p. 125). Segundo AVENA (2021 p.294), a definição do acordo de não persecução penal:

Consiste no ajuste celebrado, em determinadas circunstância e presentes os requisitos legais, entre o Ministério Público e o investigado (acompanhado de seu advogado), por meio do qual são estipuladas condições cujo cumprimento implicará não ajuizamento de ação penal e extinção da punibilidade.

Refere-se a um instrumento de justiça negocial penal, extraprocessual, que, se cumprido os requisitos exigidos na lei, o ministério público pode oferecer ao investigado um acordo, com o benefício de uma diminuição da pena e sem processo penal, significando que nada constará em sua certidão de antecedentes e não será reincidente.

Ocorrendo um crime de ação penal pública, cumprindo os requisitos que a lei exige, não importa o tipo de investigação que vai possibilitar o ANPP, pode ser um inquérito policial, um procedimento investigatório criminal do MP, um relatório de CPI



(Comissão Parlamentar de Inquérito) enviado ao MP ou um procedimento instaurado por um órgão competente para investigar alguma conduta do detentor de prerrogativa de função (AVENA, 2021, p. 296).

3.1 ACORDO NA AÇÃO PENAL PRIVADA

Este acordo, oferecido pelo ministério público, pode ser tanto para um crime que está sendo investigado que a ação penal é pública incondicionada ou condicionada. Neste último caso necessita da representação da vítima ou requisição do ministério da justiça.

Mas a questão controversa é: pode em ações penais privadas? Não existe previsão na lei para propor o ANPP ao investigado de ações penais privadas, então fica a discussão de um lado que, por não haver a previsão legal não pode ser feita por analogia, outros já argumentam que se nos crimes mais graves que são apurados por ação pública eles aplicam o ANPP, deveriam agir com os critérios da isonomia e da proporcionalidade e abarcar também os de ação penal privada, porém existem essas posições divergentes a respeito do assunto (AVENA, 2021, p. 294).

A maioria dos crimes de iniciativa privada são de competência dos juizados especiais criminais, que possuem a pena máxima cominada em 2 anos. E na época que a lei 9.099/95 foi sancionada também houve uma discussão, se a transação penal e a suspensão condicional do processo alcançariam as ações privadas, já que os artigos 76¹³ e 89¹⁴ da Lei 9.099 fazem referência apenas ao ministério público oferecendo esses benefícios (SILVA, 2020, p. 418).

Explica, LOPES JUNIOR (2020) em um artigo sobre questões polêmicas do ANPP, sua opinião sobre o assunto e acredita que cabe o ANPP em ações privadas:

Sim. Cabível o ANPP por ausência de vedação legal aos crimes de ação privada que tramitam na Justiça comum desafiando o rito especial (art. 519 a 523, CPP) ou que tramitam no JECRIM, mas o querelante não tem direito a transação, nem a sursis processual. Inclusive, pensamos que esse debate seguirá o mesmo rumo que no passado existiu em torno da transação penal.

¹³ Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.

¹⁴ Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena.



Para a primeira audiência de tratativas perante o Ministério Público deverá também a vítima ser intimada para comparecimento, com vistas a exemplo do que ocorre na transação penal, participar da audiência e discutir as condições. Caso não compareça ou se negue a oferecer o acordo isso não impede o membro do *Parquet* o proponha, na qualidade de custos legis.

Também neste mesmo entendimento compactua DE LIMA (2020), analisando o dispositivo legal, o artigo 28-A do CPP, percebe-se que não há impedimento ao oferecimento do acordo em ações privadas, “Considerando que, na ação penal de iniciativa exclusiva da vítima, o querelante é detentor do *ius ut procedatur*,¹⁵ significa dizer que o poder de proceder contra alguém, deverá quando presentes os requisitos, propor o acordo.”

Ainda ressalta que o artigo 45 do código de processo penal, em sua parte final, diz que caberá ao ministério público intervir em todos os atos processuais, ainda eu a ação seja privativa do ofendido, e na ocasião, oferecer o acordo. De forma diferente, se o juiz não abrir vistas ao MP, é caso de nulidade relativa, por se uma ação de iniciativa exclusiva da vítima. DE LIMA (2020) acredita que inicialmente existirá um receio do acordo nas ações de iniciativa privada, conforme semelhança entre os institutos do acordo de não persecução penal e a transação penal, mas com o tempo pressupõe que essa questão se pacificará, possibilitando do acordo.

3.2 NATUREZA DA NORMA DO ANPP

A natureza da norma do ANPP é mista, com características processuais e penais, portanto, por ser benigna ela pode retroagir, alcançando processos iniciados antes da vigência da Lei 13.964/19, podendo ser oferecido até antes do trânsito em julgado (LOPES JÚNIOR, 2021, p. 86). Nesse sentido explica MAZLOUM (2020):

Iniludível, pois, a natureza híbrida da norma que introduziu o acordo, trazendo em seu bojo carga de conteúdo material e processual. O âmbito de incidência das normas legais desse jaez, que consagram inequívoco programa estatal de despenalização, deve ter aplicação alargada nos moldes previstos no artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal: “A lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.” Nesta senda, entendemos incidir também aos processos criminais em curso, apanhados pelo princípio da obrigatoriedade da ação penal. Cabe ao Estado, agora, abrir ao réu a oportunidade de ter sua punibilidade extinta mediante a proposição de acordo pelo Ministério Público e consequente cumprimento das condições convencionadas.

Neste mesmo sentido LUCIANO e DE DEUS FILHO (2020) explicam que o §

¹⁵ O direito potestativo de acusar.



13º do art. 28-A do CPC, declara uma causa de extinção da punibilidade quando diz: “Cumprido integralmente o acordo de não persecução penal, o juízo competente decretará a extinção de punibilidade”, se encontrando em sintonia com o art. 107 do CP¹⁶, confirmando assim a natureza híbrida da norma. Em relação ao tempo, OGASSAWARA (2020) que faz a interpretação do artigo 28-A, CPP para a sua aplicação:

A redação do artigo 28-A utiliza a expressão "investigado", e não "acusado", "denunciado" ou "réu", o que permite assumir que tal acordo poderá ser discutido antes do início da ação penal, até mesmo por se tratar de inovação benéfica da lei.

A natureza jurídica do ANPP é extrajudicial, e trata-se de um direito público subjetivo do imputado, entretanto existem divergências em ser um “poder do ministério público” e não um direito do acusado e por ser um acordo bilateral o judiciário não poderia obrigar o ministério público a propor o ANPP ao investigado (LOPES JÚNIOR, 2021, p. 86). Este tipo de discussão também foi enfrentado nos institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo (OGASSAWARA, 2020).

3.3 DOS REQUISITOS E IMPEDIMENTOS DO ANPP

Os requisitos impostos para que o ministério público possa propor ao investigado o ANPP está descrito no artigo 28-A do CPP, que são cumulativos. Não pode ser caso de arquivamento e o investigado precisa confessar formal e circunstancialmente que cometeu o delito, podendo ser feita na hora do acordo ou na investigação.

O delito praticado precisa ter pena mínima inferior a 4 anos, e ter sido praticado sem violência ou grave ameaça, devendo levar em conta as causas de aumento ou redução da pena, incidindo o máximo para a diminuição e o mínimo para o aumento

¹⁶Art. 107 - Extingue-se a punibilidade:

- I - pela morte do agente;
- II - pela anistia, graça ou indulto;
- III - pela retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso;
- IV - pela prescrição, decadência ou preempção;
- V - pela renúncia do direito de queixa ou pelo perdão aceito, nos crimes de ação privada;
- VI - pela retratação do agente, nos casos em que a lei a admite;
- VII - (Revogado pela Lei nº 11.106, de 2005)
- VIII - (Revogado pela Lei nº 11.106, de 2005)
- IX - pelo perdão judicial, nos casos previstos em lei.



para auferir a pena.

Quando se fala em crime sem violência ou grave ameaça, não se trata apenas da violência física ou moral, mas sim uma violência intrínseca ao mal que foi causado, não apenas diretamente na conduta praticada, mas também indiretamente, lesando a saúde física e mental da coletividade.

Um exemplo é o crime de tráfico de drogas, sabendo que é um crime contra a saúde pública e este fato incriminador traz muitas mortes e doenças à sociedade, não caberia a aplicação do ANPP (RANGEL, 2020, p. 196). O STJ esclarece que o crime do tráfico de drogas é contra a saúde pública:

O tráfico de maquinário visa proteger a “saúde pública, ameaçada com a possibilidade de a droga ser produzida”, ou seja, tipifica-se conduta que pode ser considerada como mero ato preparatório. Portanto, a prática do art. 33, caput, da Lei de Drogas absorve o delito capitulado no art. 34 da mesma lei, desde que não fique caracterizada a existência de contextos autônomos e coexistentes, aptos a vulnerar o bem jurídico tutelado de forma distinta. Deve ficar demonstrada a real lesividade dos objetos tidos como instrumentos destinados à fabricação, preparação, produção ou transformação de drogas, ou seja, relevante analisar se os objetos apreendidos são aptos a vulnerar o tipo penal em tela. No caso dos autos, a apreensão de medidores, aquecedores, fogão de boca, liquidificador industrial, 5 (cinco) liquidificadores de uso doméstico, triturador elétrico, 8 (oito) peneiras, diversas fitas isolantes, tanques/tôneis, sendo 3 (três) de tamanho grande e 2 (dois) pequenos, 2 (duas) balanças de precisão, 3 (três) minibalanças de precisão, 6 (seis) fardos de sacos plásticos transparentes e 1 (um) galão de 20 (vinte) litros de amoníaco, todos com resquícios de cocaína em pó ou já transformada em crack, bem como a existência de provas que demonstram a existência de laboratório destinado ao refinamento de cocaína e da transformação desta em crack, demonstram a autonomia das condutas e inviabilizam a incidência do princípio da consunção, por não serem esses objetos meios necessários ou fase normal de execução do tráfico de drogas. 8. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp 303.213/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 08/10/2013, DJe 14/10/2013)

O acordo e suas condições devem ser suficientes para sua reprovação e prevenção do crime, observando a necessidade/ proporcionalidade e a adequação.

Das condições a serem acordadas cumulativa ou alternadamente entre o ministério público e o investigado estão nos incisos I ao V, do artigo 28-A, CPP, que são de reparar o dano ou restituir o objeto à vítima, quando for possível. Esta reparação supre o efeito obrigatório que a sentença condenatória resultaria se de fato existisse a ação penal, artigo 91, I do código penal¹⁷, e também é uma obrigação na

¹⁷ Art. 91 - São efeitos da condenação: I - Tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime;



suspensão condicional do processo. No caso da reparação do dano, se não for possível faze-la, o ônus de provar a impossibilidade é do investigado, não basta apenas alegar (RANGEL, 2020, p.196).

Precisa renunciar, voluntariamente, os bens e direitos que sejam instrumentos, produtos diretos ou adquiridos com o fruto do crime, indicados pelo ministério público. Esta obrigação é correlata com o artigo 91, II, do código penal¹⁸, que também é efeito automático da sentença a perda de instrumentos do crime. Prestar serviço à comunidade ou entidades públicas, a ser indicado pelo juiz da execução, pelo tempo correspondente a pena mínima cominada ao delito, reduzida de um a dois terços, conforme negociado entre o ministério público e o investigado.

Outro requisito é pagar prestação pecuniária, que será revertido, de preferência, a entidade pública ou de interesse social, indicado pelo juiz da execução, com a função de proteger os bens jurídicos iguais ou semelhantes aos que foram aparentemente lesados com o delito, e também cumprir outra condição estipulada pelo ministério público, desde que seja proporcional e compatível com a infração imputada.

A competência jurisdicional é da vara de execução penal, pois quando o investigado cumpre a pena acordada no ANPP, é o juiz da execução que indica onde irá realizar a prestação de serviço à comunidade, ou no caso de pena de pagar prestação pecuniária, indicará a entidade pública ou de interesse social.

Uma observação importante acerca do assunto é realizada por RANGEL (2020, p. 197): “Ainda não há denúncia, nem haverá por causa do acordo, mas quem irá indicar o local de cumprimento da prestação de serviço é o juiz da execução penal por haver pena de prestação de serviço à comunidade, nos termos do Código Penal.”

O ANPP precisa respeitar o princípio da razoabilidade e proporcionalidade, caso contrário o juiz pode não homologar o acordo, afugentando o abuso de poder do ministério público, e caso a imposição seja abusiva, caberá habeas corpus (RANGEL, 2020, p. 198).

¹⁸ II - a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé:

a) dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito;

b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso.

§ 1o Poderá ser decretada a perda de bens ou valores equivalentes ao produto ou proveito do crime quando estes não forem encontrados ou quando se localizarem no exterior.

§ 2o Na hipótese do § 1o, as medidas assecuratórias previstas na legislação processual poderão abranger bens ou valores equivalentes do investigado ou acusado para posterior decretação de perda.



As causas de impedimentos do acordo são de natureza alternativa, pois basta apenas uma hipótese presente para o não cabimento do ANPP, estão regulamentadas no §2º, I ao IV, art.28-A, CPP. É um impedimento os casos que couberem a transação penal, pois o ANPP é subsidiário a transação penal. Portanto verifica-se se cabe a transação penal, se não for possível ou se for recusada a proposta pelo investigado, o MP em vez de oferecer a denúncia, propõe o ANPP, se cumprir os requisitos da lei.

Outro impedimento é se o investigado for reincidente, ou existir elementos probatórios suficientes de prática de conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, com exceção se essas forem insignificantes. Também não pode ter sido beneficiado, nos últimos 5 anos, com o acordo de não persecução penal, suspensão condicional do processo ou com a transação penal. Não se aplicam nos crimes praticados no âmbito da violência doméstica ou familiar, ou contra a mulher por razão do sexo feminino, em favor do agressor. Um rol de crimes possíveis de acordo de não persecução penal é listado por PACHELLI (2020 p. 816):

De fato, são inúmeros os crimes assim qualificados, incluindo simplesmente *todos* os crimes contra a Administração Pública, os de organização criminosa (integrar ou participar de *organização criminosa*) e os de *lavagem de dinheiro*, delitos portadores de maior censura pública.

Unificando todas as vedações do caput art.28-A e do §2º, I ao IV, as possibilidades do ANPP, apesar dessas restrições, estão entre eles os crimes contra a administração pública, alguns relativos ao colarinho branco, os sem violência e com a pena mínima menor que 4 anos, embora muitos deles causam muita repercussão social nos dias de hoje (NUCCI, 2021, p. 129).

3.4 PROCEDIMENTO DO ANPP

Após verificado todos os requisitos para propor o acordo, e acertado os pontos, é hora de formaliza-lo. De acordo com o §3º do artigo 28-A, CPP, o acordo será por escrito e firmado pelo ministério público, pelo investigado e seu defensor.

Firmado o acordo, é submetido para a homologação. O §4º, do mesmo artigo aborda a homologação judicial, feita em audiência para o juiz verificar a voluntariedade através de oitiva do investigado, acompanhado do defensor, e verifica a legalidade.

Homologado o acordo, o juiz devolve os autos para o ministério público, para que inicie o cumprimento do acordo perante o juiz da execução penal. Portanto o juiz apenas homologa, fazendo o controle de legalidade do acordo e a voluntariedade,



mas não participa da celebração do acordo, sequer da execução (BITERN COURT, 2020, p. 1021).

No caso de o juiz considerar a proposta inadequada, insuficiente ou abusiva, ele devolverá os autos ao ministério público para reformularem as condições do acordo, com a concordância do investigado e defensor. Se o ministério público não readequar o acordo ou não atender os requisitos legais, o juiz pode recusar a homologação. Após a recusa judicial, os autos retornam ao MP para decidirem se vão complementar as investigações ou oferecer a denúncia. Cabe recurso em sentido estrito se o MP entender que é infundada a recusa judicial à homologação ou impugnar mandado de segurança se violar direito líquido e certo (RANGEL, 2020, p.201).

A vítima não participa do acordo, mas exerce um protagonismo, ela é informada em relação a homologação e também em caso de descumprimento. Não cabe impugnação por parte da vítima em relação ao acordo, até por que ela foi indenizada (RANGEL, 2020, p. 201).

Descumprindo as condições do acordo, o MP comunica o juízo para reincidir o acordo e oferecer a denúncia. Esse descumprimento pode ser uma justificativa para o não oferecimento da suspensão condicional do processo pelo MP.

Na hipótese de cumprimento do acordo decreta a extinção da punibilidade, não gerando reincidência ou maus antecedentes, é registrado servindo apenas com a finalidade de impedir um novo acordo no prazo de cinco anos (NUCCI, 2021, p. 129).

4 A INCONSTITUCIONALIDADE DA CONFISSÃO NO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Um dos requisitos para que o acordo de não persecução penal se concretize é a confissão da prática do ato delituoso por parte do investigado, o que gera muitas dúvidas e discussões sobre este instituto. Demanda o dispositivo que a confissão seja formal e circunstancial, ou seja, que o investigado admita a culpa de maneira expressa e detalhada (FARIA, 2020).

A inconstitucionalidade deste dispositivo é muito questionada, pois a própria Constituição Federal, no art. 5º, LXIII, assegura o direito ao silêncio, sem que isso atribua uma consequência negativa à defesa, assim como viola também o princípio da presunção da inocência, art. 5º, LVII, CF, além de outros tipos de justiça negocial como a transação penal, a suspensão condicional do processo não fazem a exigência



de confissão da prática do crime.

Existem muitos posicionamentos doutrinários a respeito da constitucionalidade ou não do artigo 28-A do CPP. Alguns deles consideram que a confissão não deveria ser uma condição para o acordo, até porque essa condição tem traços inquisitórios, incompatível com o nosso sistema processual penal, assim com essa busca incessante sobre a verdade através da confissão já foi superada no passado (FARIA, 2020).

O autor LOPES JUNIOR (2021, p. 51) faz uma comparação entre a delação premiada e o *plea bargaining*, se referindo ao acordo de não persecução penal, criticando a supervalorização da confissão:

No modelo negocial, seja pela via da delação premiada ou pelo *plea bargaining*, o que se busca é, acima de tudo, a confissão do acusado. Para delação premiada a confissão deve vir acrescida de “colaboração” para punição de outras pessoas/crimes, ou seja, de efetiva contribuição probatória para a responsabilização de terceiros. Já, para o *plea*, a simples confissão circunstanciada basta. Mas ambas possuem um ponto em comum, entre elas, e com o modelo inquisitório medieval: a necessidade de confissão.

Por outro lado, alguns estudiosos defendem que se trata de um acordo bilateral, de interesse das partes que estão celebrando o acordo jurídico, considerando que não seria inconstitucional a exigência da confissão para receber o benefício do acordo, pois qualquer investigado pode confessar de forma voluntária, desde que ele esteja assistido por defesa técnica, e na formalização dela, ser informado quanto ao direito que tem de não produzir provas contra si mesmo (FARIA, 2020).

A questão é que o investigado pode confessar e o ANPP, por algum motivo, não ser sequer homologado pelo juiz, por não cumprimento de algum requisito ou condição, ou então, em caso de rescisão do acordo, qual será o valor dessa confissão? LOPES JUNIOR (2021, p. 86), faz uma análise crítica em relação a essa condição nos casos de rescisão do acordo:

Nos parece evidente que não poderá ser utilizada contra o réu, devendo ser desentranhada e proibida de ser valorada. Contudo, não se desconhece ou desconsidera o imenso problema que isso gera na formação do convencimento do julgador, na medida em que uma vez conhecida a confissão, será muito difícil que o juiz efetivamente a desconsidere (não existe “delete” mental) e venha a absolver o imputado, mesmo que o contexto probatório seja fraco. Daí por que uma vez mais se evidencia a importância do sistema “*doble juez*”, para que o acordo de não persecução penal seja feito perante o juiz das garantias e o feito (em caso de rescisão) tramite perante outro juiz (juiz da instrução). Mas e quando o acordo é formalizado no curso do processo? Não adianta excluir a confissão, seria preciso “excluir” o juiz que teve contato com ela (ou seja, precisaríamos da plena eficácia do



art. 157, § 5º).

Já RANGEL (2020, p. 204) acredita que a confissão pode ser usada contra o investigado em caso de oferecimento da denúncia:

Feito o ANPEPE entre às partes e descumprido pelo investigado, vindo o MP a oferecer denúncia (§10) pode a confissão do investigado ser usada como meio de prova pelo MP, juntando-a em sua peça exordial? Sim. A confissão foi espontânea e desembaraçada e poderá ser usada pelo MP no curso do processo. Se o réu não cumpriu com o acordo sua inadimplência não pode beneficiá-lo, pois a “ninguém é lícito se beneficiar da sua própria torpeza”. Não houve coação, não houve ilegalidade na obtenção da confissão logo ela poderá ser usada no curso do processo e o juiz sopesá-la de acordo com as demais provas do processo em sua decisão.

Portanto, descumprindo o acordo pelo investigado, e o MP oferecendo a denúncia, a confissão pode ser usada como meio de prova juntando em sua peça exordial. A justificativa é que a confissão foi espontânea, sem coação, portanto se não houve a ilegalidade para obtenção da confissão, ela pode ser usada no processo com a demais provas (RANGEL, 2020, p. 204).

Outro ponto de discussão é até que ponto essa confissão tem efeitos, além do processo. A lei não limita esses efeitos e os riscos, como por exemplo uma indenização de uma ação civil deste mesmo fato, ou até mesmo administrativamente, para sanções disciplinares ou fins fiscais.

Outro aspecto importante sobre a exigência da confissão é quando o suspeito é inocente. DA SILVA (2019, p. 8-11) fez um estudo sobre as falsas confissões:

O caráter coercitivo desse procedimento de interrogatório influencia o suspeito, que passa a se perceber num beco sem saída, frente ao qual a falsa confissão complacente é vista como melhor opção, dentre as piores. Convicto de que sua absolvição seja impossível, confessa o crime que não cometeu para evitar o estresse do interrogatório, obter atenuação da pena ou ainda receber benefícios prometidos explícita ou implicitamente pelos investigadores. Há, ainda, outra vulnerabilidade a falsas confissões, relacionada à inocência como fator de risco. Sujeitos que falsamente confessaram crimes afirmam que os blefes introduzidos pelos investigadores foram vistos como reais possibilidades de provar sua inocência. Por exemplo, quando o investigador afirma a existência de provas materiais das quais se possa extrair o DNA, o suspeito vislumbra a possibilidade de provar que o DNA não é dele. Ele confessa na expectativa de poder sair do interrogatório e produzir laudos periciais que mostrem sua inocência. No entanto, como eram blefes, tais provas materiais inexistem, enquanto a confissão fica registrada. Assim, quanto mais o sujeito confia no sistema de justiça criminal, crendo que a polícia não mentiria para ele, mas ele se torna vulnerável a assinar uma falsa confissão involuntária complacente.

Contudo não se pode transferir ao acusado a responsabilidade de baratear e efetivar a justiça penal com a justificativa que o judiciário está abarrotado. Trata-se de



um tema muito delicado, e com muitas lacunas na legislação.

CONCLUSÃO

Analisando o contexto histórico da justiça negocial penal, logo percebe-se que o Brasil se influenciou em outros países, dando início com a Lei 9.099/05, acreditando no sucesso em composição dos conflitos.

Em 2020, com a vigência da lei “anticrime”, vem junto o acordo de não persecução penal inovando o código de processo penal, e causando uma inversão de papéis entre o juiz e o ministério público, logo se vê que é uma adaptação do *plea bargaining*, não tão ampla quanto a dos americanos, mas que abarca vários crimes de corrupção, crimes contra a administração pública e de colarinho branco.

A discussão sobre a exigência da confissão para o sucesso do acordo bate de frente com muitos princípios constitucionais, além de muitas incertezas sobre as consequências dela, ferindo inclusive direitos humanos, que são direitos universais.

Por ser um instituto novo ele vai se adequando com o tempo, essas dúvidas e incertezas provavelmente serão sanadas, de acordo com fatos que forem surgindo e repercutindo. A ideia e a intenção do referido instituto é uma boa opção político-criminal, desde que não fira princípios. É necessário ajustes precisam para alcançar os resultados positivos com eficiência sem prejudicar as partes.

A grande justificativa da justiça negocial é a celeridade de resolver os conflitos, desafogando o judiciário, já que nosso ordenamento jurídico que criminaliza muitas condutas. No entanto não podemos colocar essas justificativas acima de tudo, consequentemente causando mais descrédito ao judiciário.

Portanto a exigência da confissão para o acordo, em um nível de prova, contrapõe os princípios basilares do processo penal, além de atentar contra garantias constitucionais como a presunção de culpa e o princípio *nemo tenetur se detegere*, causando inúmeros debates acerca da constitucionalidade dessa exigência.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Marco Antônio Delfino; DO NASCIMENTO, Laíz Rodrigues. **Justiça penal consensual e o processo penal brasileiro**. Revista âmbito jurídico, São Paulo, 2020. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-penal/justica-penal-consensual-e-o-processo-penal-brasileiro/>. Acesso em: 6 jul. 2021.



AVENA, Norberto. **Processo Penal** – 13. ed. – Rio de Janeiro: Método, 2021. p. 294, 296.

BITERN COURT, Cezar Roberto. **Parte geral– Coleção Tratado de direito penal volume 1** - 26. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 1021.

DA SILVA, Camila Rodrigues *et al.* G1.Globo, 2021. **Com 322 encarcerados a cada 100 mil habitantes, Brasil se mantém na 26ª posição em ranking dos países que mais prendem no mundo.** Disponível em: <https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2021/05/17/com-322-encarcerados-a-cada-100-mil-habitantes-brasil-se-mantem-na-26a-posicao-em-ranking-dos-paises-que-mais-prendem-no-mundo.ghtml>. Acesso em: 7 jul 2021.

DA SILVA, Juliana Ferreira. **O plea bargain e as falsas confissões: uma discussão necessária no sistema de justiça criminal.** Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, Edição Especial Pacote Anticrime, ano 27, n. 318, p. 8-11, mai. 2019. Disponível em: https://arquivo.ibccrim.org.br/boletim_artigo/6331-O-pleabargain-e-as-falsas-confissoes-uma-discussao-necessaria-no-sistema-de-justicacriminal. Acesso em: 25 Jul 2021.

DE LIMA, Gustavo Lara Braz. **Acordo de não persecução penal em ação penal privada.** Canal Ciências Criminais, 2020. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/acordo-de-nao-persecucao-penal-em-acao-penal-privada/>. Acesso em: 4 ago 2021.

FARIA, Juan Danker Rocha. **JUSTIÇA PENAL NEGOCIAL: O acordo de não persecução penal, uma análise do instituto** (arquivo PDF). Anápolis, 2020. 61 p. Monografia (Bacharel em direito) - UniEvangélica.

FIGUEIRÊDO, Laíla. **Modelos de justiça negociada no âmbito do processo penal nos Estados Unidos da América, Inglaterra, França e Alemanha.** JUS, 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/72655/modelos-de-justica-negociada-no-ambito-do-processo-penal-nos-estados-unidos-da-america-inglaterra-franca-e-alemanha>. Acesso em: 7 jul 2021.

JOHANN JÚNIOR, Renê Beckmann. **O Acordo de Não Persecução Penal em Fase Recursal. Âmbito Jurídico, 2020.** Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-penal/o-acordo-de-nao-persecucao-penal-em-fase-recursal/>. Acesso em: 1 ago 2021.

LANGER, Máximo. **Dos transplantes jurídicos às traduções jurídicas: A globalização do Plea Bargaining e a tese da americanização do processo penal delictae:** Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito, [S.l.], v. 2, n. 3, p. 19, dec. 2017. ISSN 2526-5180, p. 76.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**– 18. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021.p. 86, 346.



LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica** – 7. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021.p.51.

LOPES JUNIOR, Aury. JOSITA, Higyna. **Questões polêmicas do acordo de não persecução penal**. CONJUR, 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-mar-06/limite-penal-questoes-polemicas-acordo-nao-persecucao-penal#_ftn1. Acesso em: 21. jul.2021.

LUCIANO, Débora Lopes. DE DEUS FILHO, Leandro. O acordo de não persecução penal: aspectos intertemporais e natureza jurídica. Canal de Ciências Criminais, 2020. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/o-acordo-de-nao-persecucao-penal-aspectos-intertemporais/>. Acesso em: 19. set. 2021.

MAZLOUM, Ali. MAZLOUM, Amir. **Acordo de não persecução penal é aplicável a processos em curso**. Conjur, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-fev-07/opiniao-acordo-nao-persecucao-penal-aplicavel-aco-es-curso>. Acesso em: 21.jul.2021

MELO, João Osório de. **Funcionamento, vantagens e desvantagens do plea bargain nos EUA**. Conjur, 2019. Consultório Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-15/funcionamento-vantagens-desvantagens-plea-bargain-eua#author>. Acesso em: 7 jul. 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. – 20. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2021.p.125, 129.

OGASSAWARA, Luciano Yuji. LOFRANO JÚNIOR, Lourival. FERREIRA, Mário Panseri. **Acordo de não persecução penal: Nova forma de resolução de conflitos criminais no Brasil**. Pinheiro Neto Advogados, 2020. Disponível em: <https://www.pinheironeto.com.br/publicacoes/acordo-de-nao-persecucao-penal-nova-forma-de-resolucao-de-conflitos-criminais-no-brasil>. Acesso em: 19. set.2021.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal** – 24. ed. – São Paulo: Atlas, 2020. p.816.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. – 28. ed. – São Paulo: Atlas, 2020. p. 196- 198, 201, 204.

SILVA, Franklyn Roger Alves. **Os acordos de não persecução penal e o comportamento da defensoria pública na assistência jurídica**. (PDF). Revista Defensoria Pública do RS. 2020. p. 418.

SOUZA, Andressa Cecon Bidutti. **O acordo de não persecução penal: Noções gerais e inconstitucionalidade**. Âmbito Jurídico, 2019. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-penal/o-acordo-de-nao-persecucao-penal-noco-es-gerais-e-constitucionalidade/>. Acesso em: 11 jul. 2021.

TEIXEIRA, Benigna. **Breve reflexão sobre aproximação do sistema Civil Law e do Common Law**. JusBrasil, 2016. Disponível em: <https://benignamaia.jusbrasil.com.br/artigos/369833240/breve-reflexao-sobre->



aproximacao-do-sistema-civil-law-e-do-common-law. Acesso em: 16 set. 2021.

WÜRZIUS, L. M. W.; PASSOS JUNIOR, T. Acordo de não persecução penal – sua origem e a operacionalização pelas Defensorias Públicas. **Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 26, p. 551–568, 2020. Disponível em: <https://revistadpers.emnuvens.com.br/defensoria/article/view/52>. Acesso em: 6 jul. 2021.



A ESTABILIDADE EM DECORRÊNCIA DA GESTAÇÃO

CAMILA ESPOSITO BARBATO¹

ALINE MENEZES GONÇALVES²

RESUMO: O presente trabalho buscará discutir sobre a estabilidade que confere à gestante no contrato de trabalho. A problemática se justifica pelo fato da importância do tema, principalmente no contexto ou cenário atuais. Sabe-se de leis e direitos que garantem à gestante estabilidade durante toda gravidez e pós parto. Entretanto, a falta de informação permite que muitas destas gestantes se tornem reféns da falta de conhecimento e acabem se prejudicando e prejudicando sua vida profissional e até estabilidade financeira. Com base nos aspectos apresentados, o artigo buscará apresentar as informações por meio de uma revisão bibliográfica acerca da estabilidade das gestantes, citando produções científicas dos últimos dez anos, incluindo os impactos gerados pela pandemia e como a crise sanitária afetou a rotina de gestantes bem como estabilidade e vínculo empregatício. A partir destas discussões que foram geradas, implicou resultados que puderam evidenciar que os direitos das gestantes, ao longo dos séculos, foram se adaptando por meio de leis que as protegiam, até mesmo quando em trabalhos insalubres. A progressão destes direitos até hoje é tremendamente significativa para a fase de puerpério, principalmente porque, mesmo com medidas asseguradas em leis, muitas vezes o patriarcado permite a desvalorização desta classe.

Palavras-chave: Estabilidade. Gestantes. Pandemia.

ABSTRACT: The present work will seek to discuss the stability it gives to the pregnant woman in the employment contract. The issue is justified by the importance of the theme, especially in the current context or scenario. Laws and rights are known to guarantee stability to pregnant women throughout pregnancy and postpartum. However, the lack of information allows many of these pregnant women to become hostages to the lack of knowledge and end up harming and harming their professional life and even financial stability. Based on the aspects presented, the article will seek to present the information through a literature review about the stability of pregnancy, citing scientific productions of the last ten years, including the impacts generated by the pandemic and how the sanitary crisis affected the routine of pregnant women as well as your works. From these discussions that were generated, resulted in results that could evidence that the rights of pregnant women, over the centuries, were adapted through laws that protected them, even when in unhealthy work. The progression of these rights until today is tremendously significant for the puerperium stage, mainly because, even with measures guaranteed by laws, patriarchy often allows the devaluation of this class.

Keywords: Stability. Pregnant women. Pandemic.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho buscará discutir sobre a estabilidade que confere à gestante no contrato de trabalho. A problemática se justifica pelo fato da importância do tema, principalmente no contexto ou cenário atuais. Sabe-se de leis e direitos que garantem à gestante estabilidade durante toda gravidez e pós parto. Entretanto, a falta de informação permite que muitas destas gestantes se tornem reféns da falta de conhecimento e acabem se prejudicando e prejudicando sua vida profissional e até estabilidade financeira.



De certo modo, fica evidente que em pleno século XXI há muitos avanços quanto ao que se trata de trabalho e gestantes. Além disso, sabe-se que desde muito tempo a discussão e lutas para exigir direitos iguais entre mulheres e homens no trabalho se intensificou de maneira que muitas foram as conquistas após estes períodos.

Entretanto, não é tão difícil compreender que a marginalização dos direitos da mulher, em qualquer esfera social, foi deixada de lado desde a construção e surgimento das primeiras civilizações. De acordo com Santos (2020), as mulheres são excluídas da vida na sociedade desde o século XVI, com a simples justificativa de que deveriam estar reclusas aos cuidados com casa e filhos.

Nesse contexto, pode-se então considerar que o avanço para a legalidade do direito das mulheres obteve seus resultados devido a grande Revolução Industrial do século XVIII, exigindo cada vez mais mão de obra em fábricas que aos poucos iam ganhando força e aumentando seu espaço na sociedade. Assim sendo, a mulher precisou retornar ao trabalho manual e conseqüentemente, direitos à elas deveriam ser estabelecidos a partir dali. Apesar dessa necessidade, as mulheres eram vistas como mão de obra barata e desqualificada, o que inibia delas estarem em caminhos proporcionais ao homem (SANTOS, 2000).

Para Santos (2000), em 1879 houve a primeira manifestação a partir de movimentos sociais que exigiram direitos trabalhistas advertindo ao que chamamos de “licença maternidade” atualmente. No período, a exigência era de 3 semanas para amamentação e pós-gestação. Essas manifestações foram se intensificando, até chegar ao século XX e XXI.

Mas, ainda no século XIX o cenário não era muito agradável, apesar das movimentações sociais a partir da Revolução Industrial, a mulher que trabalhava fora nesse período, recebia menos que o homem e possuía quase nenhum direito trabalhista e nenhuma proteção do Estado. De acordo com Machado (2018) a justificativa pelo salário menor era porque a mulher não tinha a força braçal do homem e era um trabalho, portanto, desqualificado. O autor cita que era comum gestantes abortarem devido ao esforço físico em excesso e horas exaustivas de trabalho, bem como ele próprio diz que o trabalho era algo parecido com uma tortura, tanto para as mulheres, que viviam a situação, como também para as suas famílias (MACHADO, 2018, p. 889).

Em detrimento dessas situações, em alguns casos, devido à grande força



popular por intermédio da criação de sindicatos, ou até mesmo a democratização do trabalho e conceitos de direitos humanos, o Estado começou a intervir e criar Leis que protegessem à mulher destas situações. A Constituição Federal de 1988, por exemplo, possui no artigo 5º a exigência de direitos iguais entre homens e mulheres e também o cuidado e proteção da gestação (BRASIL, 1988).

O avanço foi importante para que mulheres pudessem ter seu direito à vida profissional assegurado sem correr riscos quando na gestação. Entretanto, sabe-se que o contexto ainda exige muitos cuidados que as próprias mulheres devem tomar para não se prejudicarem. Esse fator recai devido ao fato de que mesmo que, perante Lei sejam contempladas, a sociedade ainda possui estigmas de cunho preconceituoso e culturas que inibem à igualdade da mulher para com o homem.

Desta maneira, o método a ser utilizado será o de revisão bibliográfica, em que, buscar-se-á trazer luz à Leis e direitos constitucionais da mulher e como isso foi se desenvolvendo a partir da Constituição Federal de 1988, elucidando exemplos de como esses direitos acontecem na prática social destas mulheres. Sendo assim, o trabalho tem como principal objetivo fazer um levantamento bibliográfico diante da estabilidade da mulher no trabalho em decorrência da gestação.

Além de também promover uma reflexão sobre os princípios e a importância da estabilidade no trabalho para a qualidade de vida das mulheres durante a gestação. Apresentar e discutir as principais Leis no Brasil que agem em favor das gestantes e seu relacionamento com o trabalho. Por fim, contextualizar a evolução dos direitos às mulheres gestantes a partir da Constituição Federal de 1988.

2 A CONSTITUIÇÃO, A CLTE E OS DIREITOS DA GESTANTE

A gravidez representa um momento delicado na vida da mulher. Diante do fato, sabe-se que a mulher buscará e ficará mais próxima do atendimento médico. Torna-se este o momento delicado às mulheres que possuem uma vida profissional. Bem como, entende-se que haja um direito garantido para que o cumprimento de seu puerpério não se comprometa diante de trabalhos insalubres, cargas excessivas e exaustivas que geram consequências negativas à saúde da mulher e da criança.

Por isso é que, ao longo dos anos, diversas leis, regimes e discussões foram surgindo para que o problema pudesse ser sanado garantindo a estabilidade física, psicológica e financeira de todas as mulheres quando em seu momento de gravidez.



De acordo com Vilar (2020), nesse momento a mulher se mostra aquém de quais são seus direitos como gestante: “Tais orientações ainda são pouco conhecidas por ela, [...] a importância do aleitamento materno e seu manejo correto [...]” (p. 3).

Por se tratar de uma necessidade, muitas procuram saber quais serão suas necessidades a partir deste momento e já começam a refletir sobre como será todo processo de gestação, pós-parto e amamentação. O Brasil quando se trata de criação de Leis que protegem o direito da mulher de amamentar, por exemplo, segue evoluindo de forma significativa.

O Brasil evoluiu significativamente no desenvolvimento de direitos que atendam às necessidades específicas de gestantes e puérperas, tanto no âmbito trabalhista, social, quanto no que diz respeito à saúde. O SUS, por exemplo, vem construindo uma sólida base jurídica e um conjunto de políticas públicas para garantir os direitos da mulher (gestante e nutriz) e do bebê, de forma segura e digna. Entretanto, mesmo em meio a tantas leis, estatutos e resoluções, é necessário que a gestante, como beneficiária primária, tenha conhecimento dos mecanismos que a protegem para que possa reivindicá-los em caso de omissão (VILAR, 2020, p. 4).

Entretanto, como a própria autora afirma, mesmo que haja Leis que as protejam, as mulheres precisam ter conhecimento sobre este direito. Muitas vezes, por não o terem, tornam-se reféns do empregador que por ter conhecimento da causa, fere os direitos da gestante não a permitindo seguir com segurança e saúde todo seu percurso de gestação. Não somente a mãe fica prejudicada, também o nascituro, que apesar de não ter nascido já possui seus direitos assegurados à vida e à saúde, como personalidade jurídica (LANDO; FILHA, 2014).

A primeira norma regulamentadora de proteção ao trabalho da mulher criada foi na primeira Constituição brasileira no ano de 1934. Dentre várias colocações, a que se refere à mulher gestante foi a de garantir assistência médica. Entretanto, quanto a estes direitos, em 1942 eles foram retirados pelo decreto 10.358 instaurado pelo Governo Federal. Logo após dois anos os mesmos direitos retornaram e foram atribuídos novamente como direitos à mulher gestante e sua relação com o trabalho formal. Um avanço importante aconteceu na Constituição Federal de 1988, quando além dos direitos já adquiridos, também se acrescentou a licença maternidade de 120 dias corridos. Isso, sem que houvesse demissão, diminuição do salário que já recebia (DA SILVA GOUART, p. 2020).



como a estabilidade do emprego para a gestante até cinco meses após a mulher dar à luz, a licença maternidade, concedida no prazo de 120 após o nascimento da criança e também manteve o direito ao recebimento do salário maternidade (DA SILVA GOUART, 2020, p. 36719-36720).

Além da Constituição, em 1943 houve a criação da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), a qual dispôs um capítulo reservado à proteção do trabalho as mulheres, dentre elas gestantes. Um exemplo seria as empregadas gestantes ou lactantes, quando dizia:

Artigo 394-A: empregada gestante ou lactante será afastada, enquanto durar a gestação e a lactação, de quaisquer atividades, operações ou locais insalubres, devendo exercer suas atividades em local salubre.

Atividade insalubre citada pelo Artigo seria qualquer ambiente que pudesse ocasionar em riscos à saúde para a gestante/lactante e também ao bebê, as quais estivessem acima de qualquer limite permitido. Esses direitos que foram se instaurando na sociedade brasileira, puderam, ao longo que se descreve, evoluir e proteger a mulher quanto a seu trabalho, principalmente no momento em que está gestante/lactante.

Por conseguinte, na década de 80, o país mergulhou em profunda recessão, fato que contribuiu e acabou obrigando às mulheres a ingressarem, definitivamente, ao mercado de trabalho para complementar a renda familiar. Pode-se afirmar que essa crise foi um impulso decisivo para que as mulheres abrissem mão do trabalho do lar e passassem a buscar novos postos de trabalho. Além disso, com a proteção das leis, que as impediam de trabalhar em locais insalubres ou com maquinários nas indústrias, várias oportunidades surgiram no setor do comércio e no setor terciário, motivando-as ainda mais a adentrarem no mercado de trabalho (DE SOUZA, 2017, p. 10).

A evolução nas Leis e Artigos beneficiou o direito dessas mulheres a desenvolverem sua própria independência, especializarem-se e entrarem para o mercado de trabalho, concorrentes diretas do homem, os quais, foram vendo seus lugares sendo tomados ao longo desse processo:

Os direitos trabalhistas das gestantes protegem e tornam mais confortável a relação entre empregados e empregadores, além de trazer uma segurança para que as atividades realizadas na empresa não sejam um risco para a mãe e/ou o seu bebê (DE SOUZA, 2017, p. 9).



empático às necessidades que possuem a mulher em seu puerpério. Principalmente quando se fala em uma sociedade que, de forma escancarada, possui conceitos patriarcais bem formados em sua cultura de modo geral o que é fator de diminuição da função da mulher. Visando essa desigualdade, não só baseando-se no perfil de mulher gestante, mas de forma geral, a Constituição, em seu Artigo 5º, inciso I diz:

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 (BRASIL, 1988).

O artigo determina a igualdade diante da lei, independente de gênero. Entretanto, sabe-se que na realidade, mulheres em todo país passam mais dificuldades de acesso à trabalho, principalmente, quando grávidas ou lactantes.

Algumas outras leis foram sendo criadas ao longo do tempo o que beneficiou a estabilidade das mulheres gestantes ou lactantes. Outro exemplo seria a criação da Lei 13.509 criada em 2017 que permite a mãe se ausentar para a amamentação até mesmo quando for de filhos adotivos (GUNTHER, 2019).

Ainda de acordo com Gunther (2019), a estabilidade da gestante possui várias classificações diversificadas, bem como diz:

[...] ela pode ser classificada como constitucional, onde se encaixa perfeitamente na situação da trabalhadora grávida, pode ser legal, prevista em legislação ordinária e pode ser também classificada como contratual, prevista em contrato de trabalho, nos regulamentos da empresa e em convenções ou acordos coletivos. A estabilidade é voluntária quando tem origem no próprio contrato de trabalho ou em qualquer outro ato do empregador (p. 5).

Fica evidente, portanto, que a sua estabilidade pode circular entre a legal, contratual ou voluntária. Tudo depende de como está formalizado seu trabalho. É possível também notar que há, por parte do governo e leis, muitas medidas que regulamentam os direitos dessas mulheres.

3 A ESTABILIDADE DA GESTANTE NA PANDEMIA DE 2020/2021

O contexto atual dispensa exageros em descrição, pois acometeu toda população mundial. A pandemia ocasionada pelo vírus fez com que muitos lugares,



governos, empresas privadas e públicas, hospitais, escolas e claro, a família se reinventassem em maneiras diferentes de convivência, adaptação, trabalho e estudo. Mendes (2020) afirma que até países super desenvolvidos entraram em total colapso “A rápida disseminação da doença tem a capacidade de colapsar o sistema de saúde até dos países tradicionalmente considerados desenvolvidos, como Itália e Estados Unidos” (p. 307).

Medidas que foram tomadas de forma repentina, protocolos criados, recriados, reclusão social, fechamento de comércios, hospitais ampliados e reforçados, tudo para se defender de um vírus que se instaurou quase que no mundo todo. Com isso, muitas coisas foram mudadas, o que interferiu na realidade quase que instantânea de todos os habitantes. Uso de máscara torna-se o maior exemplo disso.

Afinal, se todos precisaram se reestabelecer e reorganizar, como fica a estabilidade da gestante neste momento, principalmente por elas serem do grupo de risco. Houve momentos de muita aflição de mulheres grávidas que por não saberem como reagiriam ao vírus ficaram apreensivas. De modo geral, desde o início já era esperado uma crise de desempregos, recessão e conseqüentemente queda da economia.

Nas relações de trabalho o cenário não é diferente. As autoridades públicas, por vários caminhos, buscam alternativas para a manutenção dos empregos e da renda dos trabalhadores, garantia das atividades empresariais e redução dos impactos socioeconômicos provocados pelo estado de calamidade pública (MENDES, 2020, p. 307).

Muitas medidas foram adotadas para coibir a recessão e o desemprego. Leis trabalhistas, auxílio, crédito, dentre outras são exemplos disso. O processo de novas normas foram aumentando e de forma muito rápida, conforme a necessidade do contexto, foram surgindo novas medidas de comportamento social embasadas em processos jurídicos criados de uma forma repentina. Um exemplo disso foi a criação de contribuições em dinheiro a pessoas comprovadamente sem registro de trabalho, ou autônomos, programa denominado auxílio emergencial. Houve a necessidade de empresas fecharem em decorrência da quarentena, mas para evitar o grande número de desempregos, os salários deveriam ser mantidos e tudo isso com ajuda do poder público.

4 MEDIDAS PROTETIVAS OCASIONADAS PELA PANDEMIA



Outras medidas foram tomadas, como a renegociação de créditos tributários (Lei nº 13.988/2020), também a paralização da alíquota à trabalhadores autônomos (Medida Provisória nº 932/2020), novas linhas de crédito foram abertas para empresas de iniciativa privada, principalmente para o pagamento de funcionários, evitando a demissão (Medida Provisória nº 944/2020).

Essas Leis e medidas provisórias conferem à trabalhadores de modo geral. Mas dentro deles, existem particularidades também importantes de serem discutidas, como o caso de gestantes e lactantes. Como afirma Mendes (2020): “Os níveis de estabilidade de uma gestante no emprego estariam prejudicados com a crise que se estabeleceu em nossa sociedade, caso não houvesse nenhuma deliberação legal para que essas mulheres fossem protegidas” (p. 308).

Desprotegidas e deprivadas de medidas que sustentem suas realidades, essas mulheres poderiam estar reféns tanto à saúde quanto ao seu vínculo empregatício. Entretanto, o Art. 10, II, b da Constituição passa a vedar a dispensa de trabalhadoras gestantes até 5 meses de pós parto. Uma das medidas que protegem não somente trabalhadores em geral, como também, as gestantes.

[...] é vedada a dispensa arbitrária da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. Aqui cabem as mesmas considerações feitas no item anterior no tocante à licitude da dispensa não arbitrária ou com justa causa, em uma interpretação a contrário sensu da norma (MENDES, 2020, p. 307).

Mesmo assim, acredita-se que muitos locais poderiam pensar na possibilidade de redução de horas de trabalho das gestantes, conseqüentemente na redução de salário também. Até mesmo na suspensão, mesmo que por tempo limitado. Entretanto, o Art. 10, da ADCT (Ato das Disposições Constitucionais Transitórias) refuta esta ideia: “não há qualquer óbice para a redução de salário ou suspensão do contrato da gestante, na medida em que o dispositivo é claro ao vedar tão somente a dispensa arbitrária ou sem justo motivo” (MENDES, 2020, p. 307).

Isso acontece porque, por meio da norma constitucional, o objetivo do poder público é proteger a gestante e o nascituro. Por isso, são inegociáveis as normas que proíbem o desligamento ou suspensão provisória destas mesmas gestantes. Independente de quaisquer que sejam seus trabalhos, até mesmo quando necessário e urgente, o afastamento destas gestantes apenas por questões de proteção à saúde.



Essa estabilidade oferece garantias às mulheres gestantes de que, ao menos, possuem apoio da administração pública para que não corram perigo nem da perda de seu vínculo empregatício, nem de sua saúde ou do nascituro.

Logo no início da pandemia, em abril de 2020, foi criada a medida provisória 936/2020, a qual se destacou pelo fato de impedir que haja desligamentos das empresas durante o cenário pandêmico. Ou seja, buscou pela preservação do emprego e a manutenção do salário, não podendo ser reduzido. Além disso, ela garantia que o estado não entrasse em calamidade pública devido aos impactos do novo Corona Vírus.

A Medida Provisória 936/2020, editada no dia 01 de abril de 2020, tem como objetivos centrais: a preservação do emprego e da renda; a garantia da continuidade das atividades laborais e empresariais; a redução do impacto social decorrente das consequências do estado de calamidade pública, provocado pela disseminação do novo coronavírus (MENDES, RODRIGUES, 2020, p. 2).

De acordo com Mendes; Rodrigues (2020), esta medida possibilitaria, em acordo individual entre funcionário e patrão, a redução da carga de trabalho para consequentemente a redução do salário. Caso não haja a redução do tempo, o empregado dever ter seu salário pago integralmente. Entretanto, quando acordados para a redução da carga, o empregado teria direito ao pedido de Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda (BEM), o qual passa a ser custeado pelo Governo Federal (MENDES; RODRIGUES, 2020).

Além disso, os autores completam, afirmando que o artigo 10 desta mesma Medida Protetiva garante que, se o empregado for desligado da empresa este mesmo não poderá ser demitido sem justa causa. O que permite que o mesmo possa receber seus benefícios como FGTS, multa rescisórias, seguro desemprego, dentre outras.

Tendo como norte a preservação dos empregos, o art. 10 da MP 936 5 dispõe que o empregado que for atingido pelas medidas de suspensão do contrato ou redução do salário e da jornada não pode ser demitido sem justa causa, durante o período de suspensão ou redução e, após o fim da suspensão do contrato ou da diminuição da jornada e do salário normais, por período igual ao da suspensão ou redução (MENDES; RODRIGUES, 2020, p. 2).

Concomitante a estas MP, é possível realizar uma análise em detrimento ao que estas beneficiariam as lactantes. Visto que a MP se dirige a todo e qualquer empregado que possua Carteira de Trabalho assinada, assim, as gestantes com



vínculo empregatício também possuiriam o benefício. Mesmo que tramado para os trabalhadores em geral, ela colabora para a garantia do emprego às gestantes também.

Em relação à garantia de emprego, a questão que se impõe é se a sua duração se estenderá pelo período originalmente ajustado entre as partes ou durante o tempo pelo qual foi implementada a redução ou a suspensão. O art. 10 da MP 936, em seus incisos I e II, adota a expressão “período acordado”, conduzindo à interpretação no sentido de que, mesmo que haja antecipação do fim das medidas, a garantia de emprego perdura pelo período inicialmente pactuado entre as partes (MENDES; RODRIGUES, 2020, p.2).

Aprofundando um pouco mais o assunto, após uma análise da MP 936, observa-se que com as gestantes não há nenhuma particularidade que abre brechas à redução de salário “não há qualquer óbice para a redução de salário ou suspensão do contrato da gestante [...]” (MENDES, RODRIGUES, 2020). Em contrapartida ao fato, o recomendável a gestante, de acordo as novas mudanças e abrangências da MP 936, seria que permanecessem em suas residências até mesmo antes de ganharem a criança. Ou seja, mesmo ainda gestante, já estarem reclusas do trabalho por se tratar de um grupo de risco.

inclusive, é recomendável que as gestantes sejam as escolhas prioritárias da empresa para a adoção de tais medidas, principalmente da suspensão contratual, tendo em vista que a empregada será afastada do local de trabalho e poderá cumprir o isolamento social em sua residência, preservando a sua saúde e a do nascituro (MENDES, RODRIGUES, 2020, p. 2).

Mesmo assim, é possível considerar que tais medidas abrem brechas para que os direitos da gestante possam vir à tona novamente nas discussões e questionamentos que a sociedade como um todo fazem. Isso porque, quando se enfrenta uma crise sanitária como esta, é possível observar que os mais vulneráveis sempre são lembrados, repensados, discutidos. É preciso muitas coisas acontecerem para que estes obtenham seus direitos e sejam protegidos pelo Estado como um todo.

As discussões em torno da estabilidade provisória da gestante voltam à tona no período de pandemia, igualmente, em razão do impacto econômico da crise sobre as empresas, que fez com que muitas encerrassem a atividade empresarial definitivamente. No tocante ao tema ora analisado, a controvérsia diz respeito ao direito de estabilidade provisória garantido à gestante perante a extinção do estabelecimento ou a cessação das atividades empresariais (MENDES; RODRIGUES, 2020, p. 2).



Além disso, observa-se que a medida das gestantes possui uma diferença da medida que é tomada aos empregadores de modo geral, bem como os autores afirmam: “Nesse sentido, diferentemente da estabilidade do cipeiro, que constitui garantia comunitária dos trabalhadores de uma empresa, a proteção da gestante se reveste de vantagem pessoal” (MENDES; RODRIGUES, 2020, p. 2).

Desta maneira é possível identificar que durante a pandemia Leis e MP foram criadas para beneficiar e proteger os menos favorecidos, o que implicou cuidados especiais, principalmente à gestantes trabalhadoras, pois além de estarem refém do contexto, assim como todos os demais trabalhadores, estavam também, no grupo de risco, devido ao estado de gestação. O que fez com que os responsáveis tomassem medidas pessoais as quais pudessem se referir diretamente à esta minoria.

5 CONCLUSÃO

A partir do estudo realizados e informações apresentadas, pode-se perceber que a estabilidade da gestante gerou um processo de discussões, questionamentos, leis e medidas tomadas durante séculos. Por meio da criação da Constituição Federal, algumas leis foram sendo criadas e adaptadas a fase de puerpério, principalmente no que tange a mulher grávida ao trabalho em carteira registrada.

A gravidez representa um momento delicado na vida da mulher. Diante do fato, sabe-se que a mulher buscará e ficará mais próxima do atendimento médico. Torna-se este o momento delicado às mulheres que possuem uma vida profissional. Bem como, entende-se que haja um direito garantido para que o cumprimento de seu puerpério não se comprometa diante de trabalhos insalubres, cargas excessivas e exaustivas que geram consequências negativas à saúde da mulher e da criança.

Entretanto, mesmo com o surgimento de tais direitos, é possível notar que muitos autores demonstram preocupação mesmo havendo estas leis que essas mulheres. Elas precisam ter conhecimento sobre este direito e muitas vezes, por não o terem, tornam-se reféns do empregador que por ter conhecimento da causa, fere os direitos da gestante, não a permitindo seguir com segurança e saúde todo seu percurso de gestação.

Neste sentido, ao longo do artigo, são citadas algumas importantes leis que foram sendo criadas. A primeira delas é a da Constituição Federal de 1934, a qual é



considerada a primeira norma regulamentadora de proteção ao trabalho da mulher. Sendo a parte em que se refere à mulher gestante expressa a garantia de mulheres grávidas terem o direito de assistência médica.

Algumas outras leis foram sendo criadas ao longo do tempo o que beneficiou a estabilidade das mulheres gestantes ou lactantes. Outro exemplo seria a criação da Lei 13.509 criada em 2017 que permite a mãe se ausentar para a amamentação até mesmo quando for de filhos adotivos.

O trabalho também permitiu fazer uma correlação entre a pandemia e os impactos causados à gestante, visto que, com a crise sanitária, elas entrariam, automaticamente no grupo de risco. Sabe-se que logo de início haviam muitas pautas a serem discutidas, economia, saúde, desemprego, educação, dentre outros. Portanto, mesmo que, sendo o foco deste trabalho apresentar o cenário e realidade de gestantes, sabe-se que muitas medidas protetivas foram sendo criadas não apenas para protege-las, como também as demais situações. Mesmo assim, algumas leis puderam amparar lactantes, bem como o Art. 10, II, b da Constituição passa a vedar a dispensa de trabalhadoras gestantes até 5 meses de pós parto.

A partir deste contexto, percebe-se que a estabilidade oferece garantias às mulheres gestantes de que, ao menos, possuem apoio da administração pública para que não corram perigo nem da perda de seu vínculo empregatício, nem de sua saúde ou do nascituro.

A partir destas discussões que foram geradas, implicou resultados que puderam evidenciar que os direitos das gestantes, ao longo dos séculos, foram se adaptando por meio de leis que as protegiam, até mesmo quando em trabalhos insalubres. A progressão destes direitos até hoje é tremendamente significativa para a fase de puerpério, principalmente porque, mesmo com medidas asseguradas em leis, muitas vezes o patriarcado permite a desvalorização desta classe.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Consolidação das Leis Trabalhistas de 1º de maio de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em 10/07/2019.

BRASIL. Constituição Federal, 1988.



DA SILVA GOULART, Eduardo. **O trabalho insalubre da gestante e da lactante na reforma trabalhista**. Brazilian Journal of Development, v. 6, n. 6, p. 36710-36724, 2020.

DE SOUZA, André Rodrigues. **A flexibilização das normas de trabalho das mulheres gestantes ou lactantes em locais insalubres**. Universidade Presidente Antônio Carlos: Barbacena, 2017.

GUNTHER, Luiz Eduardo et al. ESTABILIDADE DA GESTANTE NO CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE. **Relações Internacionais no Mundo Atual**, v. 3, n. 24, p. 133-149, 2019.

LANDO, Giorge Andre; FILHA, Francidalma Soares Sousa Carvalho. **Os limites da autodeterminação da gestante em face dos direitos do nascituro**. Revista do Direito, n. 43, p. 40-54, 2014.

MACHADO, Ronny Max; DE SOUZA, Magali Rodrigues. OS DIREITOS TRABALHISTAS DA MULHER: PERSPECTIVAS CRÍTICAS DA REFORMA TRABALHISTA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. In: **Anais do Congresso Brasileiro de Processo Coletivo e Cidadania**. 2018.

MENDES, Felipe Prata; RODRIGUES, Suzanne Teixeira Odane. Repercussões da pandemia sobre as garantias de emprego. 2020.

PERIN, Maida Emanuela. A (in) compatibilidade da estabilidade da gestante no contrato de trabalho por prazo determinado. 2015.

SANTOS, Laura Moraes Vieira dos. A pejotização como forma de precarizar o trabalho da mulher quando gestante. 2020.

VILAR, Thiana Magalhães et al. Educação em saúde e direito: em busca da proteção do aleitamento materno e dos direitos das gestantes em uma maternidade pública. **Research, Society and Development**, v. 9, n. 1, p. e22911552-e22911552, 2020.



A EXPOSIÇÃO IMODERADA DA CRIANÇA E ADOLESCENTE NAS REDES SOCIAIS (OVERSHARENTING) EM FACE A RESPONSABILIDADE PARENTAL E OS DIREITOS PERSONALÍSSIMOS DO MENOR

ANTUNES, Larissa Aparecida¹⁹

TIZZO, Luís Gustavo Liberato²⁰

RESUMO: Este trabalho visa apresentar a problemática da exposição demasiada da imagem e privacidade criança e adolescente. Com o a chegada das redes sociais e o aumento exponencial de seu uso pelo público infanto-juvenil, pairaram-se dúvidas a respeito do quão nocivo esta ação poderia ser. Oversharenting, é a pratica de compartilhamento excessivo da vida parental, são os pais expondo os filhos sem nenhuma ponderação. Inconteste é o dever e direito dos genitores sobre a proteção de seus filhos, porém, quando são os pais a razão violadora, adentra-se em matéria de colisão de direitos, gerando a necessidade de intervenção, para que possa comensurar os danos causados e se não há configuração de abuso do poder familiar. E, é sob esta premissa, que sustentam os questionamentos sobre a violação dos direitos personalíssimos do menor diante da autoridade parental. A superexposição infantil em redes sociais, passa-se a concepção que os direitos referidos aos genitores são melhores e maiores quando comparados aos de seus filhos, tornando-se assim, argumento para a violação da privacidade, da intimidade e da imagem da criança.

PALAVRAS-CHAVE: Oversharenting; Autoridade parental; Direitos personalíssimos.

ABSTRACT: This work aims to present the issue of excessive exposure of the image and privacy of children and adolescents. With the arrival of social networks and the exponential increase in their use by children and young people, there were doubts about how harmful this action could be. Oversharenting is the practice of excessive sharing of parental life, it is parents exposing their children without any consideration. Uncontested is the duty and right of parents to protect their children, however, when the parents are the violating reason, it enters into the collision of rights, generating the need for intervention, so that it can measure the damage caused and if there is no configuration of abuse of family power. And, it is under this premise that the questions about the violation of the minor's personal rights in the face of parental authority are supported. Children's overexposure in social networks gives rise to the concept that the rights referred to parents are better and greater when compared to their children, thus becoming an argument for the violation of the child's privacy, intimacy and image.

KEYWORDS: Oversharenting; Parental authority; Very personal rights.

INTRODUÇÃO:

O presente artigo versa sobre a intensa exposição do menor perante a *internet*, uma vez que, é detentor da personalidade, direito garantido pela Constituição Federal, sendo a responsabilidade atribuída aos pais, assim como a sociedade e ao

¹⁹Aluna do curso de graduação em Direito da FAP- Faculdade de Apucarana. Endereço eletrônico: larissa.antunes93@hotmail.com

²⁰Professor do Curso de Direito da UniFatecie. Aluno especial do Doutorado em Direito da Universidade Estadual de Londrina. Mestre em Direito pela UniCesumar. Especialista em Direito Constitucional (IDCC), em História dos Movimentos e das Revoluções Sociais (UEM) e em Docência do Ensino Superior (Faculdade São Braz). Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Advogado. Endereço eletrônico: professortizzo@gmail.com



Estado em assegurar sua efetividade.

A exposição da vida particular e social passou a ter uma linha tênue, onde diferenciá-la se tornou quase impossível, principalmente quando esta ação acaba por envolver a vida privada de um filho, em alguns casos, antes mesmo do nascimento. Com o crescimento das redes sociais, conseqüentemente o aumento do compartilhamento da vida privada, surge o questionamento do quão nocivo pode se tornar ao menor, não é porque a publicação se encontrar em mídia parental ou supervisionada, que não possa causar algum dano.

Sob a influência parental, crianças e adolescentes, são incentivados constantemente a criarem perfis e participarem desta “brincadeira”, mesmo, contrariando diretrizes de diversas redes sociais. Entretanto, toda esta exposição criada com base na rotina da criança, os pais, acabam por desenvolver em seus filhos um sentimento de dependência, buscando sempre a aprovação da *internet*.

É indispensável enfatizar que uma criança não dispõe de discernimento básico, para saber diferenciar dentro deste ambiente, o que é seguro e certo de ser publicado. Em razão desta, os direitos da personalidade da criança e do adolescente, vem sofrendo graves lesões, deixando a privacidade e a intimidade do infantojuvenil em segundo plano.

Em virtude, este artigo busca como objetivo, responder a seguinte indagação: os direitos personalíssimos do menor são violados quando ocorre a prática de *oversharenting*, fenômeno este que caracteriza o compartilhamento demasiado da vida parental?

Para que sejam sanadas estas dúvidas, são necessariamente expor os direitos inerentes do sujeito, meio que assegura sua personalidade, compreender quais os limites da responsabilidade parental sob seus filhos e explorar a prática do *oversharenting* proveniente das mídias sociais.

Para o desenvolvimento deste estudo, foi adotado a metodologia hipotético-dedutiva, o procedimento utilizado foi o bibliográfico com técnica de pesquisas, a partir de matérias já publicadas, como doutrinas, teses, artigos, jurisprudência e legislações, proporcionando assim, um melhor aprofundamento e compreensão sobre o tema abordado.

FENÔMENO OVERSHARENTING



Em 2019, a atriz Gwyneth Paltrow, conhecida por interpretar a personagem Pepper Potts, esposa de Tony Stark, no Universo Marvel, tornou-se motivo de notícias dos principais canais de informações. A atriz em sua rede social, Instagram, publicou uma *selfie* na companhia de sua filha, Apple Martin, de 14 anos na época. Logo, que Apple, notou a publicação, imediatamente comentou: “Mãe, já discutimos isso. Você não pode postar nada sem o meu consentimento”, e Gwyneth replicou: “Mas nem dá para ver seu rosto!”. O desconforto da adolescente em ter sua imagem divulgada, gerou discussões entre os fãs da atriz em sua rede social. Muitos argumentaram que por ser sua filha, a mãe tinha total direito de compartilhar imagens da menina, outros, defenderam que a Apple estava certa, e tinha o direito de requerer sua privacidade. Afinal, sua mãe Gwyneth, carrega mais de 7 milhões de seguidores em seu perfil (CHEUNG,2019).

O acontecido, acabou se tornando um marco, para o movimento dos filhos contra as atitudes dos pais, em publicar vídeos e fotos em redes sociais sem a merecida autorização (BOLESINA; FACCIN, 2021, p.209). A prática de “*oversharenting*”, é entendida como o compartilhamento excessivo por parte dos pais, que se utiliza da imagem de seus filhos em redes sociais, este feito, pode iniciar a partir da gestação e perdurar ao longo da vida da criança (BARBIERI; SOUZA, 2021, p.1).

Acontece que, frequentemente a ação está relacionada ao sentimentalismo dos responsáveis, à medida que, o filho se torna um símbolo de orgulho, e por justa razão, apresentar a criança ao mundo é o meio de execução. Há várias maneiras de expressar este sentimento de apreço, como aniversários, primeiros passos, viagens, primeiro dia na escola, o contato com animais de estimação, entre muitos (SILVA, 2018. p.4). O fato é, que desperta a curiosidade dos seguidores, que a partir deste momento almejam saber como será o desenvolvimento desta criança, ou como serão as experiências vividas pelos seus pais, principalmente os familiares mais distantes, que procuram através das redes, acompanhar e fazer parte do crescimento da menor (MARTINS,2019, p.48-49.).

Ocorre que, observando o quão recente é a prática, não é possível mensurar o quanto esta exibição excessiva poderá impactar diretamente na vida do público alvo. No entanto, é tangível o convencimento de que essa ação não se inclina a extinção e sim o inverso dela (COUTINHO, 2019, p.52).

No entanto, esse período de desenvolvimento é o mais significativo, é o



momento de autoconhecimento, evolução física e psíquica, tudo que fará parte da construção de personalidade do indivíduo (RESENDE, 2018, p.25). Silva citando Erbelin, elucida: “A ideia de *sharenting*, também, abarca as situações em que os pais fazem a gestão da vida digital de seus filhos na internet, criando perfis em nome das crianças em redes sociais e postando, constantemente, informações sobre sua rotina. É o caso da mãe que, ainda grávida, cria uma conta em uma rede social para o bebê que irá nascer (SILVA, 2018. p.1).

Conforme o avanço tecnológico é alcançado, o público infantojuvenil que está na figura de futuro, não consegue notar que a sua privacidade está pouco a pouco se dissipando, em virtude da venda em seus olhos, que não consegue de maneira direta enxergar a anomalia que é ter informações da sua vida a todo momento à sombra de um controle público (COUTINHO, 2019, p. 7-8.). Adicionando o elemento de perpetuidade, estas informações divulgadas, estão por todo momento disponíveis e escoltadas para o resto de suas vidas (RESENDE, 2018, p.27).

Em suma, é perceptível que o fenômeno “*oversharenting*” vem tornando-se uma rotina constante, ao passo que, seja naturalizada a comercialização da imagem da criança e adolescente.

DIREITOS DA PERSONALIDADE DA CRIANÇA E ADOLESCENTE

Pela conceituação de Rubens Limongi França: “Direitos da personalidade dizem-se as faculdades jurídicas cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim da sua projeção essencial no mundo exterior” (FRANÇA,1996, p. 1.033).

Pelo conceito transcrito, é possível compreender que os direitos da personalidade possuem como objeto a maneira de ser, física e moral do homem (TARTUCE,2021, p. 84). De sorte que a personalidade, vista na esfera das relações jurídicas, abarca o homem e o ente jurídico, enquanto exercita e executa os seus direitos consagrados.

Em contrapartida, pela interpretação psicológica, filosófica, até mesmo sociológica, o termo “personalidade” assimila ao um complexo de qualidades, que faz com que uma pessoa possa ser distinguida de outra (RIZZARDO,2016, p. 186).

Em suma, pode-se afirmar que o direito da personalidade são aqueles inerentes à pessoa e à sua dignidade, como é descrito no artigo 1º, inciso III, da



CFB/88.

Em suas características gerais e principiológicas, pode-se concluir que são direitos inatos, absolutos, extrapatrimoniais, intransmissíveis, imprescritíveis, impenhoráveis, vitalícios, necessários e oponíveis *erga omnes*, com base na melhor doutrina e fundamentada no artigo 11 do Código Civil (BITTAR, 2015, p.43).

Nessa conjuntura, é evidente que a personalidade é o instituto de proteção ao indivíduo, no qual está estreitamente relacionada a condição humana, independente de qual relação e momento da vida. A partir dessas premissas, passamos analisar as tipificações do direito da personalidade.

Direito ao nome

O artigo 16 do código civil prevê que toda pessoa tem como garantia o seu direito de identidade, conforme expressa em seu texto: “Art. 16. Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome.” (BRASIL,2002).

Dessa maneira, podemos afirmar que a identidade (nome) é compreendida pelo pronome e sobrenome da pessoa, e, não é apenas um direito subjetivo de reconhecimento em esfera privada, mas uma responsabilidade de cadastramento de interesse social em âmbito público (AZEVEDO, 2019, p.68).

O código não prevê somente a garantia de uma identificação social, mas também confere a ela proteção, é o que elucida o artigo 17 do Código Civil: “Art. 17. O nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória.” (BRASIL,2002).

É de fácil constatação que o nome é o meio pelo qual se indica e identifica o homem, compondo um direito inerente à pessoa e, conseqüentemente, um direito da personalidade, digno de proteção. À vista disso, é vedada a utilização prejudicial do nome daquele que simboliza, não importando qual o formato de escolha de propagação que venha representar desprezo ou sentimento de aversão (RIZZARDO, 2016. p.237).

Direito à imagem

O direito à imagem está ligado a toda e qualquer forma de representação da



figura humana, seja ela fragmentada ou em sua completude. A imagem em garantia, não se confunde com a honra, reputação ou até mesmo com apreço pessoal por alguém em questão, o significado que concedemos a palavra não é o mesmo da linguagem comum. Isto, porque em âmbito jurídico, a imagem está relacionada ao retrato, à efígie, cuja exibição sem mera autorização é reprovada (LOBO, 2021, p.66).

Neste sentido, é comum em casos de direitos da personalidade ocorrer danos materiais, assim como dano moral, isso em razão da preocupação do estatuto civil diante da divulgação da imagem com danos à honra ou destino comercial (VENOSA, 2020, p.183).

O inc. X do art. 5º da CF/88 em companhia de outros preceitos, resguarda a imagem do homem, propiciando o direito à indenização pelo dano moral e material causando e decorrência da violação sofrida (RIZZARDO, 2016, p.298).

Direito à honra

A honra, princípio comportamental humano que se associa a sentimentos pessoais e principalmente sociais, é devida a relação direta com a imagem do homem.

A garantia da integridade moral é destinada a todos, sem exceções, mesmo em casos que o sujeito não se conduz de maneira ética, a ele será reservado a ponderação de suas ações dentro da comunidade em que vive (AMARAL, 2017). Desta forma pode-se afirmar que: “O direito à integridade moral consiste na proteção que a ordem jurídica concede à pessoa no tocante à sua honra, liberdade, recato, imagem e nome (CC, arts. 17 a 20).” (AMARAL, 2017, p.376).

A este direito é direcionado o dever de tutelar o respeito, a credibilidade e o apreço que a sociedade usufrui em suas relações públicas. A honra torna-se o direito personalíssimo de maior vulnerabilidade, visto que, uma informação falaz, poderá abalar fidedignidade daquele que se refere (LOBO, 2021. p.176).

O Código Civil mesmo reservando um capítulo somente para tratar sobre a personalidade, não disponibilizou um dispositivo próprio para tratar sobre o direito à honra. Todavia, o seu anteparo mesclou-se com outras características da pessoa humana, a exemplo, o artigo 17 elucida: “Art. 17. O nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória.” (BRASIL, 2002).

A este artigo tem como justificativa a salvaguarda do nome, porém, em seu



texto, pode-se verificar a reprovação do legislador em casos que existem a exposição do agente, sem prévia autorização. Entretanto, é de fácil compreensão que a intenção real do dispositivo é a preservação da honra daquele indivíduo mencionado. O nome em questão, transforma-se em instrumento para alcançar a tal proteção. Em mesmo seguimento, o artigo 20 do Código Civil, possui a mesma contrariedade, tutelando de forma indireta a imagem da pessoa e diretamente tutela-se a honra (SCHREIBER, 2014, p.76.).

Direito à privacidade

O Código Civil, em seu artigo 21, buscando reafirmar a tutela da privacidade já existente pela Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso X, dispõe: "Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma." (BRASIL,2002).

O direito à privacidade, não se trata somente da proteção da vida pessoal, mas também se refere aos dados pessoais. Ou seja, atualmente é um direito mais abrangente, que não se restringe exclusivamente ao campo da intimidade, alcançando qualquer ambiente que possa ter acesso a qualquer informação pertinente à pessoa (SCHREIBER, 2014. p.139)

No entanto, pela apreciação do Código Civil no artigo 21, o legislador limitou-se a apenas a repetir o texto presente na Carta magna, ao invés de desenvolver melhor o comado constitucional, de maneira a determinar situações e remédios para eventuais violações. O dispositivo, acabou tornando-se insuficiente para o seu tempo, encontrando o desafio da sua efetividade e não da sua afirmação (SCHREIBER, 2014, p.144).

Direito à intimidade da vida privada

A vida privada é automaticamente associada com a expressão intimidade, porém, os institutos não se confundem. Visto que, o direito à intimidade em seu conceito, refere-se aos fatos, situações ou acontecimentos, sob total domínio de um certo indivíduo, que decide por reservar a si o conhecimento do fato, sem dividir a informação com qualquer outra pessoa (LOBO, 2021. p.64).

De toda a forma, a distinção entre estes institutos nem sempre foi fácil, cujo,



sob forte influência de mudanças pelo tempo e diversos ambientes culturais, fez com que suas expressões caminhassem lado a lado, conforme apresentação da Constituição Federal, aludindo de forma abrangente (LOBO, 2021, p.64).

Contudo, José Afonso da Silva, afirma que a intimidade tratada no art. 5º, inciso X, da CFB/88, é distinta de outras manifestações da privacidade (SILVA, 2011, p.104).

A vida privada em esfera íntima do cidadão é dotada de acontecimentos que não estão ao alcance de terceiros e sequer pretende compartilhar, e a intenção desse direito é justamente resguardar estes momentos, sejam eles em relações pessoais ou profissionais. Dessa maneira, podemos concluir que o campo da intimidade se torna mais limitado, relacionando-se a individualidade de cada um, enquanto a ideia de privacidade correlaciona-se ao cotidiano, no qual o conteúdo não deseja ser divulgado.

REDES SOCIAIS E O DIREITO DA PERSONALIDADE

Para conceituar redes sociais, é necessário entender brevemente o seu começo. A internet surgiu no final da década de 60, (TAKAHASHI, 2000, p.56) tecnologia de rede que permitia a conexão e troca de informações de maneira simples, rápida e com total interatividade entre as extremidades (VIEIRA, 2007, p.164). Em 1990 entre 1995, ocorreu a propagação da internet, estando disponível para qualquer pessoa, grande parte do desenvolvimento se deu através da criação de computadores pessoais, o que desencadeou o avanço em telecomunicações permitindo que estes computadores se conectassem (CASTELLS,1999, p.91).

Destarte, conceitua-se redes sociais como: “uma estrutura social composta por pessoas ou organizações, conectadas por um ou vários tipos de relações, que partilham valores e objetivos comuns” (DUARTE,2008, p.156).

As redes que promove a interação social, são muitas, condicionando a este trabalho, clarificar as mais conhecidas e as que são mais utilizadas pela população brasileira. São elas: *Facebook*, *Instagram* e *YouTube*.

O *Facebook*, gerado em 2004, por Mark Zuckerberg, que na época era aluno de Havard, desenvolveu tal ferramenta com a intenção de ser uma rede de contatos para estudantes, no qual, para fazer parte da comunidade, deveria ser matriculado em



uma instituição de ensino reconhecida (RECUERO,2009, p. 169). No entanto, de forma surpreendente, houve um crescimento, o que levou em 2006 a abertura para todos os públicos, maiores de 13 anos. O sistema é correspondendo a uma rede com feed de notícias, em que seus usuários possuem permissões para compartilhar fotos, vídeos, pensamentos e opiniões. É considerada a maior rede social em escala mundial, tornando-se inclusive tema de filme (JESUS,2012).

O *Instagram*, é uma rede de compartilhamento de vídeos e fotos, com diversas funcionalidades, como filtros e a opção de autodestruição em 24h, além de possuir permissões para interagir com outros aplicativos. Criada por Kevin Systrom e pelo brasileiro Mike Krieger em 2010. Em poucos meses, o *app* se tornou um dos mais promissores da loja de aplicativos. Em 2012, foi comprada pelo *Facebook*. (PERES,2017).

E por fim, *YouTube*, é uma plataforma de compartilhamento de vídeos, fundada por Chad Hurley, Steve e Jawed Karim em fevereiro de 2005. Em 2006, foi comprada pela Google. De acordo com a empresa, a missão do YouTube é “dar a todos uma voz e revelar o mundo”. A plataforma, possui mais de 1 bilhão de inscritos, estando presente em 88 países e 76 idiomas disponíveis (BARROS,2020).

Como resultado, é indiscutível que os avanços tecnológicos acarretam a evolução da sociedade, os benefícios são inúmeros, todavia, é válido analisar a existência da problemática sob a necessidade da exposição e em alguns casos, até excessivo. Em contraste com os direitos personalíssimos, o quão indisponíveis eles se encontram durante os usos das redes sociais (SOARES, 2017, p.87).

Dispositivos como art. 5º da CF/88 e art. 21 da CC/2002, prevê o direito à privacidade e inviolabilidade dele. No entanto, o conceito de invasão de privacidade foi drasticamente alterado após a chegada das redes sociais. As pessoas passaram escolher renunciar a privacidade, assim como, a intimidade, em busca da notoriedade virtual (SOARES, 2017, p.87).

Nesta seara, a rede social como Instagram, concede ao usuário a livre escolha, entre manter o perfil privado ou permanecer em modo público. De outro modo, aquele que decidir ativar o “modo público”, ficará desamparado no que corresponde aos direitos à imagem, ficando ele impedido de requer indenização, visto que, tenha concordado com os Termos de uso da plataforma (LOIOLA,2020).

Em conflito com os termos estabelecidos pelo Instagram, o Recurso Especial nº 236.708/MG, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, no ano de 2009, entendeu,



pela maior parte dos desembargadores que “a extração das fotos das redes sociais, ainda que estivessem publicadas pela própria vítima, em modo público, configura lesão ao direito à imagem, bem como ao direito autoral (BRASIL,2009). Uma vez que, publicadas tais fotos, as vítimas possuem o poder de controle sobre a sua publicação, de maneira, que poderão optar pela exclusão quando desejar. Entretanto, quando estas mesmas imagens são públicas por um terceiro, a vítima automaticamente perde o poder de decisão sobre elas (BORGES, 2019, p.51).

Adriano de Cupis citado por Silva, leciona que a imagem do indivíduo constitui na “reserva pessoal”, relacionando a figura física e a personalidade moral (SILVA, 2016, p.211). Pela Constituição, a imagem passou a ser considerada como direito autônomo, em outras palavras, a doutrina vem afirmando a teoria que, mesmo que o direito de imagem tenha sido revelado como alicerce para violação demais direitos, atualmente atingiu a essência para ser tratada como direito independente e de conteúdo próprio (VENDRUSCOLO, 2008, p.167).

A partir desta, é afirmativo dizer que a privacidade é o condicionamento cautelar da honra e imagem, bem como da intimidade. Visto que, o direito a intimidade, por se tratar da vida particular do agente, em outros aspectos sofre uma relativização frente a privacidade, uma vez que, sua diferenciação pode ser fundamentada a contar da aproximação do público. Como consequência pode-se considerar eventuais problemas que os usuários possam enfrentar caso sua vida particular venha a ser exposta. Estendendo a hipotética, de maneira a compreender, que tais informações poderão ser repassadas e interpretadas por terceiros, em circunstância sem o seu poder de controle (SANTANA, 2016, p.8-9).

Sem embargos, as redes sociais e os direitos da personalidade, são assuntos que deverão ser analisados com reservas. Nos dias correntes, é improvável determinar às pessoas, qualquer natureza de censura. No entanto, esta afirmativa, não é razão para não ponderar o abarcamento da proteção aos direitos da personalidade, com o propósito de impedir que a liberdade virtual, não seja uma armadilha realizada, pelos próprios usuários. De modo que, é fundamental a existência de equilíbrio entre a informação e liberdade de expressão e o direito à privacidade e intimidade (SOARES; *at al.* 2017, p. 89).

DA RESPONSABILIDADE PARENTAL E O PODER FAMILIAR

A instituição familiar é a mais antiga das organizações, a sua origem perante a sociedade não pode ser contada com certeza, porém, quanto a sua formação é fácil



concluir que esta advém da base cultural, resultante de condutas, costumes e princípios exclusivos da sociedade, estabelecidas por tempo e espaço (LOTUFO, 2008, p.572).

A estrutura familiar era composta pelo o pai exercendo a soberania, mãe e filhos em mesma equiparação de poder e logo abaixo da classificação hierárquica, os escravos. Salienta-se que todo o período de vivencia do pai, os filhos eram regidos por esta autoridade concedida a ele, e aos filhos eram designados a irrelevância da sua presença (MALUF; MALUF, 2016, p.652).

Para se construir um comparativo objetivo entre a responsabilidade parental e o poder familiar, se faz necessário a reafirmação do conceito de poder, a qual é definido como direitos e obrigações exercidas pelos pais em razão e interesse dos filhos menores e incapazes. Em outras palavras, a responsabilidade parental está intrínseca no conceito de poder familiar, isto porque, a responsabilidade se findará com a plena capacidade civil atingida pelo filho (GAGLIANO, 2019, p.595).

Conforme regulamentado pelo o artigo 22 do Estatuto da Criança e Adolescente (ECA), “aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.” (BRASIL, 1990).

O dever dos pais, tema do dispositivo em questão, nada mais é do que um entrelaçamento complementar do artigo 1.630 do Código Civil. É uma reafirmação, os pais naturais ou adotivos serão incumbidos de responsabilidade até os 18 anos dos filhos que não são considerados incapazes (NUCCI, 2020, p.119). Entretanto, o dever de sustento, deverá ser realizado até os 24 anos, caso estudante (ZAPATER, 2019, p.104).

Desta forma, o Código Civil estabeleceu em seu artigo 186, quais seriam as hipóteses que o agente poderia ser compatível com a prática ilícita diante da responsabilidade civil: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.” (BRASIL, 2002).

Por consequência, o texto assegurou a possibilidade de o agente cometer o ato e assim enquadrar na ilicitude, mesmo que, tal ilícito seja cometido em sede de poder familiar contra o incapaz.

Modalidades da Responsabilidade Civil



A doutrina classificou a responsabilidade sob duas modalidades, Contratual e Extracontratual. A contratual (negocial), como o próprio nome diz, é decorrente de um não cumprimento de uma obrigação imposta através de um contrato, nascido de um negócio jurídico unilateral ou natural da própria lei. Enquanto, na segunda à extracontratual (aquiliana), é efeito do descumprimento de incumbências gerais de renúncia de direitos absolutos (AMARAL, 2018, p.669-670).

O Código Civil, genericamente regulamentou a responsabilidade extracontratual, em seus artigos 186 a 188 e 927 a 954, subtraindo qualquer menção que possibilitaria singularizar. Considera-se também, que durante a generalização do assunto, o código não estabeleceu a responsabilidade nascida do inadimplemento da obrigação, das prestações com defeito ou da mora no cumprimento das obrigações que provem de contrato (GONÇALVES, 2019. p.46).

Ultimando, a responsabilidade civil desempenha o papel delimitar, no sentido de instituir uma fixação entre as fronteiras de liberdade de atuação e a concessão de proteção a bens e interesses, de mesmo modo, firmam limites ou autolimitação à liberdade, uma vez que, dadas as ações, estas poderão definir o grau da responsabilidade a se exigir (ROSENVALD, 2019. p.92-93).

DA SUSPENSÃO, PERDA E EXTINÇÃO DO PODER FAMILIAR

Testemunhando os fatos a respeito da proteção às crianças e aos adolescentes e levando em consideração o melhor interesse dos menores, os pais que se absterem de executar tais funções designadas a eles, ou deixa-las de desempenhar corretamente por qualquer que seja o motivo, estes, poderão ser responsabilizados pelos seus atos, como perda, suspensão e até mesmo a extinção do poder familiar (PEREIRA, 2020, p.378).

À medida que, “os legisladores são suficientemente realistas para saberem que os pais nem sempre têm condições para desempenhar o papel protetor que se espera deles. Por esta razão, estão previstas disposições que defendem tanto a pessoa dos filhos como o seu patrimônio” (OLIVEIRA, 199, p.269).

É incontestável, a aplicabilidade das normas estabelecidas pelo ECA, em caráter protetivo, preventivo e punitivo em desfavor de determinados pais, não importando qual seja a sua classe econômica, que acabam por não garantir direitos fundamentais aos seus filhos. Tais medidas, regulamentadas pelo Estatuto, em particular o art.129, combinado com o Código Civil, estando disposto entre os artigos



1.630 a 1.638, evidenciam a preocupação em controlar o exercício do poder familiar, tanto pela sociedade quanto pelo poder público (TEPEDINO, 2014, p.247).

A perda também chamada como destituição e a suspensão do poder familiar, tornam-se as condenações mais gravosas, podendo somente serem decretadas através de sentença, em procedimento contraditório. Pela gravidade da sanção e excepcionalidade, a sua aplicação deverá ser realizada de maneira cautelosa, de modo que, durante todo procedimento, aos genitores são lhe garantidos os princípios do contraditório e o da ampla defesa, em hipóteses que os direitos da criança foram confrontados pelos atos dos pais (art. 129, X, c/c os arts.155/163 da Lei n. 8.069/90) (MACIEL; *et al*, 2019, p.255).

Observa-se que, a essência do ato para caracterizar a suspensão, instituto previsto no art. 1.637, deve partir de indicadores comprovados da má gerência da autoridade parental. Na prática, a conduta realizada pelos pais, afetam os filhos, tanto na esfera pessoal como no material. Embora conservem a autoridade o seu desempenho é defasado com seus filhos, no cuidado displicente ou isento, o desatento na educação e na formação, não orientação, comportamentos inadequados e dizimando bens e economias, no qual resulta na intervenção do Estado (RIZZARDO, 2018, p.563).

Contundo, a finalidade do dispositivo não é a suspensão, visto que é facultado ao julgador, e sim, decidir e adequar a sua decisão conforme melhor entendimento em prol do bem estar da criança e de seu patrimônio, em circunstâncias em que haja abuso da autoridade parental e a devastação de seus bens, seja ele, através de requerimento de familiares ou por intervenção do Ministério Público (MADALENO, 2020, p.265).

Pela Constituição Federal, mais precisamente, em seu art. 227, caput, aos pais são conferidos o dever de impedir a submissão de seus filhos a qualquer situação degradante, não importando de onde emanem as violências, principalmente quando advêm de quem deveria zelar pelo seu bem (MADALENO, 2020, p.265).

O dispositivo sob estudo, não é definitivo, podendo perdura a ação enquanto seja efetivamente necessária. Uma vez findada a causa, reintegra-se a autoridade parental, após passar por uma avaliação psiquiátrica a fim de analisar a sua higidez psíquica e o futuro do menor (MADALENO, 2020, p.265-266).

Enquanto, o art. 1.638, regulamenta a perda desta autoridade. Entende-se que a destituição do poder familiar é mais gravosa que a suspensão, isto, por ser



pertencente ao caráter irrevogável da decisão, enquanto na suspensão existe a provisoriedade de seus efeitos. Entre os dois institutos, para se estabelecer uma diferenciação, olha-se a grau da gravidade das causas que as influenciam e a durabilidade de seus impactos (MACIEL, 2019. p.255).

O Estatuto da Criança e do Adolescente, fez menção aos dispositivos de suspensão e perda do poder em seu texto, a primeira no capítulo reservado ao direito à convivência familiar e comunitária, nos artigos 21 a 24, e a segunda aparição, fica por conta do capítulo dedica aos procedimentos, entre os artigos 155 a 163, impondo regras exclusivas, utilizando-se apenas o Código Civil como complemento (PEREIRA, 2020, p.379).

A extinção da autoridade parental é a interrupção definitiva em relação aos poderes exercidos sob o menor (PEREIRA, 2020, p.379). Podendo ser caracterizada apenas nas modalidades elencadas no art.1635, não admitindo outras formas, visto que, a matéria envolve restrições de direito fundamentais. Qualquer que seja a hipótese comprovada, a extinção será decretada automaticamente (LÔBO, 2017. p.307).

O instrumento em análise, é composto por três modalidades: a) por fato natural; b) por ato voluntário e c) por sentença judicial (NADER, 2015, p.402).

A extinção por fato natural ocorre em casos de morte dos genitores, por sua simplicidade de compreensão, dispensa-se mais comentários. Entretanto, existe uma peculiaridade que merece atenção. A morte, apenas extinguirá o poder familiar quando for de ambos os pais, caso, um deles permanece com vida, este, de maneira exclusiva exercerá, até o filho venha atingir a maioridade (LÔBO, 2017, p.307).

Entende-se por ato voluntário, aqueles casos que por conta próprio os pais entregam seus filhos para adoção, dessa forma, para os pais biológicos finda o poder parental, e os adotantes assumem o múnus (NADER, 2015, p.402).

No que se refere a extinção por sentença judicial, compreende-se que existe o reconhecimento da inviabilidade de prolongar o múnus, em virtude de ações descabidas por méritos dos pais (NADER, 2015, p.402-403). Todavia, a extinção por decisão judicial, não possui o mesmo caráter irrevogável, das demais. A doutrina comenta, que mesmo com perda e a decretação da extinção, comprovado a inexistência dos motivos que provocaram a ação, poderá a autoridade ser restituída. Salvo em caso, que a criança tenha sido adotada ou que haja a recomendação expressa (MESSIAS, 2020, p.791).



Contemplada as questões relativas ao vínculo que os pais possuem para com os filhos, demonstrando a importância do poder-dever, e as necessidades de resguardar as crianças e adolescentes, passamos então, a analisar a princípio base dessa relação.

PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA

O princípio do melhor interesse da criança e adolescente, também chamado de princípio do interesse superior, pode ser compreendido como o conjunto de atitudes que são praticadas baseando-se no exclusivo interesse da criança, ou seja, é levado em consideração o que seria melhor para o menor sob sua responsabilidade. Para maior compreensão do conceito deste princípio, é necessário inicialmente conhecer sua origem (SOUZA, 2018, p.53).

Em 1988, a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, optou pelo reconhecimento dos direitos fundamentais para infância e adolescência, em concordância com a doutrina acolitando a teoria da proteção integral. Em seguimento, os princípios básicos da convenção, na época ainda pautado como assunto discutível pela ONU, foram incorporados no texto constitucional, no art. 227 (BARBOZA,2000, p.203).

Considerando a posição designada para a criança, em razão da sua maior vulnerabilidade, é certo afirmar que estes se encontram incapacitados civilmente e também, impossibilitados de conduzir a própria vida, em resultado, a suma proteção. Seguindo, além da preocupação da constituição em amparar e garantir direitos com a tal finalidade, o Código Civil compartilhou da mesma ideia. No entanto, houve a necessidade de estabelecer direitos especiais para endossar aos menores, em virtude de seu estado de indivíduo em projeto de expansão, a qual atentamente, o artigo 1º do ECA, cuidou em expressar-se objetivamente que o menor é sujeito legítimo de tal direito (CURRY, 2006, p.82).

O princípio do melhor interesse é o vetor de toda política direcionada a criança e adolescente, tanto para o legislador quanto para o aplicador. O tema deve ser desenvolvido em todos os momentos, incluindo em situações conflitantes com os próprios destinatários e terceiros (COLUCCI, 2014. p.28-29). Sendo aplicada de forma objetiva e firme, e nunca de forma irreal, e salienta-se que é dever e responsabilidade dos pais em oferecer a devida proteção (PASSOS, 2015, p.24).

Autores como Alexandre de Moraes e Lôbo, condicionam o princípio do melhor interesse a uma regra de interpretação (LÔBO,2003, p.144), isso, em razão do artigo



6º do ECA fazer menção a outros institutos normativos. No entanto, o Código Civil ao abordar a matéria, nos artigos 1.583 e 1.584, resolveu tratar do assunto direcionando ao sentido da guarda e do poder familiar impostos aos pais. Em observação, estes instrumentos podem se elucidativos, edificando a importância da necessidade de proteção do melhor interesse da criança (TARTUCE, 2019, p.23).

Formado um paralelo, o princípio em questão adota como regra a resposta para episódios que envolvam matéria de direito de personalidade da criança e adolescente. É existente uma certa habitualidade em dissidências pertencentes a este direito em confronto com a autoridade parental (CURRY, 2006, p.95). E atentando a temática do presente trabalho, é importante corroborar, que o melhor interesse da criança deve ser aplicado diariamente, incluindo-se o ambiente virtual. Com o forte crescimento da presença de menores nesse tipo de ambiente, é incomensurável as reações futuras, que poderão ser notas, em virtude do compartilhamento excessivo, podendo resultar em traumas psicológicos e graves distúrbios (COUTINHO, 2019, p.35).

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente é o que de fato o que aproxima e direciona suas necessidades inerentes, e compete ao Estado, manifestar-se.

DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO PELOS RESPONSÁVEIS X DIREITO DA PERSONALIDADE DO MENOR

A causa da exposição imoderada da criança e adolescente realizada através da excessiva liberdade de expressão dos pais, é confrontante com os direitos personalíssimos do menor. Acontece que, tal exposição descontrolada, sem preocupar-se com o futuro, pode efetivamente ser prejudicial, levando em consideração, o simples fato de que, uma vez compartilhado qualquer fato da sua vida, não há possibilidades de regresso (DUARTE, 2020, p.45).

Observa-se que, mesmo existindo a proteção por parte dos responsáveis sobre o menor, não lhe outorga direitos de dispor da imagem e privacidade dessa criança, não podendo desta forma, proceder como bem entender (CRUZ, 2016, p.289).

Compreende-se por liberdade de expressão, o instituto no qual permite que o



indivíduo de maneira livre encontre meios de se comunicar, através de forma direta, como pensamentos, ideias, vídeos e indiretamente, como músicas e imagens (WAQUIM, 2015, p.202).

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, prevê que “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.” (BRASIL,1988). Com o advento, a liberdade passou a ter um novo significado, visto que, sua utilização era somente empregada por grandes organizações de comunicação. Nesse ínterim, com o avanço tecnológico houve-se a possibilidade de qualquer pessoa expressar suas opiniões sobre qualquer evento e a qualquer momento (WAQUIM, 2015, p.202).

Quando dessa liberdade, os pais se utilizam como base para compartilhar imagens de seus filhos, automaticamente admitem que possuem e exercem o direito sobre a figura do infante, em razão de se encontrarem sobre a autoridade parental até que venha completar a capacidade de fato. Ainda assim, mesmo tendo em mãos o poder de assistir ou representar em questões de direito referente a personalidade, aquele indivíduo enquanto menor, deverá ser conduzido a partir do melhor interesse da criança e do adolescente, fazendo com que o uso desse direito de imagem, venha ser concretizado a contar da necessidade do caso (CRUZ, 2016, p.288-289).

É sabido, que a legitimidade derivada dos pais sobre contexto de violação dos direitos e personalidade de seus filhos, se encontra em cenário de discussão. Ponderando a questão de que, não se trata somente do atentado a personalidade do menor, toda vez que sua imagem é divulgada, é também levando em conta os riscos oferecidos a partir desta ação (COUTNHO, 2019, p.37).

A respeito da liberdade de expressão em colisão com outro direito fundamental, pode-se dizer que “no ordenamento brasileiro, não há uma solução taxativa para essa colisão, mas busca métodos de concordâncias práticas, para melhor aplicação harmônica dos preceitos constitucionais, pois os direitos à vida, honra, privacidade e livre manifestação de pensamento encontram limites uns nos outros, pois não se anulam, mas se complementam.” (ALBUQUERQUE, 2017, p.306).

Em decorrência, comprovada a existência do conflito, se faz necessário um certo empenho hermenêutico, para que possa ser identificado a melhor solução, uma vez que, pela Constituição, não diferem e desfrutam de igual hierarquia (MENDES, 1997, p.2). O destinatário da exposição, não tem capacidade de entendimento, ficando à mercê das escolhas de seus responsáveis. Contudo, se para divulgação da figura



do adulto necessita de prévia autorização, assim como verifica no art. 5º, inciso X da CF/88, por qual razão, a criança não goza da mesma consideração? Razão pelo qual, garante que a parte vulnerável da relação será priorizada (TURRA, 2016, p.115).

Em síntese, a liberdade dos pais vai até onde inicia-se a dos filhos. Aos genitores, é outorgado o poder-dever, de garantia direitos fundamentais do menor, assim como, a segurança e o bem-estar do menor, e não de ser o legitimado do dano causado (SILVA, 2016, p.1). A probabilidade de os pais continuarem por deixar rastros digitais de seus filhos, são altas, em virtude da dependência de exposição. Contudo, quais são os perigos da criança se desenvolver nesse ambiente, próximo tema a ser abordado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nota-se que o presente artigo, possibilitou uma melhor análise acerca das questões que envolvem a superexposição infantil. Acontece que, o alto volume de compartilhamento em redes sociais, acaba por se entender que seria resultado de uma relativização do direito à privacidade.

Não é como desejar-se a invalidação de todas as evoluções por conta do avanço tecnológico, ou retirar o mérito desse tipo de comunicação. Afinal, ele nos proporciona o contato, aproximação familiar e até mesmo trabalho, levando em consideração o estado pandêmico que a sociedade ultrapassa, causado pelo vírus do COVID-19. O problema se manifesta, quando se não tem mais o controle de suas ações. Em melhores palavras, quando se perde o domínio de quanto, quando e o que se deve compartilhar, desta forma, rompe-se os limites do que é saudável.

Quando se direciona esta problemática ao público infantojuvenil, existe toda uma complexidade, a criança não é capaz de assimilar o que está acontecendo ao seu redor, e por essa absoluta razão, designa-se aos pais o dever de auxiliar a criança até atingir a sua maior idade, quando se torna plenamente capaz.

A prática de *oversharenting*, é caminho para a violação dos direitos personalíssimos do menor, mesmo os responsáveis não carregando más intenções com seus *stories* diários, eles ainda podem causar circunstâncias desfavoráveis à criança e ao adolescente. Conforme ilustrado no decorrer do trabalho, os filhos depositam em seus pais a confiança e admiração, acreditando que sempre decidiram pelo o melhor. No entanto, quando os pais subentendem que a autoridade parental a



eles outorgada significa que a criança não tem opiniões, e muito menos direitos inerentes a ela, tudo em razão a sua idade e por esta, são eles que iriam decidir o que deve ser feito, como ser feito e a que horas, caracterizando-se como abuso desta autoridade.

A criança e o adolescente, são sujeitos de direitos assim como seus pais. E partindo desta afirmação, que se levanta a questão da colisão de direitos fundamentais, uma vez que, os genitores possuem a garantia de liberdade de expressão, em tese, o compartilhamento da vida parental, abarcaria este conceito, ficando livre a decisão do que ser postado, dado, a não existência de direito absoluto, podendo ele ser violado e como consequência a responsabilização dos danos causados.

E, é sob esta premissa, que sustentam os questionamentos sobre a violação dos direitos personalíssimos do menor diante da autoridade parental. A superexposição infantil em redes sociais, passa-se a concepção que os direitos referidos aos genitores são melhores e maiores comparados aos de seus filhos, tornando-se argumento para a violação da privacidade, da intimidade e da imagem da criança.

Pode-se então, notar que o filho se desenvolve sob influência dos pais, espelhando em suas condutas. É o caso dos Influenciadores digitais, que não mantem somente a sua rotina exposta, assim como, também a de seu filho, fazendo com que se transforme em celebridades mirins, e passe por um processo de adultização, antes do tempo.

Logo, por tudo já visto, pode-se constatar que, o ambiente digital oferece altos riscos a uma criança, uma vez que, é indivíduo vulnerável por se encontrar em condição de desenvolvimento. Todavia, não é conceito observado por boa parte dos pais, posto que, a sociedade se encontra, cada vez mais, dependente das redes sociais. Para tanto, é necessário modificar as atuais concepções que a sociedade vem abarcando, somente desta forma, será possível o Estatuto da Criança e do Adolescente de maneira satisfatória garantir a estes menores o ensejo de se desenvolver pelos seus próprios ideais.

Neste seguimento, é fundamental a composição da cidadania digital a começar da primeira infância. Possibilitar o conhecimento desse espaço virtual, trabalhando melhor os riscos oferecidos, é o caminho para se alcançar um ambiente mais seguro. De maneira, que tenha validade também para os pais, compreendendo



que, em virtude da autoridade parental atribuída, eles precisam proporcionar da melhor forma a proteção de seus filhos perante a internet.

Ainda, entende-se que a existência de um comparativo entre poder parental e o princípio do melhor interesse da criança, o segundo deverá prevalecerá, em razão da vulnerabilidade, já mencionada, com que faz estabelecer resguardo prioritário. Assim, mesmo que para os genitores a exposição da criança, em busca da fama, seja uma forma de melhorar o futuro daquele, não deve ser este o primeiro pensamento, e sim, ponderar os perigos que poderão prejudicar o crescimento saudável. E ainda, não excluindo o fato daquela criança rejeitar toda esta situação quando atingir discernimento necessário para isto, podendo não gostar que sua intimidade tenha sido tão exibida.

Depreende-se que, aos genitores é indispensável o reconhecimento da polêmica que envolve a temática. Mesmo sendo, um período importante para eles, é devido considerar que a realização de ter um filho, carrega consigo o peso da responsabilidade para manter a proteção integral daquela criança.

Portanto, conclui-se que, embora seja uma pratica corriqueira, a utilização da internet, bem como, das redes sociais, necessitam-se de melhorias na norma regulamentadora, para que dessa forma adequa-se ao corpo social, isto sendo, aplicável tanto para crianças que se tornam conteúdo, quanto para aquelas que assistem. É preciso alterar a ideia de que a internet é a nova infância, onde a superexposição é naturalizada e que não existem perigoso que não possam ser contornados. Perfaz que, para agir de maneira condizente com o melhor interesse da criança, demanda cooperação de ambos os lados, somente assim, possibilitará a construir um ambiente digital mais seguro.

REFERÊNCIAS:

AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. São Paulo: Editora Saraiva, 2018.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: Introdução. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Curso de direito civil**: teoria geral do direito civil: parte geral. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

BARBIERI, Erika Ferreira; SOUZA, Regina Maria de. A prática do oversharenting e o compartilhamento excessivo da vida parental por meio de identidades digitais. **Anais do Fórum de Iniciação Científica do Unifunec**, [S. l.], v. 11, n. 11, 2021. Disponível em: <https://seer.unifunec.edu.br/index.php/forum/article/view/5053>. Acesso em: 25 ago. 2021.



BARBOZA, Heloisa Helena. **O Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente**. In: A família na travessia do milênio. Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família. Coord. Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: IBDFAM: OAB-MG: Del Rey, 2000.

BARROS, Thiago. **YouTube**. 2020. Disponível em: <https://www.techtudo.com.br/tudo-sobre/youtube.html>. Acesso 22 ago 2021

BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BOLESINA, Iuri; FACCIN, Talita de Moura. A responsabilidade civil por sharenting. **Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 27, p. 208–229, 2021. Disponível em: <https://revistadpers.emnuvens.com.br/defensoria/article/view/285>. Acesso em: 25 ago. 2021.

BORGES, Gabriel Oliveira de Aguiar. **Liberdade de Imprensa e os direitos à imagem, à intimidade e à privacidade na divulgação de fotos postadas em modo público nas redes sociais**. In: MARTINS, G.; LONGHI, J. (Coord.). **Direito Digital: direito privado e internet**. 2. ed. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2019.

BRASIL. **Constituição** (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. **Lei n.º 10.406**. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 2 abr. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. [S. l.], 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 8 set. 2021.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 236.708/MG, Informativo nº 383, Quarta Turma**. Relator: Juiz Convocado Carlos Fernando Mathias. 10 de fevereiro de 2009. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=12837> Acesso em: 21 agosto. 2021.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CHEUNG, Helier. **Publicar fotos dos filhos nas redes sociais é invasão de privacidade?** 2019. Disponível em: <https://www.terra.com.br/noticias/publicar-fotos-dos-filhos-nas-redes-sociais-e-invasao-de-privacidade,f4340865647536a78aad12c101521cc95dakbjyv.html> – acesso 25. Ago 2021.

COLUCCI, Camila Fernanda Pinsinato. **Princípio do melhor interesse da criança: construção teórica e aplicação prática no direito brasileiro**. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em:



<https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-25022015-083746/en.php>.
Acesso em: 16 ago. 2021.

COUTINHO, Amanda de Cassia Pereira. **A proteção da reserva da vida privada de menores enquanto dever parental, em especial na era digital.** Faculdade de Direito – Universidade do Porto. 2019. Disponível em: <https://repositorioaberto.up.pt/bitstream/10216/126141/2/384898.pdf>. Acesso em: 26 de ago 2021.

CRUZ, Rossana Martingo. **A divulgação da imagem do filho menor nas redes sociais e o superior interesse da criança.** Portugal, 2016. Disponível em: <https://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/47936>. Acesso em: 30 de ago 2021.

CURY JUNIOR, David. **A proteção jurídica da imagem da criança e do adolescente.** Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2006. Disponível em: www.dominipublico.gov.br/download/teste/arqs/cp011640.pdf. Acesso em: 16 ago. 2021.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro - Vol. 7 - Responsabilidade Civil.** São Paulo: Saraiva, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: Teoria Geral do Direito Civil.** 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1.

DUARTE, Letícia Hemkemaier. **A Exposição Excessiva de Crianças e Adolescentes Realizada Pelos Pais Nas Mídias Sociais (Sharenting) e a violação dos Direitos de Personalidade.** Universidade do Sul de Santa Catarina. Palhoça. 2020. Disponível em: <https://repositorio.animaeducacao.com.br/handle/ANIMA/15615>. Acesso em 15 ago 2021.

FRANÇA, Rubens Limongi. **Instituições de direito civil.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil 6 - direito de família.** São Paulo: Editora Saraiva, 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro v 4 - responsabilidade civil.** São Paulo: Editora Saraiva, 2019.

JESUS, Aline. História das redes sociais: do tímido ClassMates até o boom do Facebook. Techtudo, de 12 jul. 2012. Disponível em: <https://www.techtudo.com.br/artigos/noticia/2012/07/historia-das-redes-sociais.html>. Acesso em: 22 ago 2021.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao Estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. **Revista Brasileira de Direito de Família.** Porto Alegre, n.19, 2003.



LOBO, Paulo. **Direito Civil: Parte Geral**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

LOIOLA, Catarina. **O que dizem os termos de uso do Instagram que você certamente nunca leu**. 2020. Disponível em: <https://www.metropoles.com/vida-e-estilo/comportamento/o-que-dizem-os-terminos-de-uso-do-instagram-que-voce-certamente-nunca-leu> - acesso em 23 de agosto de 2021.

LOMAR, Diógenes Calais. **Alienação Parental, Violação De Direitos Da Personalidade E Responsabilidade Civil**. Faculdade Doctum de Caratinga. 2019.

LOTUFO, Maria Alice Zaratín. O Código Civil e as entidades familiares. In: NANNI, Giovanni Etori. (coord.). **Temas Relevantes do Direito Civil Contemporâneo: reflexões sobre os cinco anos do Código Civil**. São Paulo: Atlas, 2008.

MACIEL, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade.; *at al*, A. **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. São Paulo: Editora Saraiva, 2019.

MADALENO, Rolf. **Manual de Direito de Família**. São Paulo: Grupo GEN, 2020.

MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de direito de família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MARTINS, Renata Soares. **Entre curtidas no Instagram: a exposição de crianças nas redes sociais e suas possíveis consequências ao desenvolvimento infantil**. 2019. 92 f. Dissertação (Mestrado em Psicologia) - Universidade Federal do Amazonas Manaus, 2019. Disponível em: <https://tede.ufam.edu.br/handle/tede/7135>. Acesso em: 26 ago 2021.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Colisão de Direitos Individuais Anotações a propósito da obra de Edilson Pereira de Farias**. RT, 1997.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil - Vol. 5 - Direito de Família**, 7ª edição. São Paulo: Grupo GEN, 2015.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil - Vol. 7 - Responsabilidade Civil**, 6ª edição. São Paulo: Grupo GEN, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Estatuto da Criança e do Adolescente - Comentado**. São Paulo: Grupo GEN, 2020.

OLIVEIRA, Guilherme. **Temas de direito de família**. Coimbra: Coimbra Ed., 1999.

PASSOS, Mariana da Costa. **A proteção jurídica da imagem da criança em face de sua participação em publicidades, à luz da Constituição Federal e Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente)**. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade do Extremo Sul Catarinense, Criciúma, 2015. Disponível em: <http://repositorio.unesc.net/handle/1/4221>. Acesso em: 16 ago. 2021.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das Famílias**. São Paulo: Grupo GEN, 2020.



PEREIRA, Tania da Silva. **O princípio do interesse da criança: da teoria à prática.** II Congresso Brasileiro de Direito de Família, 1999, Belo Horizonte. Anais... IBDFAM: OAB-MG: Del Rey, 2000.

PERES, Camila. **Instagram: rede social para compartilhar fotos e vídeos.** 2017. Disponível em: <https://www.techtudo.com.br/tudo-sobre/instagram.html>. Acesso em: 28 ago 2021.

RECUERO, Raquel. **Redes sociais na internet.** Porto Alegre: Sulina, 2009. Disponível em: https://www.researchgate.net/profile/RaquelRecuero/publication/259328435_Red_Sociais_na_Internet/links/0c96052b036ed28f4d000000/Redes-Sociais-na-Internet.pdf. Acesso em: 22 ago 2021.

RESENDE, Manuela Mendonça. **Redes Sociais e Direito à Imagem e Privacidade das Crianças e Adolescentes.** Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal de Lavras. Lavras, 2018. Disponível em: <http://repositorio.ufla.br/jspui/handle/1/33916>. Acesso em: 22 ago 2021.

RETTORE, Anna; SILVA, Beatriz. A exposição da imagem dos filhos pelos pais funcionalizada ao melhor interesse da criança e do adolescente. **Revista Brasileira de Direito Civil**, ISSN 2358-6974, v. 8, Abr./Jun. 2016. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/63/57>. Acesso em: 24 ago 2021.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**, 10ª edição. São Paulo: Grupo GEN, 2018.

RIZZARDO, Arnaldo. **Introdução ao Direito e Parte Geral do Código Civil.** 8. ed. São Paulo: Grupo GEN, 2016.

SANTANA, Emanuel Beserra Vasconcelos de. Privacidade Nas Redes Sociais: Limitação Voluntária Do Direito De Personalidade E Suas Consequências Jurídicas. Centro Universitário Tabosa De Almeida Ascens/ Unita Bacharelado Em Direito. Caruaru. 2016. <http://200-98-146-54.clouduol.com.br/handle/123456789/622> p. 8-9 Acesso: 24 de agosto de 2021.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade:** Revista e Atualizada. São Paulo: Grupo GEN, 2014 E-book.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 39 ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

SILVA, José Afonso. **Comentário contextual à Constituição.** 8.ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SILVA, Riann Wesley Tavares Lobato da. **Sharenting - Uma Possível Violação Aos Direitos Personalíssimos Da Criança.** Monografia (Graduação em Direito) – Centro Universitario de João Pessoa- UNIPÊ, 2018. Disponível em: <https://bdtcc.unipe.edu.br/publications/sharenting-uma-possivel-violacao-aos-direitos-personalissimos-da-crianca-riann-wesley-tavares-lobato-da-silva/>– Acesso 26 ago 2021.



SOARES, Mariana Falcão; *at al.* A Indisponibilidade Da Personalidade E As Redes Sociais. **Caderno de Graduação - Ciências Humanas e Sociais - UNIT - ALAGOAS**, [S. l.], v. 3, n. 3, p. 85, 2017. Disponível em: <https://periodicos.set.edu.br/fitshumanas/article/view/3579>. Acesso em: 22 ago. 2021.

SOUZA, Amanda Mikaela. A Preferência Pela Família Natural Na Adoção E O Princípio Do Melhor Interesse Do Menor. **Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente**. v. 36, n.36. 2018.

TAKAHASHI, Tadao (Org.). **Sociedade da informação no Brasil**: Livro Verde. Brasília: Ministério da Ciência e Tecnologia, 2000. 2000. Disponível em: <https://livroaberto.ibict.br/handle/1/434>. Acesso em: 12 ago 2021.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**: direito de família. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. 5. E-book.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 1. ed. São Paulo: Grupo GEN, 2021.
TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **A disciplina jurídica da autoridade parental**. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/5.pdf>. Acesso em: 04. ago. 2021.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**, Rio de Janeiro: Renovar, 2014, v. IV.

TURRA, Karin Kelbert. **Seria o “Oversharing” uma Violação ao Direito à Privacidade e à Imagem da Criança**. Alethes – Periódicos dos graduandos em direito da UFIF. Juiz de Fora, v. 6, n. 3, p. 105-121, 2016. Disponível em: <https://www.ufjf.br/periodicoalethes/files/2018/07/periodico-alethes-edicao10.pdf#page=106>. Acesso em: 01 set 2021.

VENDRUSCOLO, Weslei. **Direito À Própria Imagem e Sua Proteção Jurídica**. Universidade Federal do Paraná, (dissertação), Mestre em Direito, Orientador: Prof. Dr. Eroulths Cortiano Junior, 2008. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/16704/Disserta%C3%A7%C3%A3o-Vers%C3%A3o%20Final.pdf?sequence=1>> Acesso em: 16 set 2021.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: Parte Geral. 20. ed. São Paulo: Grupo GEN, 2020.

VIANA, Janile Lima; MAIA, Cinthia Maneses; ALBUQUERQUE, Paulo Germano Barrozo de. O cyberbullying e os limites da liberdade de expressão. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 7, n. 3, 2017. Disponível em: <<https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/4915> >. Acesso em: 30 ago 2021.

VIANNA, 2006, apud BORGES, Gabriel Oliveira de Aguiar. **Liberdade de Imprensa e os direitos à imagem, à intimidade e à privacidade na divulgação de fotos postadas em modo público nas redes sociais**. In: MARTINS, G.; LONGHI, J.



(Coord.). *Direito Digital: direito privado e internet*. 2. ed. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2019.

VIEIRA, Malta Tatiana. **O direito à privacidade na sociedade da informação: efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2007. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/3358>. Acesso em: 12 ago 2021.

WAQUIM, Bruna Barbieri. **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*. São Paulo, v. 20, n. 20, 2015. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/INTERTEMAS/article/view/6646/6331>. Acesso em: 30 ago 2021.

ZAPATER, Maira Cardoso. **Direito da criança e do Adolescente**. São Paulo: Editora Saraiva, 2019.



A INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS DECORRENTE DO ABANDONO AFETIVO DOS FILHOS

Fabiola Cristina Carrero²¹

Ysabely Souza Mega²²

RESUMO: O presente trabalho tem por escopo analisar a aplicação da responsabilização civil por dano à esfera familiar, especificamente no tocante à possibilidade conceder indenização pecuniária por danos morais aos filhos abandonados afetivamente pelos pais. Por meio de revisão bibliográfica e análise do ordenamento jurídico pátrio, verificou-se que a negligência dos genitores em relação à prole e a falta de convivência paterno-filial são capazes de gerar danos, por vezes, irreparáveis aos indivíduos, de ordem moral, psicológica e até mesmo espiritual. Pretendeu-se analisar até que ponto, considerada a afetividade, elemento axiológico central nas relações familiares, em cotejo com os demais princípios do Direito de Família, merecem a aplicação do instituto da reparação civil, com seu caráter preventivo e punitivo, com o objetivo de dar efetividade ao dever de toda a sociedade e do Estado de garantir o desenvolvimento saudável e a integral proteção de crianças e adolescentes, como corolário do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e os direitos e garantias individuais dele decorrentes.

PALAVRAS-CHAVE: Abandono afetivo. Responsabilidade civil. Dignidade humana.

ABSTRACT: This paper aims to analyze the application of civil liability for damage to the family sphere, specifically with regard to the possibility of granting pecuniary compensation for moral damages to children emotionally abandoned by their parents. Through a literature review and analysis of the national legal system, it was found that the negligence of parents in relation to their offspring and the lack of paternal-child coexistence are capable of generating damage, sometimes irreparable to individuals, of a moral and psychological nature and even spiritual. It was intended to analyze to what extent, considering affectivity, a central axiological element in family relationships, in comparison with the other principles of Family Law, deserve the application of the civil reparation institute, with its preventive and punitive character, with the objective of give effect to the duty of all society and the State to ensure the healthy development and full protection of children and adolescents, as a corollary of the Principle of Human Dignity and the individual rights and guarantees arising from it.

KEYWORDS: Affective abandonment. Civil responsibility. Human dignity.

INTRODUÇÃO:

A família, embora nem sempre tenha contado com a configuração atual, sempre foi o seio de desenvolvimento e preparação do ser humano para a vida em comunidade. É no núcleo familiar que se desenvolve a essência do indivíduo, de modo que a ausência de quaisquer dos elementos que a compõem pode desestabilizar tal relação e conseqüentemente gerar danos permanentes ao indivíduo desprovido de um ambiente familiar completo e saudável.

É por esta razão que, embora tenha contornos de direito privado, a família

²¹ Mestre em direitos da personalidade. Professora do curso de direito da Unifatecie. Advogada e professora. Endereço eletrônico: fabiola.cristina@fatecie.edu.br

²² Aluna do curso de graduação em Direito da UNIFATECIE. Endereço eletrônico: ysabelymega1@hotmail.com.



recebe especial tutela estatal, competindo ao ordenamento jurídico regular e resguardar a entidade familiar.

Este trabalho, tem como objetivo, a tecer uma breve análise acerca da responsabilidade civil aplicada ao seio familiar, mais especificamente ao que toca a possibilidade de indenização pecuniária quando se verifica voluntário abandono afetivo dos pais - biológicos ou não - ou de um deles em relação à prole, ou seja, a possibilidade de aplicação de sanção pecuniária ao descumprimento dos deveres legais de cuidado e proteção dos filhos.

Justifica-se o presente estudo, diante da necessidade de realizar uma abordagem jurídica ao tema, tendo em vista que não há regulamentação específica sobre o tema, nem decisão pacificada dos tribunais, sobre a possibilidade de indenização por abandono afetivo, e, os critérios que devem ser utilizados em cada caso concreto.

No primeiro capítulo é feita uma análise da entidade familiar, seus aspectos históricos e princípios norteadores.

O capítulo seguinte dedica-se à explanação do poder familiar e do abandono afetivo como descumprimento dos deveres que lhe são inerentes, bem como dos danos oriundos de tal conduta.

Por fim, o último capítulo presta-se a analisar o mecanismo da responsabilidade civil, sua função e seus pressupostos autorizadores, bem como verificar o posicionamento doutrinário e jurisprudencial acerca do enquadramento do abandono afetivo como ilícito civil causador de dano e, por consequência ensejador de indenização pecuniária.

O estudo demonstrou a plena possibilidade de aplicação da indenização como forma de coibir a prática do abandono afetivo, desde que demonstrados todos seus requisitos caracterizadores a fim de evitar abusos pelos requerentes.

DA ENTIDADE FAMILIAR

A família é instituto de fundamental importância social, razão pela qual recebe especial proteção do Estado (GONÇALVES, 2020).

Antes de adentrar no assunto específico da responsabilidade civil nos casos de abandono afetivo, conforme se dispõe o presente trabalho, cabe elucidar de forma breve a entidade familiar e seus princípios norteadores, a fim de consignar suas



peculiaridades dentro do ordenamento jurídico.

A FAMÍLIA NO DIREITO BRASILEIRO: CONCEITO E EVOLUÇÃO HISTÓRICA

A origem da família remonta ao período anterior à origem do Estado, advinda da necessidade de agrupamento do ser humano para sobrevivência e perpetuação da espécie. Segundo Maria Berenice Dias, a família se trata de um fato natural, de origem espontânea, que recebe estruturação jurídica (DIAS, 2016).

Como fenômeno social, a família, seu formato e conceituação estão em constante evolução, requerendo a adequação do ordenamento jurídico à realidade que se modifica:

A lei, como vem sempre depois do fato e procura congelar a realidade, tem um viés conservador. Mas a realidade se modifica, o que necessariamente acaba se refletindo na lei. Por isso a família juridicamente regulada nunca consegue corresponder à família natural, que preexiste ao Estado e está acima do direito (DIAS, 2016, p. 21).

Durante a vigência do império romano, a família era definida como um grupo de pessoas que possuíssem e estivessem sob a autoridade de um ancestral comum. Nesse período, a família e seus membros não emancipados estavam submetidos à autoridade absoluta do *pater familias*, a quem estavam submetidos todos seus membros não emancipados. A autoridade do *pater* foi sendo diminuída gradativamente com o passar do tempo e as necessidades militares da época, quando cada unidade familiar necessitaria administrar o próprio patrimônio de forma autônoma (GONÇALVES, 2020).

Os romanos, entretanto, já reconheciam a necessidade de afeição entre homem e mulher durante o casamento, e a dissolução era permitida quando tal afeição chegasse ao fim:

Em matéria de casamento, entendiam os romanos necessária a *affectio* não só no momento de sua celebração, mas enquanto perdurasse. A ausência de convivência, o desaparecimento da afeição era, assim, causa necessária para a dissolução do casamento pelo divórcio (GONÇALVES, 2020, p. 36).

Durante a Idade Média, no entanto, a sacramentalização do matrimônio pela Igreja Católica, tornou o instituto do casamento indissolúvel excluindo do modelo de



família - hegemônico na época - todas as formatações familiares que não se originassem do casamento, conforme ensina a doutrina:

Se a família pagã romana era uma unidade com multiplicidade funcional, a família cristã se consolidou na herança de um modelo patriarcal, concebida como célula básica da Igreja (que se confundia com o Estado) e, por consequência, da sociedade.

Fundada essencialmente no casamento, que, de situação de fato, foi elevado à condição de sacramento, tal modelo se tornou hegemônico na sociedade ocidental, passando da Antiguidade para a Idade Média, até chegar à Idade Moderna, marginalizando potencialmente outras modalidades de composição familiar (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019, p. 68)

O modelo repercutiu na sociedade ocidental por muito tempo. Verifica-se, por exemplo, que a Constituição Brasileira de 1916 excluía do conceito de família qualquer outro modelo de agrupamento que não fosse originado pelo matrimônio (LEITE, 2018).

Uma nova realidade começou a surgir após a Revolução Industrial do século XVIII, quando as novas necessidades da coletividade, diluíram o poderio patriarcal sobre o que era tido como unidade familiar. A necessidade de mão-de-obra, a pobreza e o ingresso da mulher no mercado de trabalho alteraram profundamente a configuração dos agrupamentos humanos, onde os membros, neste contexto passaram a valorizar o vínculo afetivo entre si (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, p. 69).

Nas palavras de Maria Berenice Dias:

Foi assim que a mulher ingressou no mercado de trabalho, deixando o homem de ser a única fonte de subsistência da família. A estrutura da família se alterou. Tornou-se nuclear, restrita ao casal e a sua prole. Acabou a prevalência do seu caráter produtivo e reprodutivo. A família migrou do campo para as cidades e passou a conviver em espaços menores. Isso levou à aproximação dos seus membros, sendo mais prestigiado o vínculo afetivo que envolve seus integrantes. Surge a concepção da família formada por laços afetivos de carinho, de amor (DIAS, 2016, p. 22).

A autora explica ainda que ao atribuir à família a inerência do vínculo afetivo, fez com que este fosse condição necessária para sua permanência, de modo que, cessado afeto, aceito era o fim do vínculo conjugal, pondo a salvo e acima de convenções formais, a dignidade da pessoa que dele participava (DIAS, 2016).

Giovani Cordeiro corrobora:

É nesse momento que as entidades familiares deslocam o escopo da família para a principal fonte de afeto, de instrução e de desenvolvimento da criança, com a possibilidade alargada de formar uma família segundo a livre vontade



pessoal, a capacidade de manter a harmonia e o afeto dentro da família aumentou exponencialmente (CORDEIRO, 2017).

No Brasil, a Constituição de 1934 foi a primeira a conferir proteção constitucional à unidade familiar. Entretanto, foi somente em 1988, com a promulgação da Constituição cidadã, que foi consolidada a nova configuração dissociada do sistema patriarcal e a equiparação dos filhos, mesmos que não havidos na constância matrimonial (CARDIN et al., 2017).

Neste sentido:

Conclui-se a partir dos primórdios do ordenamento jurídico pátrio, em especial aos da Constituição Federal de 1988, dos estudos acadêmicos e dos tribunais brasileiros que o afeto implicitamente ultrapassou a figura do elemento ou origem da família, e se tornou um valor inerente, fundamental às relações familiares e deve ser considerado como um princípio que se reflete por todo o Direito de Família. Apesar da sua importância, infelizmente, ainda não é essencialmente o elemento para que um determinado grupo de pessoas se intitule familiares, não deixando de ser essencial o respeito, a convivência e todos os princípios que regem esse contexto familiar (LEITE, 2018).

É possível concluir e importante registrar, desta forma, que conceituar o que vem a ser família, deve considerar, portanto, a configuração e momento histórico em que o conceito se dá, de modo a considerar as mutações do instituto (GUIMARÃES JUNIOR, 2015). Nesta esteira, também o ordenamento jurídico deve abranger tais mudanças, a fim de não deixar desprotegido um instituto que é o seio da formação e desenvolvimento do ser humano, e sobre a qual, conforme consigna Maria Berenice Dias, repousam as bases do Estado (DIAS, 2016).

Nas palavras de Vilmar Guimarães:

Por tais fatores, os avanços jurídicos pertinentes ao instituto familiar deverão atender às mutações estruturantes da sociedade contemporânea, de modo a possibilitar a criação de legislações que estejam em concordância com os anseios sociais, bem como se coadune com as mais modernas formas de caracterização da família (GUIMARÃES JUNIOR, 2015).

Atualmente, uma gama altamente abrangente de formatações familiares são amplamente aceitas pelo direito brasileiro e há que se observar que a dessacralização e a despatrimonialização do direito familiar são processos contínuos e que ainda perduram, conforme observado por Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona (2019).

Neste mesmo sentido, Carlos Roberto Gonçalves (2020, p. 41) expõe as várias espécies familiares aceitas atualmente e atenta para o seu alargamento:



Acrescente-se, por fim, que há, na doutrina, uma tendência de ampliar o conceito de família, para abranger situações não mencionadas pela Constituição Federal. Fala-se, assim, em:

- a) Família matrimonial: decorrente do casamento;
- b) Família informal: decorrente da união estável;
- c) Família monoparental: constituída por um dos genitores com seus filhos;
- d) Família anaparental: constituída somente pelos filhos;
- e) Família homoafetiva: formada por pessoas do mesmo sexo;
- f) Família eudemonista: caracterizada pelo vínculo afetivo.

Analisados tais aspectos, segue-se a análise dos princípios norteadores do ramo jurídico que tem por escopo a tutela da família, a fim de internalizar os valores mais caros a esta esfera jurídica e, conseqüentemente ao seu objeto que é a unidade familiar e os indivíduos que a compõem.

DOS PRINCÍPIOS NORTEADORES

A fim de entender quais são os aspectos tutelados pelo ordenamento jurídico quando se trata da tutela especial dispensada às unidades familiares, serão analisados seção seus princípios norteadores.

Salienta-se que não há o intuito de tratar de todos os princípios elencados pela doutrina e pela legislação, haja vista a extensão de tal rol e seu caráter exemplificativo, razão pela qual serão tratados somente aqueles de especial importância para o atingimento dos fins deste trabalho.

Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

O princípio da Dignidade da Pessoa Humana encontra-se insculpido na Constituição Federal de 1988 como fundamento da República Federativa do Brasil (1988), que consolida a opção da ordem constitucional pela proteção da pessoa como seu fim primordial, de modo a condicionar a interpretação do direito positivado conforme a ordem constitucional (DIAS, 2016) e, portanto, de modo a atender a realização de cada ser humano como seu fim último, bem como consolidar a obrigação estatal em promover a dignificação da pessoa (MADALENO, 2018).

A partir do momento em que ocorreu a constitucionalização do direito civil e a dignidade da pessoa humana foi consagrada como fundamento do Estado Democrático de Direito (CF 1.º III), o positivismo tornou-se insuficiente. As



regras jurídicas mostraram-se limitadas, acanhadas para atender ao comando constitucional. O princípio da interpretação conforme a Constituição é uma das mais importantes inovações, ao propagar que a lei deve ser interpretada, sempre, a partir da Lei Maior. Assim, os princípios constitucionais passaram a informar todo o sistema legal de modo a viabilizar o alcance da dignidade humana em todas as relações jurídicas (DIAS, 2016, p. 40).

Trata-se, conforme elucida Maria Berenice Dias (2016) de um “macroprincípio, do qual irradiam todos os demais” e “irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico”.

Nesta linha de raciocínio, salientamos que, além da alusão à Dignidade Humana como princípio fundamental insculpido no art. 1º, inciso III da Carta Magna, é possível ainda verificá-la presente em outros dispositivos constitucionais que cuidam da proteção da família, os quais foram elencados por Rolf Madaleno (2018, p. 96-97):

Quando cuida do Direito de Família, a Carta Federal consigna no artigo 226, §7º, que o planejamento familiar está assentado no princípio da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável. Já no artigo 227, prescreve ser dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-lo salvo de toda a forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, pois que são as garantias e os fundamentos mínimos de uma vida tutelada sob o signo da dignidade da pessoa, merecendo especial proteção até pelo fato de o menor estar formando a sua personalidade durante o estágio de seu crescimento e desenvolvimento físico e mental.

De acordo com o artigo 230 da Constituição Federal, têm a família, a sociedade e o Estado o dever de amparar as pessoas idosas, assegurar sua participação na comunidade, defender sua dignidade e bem-estar e garantir-lhes o direito à vida.

Ademais, a constitucionalização tutela estatal dispensada à entidade familiar, tornou as famílias um dos instrumentos para a dignificação do ser humano, devendo ter as normas que lhe regem assim interpretadas e com esta objetivação (MADALENO, 2018).

Princípio da Afetividade

O Princípio da Afetividade não se encontra expresso na Constituição Federal vigente (GUIMARÃES JUNIOR, 2015), no entanto, em torno da afetividade é que orbita todo o Direito de Família (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019).



Segundo Caio Mário da Silva Pereira (2014), considerar a Afetividade como princípio decorre de “uma interpretação sistemática da Constituição Federal (art. 5º, §2º, CF)”, que seria produto de um “anseio social à formação de relações familiares afetuosas, em detrimento da preponderância dos laços meramente sanguíneos e patrimoniais”.

Como bem observado por Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona (2019), seria uma tarefa impossível a um estudioso definir de forma técnica o amor, no entanto, é possível traçar alguns delineamentos que possibilitem identificar sua aplicação no ordenamento jurídico e na lida com as relações familiares.

Concordando com os autores supracitados, Ricardo Lucas Calderón trata do afeto esmiuçando suas duas facetas: uma objetiva, compreendida pelos atos e fatos considerados como expressão do afeto e uma subjetiva, interna aos indivíduos e inatingível pela juridicidade.

Nas palavras do autor:

A dimensão objetiva envolve a presença de fatos tidos como representativos de uma expressão de afetividade, ou seja, fatos sociais que indiquem a presença de uma manifestação afetiva. A dimensão subjetiva trata do afeto anímico em si, do sentimento do afeto propriamente dito. Esta dimensão subjetiva do princípio certamente escapa ao Direito, de modo que é sempre presumida, sendo que constatada a dimensão objetiva da afetividade restará desde logo presumida a presença da dimensão subjetiva. Dito de outro modo, é possível designá-lo como princípio da afetividade jurídica objetiva, o que ressalta o aspecto fático que é objeto da apreensão jurídica (CALDERÓN, 2013, p. 402).

Neste sentido, interpretar o Direito de Família à luz da afetividade, diz respeito a transcender a subsunção do fato à norma de forma racional, devendo se considerar e respeitar as diferenças das partes e das instituições familiares a que pertencem:

De fato, interpretar o Direito de Família, nesse panorama de observância do princípio da afetividade, significa, em especial — mais do que aplicar ao caso concreto uma interpretação simplesmente racional-discursiva —, compreender as partes envolvidas no cenário posto sob o crivo judicial, respeitando as diferenças e valorizando, acima de tudo, os laços de afeto que unem os seus membros.
Afinal, nessa dialética harmoniosa, nenhuma família é igual a outra, e todas merecem, igualmente, ser respeitadas (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, p. 70).

Do Princípio da afetividade extrai-se ainda a maior relevância dos direitos inerentes à pessoa quando em cotejo com os interesses patrimoniais, o que deságua



na solidariedade familiar (GUIMARÃES JUNIOR, 2015), outro princípio relevante que analisaremos a seguir.

Princípio da Proteção Integral à Criança e ao Adolescente

A plena proteção das crianças e adolescentes, possuem lastro constitucional no art. 227 da CF/88, que versa:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, 1988).

O princípio se justifica na maior vulnerabilidade desses indivíduos até o atingimento da maioridade (DIAS, 2016).

Em respeito ao mandamento da Carta Magna, encontra-se no Estatuto da Criança e do Adolescente, um microsistema de proteção não somente aos filhos, mas a todas as crianças e adolescentes membros da unidade familiar, como sobrinhos e netos (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2016).

As formas de implementar todo esse leque de direitos e garantias, está no Estatuto da Criança e do Adolescente (L 8.069/ 1990): microsistema com normas de conteúdo material e processual, de natureza civil e penal, que reconhece crianças e adolescentes como sujeitos de direito. O ECA rege-se pelos princípios do melhor interesse, paternidade responsável e proteção integral, visando a conduzi-los à maioridade de forma responsável, como sujeito da própria vida, para que possam gozar de forma plena de seus direitos fundamentais (DIAS, 2016, p. 55).

Detalhados os princípios que regem, ou que, pelo menos deveriam reger de forma categórica as relações familiares dentro do ordenamento jurídico brasileiro, segue-se agora a análise das características do poder familiar, a fim de estabelecer os delineamentos das responsabilidades que lhes são inerentes e, assim, verificar a incidência de responsabilização civil.

DO PODER FAMILIAR E DO ABANDONO AFETIVO



Poder familiar é o conjunto de direitos-deveres decorrentes relação paterno-filial e tem por função garantir o atendimento ao melhor interesse e a plena proteção da criança e/ou do adolescente que se encontra sob os cuidados daquele que o detém (DIAS, 2016).

Tais deveres e prerrogativas se devem ao caráter de hipossuficiente da criança e do adolescente, que ainda se encontra em desenvolvimento e em completa dependência dos pais (CORDEIRO, 2017).

Neste sentido, assevera Giselda Hironaka:

Os filhos vêm ao mundo na dependência completa dos pais, e assim permanecem enquanto não se tornam, eles mesmos adultos ou emancipados. A dependência natural é tão certa e inegável, que se quer pode ser recusada pelos pais. Perfeitamente compreensível e aceitável (HIRONAKA, 2002).

Embora o vocábulo “poder” distorça o caráter protetivo do poder familiar (LÔBO, 2003), interessa, para os fins do presente trabalho, analisar os inúmeros deveres (DIAS, 2016) que são conferidos aos seus detentores, com o intuito de analisar suas transgressões como ensejadoras de reparação civil.

DOS DEVERES INERENTES AO PODER FAMILIAR

Os deveres intrínsecos ao Poder Familiar podem ser facilmente encontrados no texto da Constituição Federal e das normas infraconstitucionais (CALDERAN, 2010).

O comando constitucional se encontra insculpido no artigo 227 da Lei Maior, que atribui à família, à sociedade e ao Poder Público, a responsabilidade de garantir de uma série de direitos aos infantes e adolescentes:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, 1988).

Como complemento, o art. 229 do texto constitucional dispõe que “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” (BRASIL, 1988).



Em respeito a tais disposições, o Código Civil (BRASIL, 2002) também prevê uma série de responsabilidades aos pais.

No artigo 1.634, o poder é conferido pela lei aos pais, qualquer que seja a situação conjugal, elencando o dispositivo legal, as responsabilidades inerentes a ele:

Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:

- I - dirigir-lhes a criação e a educação;
- II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584;
- III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;
- IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior;
- V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município;
- VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;
- VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;
- VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;
- IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição (BRASIL, 2002).

Não obstante, os artigos 1.635 a 1.638 preveem as hipóteses de suspensão ou extinção do Poder Familiar, enquanto os artigos 1.583 a 1.590 tratam da proteção dos filhos em caso de rompimento da sociedade conjugal (BRASIL, 2002)

Por sua vez, o estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), evidencia a existência dos deveres inerentes ao poder familiar (CALDERAN, 2010):

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. Parágrafo único. Os direitos enunciados nesta Lei aplicam-se a todas as crianças e adolescentes, sem discriminação de nascimento, situação familiar, idade, sexo, raça, etnia ou cor, religião ou crença, deficiência, condição pessoal de desenvolvimento e aprendizagem, condição econômica, ambiente social, região e local de moradia ou outra condição que diferencie as pessoas, as famílias ou a comunidade em que vivem.

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;



d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude (BRASIL, 1990).

Verifica-se, portanto que o ordenamento jurídico cuidou de elencar os deveres de guarda e cuidado com os filhos, estes inerentes ao poder familiar, conferido aos genitores. Nesta linha de raciocínio, o próximo tópico trata da figura do abandono afetivo e suas formas de configuração, afim de verificar sua ocorrência como violadora de prescrições do ordenamento e causadora de dano.

DO ABANDONO AFETIVO E SEU EFEITO DANOSO

Conforme os princípios inerentes ao Direito de Família, já expostos no presente trabalho, o afeto e a assistência dos pais aos filhos desde a primeira infância é de fundamental importância para garantir seu desenvolvimento sadio, bem como conduzir-lhes a habilidade de convivência saudável em sociedade, ou seja, assegurar o crescimento e desenvolvimento dotado de dignidade humana (PROCHET NETO; FERNAGUEU, 2017).

Neste sentido, o abandono afetivo é que aquele que nasce da negligência e indiferença dos ascendentes ou de um deles em relação aos filhos, ou ainda quando um dos filhos é tratado de forma relapsa em comparação ao restante da prole, mesmo que seja prestada pelo genitor toda a devida assistência material (CORDEIRO, 2017).

A convivência paterno-filial, desta forma, se faz imprescindível de modo a evitar danos, por vezes irreparáveis na vida dos indivíduos, e, conseqüentemente a violação de seus direitos fundamentais, conforme assevera Maria Berenice Dias (2016, p. 138):

Assim, a convivência dos pais com os filhos não é um direito, é um dever. Não há o direito de visitá-lo, há a obrigação de conviver com eles. O distanciamento entre pais e filhos produz sequelas de ordem emocional e pode comprometer o seu sadio desenvolvimento. O sentimento de dor e de abandono pode deixar reflexos permanentes em sua vida.

O abandono é capaz de causar graves danos psíquicos à criança ou adolescente tratado com negligência pelo pais ou responsáveis, causando problemas como complexos de inferioridade, insegurança e inabilidade de lidar com a vida em sociedade (GUIMARÃES, 2015).

Desta forma, não há dúvidas que, os pais que descumprem o dever de paternidade responsável estão violando de forma evidente o ordenamento jurídico, o



qual deve sim lançar mão de mecanismos a fim de evitar a omissão dos genitores, como a condenação a responsabilização civil (CALDERAN, 2010).

Em contrapartida à relevância e imperiosidade da garantia e preservação do dever de convivência, na acepção ampla, como ora defendido, tem-se que o descumprimento deste dever importa em sérios prejuízos à personalidade do filho. Isso autoriza a imediata efetivação de medidas previstas nos diplomas legislativos pertinentes na tutela dos interesses da filiação e decorrentes da responsabilidade civil dos pais para com os filhos, sobretudo a condenação do pai pelos danos causados, como já se faz presente em nossa jurisprudência” (SILVA, 2004, p. 145).

Sendo assim, diante de tais aspectos, tem-se a aplicação da responsabilidade civil ao Direito de Família, com o intuito de coibir a indiferença dos pais em relação aos filhos e estimular o exercício do poder familiar responsável.

DA REONSABILIDADE CIVIL PELO ABANDONO AFETIVO

Conforme demonstrado acima, o abandono afetivo paterno-filial, viola não só a letra fria da lei, como também princípios constitucionais caros ao ordenamento jurídico.

Dada a constitucionalização do Direito Privado e a crescente interferência do Estado na proteção da dignidade nas relações horizontais, não pode o ordenamento jurídico omitir-se diante de tais violações, de modo que a jurisprudência tem aplicado ao Direito de Família, as reparações previstas no instituto da Responsabilidade Civil.

A RESPONSABILIDADE CIVIL NO ORDENAMENTO JURÍDICO

A responsabilidade civil se trata de um mecanismo que tem como fim evitar que se cause dano a outrem, bem como garantir a reparação de tal dano caso haja a sua ocorrência.

Segundo Ana Cecília Parodi (2004, p. 134):

Responsabilizar é imputar a alguém, por meio legal ou judicial, o dever de reparar ou indenizar alguma espécie de prejuízo. Todo dano que uma pessoa ocasionar, com ou sem a intenção de lesionar a outrem, em regra, gera o dever de indenizar. Logo, a responsabilidade civil é fonte obrigacional.

A obrigação de reparar o dano causado encontra-se prevista expressamente



no Código Civil, em seu artigo 186, que dispõe: “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).

Da detida análise do dispositivo legal acima citado, verifica-se que a responsabilidade civil conta com pressupostos bem definidos, cuja ocorrência se faz necessária para a configuração do dever de reparar o dano causado (GUIMARÃES JUNIOR, 2015).

O primeiro pressuposto é a conduta humana, podendo esta comissiva, traduzida em um comportamento positivo do agente, ou omissiva – o comportamento negativo – quando este se abstém de agir devendo fazê-lo. Não obstante, a conduta humana causadora do dano deverá ser ilícita, ou seja, violadora do ordenamento jurídico (GUIMARÃES JUNIOR, 2015).

O segundo requisito para configuração do dever de reparar o dano causado é o dolo ou a culpa do agente ao realizar a conduta danosa. O dolo trata-se da vontade livre e consciente de praticar a citada conduta, ao passo que a culpa configura-se na falta de diligência do indivíduo, que age de forma imprudente ou negligente (GONÇALVES, 2014).

Tanto no dolo como na culpa há conduta voluntária do agente, só que no primeiro caso a conduta já nasce ilícita, porquanto na vontade se dirige à concretização de um resultado antijurídico – o dolo abrange a conduta e o efeito lesivo dele resultante -, enquanto que no segundo a conduta nasce lícita, tornando-se ilícita na medida em que se desvia dos padrões socialmente adequados. O juízo de desvalor no dolo incide sobre a conduta, ilícita desde a sua origem; na culpa, incide apenas sobre o resultado. Em suma, no dolo o agente quer a ação e o resultado, ao passo que na culpa ele só quer a ação, vindo a atingir o resultado por desvio acidental de conduta decorrente de falta de cuidado (CAVALHERI FILHO, 2014, p. 45-46).

O terceiro pressuposto é o dano em si, o qual pode ser conceituado, segundo Sergio Cavalheri (2014), como “a lesão a um bem ou interesse juridicamente tutelado, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da personalidade da vítima”.

Por fim, consta como último pressuposto da responsabilidade civil, o nexo de causalidade entre a conduta ilícita e o dano causado (GUIMARÃES JUNIOR, 2014).

O ABANDONO AFETIVO COMO ENSEJADOR DE RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL E CONSEQUENTE INDENIZAÇÃO



Conforme todo o exposto, é indubitável que o descumprimento dos deveres atinentes ao poder familiar pelos progenitores causa danos graves e irreparáveis de ordem psíquica ao desenvolvimento e à vida do indivíduo (RIZZARDO, 2005).

A partir destes aspectos surge então o questionamento quanto a possibilidade de se punir pecuniariamente o genitor descumpridor de seus deveres diante do dano decorrente de sua conduta omissa. Defendendo a possibilidade de indenização pecuniária pelo abandono afetivo, Arnaldo Rizzardo (2005, p. 692-693) afirma que:

Se a morte de um dos progenitores, em face da sensação de ausência, enseja o direito a reparação por dano moral, o que se tornou um consenso universal, não é diferente no caso do irredutível afastamento voluntário do pai ou da mãe, até porque encontra repulsa pela consciência comum e ofende os mais comezinhos princípios de humanidade.

Em sentido complementar, Rui Stoco (2007) observa que a indenização pode ser devida e utilizada como forma de coibir o descumprimento dos deveres paterno-filiais, desde que cada caso concreto seja analisado minuciosamente e por equipe multidisciplinar, de modo a evitar abusos de “filhos supostamente ofendidos pelos pais”. Segundo o citado autor, a condenação do genitor ausente a indenizar o filho deve ter caráter excepcional e apresentar os requisitos caracterizadores da responsabilidade civil.

A jurisprudência também tem se posicionado neste sentido, ou seja, de que não há que se falar em indenização por abandono afetivo pura e simplesmente pela ausência do genitor, havendo a necessidade de comprovação dos requisitos ensejadores da responsabilidade civil, quais sejam: a conduta ilícita, o dolo ou culpa do agente, o dano e o nexo de causalidade entre ele e a referida conduta.

Veja-se:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. ADOÇÃO. DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR E ABANDONO AFETIVO. CABIMENTO. EXAME DAS ESPECÍFICAS CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS DA HIPÓTESE. CRIANÇA EM IDADE AVANÇADA E PAIS ADOTIVOS IDOSOS. AUSÊNCIA DE VEDAÇÃO LEGAL QUE DEVE SER COMPATIBILIZADA COM O RISCO ACENTUADO DE INSUCESSO DA ADOÇÃO. [...] ZELO PELA RACIONALIDADE E EFICIÊNCIA DA POLÍTICA PÚBLICA DE ADOÇÃO. FALHA DAS ETAPAS DE VERIFICAÇÃO DA APTIDÃO DOS PAIS ADOTIVOS E DE CONTROLE DO BENEFÍCIO DA ADOÇÃO. FATO QUE NÃO ELIMINA A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS QUE PRATICARAM ATOS CONCRETOS E EFICAZES PARA DEVOLUÇÃO DA FILHA ADOTADA AO ACOLHIMENTO. CONDENAÇÃO



DOS ADOTANTES A REPARAR OS DANOS MORAIS CAUSADOS À CRIANÇA. POSSIBILIDADE. CULPA CONFIGURADA. IMPOSSIBILIDADE DE EXCLUSÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL. VALOR DOS DANOS MORAIS. FIXAÇÃO EM VALOR MÓDICO. OBSERVÂNCIA DO CONTEXTO FÁTICO. EQUILÍBRIO DO DIREITO À INDENIZAÇÃO E DO GRAU DE CULPA DOS PAIS, SEM COMPROMETER A EFICÁCIA DA POLÍTICA PÚBLICA. DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. CONDENAÇÃO DOS PAIS DESTITUÍDOS A PAGAR ALIMENTOS. POSSIBILIDADE. ROMPIMENTO DO PODER DE GESTÃO DA VIDA DO FILHO, MAS NÃO DO VÍNCULO DE PARENTESCO. MAIORIDADE CIVIL DA FILHA. FATO NOVO RELEVANTE. RETORNO DO PROCESSO AO TRIBUNAL COM DETERMINAÇÃO DE CONVERSÃO EM DILIGÊNCIA. OBSERVÂNCIA DO BINÔMIO NECESSIDADE DA ALIMENTADA E POSSIBILIDADE DOS ALIMENTANTES. 1- Os propósitos recursais consistem em definir: (i) se é cabível a reparação por danos morais em decorrência do abandono afetivo dos pais adotivos em relação ao adotado e se estão configurados, na hipótese, os pressupostos autorizadores da responsabilidade civil; (ii) se é admissível que os pais adotivos sejam condenados a prestar alimentos ao filho adotado após a destituição do poder familiar, inclusive no período em que a criança se encontre acolhida institucionalmente. [...] 8- Na hipótese, fiel aos fatos apurados e às provas produzidas nas instâncias ordinárias, é possível inferir a existência de dano moral à criança em decorrência dos atos praticados pelos pais adotivos que culminaram com a sua reinserção no sistema de acolhimento institucional após a adoção, de modo que a falha estatal no processo de adoção deve ser levada em consideração tão somente para aferir o grau de culpa dos pais, mas não para excluir a responsabilização civil destes. 9- A formação de uma família a partir da adoção de uma criança é um ato que exige, dos pais adotivos, elevado senso de responsabilidade parental, diante da necessidade de considerar as diferenças de personalidade, as idiossincrasias da pessoa humana e, especialmente, a vida pregressa da criança adotada, pois o filho decorrente da adoção não é uma espécie de produto que se escolhe na prateleira e que pode ser devolvido se se constatar a existência de vícios ocultos. 10- Considerada a parcela de responsabilidade dos pais adotivos, arbitra-se a condenação a título de danos morais em R\$ 5.000,00, corrigidos monetariamente a partir da data do arbitramento na forma da Súmula 362/STJ, valor que, conquanto módico, considera o contexto acima mencionado de modo a equilibrar a tensão existente entre o direito à indenização da filha e o grau de culpa dos pais, bem como de modo a não comprometer a eficácia da política pública de adoção. 11- Mesmo quando houver a destituição do poder familiar, não há correlatamente a desobrigação de prestação de assistência material ao filho, uma vez que a destituição do poder familiar apenas retira dos pais o poder que lhes é conferido para gerir a vida da prole, mas, ao revés, não rompe o vínculo de parentesco. [...] 13- Recurso especial conhecido e provido, a fim de: (i) restabelecer a sentença que julgou procedente o pedido, mas arbitrando em R\$ 5.000,00 a condenação a título de reparação de danos morais, corrigidos monetariamente a partir da data do presente arbitramento; (ii) determinar o retorno do processo ao Tribunal, com determinação de conversão do julgamento da apelação em diligência, para investigar a necessidade da alimentada e as possibilidades dos alimentantes (BRASIL, STJ, 2021).

Também entende o Superior Tribunal de Justiça que o dever de cuidado restringe-se ao dever de sustento, guarda e educação da prole, não se impondo o afeto, conforme se extrai das decisões a seguir:



AGRAVO INTERNO NO AGRAVO (ART. 544 do CPC/73) - AÇÃO DE EXONERAÇÃO DE PENSÃO ALIMENTÍCIA - RECONVENÇÃO - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU PROVIMENTO AO RECLAMO. INSURGÊNCIA DO REQUERIDO/RECONVINTE. 1. Não se pode conhecer da apontada violação do art. 535 do CPC/73, pois as alegações que a fundamentaram são genéricas, sem discriminação dos pontos efetivamente omissos, contraditórios ou obscuros sobre os quais tenha incorrido o acórdão impugnado. Incide, no caso, por analogia, a Súmula 284/STF. Precedentes. 2. Este Superior Tribunal de Justiça já afirmou entendimento no sentido de não ser possível falar em abandono afetivo antes do reconhecimento da paternidade. 2.1. "O dever de cuidado compreende o dever de sustento, guarda e educação dos filhos. Não há dever jurídico de cuidar afetuosamente, de modo que o abandono afetivo, se cumpridos os deveres de sustento, guarda e educação da prole, ou de prover as necessidades de filhos maiores e pais, em situação de vulnerabilidade, não configura dano moral indenizável." (REsp 1579021/RS, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 19/10/2017, DJe 29/11/2017). 2.2. A revisão do entendimento da Corte de origem quanto ao cumprimento dos deveres da paternidade pelo recorrido, com o afastamento do abandono afetivo na espécie, somente seria possível mediante o reexame do acervo fático-probatório dos autos, o que não se permite na via estreita do recurso especial por força da Súmula 7/STJ. 3. Agravo interno desprovido (BRASIL, STJ, 2018).

CIVIL DIREITO DE FAMÍLIA. RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA. GENITOR. ATO ILÍCITO. DEVER JURÍDICO INEXISTENTE. ABANDONO AFETIVO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. 1. Não ofende o art. 535 do CPC a decisão que examina, de forma fundamentada, todas as questões submetidas à apreciação judicial. 2. A ação de indenização decorrente de abandono afetivo prescreve no prazo de três anos (Código Civil, art. 206, §3º, V). 2. A indenização por dano moral, no âmbito das relações familiares, pressupõe a prática de ato ilícito. 3. O dever de cuidado compreende o dever de sustento, guarda e educação dos filhos. Não há dever jurídico de cuidar afetuosamente, de modo que o abandono afetivo, se cumpridos os deveres de sustento, guarda e educação da prole, ou de prover as necessidades de filhos maiores e pais, em situação de vulnerabilidade, não configura dano moral indenizável. Precedentes da 4ª Turma. 4. Hipótese em que a ação foi ajuizada mais de três anos após atingida a maioridade, de forma que prescrita a pretensão com relação aos atos e omissões narrados na inicial durante a menoridade. Improcedência da pretensão de indenização pelos atos configuradores de abandono afetivo, na ótica do autor, praticados no triênio anterior ao ajuizamento da ação. 4. Recurso especial conhecido em parte e, na parte conhecida, não provido (BRASIL, STJ, 2017).

Sendo assim, resta claro o cabimento de indenização pecuniária com o fim de reparar os danos extrapatrimoniais decorrentes do abandono afetivo dos filhos, sejam eles menores, ou maiores, desde que careçam de cuidados especiais em razão de vulnerabilidades. Contudo, é imprescindível que restem que devidamente comprovados pelo requerente a presença dos requisitos autorizadores da reparação civil.

CONCLUSÃO



Diante da análise tecida neste estudo verificou-se que, embora reconhecidamente pertencente ao Direito Privado, o Direito de Família tutela aspectos da vida humana que devem ser regulados e fiscalizados pelo Estado, uma vez que envolvem princípios caros à natureza humana, como a sua própria dignidade.

O crescimento junto aos pais ou aqueles que devam cumprir com suas funções em eventual ausência daqueles, é de fundamental importância para o desenvolvimento sadio de todos os indivíduos, seja em razão do suporte material, seja em razão de lhes garantir higidez psíquica.

Sendo assim, o direito garante constitucional e legalmente às crianças e adolescentes o direito de proteção integral, o qual, em caso de descumprimento por aqueles responsáveis pelo seu cuidado pode ensejar o direito de reparação por danos de natureza extrapatrimonial, uma vez que a Constituição vigente também contempla a reparação por danos que vão além da esfera material.

Importa ponderar que não se pode com a condenação ao pagamento de indenização causar o enriquecimento ilícito daquele que a pleiteia, nem mesmo gerar com tal mecanismo de reparação incentivo à utilização do Poder Judiciário para obtenção de vantagens indevidas.

Sendo assim, conforme já é entendido pela Jurisprudência dominante, o direito à indenização dependerá da análise minuciosa do caso concreto a fim de se aferir a existência dos pressupostos autorizadores do dever de reparação, conforme preconiza o instituto da responsabilidade civil, evitando arbitrariedades e a utilização do mecanismo para abusos e enriquecimento ilícito.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988), de 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 22. jun. 2021.

_____. Lei nº 8069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 31. ago. 2021.

_____. Lei nº 10406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 22. jun. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Recurso Especial



1698728/MS. Relator: Ministro Moura Ribeiro. Relatora para acórdão: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, julgado em 04. maio. 2021. DJe 15. maio. 2021. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201701550975&dt_publicacao=13/05/2021. Acesso em: 06. set. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial 492.243/SP. Relator: Ministro Marco Buzzi. Brasília, julgado em 05. jun. 2018. DJe 12. jun.2018. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201400653818&dt_publicacao=12/06/2018>. Acesso em: 06. set.2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Recurso Especial 1579021/RS. Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti. Brasília, julgado em 19. out. 2017. DJe 29. nov. 2017. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201600111968&dt_publicacao=29/11/2017>. Acesso em: 06. set.2021.

CALDERAN, Thanabi Bellenzier. **Os deveres intrínsecos ao poder familiar e a responsabilidade dos pais pelo descumprimento**. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-80/os-deveres-intrinsecos-ao-poder-familiar-e-a-responsabilidade-dos-pais-pelo-descumprimento/>>. Acesso em: 31. ago. 2021.

CALDERÓN, Ricardo Lucas. **Princípio da afetividade no direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

CARDIN, Valéria Silva Galdino; VIEIRA, Tereza Rodrigues; BRUNINI, Bárbara Cissetin Costa. **Famílias, Psicologia e Direito**. Maringá: Miraluz, 2017.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CORDEIRO, Giovani Tadeu O. da C. **A responsabilização civil por abandono afetivo**. 2017. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2017. Disponível em: <<https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/24334/1/A%20responsabiliza%C3%A7%C3%A3o%20civil%20por%20abandono%20afetivo%20%28vers%C3%A3o%20final%29.pdf>>. Acesso em: 21. jul. 2021.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 11. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: direito de família**. 9.ed. rev. e ampl. vol. 6. São Paulo: Editora Saraiva, 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 17. ed. vol. 6. São Paulo: Editora Saraiva, 2020.

_____. **Responsabilidade civil**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.



GUIMARÃES JUNIOR, Vilmar. **Responsabilidade civil pelo abandono afetivo**. 2015. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Ciências Jurídicas, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2015. Disponível em: <<https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/235/8396/1/20925880.pdf>>. Acesso em: 21. jul. 2021.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade civil na relação paterno-filial. **Novos Estudos Jurídicos**. vol. 7. nº 14, p. 69-102. Ano VII, abr/2002. DOI: <https://doi.org/10.14210/nej.v7i14>. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/issue/view/73>>. Acesso em: 31. ago.2021.

LEITE, Tatiana Helen De Avila. **Responsabilidade civil por abandono afetivo. 2018**. Monografia (Graduação em Direito) – Curso De Direito, Faculdade de Direito Professor Jacy De Assis, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2018. Disponível em: <<https://repositorio.ufu.br/handle/123456789/22345#:~:text=O%20estudo%20apresenta%20ainda%20uma,das%20doutrinas%20e%20dos%20Tribunais.&text=Quote%3A,LEITE%2C%20Tatiana%20Helen%20de%20Avila.>>>. Acesso em: 21. jul. 2021.

MADALENO, Rolf. **Direito de família**. 8. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro, 2018.

PARODI, Ana Cecilia de Paula Soares. **Responsabilidade civil nos relacionamentos afetivos pós modernos**. 1ª ed. Campinas: Russell Editores, 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. vol. V. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PEREIRA, Poliana Alves. **Responsabilidade civil por abandono afetivo**. Monografia (Graduação em Direito) – Curso De Direito, Centro Universitário Toledo, Araçatuba, 2018. Disponível em: <https://servicos.unitoledo.br/repositorio/bitstream/7574/40/3/Responsabilidade%20civil%20por%20abandono%20afetivo%20-%20Poliana%20Alves%20Pereira.pdf>. Acesso em: 21. jul. 2021.

PROCHET NETO, Norman; FERNAGUEU, Camila Fernanda. **Abandono paterno afetivo: responsabilidade civil pelo abandono paterno afetivo**. Disponível em: <<https://facnopar.com.br/conteudo-arquivos/arquivo-2019-08-28-15670155294088.pdf>>. Acesso em: 31. ago. 2021.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.

SILVA, Cláudia Maria da. Indenização ao Filho: descumprimento do dever de convivência familiar e indenização por dano à personalidade do filho. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre, v. 6, n. 25, p.123, ago-set. 2004.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.



A INFLUÊNCIA DO CASO DANIELLA PEREZ NA LEI Nº 8.072/90 DE CRIMES HEDIONDOS

Fernanda Elerbrock Candido dos Santos²³

Christian Rodrigues Tenório²⁴

RESUMO: A sociedade vive em constante movimento de modo que se atualiza com o passar dos tempos. Muitas leis que foram emblemáticas para uma época, podem não fazer sentido em outras. Deste modo, os legisladores devem estar atentos a atualizar as leis e a atender os clamores da sociedade. Muitas vezes esses clamores, vem acompanhado com o apoio da mídia que potencializam esse processo. Um desses casos é o do assassinato de Daniella Perez que gerou comoção nacional. Desta forma, este trabalho tem como objetivo analisar e descrever o caso Daniella Perez e suas influências na lei nº 8.072/90 de crimes hediondos. Para tanto, busca-se desvelar quem foi a atriz Daniella Perez retratando sua vida e carreira, como ocorreu o processo do seu crime, cometido por Guilherme Pádua, que era um ator que contracenava com a atriz e, por fim, mostrar os percalços desse processo até a mudança na lei de crimes hediondos. Ao compreender todo esse processo, foi possível identificar que as mídias têm um fator essencial em apresentar as notícias ao povo e, com a ajuda deste, realizar pressões nos legisladores para que mudem ou atualizem as leis. Apesar desta mudança não ter sido válida para o caso de Daniella Perez, ela possibilitou que em muitos outros casos este erro não fosse mais cometido.

PALAVRAS-CHAVE: Caso Daniella Perez. Lei de Crimes Hediondos. Homicídio.

ABSTRACT: Society lives in constant movement so that it updates itself with the passage of time. Many laws that were emblematic for one time may not make sense for others. In this way, legislators must be attentive to updating the laws and responding to the demands of society. These claims are often accompanied by the support of the media that enhance this process. One such case is the murder of Daniella Perez, which generated a national commotion. Thus, this work aims to analyze and describe the Daniella Perez case and its influences on law nº 8.072/90 of heinous crimes. Therefore, it seeks to unveil who the actress Daniella Perez was, portraying her life and career, how the process of her crime occurred, committed by Guilherme Padua, who was an actor who co-starred with the actress, and, finally, show the mishaps of this process until the change in the law of heinous crimes. By understanding this entire process, it was possible to identify that the media have an essential factor in presenting the news to the people and, with their help, putting pressure on legislators to change or update the laws. Although this change was not valid for the case of Daniella Perez, it made it possible that in many other cases this mistake was no longer made.

KEYWORDS: Daniella Perez case. Heinous Crimes Act. Murder.

INTRODUÇÃO

A legislação penal brasileira conta com diversas leis criminais que tiveram

²³ Graduanda em Direito pelo Centro Universitário de Tecnologia e Ciências do Norte do Paraná (UniFatecie). Estagiária no Tabelação de Notas e Protestos de Loanda-PR. E-mail: fernandaelerbrock@outlook.com

²⁴ Mestre em Ciências Jurídicas pelo UniCesumar. Professor e orientador no Centro Universitário de Tecnologia e Ciência do Norte do Paraná (UniFatecie). Advogado. E-mail: cristian.tenorio@fatecie.edu.br



influências das mídias de comunicação, ao trazerem os casos de forma sensacionalista, o que provoca, muitas vezes, comoção nacional. Alguns dos casos que podem ser destacados sobre esta perspectiva são os de Doka Street e Ângela Diniz, Abílio Diniz, Roberto Medina, a morte da missionária norte-americana Dorothy Stang, dos presos midiáticos Beira-mar e Marcola, bem como de Daniella Perez.

A respeito deste último caso, o de Daniella Perez, a repercussão foi de tamanho nacional, passando nos principais meios de comunicação. Para compreender melhor o caso, no dia 29 de dezembro de 1992, estava dentre as notícias para serem passadas no Jornal Nacional, a do primeiro presidente a sofrer o impeachment pelo Senado Federal. O presidente era Fernando Collor de Mello, que deixou à Presidência da República. No entanto, esta notícia de que pela primeira vez na história do Brasil um presidente eleito era afastado por impeachment, foi substituída pela notícia de que o corpo da atriz Daniella Perez de 22 anos era descoberto num terreno baldio do Rio de Janeiro (MOREIRA, 2020).

Esta notícia advém da sua morte no dia anterior, dia 28 de dezembro de 1992, tal qual foi uma trágica notícia, aos 22 anos de idade. A atriz era casada com o ator Raul Gazolla. Era filha da autora Glória Perez, conhecida por escrever vários roteiros de novelas. Daniella Perez teve uma carreira curta atuando em uma telenovela do horário nobre da TV Globo, “De corpo e alma”, o que gerou comoção nacional após ser encontrada morta por um crime brutal.

Por influências da mãe de Daniella, a escritora Glória Perez deu início a uma corrida para alterar a lei de crimes hediondos no Brasil. À vista deste caso, este trabalho tem como objetivo analisar e descrever o caso Daniella Perez e suas influências na lei nº 8.072/90 de crimes hediondos.

Como opção de escrita, no desenvolvimento busca-se compreender sobre a vítima Daniella Perez, o crime e o julgamento do assassino da atriz. Por fim, discute-se sobre a lei de crimes hediondos e sua mudança.

DESENVOLVIMENTO

Nesta seção, primeiro busca-se discutir a respeito de quem foi Daniella Perez, após elucidar-se como ocorreu o crime e os dias posteriores até seu enterro. Depois discute-se sobre o processo de julgamento do réu confesso Guilherme Pádua. Por fim, analisa-se a lei nº 8.072/90 de crimes hediondos no Brasil.



Como pressupostos metodológicos, esta pesquisa classifica-se como descritiva. Gil (2002, p. 42) considera que este tipo de pesquisa “[...] tem como objetivo primordial a descrição das características de determinada população ou fenômeno ou, então, o estabelecimento de relações entre variáveis”.

A Vítima Daniella Ferrante Perez Gazolla

Daniella Ferrante Perez Gazolla, nasceu no dia 11 de agosto de 1970 no Rio de Janeiro, filha da autora de telenovelas Glória Perez, Daniella era atriz e bailarina. Desde cedo ela sempre foi ligada à arte, com apenas 5 anos de idade ela já ensaiava seus primeiros passos na dança. Um pouco mais tarde surgiu o convite para dançar profissionalmente em uma das melhores companhias de dança do Rio de Janeiro, a companhia “Vacilou Dançou”.

Daniella Perez acabou conhecendo o ator Raul Gazolla quando ambos atuavam na novela “Kananga do Japão” na Rede Manchete. Ela fazia o papel de uma dançarina de tango, chamada “Eduarda”. Os dois se conheceram na época, quando era a primeira vez dela na TV. Os dois acabaram se apaixonando e formando um casal.

Em 1990 os dois se casaram e no mesmo ano o grupo de Daniella é chamado a convite da Rede Globo para serem dançarinos na novela “Barriga de Aluguel”. Quem assinava o texto desta novela era sua mãe, Glória Perez. Daniella Perez fez um teste individual e acabou conseguindo sua primeira personagem chamada “Clô”, que era uma bailarina que dançava no Copacabana Café.

Como era muito carismática e talentosa, logo a personagem dela foi ganhando mais espaço na trama e Daniella acabou chamando a atenção de Dennis Carvalho, que a convidou para estreiar a novela “O dono do Mundo” no ano seguinte, 1991, fazendo papel de Yara, que era irmã da protagonista vivida por Glória Pires. Mais tarde, já reconhecida pelo público ela interpretou a personagem Yasmin na novela “De Corpo e Alma”, essa foi sua última novela (ELUF, 2009).

Os fatos que levaram a morte de Daniella Perez

Por já estar atuando em várias novelas e se destacando em seus personagens, a atriz acabou sendo conhecida nacionalmente. Quando ocorreu seu crime, em 28 de



dezembro de 1992, acabou chocando o país e sendo destaque em diversos jornais e revistas de grande circulação, por se tratar de uma atriz famosa, filha de uma escritora renomada.

O chama a atenção de todo esse processo, é o motivo pelo qual o crime ocorreu. O principal suspeito da época foi o ator Guilherme Pádua que contracenava com ela na novela. Segundo o ator, ele estava se sentindo excluído do roteiro, estava perdendo espaço na novela e queria que Daniella conversasse com a mãe para mudar o rumo da história. Guilherme perseguia a companheira de novela nos sets de gravação, mas ela se negava a fazer tal pedido à mãe. O ator afirmou que o motivo para o cometimento do assassinato foi passional, ou seja, uma paixão sem limites, onde um indivíduo se acha dono do outro (LEITE, MAGALHÃES, 2013).

Nesta novela, o ator fazia seu par romântico e na época ela tinha 22 anos e ele tinha 23. Na data de 28 de dezembro de 1992, Daniella e Guilherme estavam gravando uma cena juntos, ele estava chateado porque não iria aparecer em alguns capítulos da novela, pois naquela semana o texto entregue cortava ele um pouco dos próximos episódios, mas naquele dia especificamente, eles tinham uma cena juntos e estavam gravando.

De acordo com os relatos da época, o ator ficou bem chateado de forma a sair esbravejando do estúdio de gravação, pois ele não estava em uma cena que seria gravada com Daniella. Ao sair do estúdio na Barra da Tijuca, ele vai até Copacabana, busca a esposa, a Paula Tomaz, que tem naquele momento 19 anos e está grávida de 4 meses. Paula fica escondida no banco de trás do carro com um lençol na cabeça e um travesseiro.

Guilherme volta para o estúdio e continua gravando até terminar por volta das 21:00 horas. Quando termina as gravações, tanto Daniella, quanto Guilherme saem do estúdio e na saída há fãs que pedem para tirar umas fotos com eles. A Daniella naquele dia tinha um ensaio de uma peça com o marido dela, o Raul Gazolla, eles estavam praticando um musical chamado “Dança Comigo”. Após tirarem as fotos com os fãs, ambos entram em seus carros. Daniella foi embora para o seu compromisso, achando que naquele momento cada um seguia sua vida. Segundo relatos dos fãs, foi reparado que o Guilherme para seu carro próximo a um posto de gasolina mas segue em frente.

Daniella também abastece seu carro no posto e quando está saindo do posto Guilherme fecha ela com seu carro impedindo a sua passagem, ela se assusta e sai



do carro reconhece ele. O ator dá um soco em seu rosto, Daniella desmaia na hora e nesse momento Guilherme e Paula, que sai de baixo do lençol, ajudam a colocar Daniella no carro. Os dois se dividem, Guilherme com seu carro onde Daniella está e Paula dirige o carro de Daniella até a Rua Candido Portinari, uma rua deserta da Barra da Tijuca, onde o crime aconteceu.

De acordo com Eluf (2013), Daniella foi estrangulada, levando 18 punhaladas, sendo 4 no pescoço, 8 no peito, e outras 6 na região do pulmão. A maior parte do crime aconteceu dentro do carro. Após o crime ambos vão embora e deixam Daniella e o carro dela abandonados no local, passam em um posto e pagam a um frentista uma quantidade em dinheiro para lavar o carro todo.

A Glória Perez, mãe de Daniella, preocupada que a filha não chegava liga para o Guilherme umas 2 vezes, porque ela sabia que estavam juntos no estúdio, ele atende e mente as 2 vezes falando que não sabe onde ela está.

Mais cedo, na noite do crime, o advogado Hugo da Silveira, ao avistar os dois carros parados no matagal, anota a placa de um e liga para a polícia, relatando a cena suspeita, razão pela qual dois policiais foram averiguar o que poderia estar acontecendo.

Ao chegarem notaram que haviam apenas um dos carros, o Escort de Daniella abandonado. Um dos policiais resolve entrar no matagal, onde acaba tropeçando no corpo da atriz. A polícia percebe pelos documentos que o carro pertence a Raul Gazolla, entram em contato com ele e ele é a primeira pessoa dos conhecidos a chegar no terreno e reconhecer o corpo. Lá mesmo na cena do crime, Guilherme volta para consolar a família acompanhando-os até a delegacia, comparecendo também ao velório (ELUF, 2013).

No dia do velório, a polícia vai até o estúdio de gravação no intuito de achar algum carro Santana com a placa indicada. Entretanto, acharam um Santana de placa "LM115" de propriedade do ator Guilherme de Pádua, onde no decorrer das investigações foi descoberto que o ator adulterou a placa com fita isolante. Todo o adultério ajudou no julgamento pelo fato da premeditação, porque ele buscou Paula e se deu o trabalho de antes modificar a placa. Isso comprova que eles tinham a intenção de cometer um crime, o que por sua vez muda de crime para homicídio doloso, quando há a intenção de matar e que corresponde a uma sentença maior. Cabe ressaltar que na época, esse tipo de homicídio não era considerado hediondo.

O motivo do crime nunca foi descoberto ao certo, tendo em vista que primeiro



o ator afirmou que matou porque ela o assediava, mas essa versão foi desmentida por colegas que acompanharam a rotina dos dois. Surgiu teses de ciúmes doentio que Paula tinha dos dois, dado às cenas de amor que protagonizaram. A tese desenvolvida no julgamento foi a de que Guilherme estava irritado com o fato de seu personagem ter sido cortado de dois capítulos da novela e acreditava que Daniella poderia ter influenciado nessa decisão de sua mãe, escritora da novela.

Guilherme e Paula foram presos e aguardaram julgamento presos, separam ainda presos. O júri aconteceu anos depois, pois precisavam de jurados imparciais e naquele momento com a mídia em cima o caso estava muito falado. Em 1997 o julgamento aconteceu e durou três dias. De acordo com Schecaira (2016) a mídia tem grande influência nesse processo de modo que:

Transmitem a notícia de modo a despertar no grande público sentimentos como vingança, desejo de fazer justiça com as próprias mãos, maior ação punitiva do Estado. As pessoas passam a ver nas penas rigorosas e no encarceramento a saída para o suposto caos provocado pelo crime. O imaginário popular, com efeito, impulsionado por notícias e interpretações tendenciosas dos meios de comunicação escrita e falada, vê na prisão o instrumento de vingança legítima do estado e da recuperação do apenado (SHECAIRA, 2016, p. 35).

Nesse sentido, a população cria um inimigo em comum, no caso Guilherme Pádua, o que poderia, se o julgamento fosse feito logo após do crime, trazer muita turbulência e comoção civil. Verifica-se que a mídia ao mesmo tempo que noticia, também pode causar sentimentos na população, a depender do caso e, assim, mobilizar o povo.

Para Elson (2020):

A imprensa pode e deve ser parceira das apurações criminais, desde que sua interferência esteja designada à prestação da informação do ocorrido e se seus procedimentos, de forma que não deve adentrar na busca de fazer parte do processo em si, já que a ela esta função não foi concedida.

No entanto, com tamanha intervenção da mídia e a competição entre as emissoras são vários os casos em que os jornalistas vão além do permitido. Muitos acabam atrapalhando o processo, ao invés de apenas noticiar os fatos de maneira neutra. Outrossim, algumas emissoras acabam tomando partido, como se vê até hoje a politização entre direita e esquerda.

Nesse sentido, é importante reconhecer o papel que a mídia tem e, principalmente a mídia investigativa, em colaborar trazendo notícias importantes ao país. No entanto, faz-se necessário que a população tenha consciência para filtrar as



informações e, assim, compreender o que realmente a mensagem passada significa.

O Processo Penal: do julgamento do crime a mudança da lei de crimes hediondos

Na época do julgamento, 1997, Guilherme e Paula foram acusados por motivo torpe e por terem utilizado recurso que dificultou a defesa da vítima, sendo assim acusados de homicídio qualificado. Naquela época, se a sentença ultrapassa-se 20 anos, haveria outro julgamento automaticamente. Então, os juízes costumam substituir a pena máxima (30 anos) por 19 anos e vários meses para evitar outro julgamento (ELUF, 2013). No Quadro 1 é possível observar a cronologia do julgamento.

Quadro 1. Cronologia do julgamento de Guilherme Pádua.

Horário	Acontecimentos
00:00	Início da sessão
00:50	Pausa
00:55 – 02:00	Retorno com discurso do assistente de acusação Arthur Lavigne.
02:00 – 02:45	Suspensão da sessão pelo juiz
02:45	Entra Arthur Lavigne no sala de audiência do tribunal e logo após entra Glória Perez
02:53	Recomeça a sessão com a família de Guilherme Pádua
04:08	Paulo Ramalho, advogado da vítima começa a discursar
05:48	Termina o discurso e o júri se reúne para decidir
07:43	Entra Guilherme Pádua na sala, ficando em frente ao juiz.
07:46	Finaliza-se com a sentença a Guilherme Pádua
08:15	Guilherme Pádua é levado para o presídio
08:37	Glória Perez sai do tribunal com os familiares

Fonte: Adaptado de Furtado (2019).

Conforme mostra o Quadro 1, é possível observar que o julgamento foi um processo demorado com grandes turbulências, uma vez que estavam presentes a



família de Guilherme Pádua e a família de Daniella Perez, em específico, representada por sua mãe Glória Perez.

Em 25 de janeiro de 1997, Guilherme de Pádua foi sentenciado a dezenove anos de reclusão, cujo já havia cumprido quatro. Sua pena foi fixada, apesar de recorrer da sentença.

Diante destas circunstâncias, onde se acentuam intenso grau de culpabilidade, impõe-se uma resposta penal condizente com a exigência da necessidade e suficiência para a reprovação e prevenção do crime (...) O acusado, em que pese sua personalidade antes retratada é primário. Nestas Condições fixo a pena base em dezenove anos de reclusão tornando-a definitiva, ante a ausência de circunstancia legal ou causa especial que justifique sua alteração.

Condeno, ainda, o réu a pagar às custas do processo. O regime prisional para o início do cumprimento da pena é o fechado. Recomende-se o réu à prisão onde se encontra, porque lhe nego o direito de recorrer em liberdade, pelas razões de sua custódia preventiva e também por força desta condenação. Transitada julgado, lance-se o nome do réu no rol dos culpados e expresse-se carta de sentença. Publicada nesta Sessão Plenária, intimadas as partes, registre-se e comunique-se (Rio de Janeiro, em 25 de janeiro de 1997 José Geraldo Antônio, Juiz Presidente) (PEREZ, 2021, p. 5).

Paula Tomaz foi sentenciada a dezoito anos e seis meses de prisão pela cumplicidade no assassinato de Daniella Perez. Houve atenuação de seis meses, pelo fato de que na época do crime a ré tinha 21 anos. Isso mostra que antes da lei ter sido qualificada como crime hediondo, ainda poderia haver muita impunidade, pois matar pessoas não dava cadeia no Brasil.

O Conceito de Crime Hediondo e a inserção do crime de Daniella Perez como hediondo

Em 5 de outubro de 1988, final da década de 80 do século XX, foi promulgada a Constituição Federal, desempenhando sua função limitadora positivada, determinando no inc. XLIII do seu art. 5º:

XLIII – a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem (BRASIL, 1988).

Constatou Alberto Silva Franco, Rafael Lira e Yuri Felix com relação ao período entre a Constituição Federal de 1988 até a elaboração da Lei dos Crimes Hediondos em 1990 que “reconhecia-se a existência de uma grave problemática social para qual



a única solução que se mostrava adequada a ingente era a formatação de propostas de caráter penal” (FRANCO, LIRA e FELIX, 2011, p. 112).

Por volta de dois anos depois da promulgação da Constituição Federal, pretendendo regulamentá-la, sucedeu-se a lei nº 8.072, promulgada em 25 de julho de 1990, que dispõe sobre crimes hediondos (GRECO, 2020).

Desta forma, crime hediondo é definido como crime inafiançável aquele em que não se cogita o pagamento de fiança e, conseqüente, liberdade provisória do indivíduo que o pratica. De acordo com o artigo 5º da Constituição Federal, são inafiançáveis os crimes de racismo, tortura, tráfico ilícito de entorpecentes, terrorismo, ação de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado Democrático, bem como os crimes definidos como hediondos, conforme prevê a Lei nº 8.072/90.

No rol dos crimes hediondos estão o homicídio, quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, homicídio qualificado, latrocínio, extorsão qualificada por morte, extorsão mediante sequestro e na forma qualificada, estupro, estupro de vulnerável, epidemia com resultado morte e falsificação de medicamentos.

Os crimes inafiançáveis são aqueles que mais lesionam a sociedade, isto é, possuem maior gravidade em comparação a outros crimes. Por esse motivo, o tratamento dado ao condenado também é diferenciado (GALVÃO; SILVA, 2021).

Os Crimes considerados hediondos são:

- ❖ Epidemia (que resulte em morte);
- ❖ Estupro;
- ❖ Estupro de vulnerável;
- ❖ Extorsão qualificada por morte;
- ❖ Extorsão mediante sequestro;
- ❖ Falsificação, corrupção ou alteração de produtos terapêuticos ou medicinais;
- ❖ Favorecimento da prostituição ou exploração sexual de criança, adolescente ou de vulnerável;
- ❖ Femicídio;
- ❖ Genocídio;
- ❖ Homicídio (se for qualificado ou praticado por grupo de extermínio);
- ❖ Lesão corporal dolosa gravíssima;
- ❖ Lesão corporal seguida de morte;
- ❖ Latrocínio;
- ❖ Posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito.



A palavra *hedindo* tem sentido de algo sórdido, que causa repulsa, horrendo; utiliza-se a expressão *hediondo* para determinar infrações penais de extrema gravidade. O Dicionário Compacto Jurídico (2006) define crimes hediondos como aqueles que são “cometidos com requintes de perversidade, para os quais não há fiança nem graça ou anistia, indulto ou liberdade provisória” (GUIMARÃES, 2021, p. 76).

A Lei N° 8.072/90, estabeleceu os crimes hediondos e deu outras providências. Portanto, no primeiro artigo, relaciona os crimes considerados hediondos. Tal como, homicídios graves, estupro e roubos. Expressa que a lei selecionou certos crimes que foram estipulados no Código Penal, definindo-os como hediondos e tratando-os com mais severidade.

O Instituto Jurídico Roberto Parentoni – IDECRIM, explica sobre o tema tratado que, ao contrário do que costuma se pensar no senso comum, juridicamente, crime hediondo não é o crime praticado com extrema violência e com requintes de crueldade e sem nenhum senso de compaixão ou misericórdia por parte de seus autores, mas sim um dos crimes expressamente previstos na Lei n° 8.072/90. Desta forma, pode-se compreender que o crime hediondo é todo e qualquer crime previsto nesta lei.

A partir deste entendimento, na década de 90 o homicídio qualificado ainda não estava presente na lei de crimes hediondos. Nesse sentido, o crime realizado por Guilherme Pádua e sua esposa não era inafiançável. Assim, tendo bons advogados era possível ficar em liberdade. Logo, menos de 48 horas depois de ter matado Daniella, Pádua já estava solto por meio de um *habeas-corpus*.

Com ênfase, os criminosos tinham direito de esperar, em liberdade, por um julgamento que podia ser adiado indefinidamente, pois bastava ter bons advogados, que soubessem explorar as brechas das leis e utilizar o número infinito de recursos para atrasar o andamento do processo. Um exemplo é o caso Maristela Just, há 21 anos à espera do julgamento (PEREZ, 2021).

No entanto, em 1990 entrou em vigor a lei dos crimes hediondos que eram considerados como uma espécie de listagem de crimes que deveriam ser levados a sério. Para estes tipos de crimes, que eram tidos como os mais graves, a prisão era imediata e não se admitia o pagamento de fiança. Alguns exemplos eram o de matar botos, papagaios, animais que faziam parte do patrimônio, era crime hediondo, mas matar gente, não era, pois, assassinato não entrou na lista. Por isso, Guilherme de



Pádua estava solto (PEREZ, 2021).

Isso acabou causando uma indignação nacional e principalmente uma indignação em Glória Perez, visto que era uma mãe desesperada por justiça e, assim, não mediu esforços para buscar justiça a sua filha. Para tanto, era necessário se alterar a lei. Uma das formas era utilizar um dispositivo da constituição que permitia à sociedade fazer passar uma lei, desde que a reivindicação fosse assinada por uma certa porcentagem da população do país. Em específico, deveria ter a assinatura de 1% da população com no mínimo assinaturas de 5 estados diferentes.

A partir disso, começou-se uma campanha de mães que haviam perdido seus filhos. Cabe ressaltar, que a modificação não teria nenhuma mediação no caso dos filhos dessas pessoas, uma vez que a lei não retroage para punir, no entanto, evitaria que outras mães viessem a passar pela humilhação e constrangimento de que seus filhos pudessem sofrer por crimes como cometido por Guilherme Pádua (PEREZ, 2021).

Em três meses foram reunidas 1.300.000 assinaturas. Vale destacar que a lei só pedia 1.000.000 e foram levadas à Câmara do Congresso Nacional. No entanto, o trajeto não foi fácil, pois muitos repeliram na hora da votação do projeto. O Senador Humberto Lucena foi quem acolheu e ajudou na aprovação da Inclusão de Homicídios sem fiança em regime fechado nas Leis dos Crimes Hediondos.

Um dos fatores que contribuiu nesse processo é que Glória Perez tem muita influência, é famosa, tem recursos, por isso conseguiu a mudança da lei, essa tal que colocou os pais de Isabela Nardoni por mais tempo na cadeia. Outro exemplo de ajuda que trouxe essa implementação na lei é o caso do menino João Hélio que morreu ao ficar preso pelo cinto de segurança e foi arrastado por cerca de 7 km, um mês depois da morte de João Hélio. Deste modo, o Congresso aprovou projeto que torna mais difícil a saída da prisão de autores de crimes hediondos.

De acordo com Franco, Lira e Felix:

Os meios de comunicação de massa tinham conseguido a final atingir seu objetivo: a opinião pública estava totalmente aderente ao seu ponto de vista; reconhecida a existência de grave problemática social para a qual a única solução que se mostrava adequada e ingente era a formação de propostas de caráter penal (FRANCO, LIRA e FELIX, 2011, p, 109).

Isto mostra a grande influência que a mídia tem em mobilizar as massas para, assim, buscar mudanças nas leis que regem a população. Este fato é importante pois, desta forma, há um meio dos brasileiros buscarem melhorias em suas legislações.



Vale destacar que após o incidente, Gloria Perez deixou a novela, deixando Gilberto Braga, Anna Maria Moritzsen e Leonor Basel a cargo da redação do capítulo e do encerramento do papel. Uma semana depois, o autor Guilherme Pádua fez questão de voltar ao trabalho, deixando a situação caótica pela demora da justiça e a imperfeição do direito penal brasileiro. As cenas gravadas por Daniella Perez continuaram aparecendo na TV até o capítulo 146, que foi ao ar em 19 de janeiro de 1993, quando o elenco e a equipe da série a homenagearam. Outrossim, em 29 de dezembro de 1992, o capítulo concluído foi editado para remover o assassino da cena. Devido ao incidente, a trama não se repetiu no Brasil.

CONCLUSÃO

A sociedade vive em constante movimento de modo que se atualiza com o passar dos tempos. Muitas leis que foram emblemáticas para uma época, podem não fazer sentido em outras. Deste modo, os legisladores devem estar atentos a atualizar as leis e a atender os clamores da sociedade. Muitas vezes esses clamores, vem acompanhado com o apoio da mídia que potencializam esse processo.

À vista disso, este trabalho teve como objetivo analisar e descrever o caso Daniella Perez e suas influências na lei nº 8.072/90 de crimes hediondos. Esta lei de 1990 inicialmente, conceituava como hediondos apenas os crimes de tráfico, extorsão mediante sequestro e estupro. Com as circunstâncias, o crime hediondo passou a negar o direito à progressão de pena aos presos e estes, não conseguiriam mais deixar a prisão em regime fechado e se encaminhar para o regime semiaberto ou aberto, onde podem passar parte ou todo tempo fora da cadeia.

O crime contra Daniella Perez foi um dos marcos para a mudança nesta lei de forma que assassinato pudesse ser considerado como crime hediondo. Com a pressão da mídia e da sociedade, foi possível obter êxito neste processo. No entanto, os dois acusados não tiveram suas penas alteradas, porque o crime aconteceu antes da mudança na legislação. Guilherme de Pádua e Paula Thomaz cumpriram menos de sete anos da pena em regime fechado.

Apesar disso, para outros casos a partir de quando a lei foi editada passou a valer como crimes hediondos. Isso mostra o quanto é importante a conjunção nacional para pressionar os políticos e favorecer que as leis sejam melhoradas e atualizadas.

No entanto, a discussão não acaba por aqui, são vários os outros casos que



tiveram implicações parecidas com este, de modo que também geraram mudanças na lei após o acontecimento de crimes bárbaros. Sugere-se que estes outros estudos também sejam analisados e comparados.

REFERÊNCIAS:

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, Brasília, 1988.

ELUF, L. N. **A paixão no banco dos réus**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ELSON, Ramos do Nascimento. **A Influência da Mídia no Processo Penal: os casos Daniella Perez e Escola Base de São Paulo**. 118 f. Dissertação (Mestrado em Direito) Universidade Portucalense, 2021.

FRANCO, A. S; LIRA, R; FELIX, Y. Crimes hediondos. **Revista atual e ampliado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FURTADO, J. W. **O júri da Mídia**. SEDEP, 2019. Disponível em: <<http://www.sedep.com.br/artigos/o-juri-da-midia/>>. Acesso em 14 de setembro de 2021.

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

GUIMARÃES, T. G. **Dicionário Compacto Jurídico**. 1. Ed. Rideel. São Paulo, 2021.

GRECO, R. **Crimes Hediondos: Comentários à lei nº 8.072/1990**. Rio de Janeiro: Niterói, Impetus, 2020.

LEITE, C. T. V. A; MAGALHÃES, L. D. R. Mídia e memória: do caso Daniella Perez à previsão do homicídio qualificado na Lei de Crimes Hediondos. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Itajaí, v.8, n.3, 2013.

MOREIRA, J. A. **Atriz Daniella Perez, vítima de um crime que parou o Brasil, faria 50 anos**. Disponível em: < <https://www.dn.pt/mundo/atriz-daniella-perez-vitima-de-um-crime-que-parou-o-brasil-faria-hoje-50-anos-12511553.html>>. Acesso em: 13/09/2021.

PEREZ, D. **Daniella Perez: Arquivos de um processo**. Disponível em: <http://www.daniellaperez.com.br/?page_id=591&cpage=1>. Acesso em: 13 de setembro de 2021.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **A Mídia e o Direito Penal**. Boletim IBCCRIM. São Paulo, n.45, ago. 2016.



A OBSCURIDADE DA LEI PENAL BRASILEIRA CONTRA PORTADORES DE PSICOPATIA

MARIANA NUNES BELLI²⁵

RESUMO: Este estudo objetivou a interação de percepção em cima de explicação do fato sobre pessoas portadoras de psicopatia, o modo que ela tange a sociedade e como é vista pelos mesmos. A busca sobre o que se trata a psicopatia e quais seus métodos para o alcance de cada índice estudados, como no caso os diagnósticos feitos tanto por psicólogos quanto pelo sistema prisional e distinções e peculiaridades entre psicopatia e assassinos em série, visando estabelecer não apenas a educação básico do determinado assunto Divulgar quais os problemas e omissões sobre a lei penal, a diferença de vistas na teoria e formalizada e na pratica, um exemplo que foi aplicada no estudo se trata da imputabilidade e a dificuldade de apreensão diante de crimes contra portadores de psicopatia, como distinguir e evidenciar suas táticas e discernimento diante de mentes tão diferentes e incompreendidas. Visa tentar entender qual o motivo que o Estado omite crimes contra esses indivíduos, sobretudo qual pesa mais na balança para o Estado, o cumprimento da lei penal o qual é um fundamento que não foi bem estudado e ampliado, a relevância para criação de uma lei especifica para esse tipo de ato infracional hediondo. Visando estabelecer uma conscientização e absorver conhecimentos pelo qual a dúvida é necessária, não apenas para o conhecimento científico, mas para uma segurança, proteção e defesa do bem jurídico tutelado, Se trata da liberdade de um cidadão preso que coloca em risco a sociedade ou o bem necessário para que toda a população consiga dormir em paz.

PALAVRAS-CHAVE: Psicopatia. Transtorno de Personalidade. Inimputabilidade. Ineficiência. Lei especial.

ABSTRACT OU RESUMEN: This study aimed the interaction of perception upon explanation of the fact about people with psychopathy, the way it affects society and how it is seen by them. The search on what psychopathy is about and what its methods are for the achievement of each index studied, as in the case the diagnoses made by both psychologists and the prison system and distinctions and peculiarities between psychopathy and serial killers, aiming to establish not only the basic education of the given subject Disclose what the problems and omissions about the criminal law, the difference of views in theory and formalized and in practice, an example that was applied in the study is about imputability and the difficulty of apprehension when facing crimes against carriers of psychopathy, how to distinguish and evidence their tactics and discernment when facing such different and misunderstood minds. It aims to try to understand the reason why the State omits crimes against these individuals, especially what weighs more in the balance for the State, the enforcement of the criminal law which is a foundation that has not been well studied and expanded, the relevance of creating a specific law for this type of heinous crime. Aiming to establish an awareness and absorb knowledge by which doubt is necessary, not only for scientific knowledge, but for a security, protection and defense of the legal good protected, whether it is the freedom of a citizen in prison who puts at risk the society or the necessary good for the entire population to be able to sleep in peace.

KEYWORDS OU PALABRAS-CLAVE: Psychopathy. Personality disorder. Imputability. Inefficiency. Special law.

²⁵ Aluno do curso de graduação em Direito da UNIFATECIE. Endereço eletrônico: marinbelli@hotmail.com



INTRODUÇÃO

O comportamento criminoso está percorrendo ao mundo desde os primórdios de uma sociedade, é fato entender que o crime é algo normal vivenciado em uma população. Com isso a existência de um crime pode mexer com não apenas o mental das pessoas, mas com o físico e biológico. Hoje muitas pessoas tem traumas, problemas, abalos tanto físico como psicológicos, devido a um crime, agressão ou diversas outras situações que demonstra a pior parte do ser humano, mas e quando essas situações afetam pessoas que já tem um vínculo para a crueldade, e quando afeta pessoas que não sentem remorso ou culpa por estar machucando. Pessoas psicopatas, são altamente frias, e a maioria são criadas devido ao próprio problema da sociedade, são criadas de modo cruel, ou até mesmo já ter um desenvolvimento biológico para serem quem são. Como que o sistema brasileiro lida com essas pessoas que tem uma situação tão específica que ocupa uma grande porcentagem do sistema carcerário brasileiro, a situação de que até para crimes considerados normais a lei penal brasileira é falha, e para crimes que envolve especificamente um grupo de pessoas altamente agressivas, o qual coloca em risco a vida da sociedade e como lidam com tudo isso.

A decorrência da situação se dá a um sistema penal com lacunas muito abrangentes, uma de desespero em meio ao que é certo para a a liberdade do agente psicopata, e outra que se trata da segurança da sociedade em meio a essas pessoas, como psicopatia não tem cura, a falha do sistema foi sobre não terem feito uma lei especial para esse tipo de individuo, deixando então a sociedade exposta a crueldades barbaras para o desejo de outros, é certo de que nenhuma das situações que a lei traz, busca uma situação que seja boa para ambas as pessoas, tanto para a sociedade, quanto para o portador de psicopatia.

A situação demonstra uma calamidade onde fingem não ver para ficar omissos, e o tema abordado vem retratar o porquê o Estado fica ausente, para que possa ser discutido e levado à tona as pautas sobre o conhecimento de como agem, como são, porque o sistema é falho, quais os aspectos que envolve toda essa corporação. A metodologia abordada se trata dos maiores pensadores sobre o assunto e a mente de como lidar e como se prevenir de uma pessoa psicopata.



O QUE É A PSICOPATIA

A palavra psicopatia, vem do grego psyche (mente) e pathos (doença) e significa doença da mente. A psicopatia é um transtorno da personalidade, tipificado no DSM-V, ou Manual de Diagnóstico e Estatística de Transtornos Mentais (Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders, Manual diagnóstico e estatístico de transtornos mentais: DSM-IV. Porto Alegre: Artmed, 1995.), como Transtorno de Personalidade Antissocial, visto na psicologia de acordo com o livro “Os psicopatas do cotidiano”. Onde demonstra comportamentos o qual a sociedade define como ultrajante, pelo fato de ferirem a ética e o estão fora da norma sociocultural vigente. Decifrar alguém sem emoções é algo enigmático, como compreender alguém onde não tem sentimentos de afeto ou empatia com outro ser humano.

Personalidade dissocial: transtorno de personalidade caracterizado por um desprezo das obrigações sociais, falta de empatia para com os outros. Há um desvio considerável entre o comportamento e as normas sociais estabelecidas. O comportamento não é facilmente modificado pelas experiências adversas, inclusive pelas punições. Existe uma baixa tolerância à frustração e um baixo limiar de descarga da agressividade, inclusive da violência. Existe uma tendência a culpar os outros ou a fornecer racionalizações plausíveis para explicar um comportamento que leva o sujeito a entrar em conflito com a sociedade. (Organização Mundial de Saúde CID-10 ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 1993).

A história tem seu começo no capitalismo comercial na Idade Média eram considerados como marginais, se estende diante do avanço capitalista, a ordem de produção não tolera aqueles quem não produzem como dito por Katia Mecler em seu livro psicopatas do cotidiano, 2015, com isso a psicopatia cada vez mais foi vista não como uma doença, mas como algo cruel e banal sociedade. Pinel, o pai da psicologia, em 1890, referiu-se a psicopatia como “mania sem delírio”, onde a manifestação de impulsividade acompanhada de comportamentos muito problemáticos, em seguida Schneider usou a expressão “personalidade psicopática”, definindo uma tipologia de personalidades anômalas, cuja origem se poderia localizar na infância ou na adolescência, enquanto Krapelin (1915) com mesma designação para se referir a um funcionamento imoral que se associaria à conduta criminosa.

De acordo com Cleckley em seu livro A máscara da sanidade em 1941, demonstra como se trata do comportamento de pessoas com psicopatia:



Ele (o psicopata) não se familiariza com os fatos ou dados primários do que chama de **valores pessoais e é completamente incapaz de compreender essas questões. É impossível para ele desenvolver um mínimo interesse** que seja por uma tragédia ou diversão ou o anseio pela humanidade como apresentado na literatura ou arte serias. [...] É como se fosse cego a cores, a esse aspecto da existência humana, embora tenha uma inteligência aguçada. Ele não pode entender nada disso porque não há nada, em nenhum ponto de sua consciência, que possa preencher a lacuna necessária a uma comparação. (CLECKLEY, 2013. p. 58).

Ou seja, por mais que tentamos demonstrar e ensinar empatia para pessoas psicopatas, elas não vão compreender, pois não existe um remorso em si, um pensamento de estar ferindo alguém físico ou mentalmente e sentir que afetou severamente um bem jurídico.

Sobre a psicopatia, a primeira impressão que vem à cabeça é a perspectiva dos filmes e seriados americanos o qual demonstra o personagem *serial killer*, onde aborda uma pessoa altamente fria e apática e demonstra que o seu principal objetivo é saciar o seu prazer, mortes horrendas. Existe uma discriminação na palavra psicopatia, pois nem todos os psicopatas tem uma conduta determinante para uma infração, apenas aqueles com um grau agravante desse transtorno que entram para o mundo do crime.

DISTINCAO SERIAL KILLER X PSICOPATIA

A palavra *serial killer*, (ou assassinos em série) foi usado pela primeira vez nos EUA, por Robert K. Ressler, agente do FBI em 1970. A expressão popularizada, veio para, substituir *Stranger Killer* (Assassino Desconhecido), outro termo dado aos assassinos que não conheciam suas vítimas, matavam sem motivo aparente.

Associar o psicopata a *serial killer* ou o inverso, não é correto, tendo em vista que segundo Luís Guilherme Labinas, em 2021, deduz que 80% dos serial killers têm traços de psicopatia, porem nem todo psicopata comete assassinato ou se torna assassino em série.

Todo assassino em série sofre algum tipo de psicopatia ou psicose, de acordo com a Revista de Escola Superior da Polícia Civil, o consenso de que os assassinos seriais possuem ligações íntimas com a psicopatia e a psicose, que são desvios mentais distintos um assassino em série, onde a psicose tende a ter ilusões, esquizofrenia, paranoia, no qual tem dificuldade de percepção da realidade e noção de tempo e espaço, já a psicopatia, refere-se a um indivíduo onde tem total noção



da realidade, não possui ilusões ou paranoias, tenta manter a sua aparência diante da sociedade, é um ser racional, porém a verdadeira face demonstra uma pessoa totalmente fria, com crimes brutais, onde se satisfaz torturando, estuprando e/ou matando outras pessoas.

O *serial killer* tem um modo diferente de agir, onde tem uma frequência para suas vítimas com o mesmo “modus operandi”, ou modo de operação, o qual é utilizada para designar uma maneira de agir ou executar uma atividade seguindo geralmente os mesmos procedimentos. Deixa o local do crime com sua assinatura para identificação de que foi o mesmo que cometeu o crime. O como já dito no nome, um *serial killer* é uma pessoa que comete assassinatos em série, ou seja, a dificuldade de ter um diagnóstico antes mesmo de cometer um crime é improvável, não matam de forma aleatória, escolhem suas vítimas de acordo com sua vitimologia (característica que lhe ambicionam). Traumas sofridos que os levam a se vingar da sociedade e das pessoas. Para conseguir buscar um *serial killer*, deve-se sair do mundo real e entrar em um mundo de abusos e incoerências que aconteceram na vida daquela pessoa.

O especialista em Direito Penal, Antonio Baptista Gonçalves em 2021, explica a diferença entre um psicopata e um *serial killer*:

O que caracteriza um *serial killer* é uma pessoa sem empatia e emoção e o fato de não ter os dois sentimentos significa que ele não tem prazer. E o prazer que ele tem é com a ritualística que ele cria na forma que ele comete o crime, ele se satisfaz com isso. O psicopata gosta do crime. **O seu prazer está na morte e não no ritual.** O psicopata gosta de matar, o *serial killer* precisa matar. O impulso dele é maior e ele não consegue controlar. O psicopata não, ele gosta do resultado. (GONÇALVES,2021).

É possível ver muitos casos perturbadores que ocorreram de acordo com os anos

- Ted Bundy, Burlington 1946, matou, estuprou e sequestrou diversas mulheres, matando estimada 65 mulheres, matava suas vítimas, as estuprava e decepava suas cabeças, foi executado na cadeira elétrica em 1989.
- Pedro Rodrigues Filho, mais conhecido como Pedrinho Matador, Caxias –Brasil 1965, matou mais de 100 pessoas, condenado a 400 anos de prisão, está em liberdade desde 2018
- Francisco das Chagas Rodrigues de Brito, Caxias – Brasil, matou 42 crianças, ele matava suas vítimas, emasculava e algumas vezes estuprava, preso desde 2003 na Penitenciária de Pedrinhas



- Tiago Henrique Gomes da Rocha, Goiania – Brasil, 39 vítimas, incluindo mulheres e homossexuais, confessou seus crimes para a polícia.

Pode-se observar o caso atual do criminoso Lázaro Barbosa de Sousa, onde ganhou notoriedade em junho de 2021, porém vem cometendo crimes desde 2007, como roubos, estupros e homicídios, a pergunta a se queixar trata-se de: Lázaro é *serial killer* ou apenas um psicopata? Em uma entrevista onde Luís Guilherme Labinas fez para a Jovem Pan:

Ainda é precoce para falar. Tenho dito que ele é um *serial killer* em formação. Ele tem tentado encontrar a forma como ele vai, de fato, atuar. Recentemente, as invasões que ele tem feito nas casas me parecem mais um instinto de sobrevivência. Mas ele não tem ainda um padrão, um *modus operandi* de como ele vai atacar a vítima e suas motivações, sejam por práticas sádicas, sexuais ou até psicológicas. Então ele ainda **não é um *serial killer***, mas está no caminho para ser [...] “A pessoa tem o desprezo persistente pelo direito dos outros, pode ser desprezo pela lei, então ele repetidas vezes comete atos que levam à detenção. É uma pessoa que mente repetidamente, que engana as pessoas, que manipula os outros para ter ganhos pessoais ou sensação de prazer, que age impulsivamente, são agressivas, irritadas, imprudentes, são irresponsáveis e não sentem remorso. Eles são indiferentes ao sentimento alheio e a tudo que fazem de maus tratos aos outros. Ele [Lázaro] está cometendo vários delitos, ele engana, mente, age de maneira impulsiva. Ele é irresponsável, ele não sente remorso no que está fazendo. Então ele preenche vários critérios do transtorno de personalidade antissocial, **que é como chamamos a psicopatia.** (LABINAS, 2021).

Lázaro Barbosa, não pode ser considerado ainda como um *serial killer*, mas apresenta traços de psicopatia, para ser considerado como um assassino em série, deveria ter um “*modus operandi*”, ou seja, um jeito repetidamente de matar suas vítimas, e de como agir, contudo, era considerado apenas um psicopata, por não sentir remorso, com mentiras e age de maneira totalmente contra a ética e o bom senso.

DIAGNOSTICO

Em geral as pessoas sabem quem é o psicopata, o *serial killer*, o esturador, o bandido que mata, mas as pessoas não sabem que os psicopatas incidem de 1 a 3% da população, ou seja, no mundo onde hoje vivem 7,2 bilhões de pessoas temos pelo menos 70 milhões de psicopatas entre nós (MORANA, 2019). No Brasil onde somos 207.516.998 temos, entre nós 207.517 mil psicopatas.

São duas perspectivas idealizadas na realização sociocultural, essas duas



noções trata-se da personalidade e do caráter.

A personalidade de uma pessoa é conjunto de características marcantes, é a determinação do relacionamento da pessoa de acordo com sua base e princípios, já o caráter refere-se ao conjunto de traços e reação do indivíduo, o conjunto de defeitos e qualidades é o que define o caráter e moralidade em alguém.

O transtorno de personalidade adere uma mudança de caráter, ou seja, a personalidade não tem suas alterações, com isso os psicólogos e especialistas tem muita dificuldade de se obter o diagnóstico, precisa de um certo desempenho para que ocorra, todavia uma pessoa só poderá ser diagnosticada com psicopatia após os 18 anos, antes de formar a total responsabilidade civil pelos seus atos, a pessoa que já apresenta características de psicopatia, transtornos de conduta, transtorno desafiador de oposição e transtorno de déficit de atenção, crianças com traços de psicopatia gera uma instabilidade desde os 2 anos de idade de acordo com o tema publicado no National Institutes of Health (NCBI) (GRIJOTA, 2019), ou seja, características, como agressividade, maus-tratos aos animais e temperamento instável.

É importante ressaltar que os transtornos de personalidade não são propriamente doenças, mas anormalidades do desenvolvimento psicológico que perturbam a integração psíquica de forma persistente e ocasionam no indivíduo padrões profundamente entranhados, inflexíveis e mal ajustados, tanto em relação a seus relacionamentos, quanto à percepção do ambiente e de si mesmos. (KAPLAN; SADOCK; GREBB, 2003; LARANJEIRA, 2007).

Conforme o CID-10 (Classificação Internacional de Doenças) a psicopatia é classificada como Transtorno Dissocial, com apresentado pelo código F60.2: "F60.2 Personalidade dissocial e no DSM-IV TR (Manual de Diagnóstico e Estatístico dos Transtornos Mentais-IV), a psicopatia se classifica: "301.7 – PERSONALIDADE ANTI-SOCIAL – DSM. IV, ou seja, é considerado como uma doença mental, porem as pessoas psicopatas tem consciência do que estão fazendo, sabem que é contra a lei e mesmo assim cometem o delito.

No Brasil, assim como em outros países sempre se ouve falar de um caso de um assassino cruel que choca a sociedade e as deixam muitas vezes em pânico e com medo de sair na rua. Casos como de, Chico Picadinho, Pedrinho Matador entre outros se tornam manchete nos jornais do país inteiro. O desmando de crueldade chamou e chama a atenção até hoje de sociedade e são constantemente temas de estudos para entender a mente de um psicopata, sendo que não é um papel nada fácil para psiquiatras, mesmo com tanta tecnologia existente nos dias atuais. (FERREIRA, 2017, online).

O tema de psicopatia tem várias áreas abrangentes na psicologia, o que e



também vários níveis de psicopatia, de leve, moderado, até mesmo grave, onde psicopatas de nível leve dito psicopata comunitário e de grau leve, no qual são pessoas comunicáveis, de fácil acesso na sociedade, em que já passou por algum trauma, são normalmente egoístas, narcisistas e bastante manipuladores, porem são difíceis de ser diagnosticados.

Psicopata antissocial ou de grau moderado na qual já não gostam de viver muito em sociedade, evitam o convívio com outras pessoas, muito inteligentes, porem narcisistas, manipuladores, bem provável que passou por algum trauma na infância ou demonstram ter uma personalidade antissocial desde a infância

E finalmente o estado grave, onde são pessoas que matam sem remorso algum, tendo em vista que os ditos *serial killer*, estão enquadrados no nível de psicopatia grave.

De acordo com o neurologista americano **Pincus** (2002, citado por Cavalcante, 2002) afirma que o cérebro de um psicopata é como uma orquestra quebrada por doenças mentais, danos neurológicos e abusos infantis. É um assassino frio e sabe que está errado, porém não sente que está. É um indivíduo que não pode ser reabilitado, por isso deve ficar preso num ambiente com psiquiatras e medicação apropriada.

A psiquiatria forense não caracteriza a psicopatia na visão tradicional de doença mental, visto que o sujeito não apresenta nenhum tipo de desordenação, desorientação ou desequilíbrio, ou seja, não manifestam nenhum tipo de sofrimento psicológico. (MIRANDA, 2012).

Biologicamente falando, conforme afirma Bertoldi (Psiquiatra Forense), mostrando:

Comportamento criminoso está relacionado ao gene **HTR2B** (responsável pela produção de Serotonina), que pode predispor seus portadores a atitudes impulsivas. Na grande maioria, esta herança genética está presente nos criminosos, mas é importante salientar que a existência deste gene, não pressagia o comportamento impulsivo do indivíduo. (BERTOLDI, 2013).

De acordo com Barros em (*The Role of Hormones in Psychopathy.*) Revista Debates em Psiquiatria.

O desequilíbrio hormonal envolvendo a diminuição do cortisol e o aumento da testosterona pode prejudicar a conectividade entre as regiões subcorticais (sistema límbico) e as estruturas corticais. [...]O desacoplamento também pode diminuir a capacidade das regiões corticais de enviar sinais inibitórios para as regiões subcorticais, resultando em déficits na regulação das emoções e na inibição comportamental e contribuindo para a instabilidade emocional e para as formas reativas de agressividade encontradas em psicopatas. (BARROS et al., 2015).

Pessoas com predisposição para a psicopatia nível grave pode ser



instigado a cometer algum delito se algo afetou a vida do indivíduo, algum trauma na infância ou até mesmo um momento de extrema raiva e estresse, de acordo com o psiquiatra Luís Guilherme Labinas (2021), onde 36% dos psicopatas sofreram abusos físicos na infância, 26% abuso sexual e metade viveu episódios de abusos psicológico. Até mesmo o próprio ambiente de cultura e sociedade pode estar associado ao estilo e forma de matar. Fazer com que pessoas com sinais de psicopatia leve suba para moderada, ou assim em diante, de acordo com a escritora Mecler (em seu livro *Os psicopatas do cotidiano*), a psicopatia não tem cura, ou seja, não tem remédios e ou terapia que possa melhorar ou até mesmo reduzir, não tem como um psicopata de grau elevado reduzir para o grau moderado ou leve, porem tem como um psicopata de grau leve, aumentar para um grau moderado ou grave.

Robert D. Hare criou um método para detectar a psicopatia, no qual é chamado de PCL - R (Psychopathy Checklist Revised), onde

É utilizado nesse método um questionário que contém 20 perguntas. Cada item é pontuado por uma escala numérica de 1 a 2 pontos (0 para “não”, 1 para “talvez/ em algum aspecto” e 2 para “sim”). Uma pontuação elevada nesse teste sugere uma alta probabilidade para reincidir no crime. A pontuação geral do PCL varia de 0 pontos a 40 pontos, e as perguntas se baseiam em dois fatores. O primeiro se relaciona dos traços afetivos, tais como prevalência de traços de superficialidade, falsidade, crueldade, insensibilidade, ausência de afeto, de culpa, remorso e empatia. Já o segundo aspecto aborda o aspecto comportamental da psicopatia, associados à instabilidade de conduta, impulsividade e o estilo de vida antissocial. Para caracterizar a psicopatia, o checklist do resultado deve ser superior a 30 pontos. (TRINDADE, BEHEREGARAY, CUNEO, 2009, p. 158).

De acordo com o livro *Sem consciência* de Hare, trata-se de uma lista de 20 características ou sintomas:

1. Loquacidade / encanto superficial;
2. Egocentrismo / sensação grandiosa de auto estima;
3. Necessidade de estimulação / tendência ao tédio;
4. Mentira patológica;
5. Direção / manipulação;
6. Falta de remorso e de sentimento de culpa;
7. Afetos pouco profundos;
8. Insensibilidade / falta de empatia;
9. Estilo de vida parasitário;
10. Falta de controle comportamental;
11. Conduta sexual promíscua;
12. Problemas precoces de comportamento;
13. Falta de metas realistas a longo prazo;
14. Impulsividade;
15. Irresponsabilidade;
16. Incapacidade de aceitar as responsabilidades pelas próprias ações;
17. Várias relações maritais breves;



18. Delinquência juvenil;
19. Revogação da liberdade condicional;
20. Versatilidade criminal

A área de crimes contra portadores de psicopatia, abrange em muitos aspectos onde não sabem a resolução, como inimputabilidade, ou até mesmo qual o diagnóstico feito e quando é feito e se tem como diagnosticar um psicopata em nível três ou grave antes que ele machuque ou até mesmo mate alguém

PSICOPATIA FEMININA

De acordo com a psiquiatra Ana Beatriz Barbosa Silva (2008), 4% da população brasileira é formada por psicopatas, sendo 3% homens e 1% mulheres, o que quer dizer que dentre 25 brasileiros, 1 é psicopata.

Geralmente, mulheres que são assassinas são ligadas diretamente a luxúria ou beleza, o que se trata de uma visão sexista, pois pode-se notar no parágrafo do livro *Lady Killer* de Tory Telfer, onde as mulheres demonstram sua raiva e brutalidade muitas vezes são vistas como masculinizadas, quando não são mulheres bonitas, nativo ou estrangeiro, jovem ou velho, bonito ou horrível, ela se planta com confiança no vantajoso terreno do sexo, como se todas as mulheres que são assassinas, ou presas em qualquer outro crime são vistas com um olhar de desejo e loucura de uma forma sexista.

Veja bem, os crimes brutais quando são formados por mulheres, são amenizados na sociedade, como se ela fosse especificamente alvo de tal situação, de qualquer modo as pessoas gostam e amenizar a violência feminina, devido ao estereótipo de fragilidade que a própria sociedade impôs, o que não está certo, pois uma mulher consegue ser tão brutal quanto um homem e até mesmo com homens.

- Suzane von Richthofen – assassinou seus pais em 31 de outubro de 2002 com a ajuda de seu namorado e seu irmão.

Demonstrando o afirmado com o affaire de Marie Bernard e lhe corrobora o pensamento Ilana Casoy:

As mulheres, de forma geral, quando sofrem os mesmos tipos de abuso ou negligência do que os homens na infância, tendem a internalizar os seus sentimentos. Elas acabam tendo comportamentos autodestrutivos, como o alcoolismo, drogas, prostituição ou suicídio. Não é frequente se tornarem agressivas ou predatórias. (CASOY, 2014, p. 35).



2 INIMPUTABILIDADE, SEMINPUTABILIDADE OU IMPUTAVEL

A efetivação do crime depende de um fato típico, antijurídico e culpável. O fato típico envolve quatro condutas para ser um crime ser considerado consumado: a conduta, onde se trata da ação ou omissão, se foi doloso ou culposo, o resultado, o qual trata-se da consequência da infração, o nexos causal onde está estabelecido entra a conduta do agente e o resultado e a tipicidade que é a violação do bem jurídico. A Antijuridicidade é a conduta o qual o ordenamento jurídico determina como ilícito. A culpabilidade onde demonstra o valor moral da sociedade, tendo em vista a imputabilidade, o potencial conhecimento ilícito e a exigibilidade de conduta diversa.

De acordo com o Código Penal Brasileiro:

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)

Redução de pena

Parágrafo único - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

A imputabilidade, é a capacidade de culpabilidade, onde é um fato típico de culpabilidade, existem três tipos de designação para tipos de infratores: A imputabilidade refere-se a um indivíduo o qual praticou o ato com total discernimento, o agente tem consciência de seus atos.

A inimputabilidade, onde o agente não tem consciência de seus atos, e não tem percepção do fato acontecido.

Semi-imputáveis descrita no parágrafo único do artigo 26 do Código Penal

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)

Redução de pena

Parágrafo único: a pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado, não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

A inimputabilidade e semi-imputabilidade concerne em uma ideia pericial, ou seja, peritos, psicólogos ou psiquiatras que irão designar o laudo médico ou pericial



para dizer se este pode fazer parte da inimputabilidade penal, já a responsabilidade trata-se de uma atribuição judicial, onde relaciona com a consequência judicial penal, isto é sanções legalmente descritas em lei.

Quando relaciona atribuição a denominação de um crime que está em andamento podemos ver três principais pilares para que alguém seja sancionado, chamando de a teoria do crime, é a culpabilidade, tipicidade e ilicitude, a imputabilidade aborda sobre a capacidade do ser humano de entender que o fato causado é ilícito, ou seja, não permitido perante a lei, gerando assim uma sanção. Do mesmo modo que é existem a inimputabilidade onde o querelado demonstra que não tinha consciência de entender o caráter ilícito do comportamento feito, com isso, pessoas que são diagnosticadas como inimputável ou semi-imputavel serão excluídos do componente de culpabilidade, para que um crime seja culpável, é necessário analisar a imputabilidade do agente para então observar a culpabilidade e definir se aquela conduta é punível. Podemos ver como exemplo um caso do Tribunal de Justiça do Paraná:

REEXAME NECESSÁRIO - HOMICÍDIO - INIMPUTABILIDADE COMPROVADA - ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA - **MEDIDA DE SEGURANÇA** - INTIMAÇÃO SOMENTE AO CURADOR -SENTENÇA CONFIRMADA. 1-A inimputabilidade do acusado ao tempo da ação, porque em virtude de doença mental era incapaz de entender o caráter ilícito do homicídio por ele cometido, sujeita-o à absolvição sumária e à internação, por medida de segurança. 2- Inimputável, o réu, da sentença que o absolve e o sujeita a medida de segurança será intimado seu curador, apenas. (TJ-PR - RC: 1022226 PR 0102222-6, Relator: Newton Luz, Data de Julgamento: 20/09/2001, 2ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 5979).
Imputar é atribuir a alguém a responsabilidade de alguma coisa. Imputabilidade penal é o conjunto de condições pessoais que dão ao agente capacidade para lhe ser juridicamente imputada a prática de um fato punível, e ainda, Imputável é o sujeito mentalmente são e desenvolvido que possui capacidade de saber que sua conduta contraria os mandamentos da ordem jurídica. (Damásio de Jesus (2000, p. 65))

Os psicopatas se enquadram como semi-imputaveis, ou seja é a perda parcial da compreensão da conduta ilícita e da capacidade de autodeterminação ou discernimento sobre os atos ilícitos praticados, compreende a redução da imputabilidade

São três os critérios para definir a inimputabilidade:

Biológico: Considera apenas o desenvolvimento mental do agente (doença mental ou idade), independentemente se tinha, ao tempo da conduta, capacidade de entendimento e autodeterminação. Conclusão: basta ser portador de anomalia psíquica para ser inimputável.

Psicológico: Considera apenas se o agente, ao tempo da conduta, tinha a capacidade de entendimento e autodeterminação, independentemente de sua condição mental ou idade. Conclusão: não precisa ser portador de



anomalia psíquica para ser inimputável.

Biopsicológico: Considera-se inimputável aquele que, em razão de sua condição mental (por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado), era, ao tempo da conduta, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Conclusão: não basta ser portador de anomalia psíquica para ser inimputável. (CUNHA, 2021)

O Direito Penal Brasileiro adota o **sistema Biopsicológico** para o diagnóstico de imputabilidade com exceção o sistema biológico para menores de dezoito anos (artigo.228 da Constituição Federal e artigo 27 do Código Penal)

Em sede de inimputabilidade (ou semi-imputabilidade), vigora entre nós, o **critério biopsicológico normativo**. Dessa maneira, não basta simplesmente que o agente padeça de alguma enfermidade mental, faz-se mister, ainda, que exista prova (v.g. perícia) de que este transtorno realmente afetou a capacidade de compreensão do caráter ilícito do fato (requisito intelectual) ou de determinação segundo esse conhecimento (requisito volitivo) à época do fato, i.e., no momento da ação criminosa; (HC 33.401-RJ, 5ª T., rel. Felix Fischer, 28.09.2004, v.c., DJ 03.11.2004, p. 212).

MEDIDA DE SEGURANÇA

A Sanção prevista para pessoas semi-imputáveis está prevista no artigo 98 do Código Penal Brasileiro:

Substituição da pena por medida de segurança para o semi-imputável
Art. 98 - Na hipótese do parágrafo único do art. 26 deste Código e necessitando o condenado de especial tratamento curativo, a **pena privativa de liberdade** pode ser **substituída** pela **internação, ou tratamento ambulatorial**, pelo prazo mínimo de 1 (um) a 3 (três) anos, nos termos do artigo anterior e respectivos §§ 1º a 4º.

De acordo com a (BITENCOURT, 2019), a dupla pena e a medida de segurança, para pessoas semi-imputáveis lesa o princípio do *nom bis in idem*, onde significa, não duas vezes a mesma coisa, o qual ninguém pode responder, uma segunda vez, pelo fato já julgado, ou ser duplamente punido pelo mesmo delito.

Por sua vez sempre será aplicada q pena que será correspondente a infração cometida, mas nunca as duas. A pena privativa de liberdade se dá a sanção da infração cometida e a medida de segurança sobre a periculosidade do agente.

Existem tipos de medidas de segurança, para pessoas semi-imputáveis como previsto na lei, pode-se utilizar duas, como a internação onde o indivíduo fica internado no hospital, como o tratamento ambulatorio, onde o indivíduo pode ficar internado no hospital, porem se abster de outros problemas poderá ser tratado Na assistência medica adequada para o caso.



A substituição da pena por medida de segurança por superveniência de doença mental do condenado sendo ele considerado inimputável ou semi-imputável, está prevista no artigo 183 da LEP

Art. 183. Quando, no curso da execução da pena privativa de liberdade, sobrevier doença mental ou perturbação da saúde mental, o Juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público, da Defensoria Pública ou da autoridade administrativa, poderá determinar a substituição da pena por medida de segurança.

A verificação da periculosidade é prevista de acordo com a perícia medica de acordo com o artigo 97 § 1º do Código Penal Brasileiro:

Art. 97 - Se o agente for inimputável, o juiz determinará sua internação (art. 26). Se, todavia, o fato previsto como crime for punível com detenção, poderá o juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial.
§ 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.

O tempo Previsto no próprio artigo, será o tempo de tratamento indeterminado, devendo o juiz examinar a situação entre um a três anos.

SISTEMA FALHO

O fato de pessoas psicopatas nível grave serem de extrema periculosidade, da lei prever os dois tipos de situações de sanções para pessoas semi-imputáveis, sendo ela prisão privativa da liberdade ou medida de segurança, contudo nenhum dela sendo eficaz.

A medida de segurança trata-se de um sistema curativo, porem já previsto por (MECLER, 2015), especialista de mentes psicopatas, não existem curas para que esses agentes possam melhorar. Trindade (2012, p. 176-177) em seu manual de Psicologia Jurídica deduz “não haver evidencias de que podem existir tratamentos psiquiátricos com eficiência real na redução da violência ou criminalidade, contra psicopatas”. Na pratica, não é utilizada medida de segurança para pessoas semi-imputáveis, podemos ver o caso de Lazaro Barbosa, o qual já teria seu diagnostico determinado como psicopata em 2014 e mesmo assim, não foi indagado para um medida de segurança.

O sistema privativo de liberdade também não é eficaz diante de pessoas



semi-imputáveis, devido ao forte poder de manipulação que esses agente tem, poderiam facilmente manipular presos comuns, e corromper funcionários da prisão “A taxa de reincidência é três vezes maior para psicopatas do que para criminosos comuns. Em relação a crimes violentos, essa taxa é quatro vezes maior em psicopatas quando comparados a não-psicopatas”. (ABATI, 2016)

Um caso em comum refere-se ao Pedro Rodrigues Filho, atualmente considerado como o maior assassino em série do Brasil, conhecido como Pedrinho matador, matou mis de 100 pessoas, sendo elas 48 no sistema prisional, Pedrinho matador tinha senso de justiça, por mais que matasse sem sentimento algum, não matava mulheres, nem crianças pois achava que era errado, Pedrinho conta que a primeira vez que teve vontade de matar foi aos 13 anos, empurrou seu primo para um prensador de cana, e não foi morto por pouco, aos 14 anos matou o vice prefeito da cidade, com isso fugiu, praticando furtos e homicídios, diz ele “pessoas que não prestavam” sendo eles estupradores e traidores, mais tarde foi preso, na mesma penitenciária que seu pai, onde estava preso por ter matado a mãe de Pedrinho com 21 facadas, “Ele deu 21 facadas na minha mãe, então dei 22”, disse numa entrevista para o jornalista Marcelo Rezende para um programa da Record, Pedrinho então matou seu próprio pai e cortou o coração dele, mastigou e jogou fora, hoje aos 42 de idade , em liberdade desde 2018.

“Pedrinho é um psicopata frio, que fala com naturalidade sobre as mortes, sem nenhum remorso”, diz o psiquiatra Antônio José Elias Andraus
Pedrinho explica: o pai matara a mãe do mesmo jeito. Tinha que pagar. E Pedrinho fez sua justiça. Mas aqui, com um pequeno diferencial, segundo ele mesmo conta. Abriu o peito do pai, cortou o coração ... (VIEIRA, 2011)

Pedrinho matador tinha senso de justiça, por mais que matasse sem sentimento algum, não matava mulheres, nem crianças pois achava que era errado. De acordo com o escritor CLECKELEY (1941) reconhecia como um problema social urgente, mas ignorado.

SISTEMA PRISIONAL

Pode-se observar que de acordo com o Departamento Penitenciário Nacional - DEPEN —indicou que em junho de 2016, a população prisional brasileira ultrapassou, pela primeira vez na história, a marca de 989 mil pessoas privadas de



liberdade. (DEPEN, 2019, p. 2)

No Brasil o índice de reincidência entre criminosos que portam o transtorno de personalidade é muito grande, comparado a outros países. Se, na população em geral, a porcentagem de psicopatas varia entre 1% e 3%, eles ocupam 20% das vagas das prisões em todo o País, de acordo com a câmara dos deputados

Presos ficando em uma cela com superlotação com pessoas com níveis de periculosidade alta, isso se trata de um sistema prisional falho, onde não tem um tipo de regularidade e ordem. A perspectiva de acontecer algo ruim é alta, demonstrando que não apenas na comparação de psicopatia, mas para segurança dos próprios presos comuns.

O Estado não cria uma lei especial para esse tipo de agente criminoso, onde se dá por uma porcentagem evidente da população carcerária, A omissão sempre é sua resposta, tendo em vista vários projetos de leis criados para esse tipo de situação como exemplo o PROJETO DE LEI N.º 3.356, DE 2019, porem o Estado apenas acrescentou no artigo sobre medida de segurança no código penal.

IDEALIZAÇÃO

A idealização para esse tipo de situação seria que o Estado não ficasse mais omissivo para os fatos, esclarecesse com uma lei especial com o uso de psicólogos e um sistema prisional individualista para cada agente portador de psicopatia, com acompanhamento ao psicólogo e psiquiatras e uma equipe preparada para qualquer tipo de apoio.

De acordo com MORANA (2012):

O ideal seria, após o julgamento do qual fosse determinado a semi-imputabilidade, o indivíduo, diagnosticado com Transtorno de Personalidade, fosse posto em uma prisão especial onde seria acompanhado por profissionais especializados que determinariam se o mesmo tem ou não possibilidade de voltar ao convívio social, se tornando uma exceção ao período máximo de 30 anos de reclusão, como previsto no código penal. (MORANA, 2012)

Pois a evidencia futura dos atos de pessoas psicopatas é algo previsível, ficar na medida de segurança para algo que não existe tratamento, ser declarado como semi-imputavel para alguém que tem convicção do que está fazendo, dando uma excludente de ilicitude para que possa pegar uma condenação de menor parâmetro, ou ficar no sistema prisional e criar mais irá ou um rebelião pelo próprio sistema, de



todos os modos tem fins desastrosos, com isso o sistema deveria parar de trata-los como doentes mentais, com um parâmetro reforçado nas pessoas que tiveram o diagnóstico de psicopatia, como psicólogos e psiquiatras, devendo assim não dar oportunidade para que essas pessoas voltem para a vida a fora, pois já está claro que tudo isso não é sobre a proteção do criminoso, mas sim da população de conviver com pessoas que não sabem sentir.

CONCLUSÃO

Conclui-se que a situação que foi descrita nos parágrafos acima, trata-se de uma situação que deve ser conversada e discutida, principalmente para uma legislação de uma lei especial para pessoas portadores de psicopatia, pois a conclusão que podemos ter neste referido trabalho é de que não podemos deixar isso ausente.

A situação atual deve ser estudada mais profundamente, pois é notório que está indo com contraversão a própria lei penal brasileira, e também a própria sociedade, ética e cultura. A situação é que não devemos desistir de nenhum dos dois, o reconhecimento da urgência do fato já é um grande avanço, o aprofundamento nos estudos dessa situação, podemos abranger os programas de desenvolvimento e quem sabe poder achar uma solução para tal conflito, não só melhorando a vida dos portadores de psicopatia, mas a segurança da sociedade e enfim o sistema carcerário.

De modo que ensinamos a empatia, e o amor com o próximo, com psicólogos especializados, e uma equipe de apoio elaborada. Para que tudo entre em harmonia, devemos primeiramente entender o entendimento do próximo

REFERÊNCIAS:

ABATI, Andressa Morgana, SEHNEM, Scheila Beatriz. **A PSICOPATIA E OS CRIMES HEDIONDOS: UM ESTUDO COM DETENTOS DE UM PRESÍDIO DO MEIO-OESTE CATARINENSE**

AMARAL, Gabriella. **Personalidade psicopática: implicação no âmbito do direito penal.** Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 22, n. 5239, 4 nov. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/60784>. Acesso em: 20 jul. 2021.



BARROS, Alcina Juliana Soares; TABORDA, José Geraldo Vernet. ROSA, Regis Goulart. **The Role of Hormones in Psychopathy. Revista Debates em Psiquiatria.** Jan/Fev 2015. Acesso em: 17 jul. 2021

BERTOLDI, Maria Eugenia, **Psicopatia.** Revista da Jornada de Iniciação Científica e de Extensão Universitária do Curso de Direitos das Faculdades Integradas Santa Cruz de Curitiba - ISSN 2357-867X. 2013. Acesso em: 16 jul. 2021.

BRAZ, Natália Maria de Lima. **Os reflexos da psicopatia no âmbito do Direito Penal.** In: Os reflexos da psicopatia no âmbito do Direito Penal. [S. l.], 1 out. 2020. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/os-reflexos-da-psicopatia-no-ambito-do-direito-penal/>. Acesso em: 14 jul. 2021.

CASOY, Ilana. **Serial killers: louco ou cruel?** Rio de Janeiro: Darkside Books, 2014. Acesso em: 24 jul. 2021

CAVALCANTE, R. (2002). **A mente do psicopata.** Superinteressante.179, agost.79-79. Acesso em: 16 jul. 2021

CLECKLEY, Hervey. **“The Mask of Sanity” (A Máscara da Sanidade) 1941,**

CUNHA, Rogério Sanches. **MANUAL DE DIREITO PENAL - PARTE GERAL** (2021), editora jusPODIVM. Acesso em 25 jul. 2021

Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.**

DEPEN. **Departamento Penitenciário Nacional.** Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrljoiMmU4ODAwNTAtY2lyMS00OWJiLWE3ZTgtZGNjY2ZhNTYzZDIiIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 04 set 2021

FERREIRA, Claudio, **Psicopatas nem sempre agem com violência, alertam especialistas** Agencia Câmara de Notícias, Câmara dos Deputados, 17 out. 2018.



Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/546371-psicopatas-nem-sempre-agem-com-violencia-alertam-especialistas/>. Acesso em: 04 set. 2021

FERREIRA, Isabella. **8 Piores Serial Killers Brasileiros que assombram o país**, ago. 2017. Disponível em: Acesso em: 14 jul. 2021

GRIJOTA, Estefânia. **É possível detectar a psicopatia na infância?** El País, 09 jan. 2019. Disponível em: Acesso em: 15 jul. 2021
https://brasil.elpais.com/brasil/2018/11/30/ciencia/1543569544_605909.html. Acesso em: 15 jul. 2021

HARDT, Caroline. **Entenda por que Lázaro Barbosa ainda não pode ser considerado um serial killer**. Jovem Pan, 20 jun. 2021. Disponível em: <https://jovempan.com.br/noticias/brasil/entenda-por-que-lazaro-barbosa-pode-ainda-nao-ser-um-serial-killer.html>. Acesso em: 30 jul. 2021.

HARE, Robert. **Sem Consciência**, 2013.

KAPLAN, H. B.; SADOCK, B. J.; GREBB, J. A. **Compêndio de psiquiatria: Ciências do comportamento e psiquiatria clínica**. Porto Alegre: Artes Médicas, 2003. Acesso em: 15 jul. 2021

Manual diagnóstico e estatístico de transtornos mentais: DSM-IV. Porto Alegre: Artmed, 1995.

MECLER, Katia. **Psicopatas do cotidiano**, 2015.

MIRANDA, Alex Barbosa Sobreira. **Psicopatia: Conceito, Avaliação e Perspectivas de Tratamento**. Psicologado. Teresina, Junho de 2012. Disponível em <<https://psicologado.com/atuacao/psicologia-juridica/psicopatia-conceito-avaliacao-e-perspectivas-de-tratamento>> Acesso em: 22 jul. 2021

MORANA, Hilda. **PSICOPATIA POR UM ESPECIALISTA**, Psychiatry on line Brasil, 13 abr. 2019. Disponível em: <https://www.polbr.med.br/2019/04/13/psicopatia-por-um-especialista/>. Acesso em: 02 ago. 2021.



TELFER, Tori. **Lady Killers**, 2017.

TRINDADE, Jorge. **Manual de Psicologia Jurídica para operadores do Direito**–
Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. Acesso em 06 set. 2021

TRINDADE, Jorge. BEHEREGARAY, Andréa. CUNEO, Mônica Rodrigues.
Psicopatia: a máscara da justiça. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. Acesso
em: 20 jul. 2021.

VIEIRA, Willian, **Os Malditos – “Mato por prazer”**, super interessante, publicado em
25 fevereiro de 2011. Disponível em: [https://super.abril.com.br/historia/os-malditos-
mato-por-prazer/](https://super.abril.com.br/historia/os-malditos-mato-por-prazer/). Acesso em: 24 jul. 2021



A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA GUARDA DE ANIMAIS DE ESTIMAÇÃO APÓS O DIVÓRCIO OU DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL

Fabíola Cristina Carrero²⁶
Stefany Alves Souza Rocha²⁷

RESUMO: O presente artigo tem como principal objetivo abordar as questões relativas à possibilidade de aplicação do instituto da guarda de animais após o divórcio ou dissolução de união estável, dentro do ordenamento jurídico, a partir dos princípios que regem a família moderna. Nos últimos tempos, a família sofreu diversas mudanças em seu aspecto social, econômico e funcional, reconhecendo-se, assim, novos vínculos familiares como entidade. Entre essas mudanças, está a discussão a respeito da guarda de animais. Desta forma, tem sido necessário a constante atualização do Direito de Família, bem como a adaptação deste em relação aos novos desafios da contemporaneidade. Diante disso, o presente estudo busca analisar a guarda de animais e suas consequências a partir do histórico da família e seus princípios modernos, pois, muito embora alguns Tribunais já vêm reconhecendo a sua possibilidade, são muitos os questionamentos e impasses acerca do tema, motivo pelo qual esse artigo procura debate-lo.

PALAVRAS-CHAVE: Guarda. Animas. Direito de família.

ABSTRACT OU RESUMEN: The main objective of this article is to address issues relating to the possibility of applying the animal custody institute after divorce or dissolution of a stable union, within the legal system based on the principles that govern the modern family. In recent times, the family has undergone several changes in its social, economic and functional aspects, thus recognizing new family ties as an entity. Among these changes is the discussion about the keeping of animals. Thus, it has been necessary to constantly update the Family Law, as well as its adaptation in relation to the new challenges of contemporaneity. Therefore, the present study sought to analyze the keeping of animals and its consequences from the family history and its modern principles, as even though some Courts have already recognized its possibility, there are many questions and impasses on the subject, which is why this article sought to debate.

KEYWORDS OU PALABRAS-CLAVE: Guard. Animas. Family right.

INTRODUÇÃO

O direito de família possui algumas peculiaridades. Uma delas são os seus desafios diante da contemporaneidade. Em decorrência disso, surge uma necessidade do Poder Judiciário em atualizar as decisões, frente estas novas questões, em consonância com a Constituição Federal.

Nos últimos tempos, a família sofreu diversas mudanças seja no seu aspecto social, econômico ou funcional. Embora, os animais de estimação não tenham, ainda,

²⁶ Mestre em Direitos da Personalidade pela Unicesumar, professora do curso de Direito na Unifatecie. Advogada e Professora. E-mail: fabiola.cristina@fatecie.edu.br

²⁷ Aluna egressa do curso de Direito da Faculdade de Tecnologia e Ciências do Norte do Paraná (UniFatecie). E-mail: stefani.sermoc@hotmail.com



reconhecimento jurídico de membro familiar e, conseqüentemente, os mesmos direitos das pessoas que compõem o núcleo familiar, fato é que em muitos lares os animais estimação são tratados e reconhecidos como parte da entidade familiar. Logo, é corriqueiro que, após o divórcio ou dissolução da união estável, surjam dúvidas acerca de quem será o responsável pelo animal de estimação.

Justifica-se o estudo do tema, diante da evolução das entidades familiares, bem como a necessidade de regulamentação da família multiespécie, cada vez mais difundida na sociedade brasileira, com a adoção de animais de estimação e o vínculo afetivo criado.

Desta forma, o objetivo desta pesquisa é analisar a possibilidade de aplicação do instituto da guarda de animais de estimação nos casos de divórcio ou dissolução de união estável. Assim, para o seu desenvolvimento foram levantados os seguintes questionamentos: *i)* A partir dos fundamentos da família moderna é possível legitimar o animal como ente familiar e, por consequência, reconhecer ele como detentor de certos direitos? *ii)* Sob uma visão jurídica é possível aplicar o instituto da guarda, destinado a crianças e adolescentes, aos animais de estimação após o divórcio, ou dissolução de união estável? *iii)* Como os Tribunais de Justiça brasileiros vêm decidindo a respeito deste tema?

Para tanto, este artigo está organizado em 5 capítulos.

O primeiro capítulo, será utilizado para analisar questões centrais e relevantes da família moderna pós Constituição Federal de 1988, apresentando um breve histórico da família brasileira, bem como sua transição de uma visão patriarcal para uma perspectiva, pautada, principalmente, no afeto entre os entes que compõem o núcleo familiar. A partir da leitura deste capítulo, será possível compreender que, atualmente, é possível o reconhecimento de diversas entidades familiares, o que permite a abertura de debates a respeito da possibilidade de considerar o animal de estimação como ente familiar e, conseqüentemente, detentor de certos direitos.

O segundo capítulo, será dedicado exclusivamente ao princípio da afetividade, tendo em vista a sua relevância para a família moderna. Aqui será abordado tanto o seu surgimento na sociedade moderna quanto na Constituição Federal, posto que, embora sua previsão legal não seja explícita no texto constitucional, este princípio deve ser protegido e assegurado assim como qualquer outro.

O terceiro capítulo, conceituará o princípio da dignidade humana. Isso porque, ao estudar sobre o tema “guarda de animais após o divórcio ou dissolução de união



estável”, constatou-se que alguns Tribunais de Justiça ao decidir sobre o assunto utilizam a dignidade da pessoa humana para fundamentar suas decisões. Logo, achou-se por bem escrever um tópico específico sobre o referido princípio.

Já o quarto capítulo será responsável por demonstrar e discutir a possibilidade de aplicação do instituto da guarda aos animais de estimação, sob uma visão jurídica, ou seja, a partir da análise da legislação pátria, bem como dos princípios que regem nosso ordenamento jurídico. Este capítulo se iniciará com a exposição do conceito da guarda e o seu desenvolvimento na legislação brasileira para a partir deste entendimento verificar se existe a possibilidade de sua execução no âmbito de animais de estimação.

Por fim, para fins de um estudo mais prático, o quinto capítulo buscará apresentar alguns julgados dos Tribunais de Justiça brasileiro a respeito da guarda de animais. Esse capítulo tem por objetivo tanto explorar o posicionamento dos Tribunais como também quais vêm sendo os fundamentos jurídicos utilizados para deliberar questões relacionadas a guarda de animais.

Pretendendo o alcance do objetivo deste estudo, a metodologia utilizada foi de abordagem dedutiva, com base no estudo bibliográfico e decisões de tribunais.

DESENVOLVIMENTO

Do breve histórico da família moderna após a Constituição Federal de 1988

O modelo de família adotado, atualmente, é a pós-nuclear ou a chamada família moderna que teve seu marco inicial com a Constituição Federal de 1988, sendo pautada na comunidade de afeto.

Segundo Paulo Lôbo (2014. p. 62), a família pós moderna se fundamenta na concepção eudemonista, ou seja, o indivíduo deixa de pensar que existe apenas para família para também pensar em seu desenvolvimento pessoal.

Anteriormente a esse modelo, o direito apenas era reconhecido juridicamente às famílias concebidas pelo matrimônio, haja vista que a Igreja era fortemente relacionada com a intervenção estatal. Adotando-se, portanto, um forte conservadorismo, no qual família era aquela composta por pai, mãe e filhos. Segundo Maria Helena Diniz (2008, p.51), no Brasil, a Igreja Católica por muito tempo deteve quase de forma absoluta os direitos matrimoniais, onde, através do Decreto de 3 de



novembro de 1827, os princípios adotados pelo direito canônico conduziam todos os atos nupciais, tendo por fundamento as disposições do Concílio Tridentino e da Constituição do Arcebispado da Bahia.

O Código Civil de 1916 se manteve com características ligadas ao patriarcado, no qual segundo palavras de Matheus Antônio Cunha (2010, np) o casamento era exclusivamente o único instituto jurídico possível de formação de família, obstando a adoção e outras formas de reconhecimento de filhos.

A respeito do assunto, Fugie (2002, p. 133) complementa:

Na restrita visão do Código Civil de 1916, a finalidade essencial da família era a continuidade. Empréstava-se juridicidade apenas ao relacionamento matrimonial, afastadas quaisquer outras formas de relações afetivas. Expungia-se a filiação espúria e proibiam-se doações extraconjugais.

Desta forma, pode-se dizer, por um longo tempo, a legislação brasileira vinculou a instituição família aos vínculos sanguíneos entre os parentes, adotando uma série de posturas impeditivas ao reconhecimento de laços afetivos.

Começou-se a notar mudanças nesse cenário, após a Lei do Divórcio (lei nº 6515/1977) e a Emenda Constitucional nº 66, de 13 de julho de 2010, uma vez que depois da sua entrada ocorreu um aumento nas rupturas familiares ante os diversos descontentamentos conjugais, ocasionando o surgimento de outras formas de laços familiares. (FUGIE, 2002, p. 3)

Entretanto, foi somente após a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988 que houve uma inovação jurídica tangente a parentalidade, tendo em vista o reconhecimento do pluralismo familiar, bem como diversas formas de filiação, tais como: filiação social, filiação socioafetiva, estado de filho afetivo, etc. (SOUZA; FERNANDES, 2017)

Desta forma, para Gazzana e Schmidt (2011,np) a família atualmente é compreendida como:

unidade básica do relacionamento humano, é influenciada pela cultura na qual está inserida, o que constitui um sistema interativo, sendo mais do que a soma de uma série de comportamentos individuais. Cada família terá suas próprias e peculiares características, e ainda precisará se adaptar e moldar a mudanças e novas configurações ao longo de seu desenvolvimento.

Assim, tem-se que o princípio fundamentador da família moderna é o princípio da afetividade que tem como base justamente os laços de afeto na configuração



familiar. Conforme Lôbo (2014, p.2) a atual função da família é a afetividade. É a partir dele que hoje é possível o reconhecimento de diversas entidades familiares como, por exemplo, a Família Homoafetiva, Família Anaparental e Família Multiparental. Partindo dessa premissa, é possível compreender que uma vez existente laços de afeto entre a família e o animal, este também poderá compor a entidade familiar e, inclusive, deter certos 'direitos' após o término da relação conjugal.

Sob a perspectiva de Calderón (2013, p. 63), a afetividade se tornou mais evidente, pois nos últimos tempos houve um aumento na defesa do reconhecimento da ligação afetiva nas relações familiares, tendo em vista que as ligações matrimoniais, biológicas e registrais não eram suficientes para se explicar os variados moldes familiares que se originaram. Sendo assim, ao passo que o Código Civil de 1916 nada mencionava sobre o assunto, a Constituição Federal de 1988 assumiu um importante papel no reconhecimento legal da afetividade, mais implicitamente em seus artigos 226, §4º, 227, caput, § 5º c/c § 6º²⁸.

Embora a afetividade, no início, tenha sido estudada e aplicada as pessoas do núcleo familiar, a autora que ora escreve o artigo acredita que esse princípio pode ser a base para a aplicação do instituto da guarda de animais nos casos de divórcio e dissolução da união estável.

Assim, é a partir da compreensão de que a família contemporânea é pautada no afeto e de que cada família possui sua própria formação e características é que surge a possibilidade de reconhecimento do status do animal de estimação como membro familiar e aplicação da guarda com a consequente atribuição de responsabilidades após o fim da relação conjugal.

Do Princípio da Afetividade

Os princípios, segundo Delgado (2011, p. 180), estão relacionados a noção de

²⁸Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. § 5º A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros. § 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.



argumentos fundamentais que se formam a partir de determinada realidade na consciência das pessoas e de grupos sociais, permitindo assim, a compreensão e recriação dessa realidade, bem como a adaptação do Direito em relação as mudanças de valores na sociedade.

Diversas foram as mudanças no contexto familiar como já mencionado, dessas mudanças a afetividade foi um dos resultados mais relevantes da evolução da família brasileira, haja vista que é a partir dela que surge novos modelos familiares, quebrando, assim, o paradigma de que o vínculo sanguíneo é a única forma de filiação.

A afetividade surge das próprias relações sociais, tendo em vista que se encontra intrinsecamente ao sentimento humano, não podendo ser afastada do sentimento familiar, pois atualmente a principal função da família se encontra no afeto. Por este motivo, houve a necessidade de reconhecimento normativo e a legitimação da afetividade pelo Estado. (LIGIERO, 2015, p. 16)

Muito embora, não haja previsão no Contrato Social Brasileiro, o princípio da afetividade é recepcionado de forma implícita, transpassando por todo o ordenamento jurídico brasileiro. Ademais, em caso de norma em branco a Constituição Federal permite aplicar a interpretação em casos que ocorra a ampliação dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo, conforme artigo 5º, § 2º.²⁹ Diante disso, o simples fato do referido princípio não estar explicitamente na Constituição não significa que ele não deva ser aplicado, muito pelo contrário.

Nesse sentido, Dias (2010, p. 30) explica que apesar de não haver previsão escrita da palavra afeto na Constituição, este deve ser protegido e assegurado, conforme suas palavras:

[...] ao serem reconhecidas como entidade familiar merecedora da tutela jurídica as uniões estáveis, que se constituem sem o selo do casamento, tal significa que o afeto, que une e enlaça as duas pessoas adquiriu reconhecimento e inserção no sistema jurídico. Houve a constitucionalização de um modelo de família eudemonista e igualitário, com maior espaço para o afeto e a realização individual.

Ainda, Tartuce (2007, np) complementa: “o afeto talvez seja apontado,

²⁹Art. 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: § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.



atualmente, como o principal fundamento das relações familiares. Mesmo que a palavra afeto não esteja no Texto Maior como sendo um direito fundamental, pode-se afirmar que ele decorre da valorização constante da dignidade humana e da solidariedade”.

Após a promulgação da Constituição Federal 1988 muitas foram as discussões acerca da possibilidade da afetividade ser caracterizada ou não como princípio. No entanto, foi Paulo Lôbo no ano 1999 que deu o status de princípio jurídico ao afeto. Segundo ele, este princípio está relacionado aos resultados advindos das mudanças no ordenamento jurídico referente a família que acarretaram a revalorização e redimensão dos princípios como fonte do direito eficaz e de aplicabilidade prática. (PEREIRA, 2012, p. 21-23)

Nessa perspectiva, é o entendimento do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 477554:

EMENTA: união civil entre pessoas do mesmo sexo - alta relevância social e jurídico-constitucional da questão pertinente às uniões homoafetivas - legitimidade constitucional do reconhecimento e qualificação da união estável homoafetiva como entidade familiar: posição consagrada na jurisprudência do supremo tribunal federal (ADPF 132/RJ e adi 4.277/DF) - o afeto como valor jurídico impregnado de natureza constitucional: a valorização desse novo paradigma como núcleo conformador do conceito de família - o direito à busca da felicidade, verdadeiro postulado constitucional implícito e expressão de uma idéia-força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana - alguns precedentes do supremo tribunal federal e da suprema corte americana sobre o direito fundamental à busca da felicidade - princípios de Yogyakarta (2006): direito de qualquer pessoa de constituir família, independentemente de sua orientação sexual ou identidade de gênero - direito do companheiro, na união estável homoafetiva, à percepção do benefício da pensão por morte de seu parceiro, desde que observados os requisitos do art. 1.723 do código civil - o art. 226, § 3º, da lei fundamental constitui típica norma de inclusão - a função contramajoritária do supremo tribunal federal no estado democrático de direito - a proteção das minorias analisada na perspectiva de uma concepção material de democracia constitucional - o dever constitucional do estado de impedir (e, até mesmo, de punir) “qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” (CF, art. 5º, xli) - a força normativa dos princípios constitucionais e o fortalecimento da jurisdição constitucional: elementos que compõem o marco doutrinário que confere suporte teórico ao neoconstitucionalismo - recurso de agravo improvido. Ninguém pode ser privado de seus direitos em razão de sua orientação sexual. (grifo nosso) (RE 477554 AgR / MG - Minas Gerais Ag.Reg. No recurso extraordinário Relator(a): Min. Celso de Melo Julgamento: 16/08/2011 Órgão Julgador: Segunda Turma)

Assim, o princípio mencionado está implícito em vários artigos da Carta Magna



como, no caso, da igualdade entre os filhos (Art. 227, §6º)³⁰; na adoção (Art. 227, §5º e 6º)³¹; no direito de convivência familiar, mesmo que não haja vínculo biológico, garantindo a prioridade da criança e do adolescente; entre outros.

Ressalta-se ainda que o afeto não é observado apenas nas relações entre pessoa da família, mas também nos elos entre a pessoa humana e seu animal de estimação. A notabilidade do vínculo entre o homem e seu animal de estimação pode ser evidenciada a partir da pesquisa IBGE, no qual se constatou que existem mais cães e gatos do que crianças nos lares brasileiros.

em 2015 existem mais lares com cachorros (44%) que com crianças (36%) no Brasil. Além dos motivos demográficos (redução do número de filhos), estariam também os econômicos, haja vista o alto custo de criação de filhos. As projeções de 2013, em 45 milhões de crianças e 52 milhões de cães, apontam para 2020 o aumento dessa diferença: 41 milhões de crianças contra 71 milhões de cães. (SÉGIN; ARAÚJO; CORDEIRO NETO, 2016. p. 240)

Evidente, portanto, que a presença da afetividade se dá nas relações humano-animal.

Do princípio da dignidade da pessoa humana

A dignidade da pessoa humana está prevista no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal³², constituindo um dos principais fundamentos do Estado Democrático de Direito. É considerado o princípio mais universal de todos, pois se irradia para os demais. (DIAS, 2011, p. 61)

O doutrinador Sarlet (2001, p.60), conceitua a dignidade da pessoa humana

³⁰Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. § 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

³¹Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. § 5º A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros.

³²Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 10/07/2021.



sendo:

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 co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos.

Neste sentido, Gama (2000, p. 523) complementa:

A dignidade da pessoa humana, colocada no ápice do ordenamento jurídico, encontra na família o solo apropriado para seu enraizamento e desenvolvimento, daí a ordem constitucional dirigida ao Estado no sentido de dar especial e efetiva proteção à família, independente da sua espécie. Propõe-se, por intermédio da repersonalização das entidades familiares, preservar e desenvolver o que é mais relevante entre os familiares: o afeto, a solidariedade, a união, o respeito, a confiança, o amor, o projeto de vida comum, permitindo o pleno desenvolvimento pessoal e social de cada partícipe, com base em ideais pluralistas, solidaristas, democráticos e humanistas.

A Constituição retifica esse princípio no âmbito familiar, explicitamente, em seus artigos 226, §7º, 227 e 230³³, demonstrando que o cerne familiar constitui um ambiente ideal para que se seus membros possam construir e realizar sua dignidade, devendo ser contemplado em todas as entidades familiares.

Conforme se verá em tópico oportuno, o princípio da dignidade da pessoa humana tem sido utilizado nos julgamentos envolvendo animais domésticos e término de relações conjugais.

Do instituto da guarda em animais de estimação

A guarda é um instituto presente no ordenamento jurídico brasileiro, mais especificamente no Código Civil, que tem por objetivo atribuir responsabilidades a uma pessoa (compreendido como guardião) que deverá gerir os direitos e deveres daquele colocado sob sua responsabilidade (criança/adolescente).

³³Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar.



Para simplificar Lôbo (2011, p. 72) conceitua guarda como sendo a responsabilidade atribuída a ambos os pais ou somente a um dos pais de cuidar, proteger e zelar os interesses do filho.

Nas palavras de Cezar-Ferreira e Macedo (2016, p.83):

Após a separação conjugal, qualquer que seja a organização de família, os filhos menores e os incapazes por razão que não a idade deverão ficar sob os cuidados diários de um dos pais ou de ambos. O instituto jurídico que regula a matéria se chama guarda e é um dos atributos do poder familiar.

Nessa mesma linha, Strenger (1998, p.32) esclarece que guarda:

[...] é o poder-dever submetido a um regime jurídico-legal, de modo a facultar a quem de direito prerrogativas para o exercício e amparo daquele que a lei considerar nessa condição.

Ou seja, após a separação do casal é necessário que um dos pais ou os dois sejam responsáveis por administrar os direitos e deveres inerentes ao filho, de modo que tal administração é definida através da aplicação do instituto da guarda a depender da modalidade escolhida.

A guarda no Brasil teve sua primeira aparição nos primórdios da República no ano de 1890 (BRASIL, 1890). Posteriormente, o Código Civil de 1916 estabeleceu que a guarda seria atribuída mediante consenso entre os pais ou determinação a aquele que não fosse culpado pela separação, sendo que caso ambos fossem culpados seria levado em consideração o sexo e a idade do filho (BRASIL, 1916).

Adiante com o surgimento do Estatuto da Mulher Casada a regulamentação da guarda sofreu novas modificações, nas quais restou estabelecido que a guarda seria confiada ao cônjuge não culpado ou à mãe, na hipótese de dupla culpa. Além disso, deixou-se de considerar o sexo e a idade do filho e passou a se ponderar o melhor interesse da criança/adolescente (BRASIL, 1962).

Em 1988 com a entrada em vigor da Constituição Federal ocorreram mudanças relevantes. Isso porque, através do seu artigo 227³⁴, o texto constitucional determinou o direito dos filhos à convivência familiar e comunitária. Não obstante, o Código Civil de 2002 deixou de debater a culpa dos cônjuges e passou a considerar os princípios

³⁴Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.



da dignidade da pessoa humana e priorizar de maneira absoluta o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. (BRASIL, 1988, 1990, 2002).

Atualmente existem três modalidades de guarda, são elas: i) guarda compartilhada; ii) guarda unilateral; iii) guarda alternada.

A guarda compartilhada está prevista no artigo 1583 do Código Civil³⁵ e pode ser compreendida por aquela modalidade, na qual as responsabilidades inerentes ao filho são compartilhadas entre ambos os pais. Ou seja, os pais irão criar e educar seus filhos conjuntamente mesmo após o divórcio ou dissolução da união estável.

A guarda unilateral está regulamentada no mesmo diploma legal, porém é aquela conferida a apenas um dos genitores, devendo este administrar sozinho os direitos e deveres da criança e/ou adolescente. No entanto, o genitor que não detém a guarda pode fiscalizar o cargo do genitor guardião. (DELGADO, 2018, np)

Em contrapartida, na guarda alternada os genitores exercem, de forma alternada, a guarda exclusiva do filho, de modo que aquele que estiver com na companhia do filho assume integralmente as responsabilidades parentais. (DELGADO, 2018, np)

As modalidades supracitadas são aplicadas para crianças e adolescentes, entretanto como visto no presente estudo muito se questiona sobre a possibilidade de aplicar o instituto da guarda e seus desdobramentos legais aos animais domésticos, visto que, hoje, muitos lares possuem animais de estimação, de modo que após uma separação é possível que surjam dúvidas a respeito de quem será o responsável pelo animal.

Nesse sentido, assim como a autora que escreve esse artigo, Barboza (1999, p.204) acredita ser possível a aplicação da guarda nos casos de animais domésticos através da fonte de analogia. Dito de outra forma, por meio do uso da analogia as normas referentes a guarda destinadas a crianças e adolescentes podem ser utilizadas nos casos de animais de estimação, com as devidas adaptações. Contudo, é imprescindível a criação de normas próprias destinada a animais domésticos, tendo em vista as peculiaridades entre a interação de humanos e animais.

A partir dessa análise note-se que quando há uma separação do casal, no qual

³⁵Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada. § 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.



existe uma disputa pelo animal, o fundamento decisório deve ser o melhor interesse do animal, assim como acontece com o melhor interesse da criança e adolescente. Em outras palavras, o interesse do animal de estimação deverá, sempre que possível, ser coadunado com o interesse de seus donos. (CHAVES, 2016, np)

Isto é, a guarda deve ser conferida àquele que possui melhores condições de garantir o bem estar do animal. Silva, como defensor desse critério, afirma que “a melhor solução repousa na preservação dos interesses dos animais de estimação”. (2015, p. 110)

Ademais, conforme bem expõe Chaves (2016, np), com a aplicação da guarda à animais não se está a afirmar que existe uma relação de parentesco entre humanos e animais, nem mesmo está a se defender que exista um poder familiar advindo desta relação. Todavia, a partir do momento em que um lar decide ter consigo um animal de estimação é certo que este se trata de um ser vivo e não poderá simplesmente ser descartado ou ter suas responsabilidades deixadas de lado após o divórcio ou dissolução da união estável. Vejamos:

E ao contrário das crianças, os animais de companhia jamais alcançarão autonomia, sendo dependentes dos humanos com quem conviverem, do instante do nascimento até o momento da sua morte. É uma relação pautada pelo afeto que ambos os seres experimentarão, mas também vinculada a uma conduta responsável por parte dos humanos, que se exprimirá através de um dever de cuidado.

Sobre esse assunto, Silva (2015, p. 107) discorre:

A melhor solução repousa na preservação dos interesses dos animais de estimação. A simples demonstração da propriedade do animal não é suficiente para a concessão de sua guarda, pois, muitas vezes, a relação afetiva estabelecida entre o não proprietário e o animal é mais forte e saudável. Os envolvidos, portanto, devem demonstrar quem possui melhores condições para a criação do animal. Condições estas que vão desde os fatores psicológicos, sentimentais, financeiros, tempo disponível, entre outros.

Assim, resta evidente a necessidade de uma gestão de responsabilidades do animal mesmo após a separação do casal, sendo que este gerenciamento pode ser definido através da modalidade da guarda escolhida ou definida – por meio de decisão de um juiz, quando não há consenso entre o casal - levando em consideração o melhor interesse do animal.

Apenas a título de conhecimento, muitos autores que defendem a aplicação da guarda à animais acreditam que para o animal a melhor modalidade seria a guarda



alternada. Isto porque, a mudança de lares constantes não prejudicaria o animal.

O pet, assim como os filhos humanos, necessita de afeto, atenção e cuidado, mas não será prejudicado pela alternância constante de residência. Até mesmo em virtude da praticidade para o ex-casal, a guarda alternada se mostra mais razoável, com uma divisão equilibrada do tempo de contato. A mudança, para os animais, não irá gerar grandes conflitos, pois não deverá ser compatibilizada com horários das atividades escolares e extracurriculares, e tampouco irá acarretar suscitar distúrbios como a falta de raízes, que a guarda alternada impõe nas crianças e adolescentes que vivem como nômades, com uma mochila nas costas. (CHAVES, 2016, np)

Sob esse ponto de vista, o juiz poderá determinar, por exemplo, que o animal fique 1 semana com cada dono, devendo o dono que estiver com a presença física do animal cuidar de todas as necessidades e responsabilidades do animal no período em que ele se encontrar com sua posse.

Além disso, eventuais dúvidas a respeito de qual modalidade de guarda atenderia melhor os interesses do animal, poderão ser dirimidas pelo juiz através da realização de laudos de veterinários ou psicólogos de animais, a título de exemplo. (CHAVES, 2016, np)

Diante da leitura acima, observa-se que embora ainda não exista uma legislação própria a respeito da regulamentação da guarda de animais de estimação, é possível se apoiar e adaptar as normas referentes às crianças e adolescentes para o fim de aplicá-las no caso de disputa de animais de estimação após o divórcio ou dissolução de união estável.

Do posicionamento dos Tribunais de Justiça brasileiro a respeito da guarda de animais

Por fim, com o objetivo de demonstrar que questões referentes a disputa de guarda de animais de estimação pós separação do casal/sonos estão sendo frequentes nos Tribunais de Justiça brasileiro. Este tópico busca apresentar algumas decisões judiciais sobre o tema.

No ano de 2015, a 2ª Vara de Família do Fórum Regional de Jacarepaguá no Rio de Janeiro, conferiu a guarda alternada de um bulldog francês.

Assim, presentes os requisitos legais, defiro a posse alternada provisória do cachorro, da raça Bulldog Francês, nominado Braddock, entre os requerentes, cabendo ao requerente a primeira metade de cada mês e à requerida a segunda metade, autorizando, desde logo, a busca e apreensão, caso não haja entrega voluntária, devendo o



requerente acompanhar a medida. Designo Audiência Especial para o dia 11/05/15 às 14:00 hs. Citese/intimem-se, sendo certo que o prazo para apresentar defesa começa a fluir da referida audiência, na hipótese de não ser alcançado um acordo (RIO DE JANEIRO, 2015a).

Outro caso muito conhecido é o da cachorrinha Dully, no qual seus donos viviam em união estável. Nesse caso, a 22ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro no ano de 2015, concedeu a posse provisória da cachorrinha, com base no princípio da dignidade da pessoa humana.³⁶

A respeito de decisões mais recentes, a autora observou muitos julgados no Estado de São Paulo, de modo que ao que parece a aplicação do instituto da guarda nos casos de animais de estimação é tema já pacificado na referida corte.

Em julgamento do Agravo de Instrumento nº 22074432320198260000 realizado em 05 de novembro de 2019, a décima Câmara de Direito Privado reconheceu a possibilidade de regulamentação de guarda de animais de estimação e determinou o compartilhamento da guarda, tendo em vista a proximidade do agravante com o animal durante o relacionamento do casal.³⁷

Já na apelação nº 10038132020208260001 julgada pela 7ª Câmara de Direito

³⁶Direito civil - reconhecimento/dissolução de união estável - partilha de bens de semovente - sentença de procedência parcial que determina a posse do cão de estimação para a ex-convivente mulher - recurso que versa exclusivamente sobre a posse do animal - réu apelante que sustenta ser o real proprietário - conjunto probatório que evidencia que os cuidados com o cão ficavam a cargo da recorrida direito do apelante/varão em ter o animal em sua companhia - animais de estimação cujo destino, caso dissolvida sociedade conjugal é tema que desafia o operador do direito - semovente que, por sua natureza e finalidade, não pode ser tratado como simples bem, a ser hermética e irrefletidamente partilhado, rompendo-se abruptamente o convívio até então mantido com um dos integrantes da família - cachorrinho "dully" que fora presenteado pelo recorrente à recorrida, em momento de especial dissabor enfrentado pelos conviventes, a saber, aborto natural sofrido por esta - **vínculos emocionais e afetivos construídos em torno do animal, que devem ser, na medida do possível, mantidos - solução que não tem o condão de conferir direitos subjetivos ao animal, expressando-se, por outro lado, como mais uma das variadas e multifárias manifestações do princípio da dignidade da pessoa humana, em favor do recorrente** - parcial acolhimento da irresignação para, a despeito da ausência de previsão normativa regente sobre o tema, mas sopesando todos os vetores acima evidenciados, aos quais se soma o princípio que veda o non liquet, permitir ao recorrente, caso queira, ter consigo a companhia do cão dully, **exercendo a sua posse provisória, facultando-lhe buscar o cão em fins de semana alternados, das 10:00 hs de sábado às 17:00hs do domingo**. Sentença que se mantém (brasil, rio de janeiro, 2015).

³⁷GUARDA DE ANIMAIS DE ESTIMAÇÃO. DECISÃO QUE REVOGOU A COMPARTILHADA. LIMINARMENTE DEFERIDA. RECURSO PROVIDO. Guarda de animais de estimação. Insurgência contra decisão que revogou a guarda compartilhada dos cães com alternância das visitas. Efeito suspensivo deferido. Afastada a preliminar de não conhecimento suscitada pelo agravado. **Possibilidade de regulamentação da guarda de animais de estimação, seres sencientes, conforme jurisprudência desta C. Câmara e deste E. Tribunal.** Probabilidade do direito da agravante, em vista da prova da estreita proximidade com os cães, adquiridos durante o relacionamento das partes. Fatos controvertidos que demandam dilação probatória, justificada por ora, **a divisão da guarda dos cães para que ambos os litigantes desfrutem da companhia dos animais**. Risco de dano à recorrente em aguardar o julgamento final da demanda. Requisitos do artigo 300 do CPC configurados. Decisão reformada. Recurso provido. (TJSP - AI: 22074432320198260000, Relator: J.B. Paula Lima, Data de Julgamento: 05/11/2019, 10ª Câmara de Direito Privado).



Privado em 03.05.2021, o relator Desembargador José Rubens Queiroz Gomes aplicou o artigo 1584 do Código Civil³⁸ por analogia para negar o pedido de guardar compartilhada, em virtude do desinteresse de uma das partes de ficar com o animal.³⁹

O critério de melhor interesse do animal foi observado em alguns julgados, como exemplo, cita-se a apelação cível nº 100166056201982604151 julgada em 14.04.2020 pela 3ª Câmara de Direito Privado e de relatoria da Desembargadora Maria do Carmo Honorio. Nesse caso concreto, a relatora entendeu que o animal de estimação deveria ficar com aquele que possuía melhores condições de atender as suas necessidades, bem como na residência onde estava melhor adaptado.⁴⁰

Assim, conclui-se que embora não haja um regulamento próprio para solucionar a situação dos animais domésticos após o divórcio ou dissolução de união estável, os Tribunais de Justiça vêm reconhecendo a possibilidade de aplicação do instituto da guarda por meio da analogia a guarda aplicada a crianças e/ou adolescentes e

³⁸Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser I – requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar; II – decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe. § 1º Na audiência de conciliação, o juiz informará ao pai e à mãe o significado da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas. § 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor. § 3º Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar, que deverá visar à divisão equilibrada do tempo com o pai e com a mãe. § 4º A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda unilateral ou compartilhada poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor § 5º Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda a pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade. § 6º Qualquer estabelecimento público ou privado é obrigado a prestar informações a qualquer dos genitores sobre os filhos destes, sob pena de multa de R\$ 200,00 (duzentos reais) a R\$ 500,00 (quinhentos reais) por dia pelo não atendimento da solicitação.

³⁹APELAÇÃO. Ação de divórcio. Sentença de procedência. Inconformismo do réu, revel, com a partilha de animais de estimação. **Pretensão de guarda compartilhada rateando-se as despesas com alimento e saúde. Descabimento, diante do desinteresse do autor em permanecer com um dos animais. Aplicação do disposto na última parte do artigo 1.584 do CPC, por analogia.** Guarda mantida nos termos estabelecidos na r. sentença, com a observação, contudo, acerca da possibilidade de requerer o apelante, em via autônoma, a regulamentação de visitas quanto ao cão que não ficou sob sua guarda, diante do evidente vínculo afetivo, embora não seja possível enfrentamento da questão por ausência de pedido expresso. Recurso a que se nega provimento, com observação. (TJSP – AC: 10038132020208260001, Relator: José Rubens Queiroz Gomes, Data de Julgamento: 03/05/2021, 7ª Câmara de Direito Privado)

⁴⁰ APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL (...) GUARDA. ANIMAIS DE ESTIMAÇÃO. PRETENSÃO DE SEPARÁ-LOS. IMPOSSIBILIDADE. PRIMAZIA DO BEM ESTAR. (...) 3. Os animais de estimação devem permanecer com aquele que melhor atende aos seus interesses e no local onde estejam melhor adaptados. (TJSP – AC: 1001660562019826041, Relatora: Maria do Carmo Honorio, Data de Julgamento: 14/04/2020, 3ª Câmara de Direito Privado)



fundamentando-as com base no melhor interesse do animal.

CONCLUSÃO

Após as considerações acima expostas, conclui-se que o Direito das Famílias e Sucessões possuem algumas peculiaridades, seja em virtude de suas questões, seja porque é um ramo do Direito que necessita de uma maior atenção. Os desafios ligados a contemporaneidade são muitos. Em decorrência disso, surge uma necessidade do poder judiciário se atualizar frente estas novas questões.

Não é surpresa que, atualmente, há um número crescente de lares com animais de estimação. Todavia, não raros casos, os casais responsáveis por aquele animal acabam se separando e, conseqüentemente, surge o questionamento sobre quem será o responsável por gerir as necessidades do animal.

Desta forma, o presente trabalho buscou demonstrar que é possível aplicar o instituto da guarda e seus desdobramentos legais – com as devidas adaptações - para dirimir essa questão.

O estudo evidenciou que a guarda a ser escolhida ou definida deve, na medida do possível, levar em consideração o melhor interesse e bem-estar do animal, podendo ela ser a compartilhada, no qual ambos os donos administram em conjunto as responsabilidades do animal, estabelecendo, assim, um lar referencial para ele. Ou, uma guarda unilateral, de modo que apenas um dono será o responsável por cuidar, zelar e proteger os interesses do animal, não impedindo que o que não detém a guarda fiscalize essa administração. E ainda, uma guarda alternada, na qual cada dono permanece por um período, de forma alternada, com o animal em sua companhia, devendo durante o período que o animal estiver consigo gerir todas as responsabilidades inerentes a ele.

Além disso, mostrou-se que o referido tema vem sendo debatido com frequência nos Tribunais de Justiça, os quais vêm sendo a favor da aplicabilidade da guarda nos casos de animais domésticos, buscando o melhor interesse do animal e o seu bem-estar.

Portanto, acredita-se pela possibilidade de aplicação do instituto da guarda para animais domésticos em sede de divórcio e dissolução de união estável, por analogia ao instituto empregado às crianças e adolescentes. No entanto, não se descarta a necessidade de uma regulamentação jurídica própria a animais, em virtude de suas peculiaridades.



REFERÊNCIAS

BARBOZA, Heloisa Helena. **O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.** In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). Anais do II Congresso Brasileiro de Direito da Família. Belo Horizonte: IBDFAM, 1999.

CALDERÓN, Ricardo Luis. **Princípio da afetividade no Direito de Família.** Rio de Janeiro, Renovar, 2013. Disponível em: <<https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redede.virtual.bibliotecas:artigo.revista:2013;1000985222f>> Acesso em: 20.07.2021.

CHAVES, Marianna. **Disputa de guarda de animais de companhia em sede divórcio e dissolução de união estável: Reconhecimento de família Multiespécie?** Revista IBDFAM, 2015. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/artigos/1052/Disputa+de+guarda+de+animais+de+companhia+em+sede>> Acesso em: 15.08.2021)

CUNHA, Matheus Antonio da. **O conceito de família e sua evolução histórica.** Portal Jurídico Investidura, Florianópolis/SC, set. 2010. Disponível em: investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/historia-do-direito/170332-o-conceito-de-familia-e-sua-evolucao-historica. Acesso em: 12. 09. 2021.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho.** – 10 ed. São Paulo: LTr, 2011.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DINIZ, M. H. **Curso de Direito Civil brasileiro: Direito de Família.** 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 5.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Filiação e reprodução assistida: introdução ao tema sob a perspectiva civil-constitucional.** In: TEPEDINO, Gustavo. (Coord.). problemas do Direito Civil-Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

GAZZANA, Cristina; SCHMIDT, Beatriz. **Novas configurações e vínculo com animais de estimação em uma perspectiva de Família Multiespécie.** 2015.18f. Artigo Científico.- III Congresso de Pesquisa e Extensão da Faculdade da Serra Gaúcha, Caxias do Sul, Rio Grande do Sul, 2015.

LIGIERO, Luis Fernando Guerrero. **Certidão de Nascimento: espelho Biológico ou espelho socioafetivo?** Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2015/pdf/LuisFernandoGuerreroLigiero.pdf>

LOBO, Paulo Luiz Netto. **A Repersonalização das relações de família.** Revista Brasileira de Direito de Família, 2014.



LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SANTOS, Samory Pereira. **Guarda de animais uma perspectiva tridimensional**. Instituto Brasileiro de Direito Civil, 2020. Disponível em: <<https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/346>> Acesso em: 20.08.2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SÉGUIN, Élida; ARAÚJO, Luciane Martins de; CORDEIRO NETO, Miguel dos Reis. **Uma nova família: a multiespécie**. Revista de Direito Ambiental. Vol. 82, ano 21, São Paulo: RT, abr./jun. 2016.

SILVA, Camilo Henrique. **Animais, divórcio e consequências jurídicas**. Revista Internacional Interdisciplinar INTERthesis, v. 12, n. 1, 2015.

SOUZA, Katyana Guasth Queiroz; FERNANDES, Dilson Bastos. **MULTIPARENTALIDADE: a possibilidade de coexistência da filiação biológica e socioafetiva e seus efeitos jurídicos**. Disponível em: <<http://www.fadivale.com.br/portal/revista-online/revistas/2015/Artigo%20Katyana%20e%20Dilson.pdf>> Acesso em: 10.08.2021.

TARTUCE, Flávio. **Novos Princípios do Direito de Família**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/8468/novos-principios-do-direito-de-familia-brasileiro/2>> Acesso em: 02.09.2021.



ANÁLISE PUNITIVA DO CRIME DE RECEPÇÃO FRENTE AOS CRIMES PATRIMONIAIS

Uriel Annibal e Silva⁴¹
Cristian Tenório⁴²

RESUMO: O presente artigo visa abordar a análise punitiva do crime de receptação, mediante estudo de revisões bibliográficas renomadas, evidenciando desde a evolução histórica do Direito Penal, momento em que se intensificou a necessidade por normas reguladoras, até os detalhes mais ínfimos relacionados aos entendimentos e discussões de doutrinadores acerca do tema. Ainda nesta vertente, aborda os fatores que deram vazão a criminalidade em âmbito mundial, que corroboraram de alguma maneira para o aumento do número de indivíduos infratores, como nos casos de questões socioeconômicas, explosão demográfica, precariedade no sistema de ensino e até mesmo o processo de expansão econômica, política e cultural, também chamado de globalização. Por fim, trata acerca dos elementos subjetivos do crime de receptação e a sua implicância frente a punibilidade destes, além de traçar os desafios que integram a inserção da modalidade qualificada através da Lei 9.426/96. Dessa forma, este trabalho tem como foco a análise da doutrina acerca de um tema controverso e de extrema relevância no âmbito do Direito Penal Brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Penal. Crime de Receptação. Crimes Patrimoniais.

ABSTRACT: This article aims to address the punitive analysis of the crime of receiving stolen, through the study of renowned bibliographic reviews, showing from the historical evolution of Criminal Law, when the need for regulated norms intensified, to the smallest details related to understandings and discussions of indoctrinators on the subject. Also in this aspect, it addresses the factors that gave valance to crime worldwide, which somehow contributed to the increase in the number of offenders, as in the cases of socioeconomic issues, demographic explosion, precariousness in the education system and even the process economic, political and cultural expansion, also called globalization. Finally, it deals with the subjective elements of the crime of receiving stolen and its implication in the face of their punishment, in addition to outlining the challenges that integrate the insertion of the qualified modality through Law 9.426/96. Thus, this work focuses on the analysis of the doctrine on a controversial and extremely relevant topic in the scope of Brazilian Criminal Law.

KEYWORDS: Criminal Law. Crime of Receiving Stolen. Property Crimes. Subjective Elements.

INTRODUÇÃO:

Esta pesquisa explanou os desdobramentos do Código Penal e da doutrina acerca do crime de receptação frente aos crimes patrimoniais, demonstrando de modo sucinto e objetivo como se deu o surgimento das normas reguladoras na sociedade primitiva e sua evolução até os dias atuais, com o intuito de elucidar mais facilmente as objeções posteriores sobre o tema.

⁴¹ Acadêmico do curso de graduação em Direito, cursando 4º ano, no Centro Universitário Unifatecie em Paranavaí – PR.

Email: urielannibal10@gmail.com

⁴² Professor no curso de Direito do Centro Universitário Unifatecie, Advogado na comarca de Maringá – PR.

Email: cristian.tenorio@fatecie.edu.br



A criminalidade, por ser um problema crescente em todo o mundo, abrange aspectos altamente importantes para a compreensão do enredo por trás do seu avanço incessante.

Neste sentido, a abordagem traz uma correlação entre os fatores externos que propiciaram um ambiente mais propenso ao surgimento da marginalidade e, principalmente, os crimes contra o patrimônio, citando questões diversas, como no caso da globalização, deficiências no sistema de ensino, explosão demográfica, entre outros.

Por outro lado, o crime de receptação é desvendado de uma forma mais abrangente, trazendo análises de autores renomados, detentores de ideias consideradas extremamente relevantes no âmbito penal, além de recorrer a questões práticas e também casos hipotéticos.

No decorrer do trabalho foram exploradas as dificuldades enfrentadas por magistrados quanto aos aspectos subjetivos do crime evidenciado no artigo 180 do Código Penal Brasileiro, que é o objeto principal do presente artigo, explanando ainda a relação entre os aspectos psicológicos dos agentes e as teorias acerca do dolo.

No âmbito da modalidade qualificada do crime de receptação, são expostas as principais ideias sobre o tema, bem como uma breve elucidação dos fatos que levaram o Congresso Nacional a aprovar a Lei 9.426 de 1996, que veio a modificar o caput do dispositivo e acrescentar novos parágrafos.

O trabalho busca consolidar algumas das principais teses elaboradas por parte da doutrina jurídica, através de revisões bibliográficas distintas, com o intuito de evidenciar de forma clara algumas das principais discussões que circundam o tema até os dias atuais, além de elencar os aspectos gerais do crime de receptação.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA E ASPECTOS PUNITIVOS DO DIREITO PENAL

A evolução histórica da sociedade abarca uma série de fatores que contribuíram para o seu potencial desenvolvimento, mesmo que a passos largos, envolvendo inicialmente dificuldades que se tornaram as propulsoras de ideias inovadoras, por vezes prejudiciais aos menos favorecidos, e, em outros casos, surpreendendo positivamente a estes. No período primitivo da história da humanidade, não era admitida a existência de normas reguladoras ligadas a um Poder do Estado, isto se deve ao fato de que a sociedade se encontrava arraigada em tradições e costumes que ligavam todos os acontecimentos a questões sobrenaturais



e míticas. No entanto, desde o início as ações humanas demonstravam a necessidade de regras que determinassem de modo contundente as punições para quem as violasse. Nesse sentido, Guilherme Nucci (2020, p. 82) esboça que:

E, desde os primórdios violou as regras de convivência, ferindo os semelhantes e a própria comunidade onde vivia, tornando inexorável a aplicação de uma punição. Sem dúvida, não se entendiam as variadas formas de castigo como se fossem penas, no sentido técnico-jurídico que hoje possuem, embora não passassem de embriões do sistema vigente. Inicialmente, aplicava-se a sanção como fruto da libertação do clã da ira dos deuses, em face da infração cometida, quando a reprimenda consistia, como regra, na expulsão do agente da comunidade, expondo-o à própria sorte.

Seguindo este desiderato, as relações primitivas adotaram sanções baseadas na relação totêmica, que em outras palavras abrange um agrupamento de indivíduos que compactuam de uma mesma crença. Neste contexto, a punição era instituída apenas quando houvesse a quebra de algum dogma sagrado.

Diante da ineficiência do referido regime primitivo e evolução do pensamento crítico, houve o advento de uma nova fase denominada de vingança privada. A esse respeito, e, ainda de acordo com Guilherme Nucci (2020, p. 83), compreende-se que:

Na realidade, a justiça pelas próprias mãos nunca teve sucesso, pois implicava, na essência, em autêntica forma de agressão. Diante disso, terminava gerando uma contrarreação e o círculo vicioso tendia a levar ao extermínio de clãs e grupos. O vínculo totêmico (ligação entre os indivíduos pela mística e mágica) deu lugar ao vínculo de sangue, que implicava na reunião dos sujeitos que possuíam a mesma descendência. Vislumbrando a tendência destruidora da vingança privada, adveio o que se convencionou denominar de vingança pública, quando o chefe da tribo ou do clã assumiu a tarefa punitiva.

Com o vínculo de sangue estabelecido sobre o vínculo totêmico, observa-se que a tarefa punitiva se tornou o dever de um único representante específico de determinado grupo social. O intuito, a princípio, era evitar que houvessem repressões injustas causadas em virtude de ânimos exaltados, o que de fato era evidente em todo o contexto dos contra-ataques vingativos.

Nesse período foi implantada a lei de talião, consistindo na equidade entre o crime praticado e a pena a ser estabelecida. Porém, apesar da aparência de justiça, destaca-se que as punições eram extremas, cruéis e não solucionavam o cerne da questão, pelo contrário, a finalidade era apenas vinculada a atenuar o desequilíbrio causado na comunidade pelo fato de uma infração grave ter sido cometida em seu meio, inobservando, desse modo, os aspectos relacionados ao indivíduo infrator (BITENCOURT, 2020, p. 187).



Como se sabe, não é possível estabelecer uma ordem cronológica acerca de cada fase mencionada, haja vista que no mesmo período, em diferentes regiões, o regime de punição estabelecido diferia um dos outros.

Em algumas localizações a religião encontrava-se tão amplamente arraigada ao Estado que as suas leis serviam como parâmetro para a tipificação dos crimes, muitas vezes imputando-os aos atos conhecidos popularmente como heresias, como ocorreu no Oriente Antigo, na Grécia Antiga e diversas outras regiões. Assim, Nucci (2020, p. 84) acrescenta que:

No Oriente Antigo, fundava-se a punição em caráter religioso, castigando-se o infrator duramente para aplacar a ira dos deuses. Notava-se o predomínio do talião, que, se mérito teve, consistiu em reduzir a extensão da punição e evitar a infundável onda de vingança privada.

Na Grécia Antiga, como retrataram os filósofos da época, a punição mantinha seu caráter sacro e continuava a representar forte tendência expiatória e intimidativa. Em uma primeira fase, prevalecia a vingança de sangue, que terminou cedendo espaço ao talião e à composição.

O Direito Romano, dividido em períodos, contou, de início, com a prevalência do poder absoluto do chefe da família (*pater familias*), aplicando as sanções que bem entendesse ao seu grupo. Na fase do reinado, vigorou o caráter sagrado da pena, firmando-se o estágio da vingança pública.

Nesta senda, o intuito por trás das penas durante esse período era unicamente a intimidação do agente infrator, até que surgiu um importante movimento denominado de Escola Clássica, formulado por Cesar Bonesana, num momento em que filósofos da época impuseram pensamentos contrários aos vigentes, contrapondo os ideais de 8 penas severas e cruéis, e, emitindo uma nova perspectiva que se tornou um marco para o Direito Penal.

Neste postulado, o Marquês de Beccaria, como também era conhecido, implementou um caráter humanitário à maneira com que os magistrados atuavam, defendendo que a pena não se tornasse apenas um instrumento de intimidação, mas que fosse mais além, com uma missão de recuperar o sujeito criminoso.

Em se tratando de Beccaria, Cesar Roberto Bitencourt (2020, p. 209) sabiamente afirma que:

Beccaria tinha uma concepção utilitarista da pena. Procurava um exemplo para o futuro, mas não uma vingança pelo passado, celebrizando a máxima de que “é melhor prevenir delitos que castigá-los”. Não se subordinava à ideia do justo ao útil. Defendia a proporcionalidade da pena e a sua humanização. O objetivo preventivo geral, segundo Beccaria, não precisava ser obtido através do terror, como tradicionalmente se fazia, mas com a eficácia e certeza da punição. Nunca se admitiu a vingança como fundamento do *ius*



puniendi. Embora Beccaria tenha concentrado mais o seu interesse sobre outros aspectos do Direito Penal, expôs também algumas ideias sobre a prisão que contribuíram para o processo de humanização e racionalização da pena privativa de liberdade. Não renuncia a ideia de que a prisão tem um sentido punitivo e sancionador, mas já insinua uma finalidade reformadora da pena privativa de liberdade.

Com o avançar da história, é possível notar a crescente inquietação de diversos pensadores acerca dos princípios de reabilitação e ressocialização da pena. Até certo momento, os infratores não eram considerados dignos de direitos, portanto, tornou-se necessário o banimento das punições extremas, para que dessa forma a pena alcançasse o objetivo de evitar reincidências e estabelecer um nível de proporcionalidade nas decisões dos magistrados.

3 CRIMINALIDADE E CARACTERÍSTICAS ACERCA DO PATRIMÔNIO

A criminalidade é um problema que se originou desde os primórdios da civilização e persiste até os dias presentes, no entanto, as causas determinantes são muito variadas, compreendendo fatores socioeconômicos, precariedade do sistema escolar, explosão demográfica e até mesmo a globalização.

Ao citar Durkheim, Bitencourt (2020, p. 87) traz a seguinte compreensão acerca da criminalidade:

No entanto, modernamente, sustenta-se que a criminalidade é um fenômeno social normal. Durkheim afirma que o delito não ocorre somente na maioria das sociedades de uma ou outra espécie, mas sim em todas as sociedades constituídas pelo ser humano. Assim, para Durkheim, o delito não só é um fenômeno social normal, como também cumpre outra função importante, qual seja, a de manter aberto o canal de transformações de que a sociedade precisa. Sob um outro prisma, pode-se concordar, pelo menos em parte, com Durkheim: as relações humanas são contaminadas pela violência, necessitando de normas que as regulem.

Um fator importante a ser ressaltado é que a criminalidade se desenvolve nos mais diversos setores, e entre eles está o objeto que é a base de estudo do presente trabalho: o patrimônio.

Para melhor elucidar os desdobramentos acerca dos crimes contra o patrimônio é necessário garantir um entendimento sólido acerca da sua definição. Neste sentido, Carlos Roberto Gonçalves (2021, p. 107) explana o seguinte conceito:

Patrimônio, segundo a doutrina, é o complexo das relações jurídicas de uma pessoa, que tiverem valor econômico. Clóvis, acolhendo essa noção, comenta: "Assim, compreendem-se no patrimônio tanto os elementos ativos quanto os passivos, isto é, os direitos de ordem privada economicamente apreciáveis e as dívidas. É a atividade econômica, sob o seu aspecto jurídico, ou a projeção econômica da personalidade civil". O patrimônio restringe-se,



assim, aos bens avaliáveis em dinheiro. Nele não se incluem as qualidades pessoais, como a capacidade física ou técnica, o conhecimento, a força de trabalho, porque são considerados simples fatores de obtenção de receitas, quando utilizamos para estes fins, malgrado a lesão a esses bens possa acarretar a devida reparação.

De acordo com dados estatísticos coletados pelo Anuário Brasileiro de Segurança Pública, entre os anos de 2019 e 2020, o total de furtos e roubos de veículos cometidos no território nacional corresponde a 364.410. No que tange a roubos de outros tipos e objetos é possível acrescentar a contabilização de mais 558.418 ocorrências.

Os crimes praticados contra o patrimônio, sendo ele móvel ou imóvel, possuem amparo no Código Penal Brasileiro, que traz abordagens acerca das infrações relativas a este objeto, como no caso dos mais popularmente conhecidos, como o furto, roubo e extorsão.

A maioria das infrações de caráter patrimonial refletem um ato ilegal para a obtenção do patrimônio de outrem, podendo ocorrer com ou sem o emprego de violência, grave ameaça ou constrangimento da vítima.

4 O CRIME DE RECEPÇÃO E SEUS DESDOBRAMENTOS

O crime de receptação é cometido de forma ampla e habitual em todo o território nacional, abrangendo todas as esferas de poder. Consiste num ato ilícito de obter para si patrimônio que foi anteriormente adquirido em razão de outros crimes.

O Código Penal Brasileiro, em seu artigo 180, conceitua tal conduta como sendo o ato de “Adquirir, receber, transportar, conduzir ou ocultar, em proveito próprio ou alheio, coisa que sabe ser produto de crime, ou influir para que terceiro, de boa-fé, a adquira, receba ou oculte”.

Em certo ponto, autores renomados e magistrados compreendiam a receptação como um ato adjunto, relacionado a condutas anteriores, e, por esse motivo, deveria ser considerada uma pena inferior ao crime basilar, porém, com o avanço da compreensão da doutrina, esse entendimento ganhou nova perspectiva e compreensão. De acordo com Damásio de Jesus (2020, p. 618):

Por isso, abandonando a ideia da cumplicidade posterior, nossa legislação a erigiu à categoria de infração autônoma, com sanção própria, desvinculada do delito precedente. (...) Nos dias de hoje, entretanto, a receptação já não pode ser tratada com benevolência. Realmente, do antigo joalheiro ou dono de ferro-velho, passamos a enfrentar grupos organizados para a receptação



de ouro e joias subtraídos e o desmanche de automóveis, caminhões, aeronaves, lanchas, jet-skis e motocicletas, empregando documentos falsos para encobrir a criminalidade e corrompendo menores e desocupados, muitas vezes ligados ao tráfico de drogas. Em outros casos, armas e munições subtraídas são vendidas e cedidas entre os delinquentes, propiciando e facilitando novos delitos.

Ao ganhar notoriedade como infração autônoma, verifica-se que a receptação, além de banalizar a obtenção de patrimônios adquiridos ilícitamente, também dá vazão e estimula a prática de uma infinidade de crimes, como por exemplo, num caso hipotético em que um indivíduo rouba carros para vendê-los posteriormente, quem o adquire incorre na necessidade de forjar documentos com o intuito de encobrir o fato do veículo ter sido roubado, tornando mais complexa a apreensão destes bens pelas autoridades.

Com a explanação de todos estes desdobramentos é possível notar também que os gastos do setor público para a solução do problema seriam afetados diretamente, haja vista que seria necessária uma maior quantidade de diligências para concluir o caso, incluindo maior tempo de investigação, análises mais abrangentes de dados, entre outros.

Partindo destes princípios, seria inviável permanecer com esta transgressão como sendo um ato de menor potencial ofensivo quando relacionado aos crimes de sua origem, isto porque, conforme demonstrado anteriormente, o crime de receptação é constituído por uma sequência contínua de outras violações à lei.

Conforme disposto no parágrafo segundo do artigo 155 do Código Penal, no caso de o crime ter sido cometido na modalidade de receptação dolosa, há a possibilidade de diminuição ou aumento da pena, dependendo do contexto. Nesse sentido, Damásio de Jesus (2020, p. 621) explana que:

Assim, tratando-se de crime de receptação dolosa, sendo primário o condenado e de pequeno valor o objeto material receptado, o juiz deve aplicar o privilégio: substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços ou impor somente a pena de multa. Nos termos do § 6º, no caso de bens e instalações do patrimônio da União, de Estado, do Distrito Federal, de Município ou de autarquia, fundação pública, empresa pública, sociedade de economia mista ou empresa concessionária de serviços públicos, aplica-se a pena em dobro.

Admite-se, ainda, a modalidade culposa, considerando a conduta de um agente que, tendo ciência da desconformidade do valor de um bem e o preço solicitado, ou advindo uma condição de vantagem exacerbada, adquire a coisa ou a recebe.



No caso em comento, há a presunção de que a coisa tenha sido obtida de forma criminosa. O dispositivo 180 do Código Penal traz uma elucidação de forma sucinta acerca do exposto, afirmando ainda que “A receptação é punível, ainda que desconhecido ou isento de pena o autor do crime de que proveio a coisa”.

Nesse caso, vale destacar que há a possibilidade de aplicação do perdão judicial na modalidade de receptação culposa, previsto no parágrafo quinto do artigo 180 do Código Penal, abordando que “se o criminoso é primário, pode o juiz, tendo em consideração as circunstâncias, deixar de aplicar a pena”.

Quanto ao sujeito do delito, e, ainda de acordo com Damásio (2020, p. 622), é possível concluir que:

Qualquer pessoa, salvo o autor, coautor ou partícipe do delito antecedente, pode ser sujeito ativo de receptação. Não se tratando de crime próprio, tendo em consideração que o tipo não faz nenhuma referência à qualidade pessoal do autor, qualquer um pode ser sujeito ativo. Entretanto, cumpre observar que o autor do crime antecedente não pode ser receptador, mesmo que execute o tipo do art. 180 do CP. Isso porque o receptador não pode ter nenhuma participação no delito antecedente. Se isso ocorre, i. e., se participa de qualquer forma da infração penal antecedente, é autor desta e não de receptação.

A doutrina é uníssona no entendimento de que qualquer indivíduo pode atuar como sujeito ativo, já que este não é considerado um crime próprio. No entanto, frisase que o autor, coautor ou partícipe do crime basilar deverá responder tão somente por este, não podendo configurar-se em nenhuma modalidade do crime de receptação.

Diante de diversos cenários, há algumas discussões acerca da possibilidade ou não de o proprietário do bem ser o sujeito ativo do referido crime. Analisando o dispositivo da lei referente ao crime de receptação, nota-se que não há menção alguma sobre o bem ser propriedade de uma pessoa específica, portanto, nada impede que o proprietário seja incluído nesse rol, desde que configure todos os critérios estabelecidos.

Para melhor elucidar a situação é necessário visualizar uma situação hipotética, e, neste sentido, Damásio (2020, p. 622) exemplifica do seguinte modo:

Suponha-se o caso de o sujeito realizar contrato de penhor com terceiro, entregando-lhe como garantia um relógio, que venha a ser furtado. Imagine que o ladrão ofereça o relógio ao credor, que imediatamente percebe ser de sua propriedade. Com a finalidade de frustrar a garantia pignoratícia, o proprietário compra, por baixo preço, o objeto material. Para nós, responde por delito de receptação, tendo em vista que está adquirindo, em proveito próprio, coisa que sabe ser produto de furto (art. 180, caput, 1ª parte). De observar que, enquanto na descrição típica do furto, roubo, dano e apropriação indébita, o CP emprega a expressão coisa alheia, no tipo da



receptação fala apenas em “coisa”, sem mencionar o título de propriedade. Assim, diante da figura típica da receptação, nada impede que o proprietário seja sujeito ativo.

Desse modo, é nítido que, apesar das discussões acerca do modo interpretativo do artigo 180 do Código Penal, parte majoritária da doutrina e jurisprudências mais recentes já chegaram a um consenso sobre determinadas especificações.

5 IMPLICÂNCIA NEGATIVA DOS ELEMENTOS SUBJETIVOS DO CRIME DE RECEPÇÃO

A subjetividade é um problema recorrente no âmbito jurídico, tornando-se mais acentuada em alguns casos. No que diz respeito ao crime de receptação, é possível observar que o magistrado enfrenta situações em que precisa imputar a alguém uma intenção, concluindo ainda que o sujeito possuía a consciência de que o objeto foi adquirido primariamente a partir de uma conduta criminosa.

Isto ocorre porque o caput do artigo 180 do Código Penal Brasileiro e o seu parágrafo sexto tratam de crimes punidos unicamente na forma dolosa, em outras palavras, é preciso que o deslinde da situação comprove o propósito do indivíduo desde o princípio do ato, conforme se constata no texto do dispositivo a seguir:

Art. 180 - Adquirir, receber, transportar, conduzir ou ocultar, em proveito próprio ou alheio, coisa que sabe ser produto de crime, ou influir para que terceiro, de boa-fé, a adquira, receba ou oculte: (Redação dada pela Lei nº 9.426, de 1996) Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 9.426, de 1996) (...) § 6º Tratando-se de bens do patrimônio da União, de Estado, do Distrito Federal, de Município ou de autarquia, fundação pública, empresa pública, sociedade de economia mista ou empresa concessionária de serviços públicos, aplica-se em dobro a pena prevista no caput deste artigo. (Redação dada pela Lei nº 13.531, de 2017).

A partir deste momento, o foco é direcionado para as questões procedimentais do curso de um processo, abarcando as discussões doutrinárias que circundam os elementos dos ritos judiciais.

O magistrado detém em suas mãos o dever de definir questões que são intrínsecas ao elemento psicológico do ser, ou seja, para julgar se determinado sujeito agiu com dolo seria necessário fazer uma leitura da mente do indivíduo, uma vez que somente este pode desvendar a sua verdadeira intenção.

Neste sentido, são perceptíveis as dificuldades que perpassam os deveres judiciais, tendo em vista que seus atos vão para além do seu alcance, e, a doutrina



penal reconhece obstáculos. 14 Para uma melhor compreensão faz-se necessário entender as teorias que envolvem a conceituação de dolo. Neste caso, Guilherme Nucci (2020, p. 305) traz a seguinte abordagem:

Depende da teoria adotada: a) é a vontade consciente de praticar a conduta típica (visão finalista – é o denominado dolo natural); b) é a vontade consciente de praticar a conduta típica, acompanhada da consciência de que se realiza um ato ilícito (visão causalista – é o denominado dolo normativo). Entre estas duas teorias encontra-se a mais expressiva diferença conceitual para o dolo. Preferimos o conceito finalista de dolo, ou seja, é a vontade consciente de realizar a conduta típica. Estamos convencidos de que todas as questões referentes à consciência ou à noção da ilicitude devem ficar circunscritas à esfera da culpabilidade.

Parte majoritária da doutrina adota para si o conceito finalista do dolo, em que para que haja a determinação do crime, basta que o indivíduo preencha os requisitos do tipo penal, não levando em consideração o fator psicológico do agente, ou seja, se há a ciência de que o ato cometido é ilegal ou não.

Neste interim, Guilherme Nucci (2020, p. 305) chama atenção para que lembremos que “há pessoas, com falsa percepção da realidade onde estão inseridas, podendo agir com vontade de praticar o tipo penal, mas convencidas de que fizeram algo certo, não significando, pois, que agiram sem dolo”. E, diante dos aspectos aqui elencados, verifica-se as falhas que percorrem a subjetividade, principalmente quando se adentra nos termos do crime de receptação, onde o referido óbice se intensifica.

Há ainda uma discussão acerca da hipótese em que o indivíduo recebe ou adquire o objeto mediante boa-fé, e, apenas após o ato, compreende que este adveio de um crime, tal fato é compreendido como dolo subsequente. De acordo com a percepção de Damásio de Jesus (2020, p. 628):

Entendemos que não há receptação. O dolo deve ser contemporâneo com a conduta. Realizada esta, o posterior elemento subjetivo não tem efeito retroativo, no sentido de dominar um comportamento já consumado. A não ser que o sujeito realize nova ação que configure o tipo penal, como, v. g., ocultando o objeto material.

Para complementar o referido segmento, o próprio Código Penal já estabelece uma explanação concisa sobre o favorecimento real, distinguindo-o do crime de receptação. Neste sentido, o artigo 349 do Código Penal é claro ao definir o crime como “Prestar a criminoso, fora dos casos de coautoria ou de receptação, auxílio destinado a tornar seguro o proveito do crime”.

Portanto, no caso hipotético aqui explanado, não se configura a receptação, uma vez que no momento do fato não havia o dolo, e este deve ser contemporâneo



com a conduta do agente.

Diante das considerações apresentadas, para que as atribuições das intenções possuam certa valoração judicial, é necessário afastar-se por completo das análises que se fundam termos intrínsecos tão somente ao agente, adotando-se, portanto, o conceito finalista do dolo, em que se determina o crime pelo fato de terem sido preenchidos todos os requisitos constantes em seu dispositivo.

6 A LEI 9.426/96 E A INSERÇÃO DA RECEPÇÃO QUALIFICADA

Em meados do ano de 1980, notou-se um crescimento exacerbado com relação aos crimes de roubo e furto de cargas de valor transportadas por caminhões em todo o território brasileiro. Os prejuízos financeiros de comerciantes, grandes indústrias e todos aqueles que necessitavam transportar cargas aumentaram de modo significativo.

A partir do surgimento desses casos, nota-se também um movimento ilegal oriundo dessas condutas criminosas, em que diversos comerciantes e donos de indústrias utilizaram-se destes meios para adquirir os referidos objetos por um valor muito abaixo do mercado e, posteriormente, colocando-os à venda com o intuito de obter maior vantagem financeira sobre eles.

Diante dessas questões, o Congresso Nacional aprovou a Lei 9.426 de 1996, que trouxe uma nova redação ao dispositivo 180 do Código Penal Brasileiro, que além de alterar o caput do artigo, também acrescentou alguns parágrafos, como se pode observar alguns deles abaixo:

§ 1º - Adquirir, receber, transportar, conduzir, ocultar, ter em depósito, desmontar, montar, remontar, vender, expor à venda, ou de qualquer forma utilizar, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, coisa que deve saber ser produto de crime:(Redação dada pela Lei nº 9.426, de 1996) Pena - reclusão, de três a oito anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 9.426, de 1996) § 2º - Equipara-se à atividade comercial, para efeito do parágrafo anterior, qualquer forma de comércio irregular ou clandestino, inclusive o exercício em residência. (Redação dada pela Lei nº 9.426, de 1996).

Há de se trazer à baila que o primeiro parágrafo explicita exatamente a incidência da receptação profissional que, neste espectro, compreende um agravamento da conduta originária, tendo em vista que houve a ampliação de furtos e roubos em nível extremamente elevado.

No entanto, a gravidade desta nova modalidade vai mais além, pois constitui



um movimento em que se elevou o nível de ilegalidade da receptação, em que esta passou a ser realizada através de uma compra em atacado de produtos obtidos por meios criminosos, com finalidade comercial.

Apesar do surgimento da qualificadora do crime de receptação ter sido considerada por muitos um avanço excepcional e necessário, surgiram também novas divergências de ideias relacionadas à doutrina, fato este abordado pelo ilustre Rogério Greco (2019, p. 684):

Existe controvérsia doutrinária quanto ao fato de se consignar, no § 1º do art. 180 do CP, uma modalidade de receptação denominada de qualificada. Isso porque, mediante a análise da figura típica, verifica-se que o legislador, além de manter as condutas previstas no caput do mencionado artigo, fez inserir outras que lhe eram estranhas, fazendo com que alguns autores o entendessem como verdadeiro tipo penal autônomo. A primeira característica que o torna especial em relação ao caput diz respeito à qualidade do autor, pois se trata de crime próprio, somente podendo ser levado a efeito por quem gozar do status de comerciante ou industrial. A expressão “de qualquer forma” não permite o raciocínio da chamada interpretação analógica, uma vez que o rol dos comportamentos proibidos pelo tipo penal em estudo é taxativo.

Neste sentido, percebe-se que a mudança, para parte da doutrina, trouxe uma nova modalidade de crime, tendo em vista que estabelece a configuração de um agente com características muito específicas. Nesse caso, o parágrafo primeiro do artigo 180 do Código Penal refere-se a um crime próprio, em que o autor do ato ilegal deve ser exclusivamente um comerciante ou industrial.

As discordâncias não param por aí, além dos apontamentos acerca de criação de um tipo penal autônomo, há uma extensa discussão sobre a constitucionalidade ou não do referido dispositivo. Ressalta-se, a princípio, que o Supremo Tribunal de Justiça, seguindo os mesmos preceitos do Supremo Tribunal Federal no ano de 2013, entendeu que a modalidade qualificada do crime de receptação é constitucional e abrange o dolo eventual, conforme se segue:

Conforme precedentes do Supremo Tribunal Federal (RE 443.388/SP, Rel. Ministra Ellen Gracie, Segunda Turma, julgado em 18/08/2009; RHC 117.143/RS, Rel. Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 25/06/2013) e da Terceira Seção desta Corte, ‘não se mostra prudente a imposição da pena prevista para a receptação simples em condenação pela prática de receptação qualificada, pois a distinção feita pelo próprio legislador atende aos reclamos da sociedade que representa, no seio da qual é mais reprovável a conduta praticada no exercício de atividade comercial’ (AgRg no REsp 1.497.836/SC, DJe 26/09/2016).

Conforme demonstrado, a discussão que leva a toda essa controvérsia sobre essa norma incriminadora da receptação na modalidade qualificada, diz respeito ao



termo utilizado no dispositivo sob o aspecto de que o indivíduo “deve saber”, ao contrário da expressão já abordada na modalidade dolosa simples do mesmo crime, em que se emprega apenas o termo “sabe”.

Apesar da jurisprudência apresentar concordância com a constitucionalidade do dispositivo, parte minoritária da doutrina entende o completo oposto. Isso porque, entendem que não se admite que uma pena maior seja configurada no crime em sua modalidade simples, que segue a expressão do “deve saber”, e, em contraponto, aplicar uma pena menor ao crime em sua modalidade qualificada, que se segue da expressão “sabe”.

Nesse sentido, essa corrente doutrinária leva consigo a compreensão de que há certa desarmonia na técnica jurídica utilizada para a aplicação da pena, uma vez que desrespeita o princípio da proporcionalidade de forma direta.

De acordo com Damásio de Jesus (2020, p. 626):

Em nosso modo de ver, a figura do § 1º do art. 180 do CP possui redação imprecisa, justamente porque somente faz alusão ao ato do agente que “deve saber” tratar-se o objeto material de produto de crime. Passadas mais de duas décadas da alteração legislativa, consolidou-se nos tribunais o entendimento de que o dispositivo alcança situações de dolo direto, entendido como a situação na qual o sujeito tem plena ciência de que se trata de coisa produto de delito anterior, e o dolo eventual, o qual se aperfeiçoa quando o agente deve saber cuidar-se de produto de crime.

Verifica-se, na compreensão do autor, a sua incompreensão acerca do entendimento majoritário, mesmo após a distância de tempo entre a alteração legislativa e os dias atuais, os tribunais insistem em dizer que a modalidade qualificada do crime alcança o dolo direto e, por esse motivo, configura-se como constitucional.

Ainda de acordo com Damásio (2020, p. 627):

Sustentamos, inicialmente, que a figura em questão, por somente incluir o dolo eventual, traduzido na expressão “deve saber”, imporia pena mais elevada do que aquela infligida ao sujeito que “sabe” (ser a coisa produto de crime), pois neste caso, dada a literalidade da lei, não se aplicaria o § 1º, mas o caput, cuja pena é mais branda. Esse tratamento feriria o princípio da proporcionalidade, motivo pelo qual dever-se-ia desprezar, por inconstitucionalidade, o preceito secundário do § 1º. Esse entendimento chegou a ser acolhido pelo Superior Tribunal de Justiça (vide HC 125.967, Rel. Min. Haroldo Rodrigues, 6ª Turma, DJe de 22-3-2010), mas, posteriormente, foi afastado. A tese atualmente vencedora é no sentido de que se a lei pune com maior rigor o comerciante ou industrial que recepta o bem devendo saber ser produto de crime, não pode se admitir a imposição de sanção mais branda quando ele sabe que o objeto material decorre de atividade criminosa anterior. Para o STJ, portanto, sendo o dolo eventual “... suficiente para configurar o tipo de receptação qualificada, com mais razão deve-se aplicar a pena mais grave aos condenados pela prática do crime com dolo direto” (STJ, HC 193.391, Rel. Min. Laurita Vaz, 5ª Turma, DJe de 1º-8-



2013).

Por fim, o autor preconiza que, apesar do entendimento jurisprudencial seguir essa linha, o comerciante que “sabe” que o objeto adquirido adveio de uma conduta criminosa anteriormente praticada, automaticamente configura o crime indicado no caput do artigo. E, nessa mesma linha de raciocínio, o comerciante que se enquadre no quesito de que “deve saber”, deve ser configurado na modalidade qualificada, no entanto, aplicando-se a pena do caput.

Desse modo, a doutrina minoritária considera essa ideia como a mais prudente e de impacto mais aceitável de acordo com as alterações realizadas no dispositivo pela Lei 9.426 de 24 de dezembro 1996.

7 CONCLUSÃO

O presente artigo trouxe uma nova perspectiva para a importância do afastamento da subjetividade que se encontra presente em diversos aspectos relacionados ao Direito Penal Brasileiro, demonstrando a perspectiva de autores renomados deste ramo, que elucidam sabiamente o melhor modelo a ser adotado pelos magistrados na tomada de decisões durante os ritos judiciários.

Restou evidenciado que, o conceito finalista do dolo não busca definir algo que é intrínseco a pessoa do acusado, como a sua consciência ou até mesmo a sua vontade, pois esta não pode ser analisada e definida por quem não a conhece de fato, que é o próprio indivíduo.

Por essa razão, foram relacionadas as principais ideias adotadas pela parte majoritária da doutrina, que ao adotar o conceito finalista do dolo, entendem que para o ato seja determinado como crime, basta apenas que o indivíduo preencha os requisitos do tipo penal, não levando em consideração o fator psicológico do agente, ou seja, se há a ciência de que o ato cometido é ilegal ou não.

É ressaltado ainda a inserção da modalidade qualificada do crime através da Lei 9.426 de 1996, aprovada pelo Congresso Nacional, em que se deu uma nova redação para o caput da lei e acrescentou determinados parágrafos. Diversos estudiosos apontaram para as falhas advindas da mudança, elencando inclusive as brechas que perpassam até hoje a letra da lei.

REFERÊNCIAS



BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal – Parte Geral. 26ª Ed. – São Paulo: Editora Saraiva Educação, 2020.

BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: . Acesso em: 19 jul. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.497.836. Santa Catarina: 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro Vol. 1 – Parte Geral. 19ª Ed. – São Paulo: Editora Saraiva Educação, 2021.

GRECO, Rogério. Direito Penal Estruturado. 1ª Ed. – São Paulo: Editora Método, 2019.

JESUS, Damásio de. Direito Penal Vol. 2 – Parte Especial: crimes contra a pessoa a crimes contra o patrimônio. 36ª Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

NUCCI, Guilherme Souza. Manual de Direito Penal. 16ª Ed. – São Paulo: Editora Forense, 2020.

FÓRUM, Segurança. Anuário Brasileiro de Segurança Pública. Disponível em: . Acesso em: 19 jul. 2021.



APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA NA ADOÇÃO À BRASILEIRA

Valéria Silva Galdino Cardin⁴³
Claudia Aparecida Costa⁴⁴

RESUMO: A adoção é um negócio jurídico que cria relações de paternidade e filiação entre duas pessoas, por conseguinte o entendimento é de que o ato da adoção faz com que uma pessoa passe a gozar do estado de filho de outra pessoa independente do vínculo biológico. Já por “adoção à brasileira” entende-se que é uma espécie ilegal de burlar o processo regulamentado e burocrático da adoção, adota-se a criança de forma irregular registrando o filho adotivo como se biológico fosse. Desse modo, o presente trabalho torna-se importante por ressaltar o princípio do melhor interesse da criança, bem como, a necessidade de mostrar que a adoção é um ato de amor e de afeto e, portanto, exige todo o cuidado, visto que a “adoção à brasileira” pode colocar em risco o natural e saudável desenvolvimento da personalidade da criança adota. O método científico empregado nessa pesquisa foi o dedutivo por meio da pesquisa bibliográfica, baseada em livros direcionados aos conflitos de filiação no que tange a adoção legal e ilegal.

Palavras-chave: adoção. adoção à brasileira. princípio do melhor interesse da criança.

ABSTRACT: Adoption is a legal transaction that creates paternity and parentage relationships between two people, therefore the understanding is that the act of adoption makes a person enjoy the status of child of another person regardless of the biological relationship. By “Brazilian adoption”, it is understood that it is an illegal kind of circumventing the regulated and bureaucratic process of adoption, the child is adopted irregularly, registering the adopted child as if it were biological. Thus, the present work is important for emphasizing the principle of the best interest of the child, as well as the need to show that adoption is an act of love and affection and, therefore, requires all care, since the “Brazilian adoption” can jeopardize the natural and healthy development of the child's personality. The scientific method used in this research was the deductive one, through bibliographical research, based on books directed to conflicts of affiliation regarding legal and illegal adoption.

Keywords: adoption. Brazilian adoption. principle of the child's best interest.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho apresenta uma problemática da atualidade jurídica, a ilegalidade da adoção à brasileira. Este método consiste em registrar como filho biológico alguém que não foi de fato gerado pelos pais registrantes, interferindo na destituição do poder familiar, no vínculo com os pais biológicos e também no direito

⁴³ Pós-Doutora em Direito pela Universidade de Lisboa; Doutora e Mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP); Docente da Universidade Estadual de Maringá (UEM) e no Programa de Pós-Graduação de Doutorado e Mestrado em Ciências Jurídicas pela Universidade Cesumar; Pesquisadora pelo Instituto Cesumar de Ciência, Tecnologia e Inovação (ICETI); Advogada no Paraná; E-mail: valeria@galdino.adv.br

⁴⁴ Doutoranda pelo programa de Direitos da Personalidade do Centro Universitário de Maringá-UNICESUMAR, tendo como linha de pesquisa os instrumentos de efetivação dos direitos da personalidade. Bolsista CAPES. Mestre em direitos da personalidade pelo Centro Universitário de Maringá-UNICESUMAR. E-mail: claudiaclopes@outlook.com



de reaver a criança, no caso do não consentimento desta doação.

Com base no dever parental, bem como o dever do Estado de proteger a criança e o adolescente, a inserção do infante em um novo ambiente familiar afetivo, deve-se respeitar os trâmites legais da adoção. Assim, justifica-se a relevância da temática, ante as adoções fraudadas que possibilitam desvios da finalidade primordial que é a absoluta proteção da criança e adolescente, cabendo ao ordenamento coibir e punir essas ações.

Desse modo, em um primeiro momento, a fim de elucidar o assunto, é esclarece-se sobre a evolução histórica do instituto da adoção, até a lei 12.012/2009, a Lei Nacional da Adoção.

Em um segundo momento, a ênfase recai sobre a ilegalidade da adoção à brasileira em si, partindo da realidade social para repercutir no campo do Direito, diante dos riscos e consequências que a adoção irregular pode gerar. Ainda no mesmo capítulo, serão analisadas as características dos adotantes e dos adotados. E ademais, far-se-á uma abordagem da correlação da adoção à brasileira com o princípio oriundo do Direito de Famílias no que tange ao Melhor Interesse da Criança.

DELINEAMENTOS HISTÓRICOS ACERCA DO INSTITUTO DA ADOÇÃO

Na sua mais remota origem, observa-se que o principal sentido da adoção era de cunho religioso, pelo temor de não ter quem perpetuasse o culto doméstico aos antepassados e sob a crença de que a pessoa sem prole iria cair na desgraça da extinção da família, autorizava-se o direito a adotar.

Acerca da trajetória histórica da adoção, o doutrinador Rolf Madaleno resume:

O instituto da adoção tem atravessado os séculos e integrado a história de todos os povos, tendo sua origem, em sua versão mais remota, o propósito de perpetuar o culto doméstico dos antepassados e dessa forma evitar a desgraça representada pela morte do chefe da família sem descendentes. (MADALENO, 2018, p. 840)

Esse contexto é também abordado pelo historiador Fustel de Coulanges, em sua obra *A Cidade Antiga*, publicado em 1864.

Coulanges esclarece que “aquele a quem a natureza não deu filhos pode adotar um, para que as cerimônias não cessem” (COULANGES, 1990, p. 65.). A principal ideia que estava presente nesta civilização era que se alguém viesse a falecer sem descendente, não teria quem fizesse as cerimônias do culto fúnebre.



Ainda a respeito das civilizações antigas explana o doutrinador Silvio Venosa:

A ideia fundamental já estava presente na civilização grega: se alguém viesse a falecer sem descendente, não haveria pessoa capaz de continuar o culto familiar, o culto aos deuses-lares. Nessa contingência, o pater famílias sem herdeiro, contemplava a adoção, com essa finalidade. O princípio básico do instituto antigo que passou para o direito civil moderno era no sentido de que a adoção deveria imitar a natureza. (COULANGES, 1990, p. 65.)

O princípio básico do antigo instituto que passou para o direito civil moderno, era no sentido de que a adoção deveria imitar a natureza. Como evidencia o historiador Coulanges, (COULANGES, 1990, p. 53.) o adotado passava a ter o nome, a posição do adotante e tinha direito sucessório como uma consequência de assumir o culto, porém era exclusivo pela linha masculina, somente um filho homem poderia celebrar o culto familiar. Deste modo, revela-se que nos primórdios a adoção se voltava tão somente para a pessoa do adotante.

No direito romano, conforme menciona Artur Marques da Silva Filho, (FILHO, 2000, p. 22) a adoção tinha finalidade econômica, servia para deslocar a mão de obra de uma família para outra, muito embora ainda não tivesse desaparecido a inspiração religiosa.

Sobre o período romano, o autor José de Farias Tavares (TAVARES, 2001, p. 151) menciona o caso de Júlio César, fundador do Império Romano, tomando Otávio como seu filho (adoção plena), pois mudou até o seu nome para Otaviano, o qual mais tarde intitulou-se imperador.

Desse modo, resume a doutrinadora Maria Berenice Dias acerca da adoção:

O instituto da adoção é um dos mais antigos de que se tem notícia. Afinal, sempre existiram filhos não desejados, cujos pais não querem ou não podem assumir. Também há crianças que são afastadas do convívio familiar. Conclusão: há legiões de crianças abandonadas, jogadas no lixo, maltratadas, violadas e violentadas, que escancaram essa realidade. A sorte é que milhões de pessoas desejam realizar o sonho de ter filhos (DIAS, 2016, p.813)

Após a Segunda Guerra Mundial algumas mudanças ocorreram no campo da adoção. Muitas crianças vivenciaram o problema de perderem suas famílias, e com isso veio uma nova concepção da adoção. O autor Artur Marques da Silva Filho (FILHO, 2009, p. 71) explica que a adoção passou a ser um meio ou um instrumento para beneficiar as relações familiares de crianças que não tinham mais seus pais, sendo prontamente aceito pela sociedade. Assim, com a evolução social, as normas



deslocaram o interesse substancialmente da adoção para instituto protetivo do adotado. Passou-se, a partir de então, a compreender a adoção como forma constitutiva de vínculo de filiação, uma filiação puramente jurídica, baseada na presunção de uma realidade não biológica.

No Brasil a adoção foi disciplinada primeiramente no código civil de 1916. O autor Álvaro Villaça Azevedo explica como era compreendida a adoção, “no Código Civil de 1916 a adoção foi regulamentada como um instituto jurídico que supria a deficiência da natureza, dando filho a quem não podia tê-lo” (AZEVEDO, 2019, p. 389).

Carlos Roberto Gonçalves define acerca da adoção nesse período, “no sistema do código de 1916, era nítido o caráter contratual do instituto. Tratava-se de negócio jurídico bilateral e solene” (GONÇALVES, 2017, p.575)

Visava essencialmente direitos relacionados às pessoas dos adotantes, deixando o adotado em segundo plano, posto que a adoção civil dava a oportunidade de filiação aos casais que não podiam ter filhos. (VENOSA, 2003, p. 317)

No Código Civil de 1916 a denominada simples adoção era possível tanto para adolescentes e crianças tendo como requisito para o adotante que não tivesse filhos biológicos. “A adoção era levada a efeito por escritura pública e o vínculo de parentesco estabelecia-se somente entre o adotante e o adotado”, (DIAS, 2016, p.814) explica a doutrinadora Maria Berenice Dias.

O Código de 1916 permitia que a relação adotiva fosse revogável e não anulava o vínculo entre a criança e seus genitores, “em suma, a posse da criança era regulamentada no cartório da mesma forma que se regulamentava a posse de bens e imóveis”. (FONSECA, 2006. p.120)

Neste período da legislação brasileira, a desigualdade entre filhos legítimos e de criação era natural. Como ressalta a autora Claudia Fonseca, “ainda mais, havia o perigo da adoção ser usada para legitimar filhos adulterinos – um ato que, ferindo a moral familiar, era expressamente proibido na legislação de diversos países”. (FONSECA, 2006. p.119)

A adoção do Código Civil de 1916 trazia assim, a oportunidade de poder dar continuidade a família, nessa forma a adoção se dava através de escritura pública, sem a interferência do magistrado e se consumava com a averbação da escritura no registro civil.

A grande guinada legislativa foi iniciada com a lei 3.133, de 08 de maio de 1957 que trouxe profundas alterações para adoção sob o prisma assistencial. Passou-se a



permitir a adoção por pessoas maiores de 30 anos de idade, conforme a disposição legal do artigo 368 da lei nº 3.133, de 1957. O legislador nesse momento não se preocupava somente em permitir a adoção a quem não poderia ter filhos, mas sim, em facilitar a adoção para que mais crianças e adolescentes, pudessem ser adotados e com isso melhorar as condições de vida dos menores.

Também o artigo 369 foi alterado pela lei nº 3.133, de 1957, antes era definido que o adotante teria que ser, pelo menos, dezoito anos mais velho que o adotado, passou para 16 (dezesesseis) anos mais velho que o adotado.

Posteriormente a lei 4.655 de 1965 permitiu a legitimação adotiva, a qual por decisão judicial fazia cessar o vínculo com a família natural e tornava irrevogável a adoção. Na sequência o Código de Menores, lei 6.697 de 1979, trouxe a adoção plena, no lugar da legitimação adotiva, a diferença entre a primeira denominação é que esta passava a ter vínculo de parentesco com a família dos adotantes. Assim, “o nome dos avós passou a constar no registro de nascimento do adotado, independentemente de consentimento expresso dos ascendentes” (DIAS, 2016, p.814) esclarece Maria Berenice Dias.

Aos poucos a adoção passa a ser percebida como interesse social relevante, tratando de um instituto de caráter filantrópico, humanitário e assistencial. Com o intuito de proteger a infância, a adoção tem por objetivo, estabelecer e fortalecer uma nova família.

DA ADOÇÃO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição Federal Brasileira de 1988 foi um divisor de águas, tendo como estrutura o macrop princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Em seus artigos 5º e 6º, há destaque aos direitos sociais, priorizando a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, proteção à maternidade e à infância e adolescência, como direitos essenciais do ser humano.

Paulo Lôbo ressalta a relação entre a Constituição Federal Brasileira de 1988 com a Dignidade da Pessoa Humana:

No estágio atual, o equilíbrio do privado e do público é maturizado exatamente na garantia do pleno desenvolvimento da dignidade da pessoa humana que integram a comunidade familiar, ainda tão duramente violada na realidade social, máxime com relação às crianças. (LÔBO, 1999, p. 309)



O arco da proteção constitucional alcançou com mais seriedade a proteção à criança e ao adolescente apontando os seus direitos em conhecimento a dignidade de cada um, como pessoa humana e membro de uma comunidade.

A Constituição Federal Brasileira de 1988 desse modo é basilar no que se refere à criança e ao adolescente, pois condensou uma série de direitos e valores, sempre com base no princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, bem como, nos princípios norteadores do Direito de Famílias: princípio da solidariedade, da convivência familiar, da igualdade, liberdade, da afetividade e do melhor interesse da criança.

Estes princípios referem-se à proteção, a função social da família. O Poder Público deve observar sempre o melhor interesse da criança, buscando dar a devida proteção para evitar qualquer tipo de negligência, exploração ou fraude.

Disposta no artigo 226 da Constituição Federal de 1988 como a base da sociedade e detentora de proteção espacial do Estado, a família é o núcleo fundamental do meio social. De acordo com Maria Berenice Dias, fundadora do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, “a família é o primeiro agente socializador do ser humano”. (DIAS, 2016, p.49) A formação da família é o objetivo da entidade familiar, fundamentada na afetividade, estabilidade e igualdade.

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu em seu artigo 227, a isonomia plena de tratamento, assegurando sempre às crianças e aos adolescentes, os direitos fundamentais básicos, os direitos da personalidade, o direito a vida, o direito da integridade física e a psíquica, o direito aos alimentos, o direito à convivência familiar, entre outros.

Ainda no artigo 227, parágrafos 5º e 6º da CF/88, encontram-se disposições legais específicas à adoção, atendendo o princípio da Dignidade da Pessoa Humana e enfatizando o princípio da igualdade e isonomia. Entende-se que os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, bem como, o acompanhamento da adoção pelo Poder Público. Assim, o artigo tem por finalidade de proteger a criança e o adolescente de discriminação. E acerca de tal importante passo no campo da adoção, a doutrinadora Maria Berenice Dias explana:

A Constituição Federal (227 § 6.º), ao consagrar o princípio da proteção integral, deferindo idênticos direitos e qualificações aos filhos e proibindo quaisquer designações discriminatórias, eliminou qualquer distinção entre adoção e filiação. Para dar efetividade a este comando



o Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA passou a regular a adoção dos menores de 18 anos, assegurando-lhes todos os direitos, inclusive sucessórios. (DIAS, 2016, p. 814)

Desse modo, a respeito do princípio da isonomia filial, não se distingue mais a origem do filho, com terminologias como: legítimo, ilegítimo, natural, adotivo. Não importa a origem da filiação, podendo ser por vezes, biológica, ou seja, de consanguinidade; pode ser jurídica, como a adoção, ou reprodução assistida; pode ser simplesmente por afinidade, que advém do afeto.

Seja qual for a origem da filiação, o que prevalece é a isonomia de tratamento aos filhos, isto é, princípio constitucional da igualdade absoluta de direitos entre os filhos. O adotado é filho, sem qualquer adjetivação, com os mesmos direitos e obrigações, entende-se que filhos são simplesmente filhos, independente se biológico ou afetivo.

A relação que existe entre pais e filhos adotivos é de natureza civil, pois o vínculo que os une é regulado pela lei, estando determinado na Constituição Federal de 1988. A adoção sendo um vínculo de parentesco civil, em linha reta estabelece entre adotante e adotado, o estado legal de paternidade e filiação civil. Tal posição de filho será definitiva ou irrevogável, para todos os efeitos legais, uma vez que desliga o adotado de qualquer vínculo com o pai de sangue, salvo os impedimentos para o casamento. (DINIZ, 2018, p. 593)

Quanto à natureza jurídica, a adoção é negócio bilateral e solene. Todavia, a partir da Constituição Federal de 1988, passou a constituir-se por ato complexo, a exigir sentença judicial, destacando-se o ato da vontade e o nítido caráter institucional. (BARROSO, 1999, p. 124)

A CF/88 abarcou a adoção como sendo o ato judicial pelo qual, observamos os requisitos legais, estabelecidos independente de qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim, um vínculo de filiação trazendo para a família a condição de filho, portanto é um vínculo de parentesco civil, em linha reta. Tal posição de filho será definitiva, criando verdadeiros laços de parentesco.

Assim, Maria Berenice Dias pontua que a proteção integral e a vedação de referências discriminatórias modificaram a perspectiva da adoção,

Inverteu-se o enfoque dado à infância e à adolescência, rompendo a ideologia do assistencialismo e da institucionalização, que privilegiava o interesse e a vontade dos adultos. A adoção significa muito mais a



busca de uma família para uma criança. Foi abandonada a concepção tradicional, em que prevalecia sua natureza contratual e que significava a busca de uma criança para uma família. (DIAS, 2016, p.819)

Além disso, a CF/88 definiu a adoção plena e irreversível, o que tem significativa relevância social, na regulamentação dos preceitos constitucionais. Desta maneira, a Constituição Federal Brasileira de 1988 é um grande marco para a adoção, ante os princípios constitucionais e familiares resguardados.

Posteriormente, dando sequência ao caráter evolutivo, é traçada a criação do Estatuto da criança e do Adolescente, que alinhou ainda mais as regras no que tange a proteção e dignidade das pessoas em desenvolvimento.

DA ADOÇÃO À BRASILEIRA

A adoção representa um parentesco eletivo, decorrente de um ato de vontade, uma espécie de relação de filiação e paternidade fundamentada no afeto.

Conforme o entendimento do autor Artur Marques da Silva Filho, a evolução do instituto da adoção, teve diferentes roupagens, “seus aspectos, características e efeitos, experimentando os influxos da época, sofreram transformações em razão dos costumes e das leis que o disciplinaram”. (FILHO, 2009, p. 69)

Segundo Carlos Roberto Gonçalves pode ser observado na adoção dois importantes aspectos, “o de sua formação, representado por um ato de vontade submetido aos requisitos peculiares; e o do status que gera preponderantemente de natureza institucional”. (GONÇALVES. 2017, p.576)

Desse modo, a adoção que possui características de formalidade e solenidade, deve primeiramente ser vista como um ato de amor e de afeto.

De acordo com os relatórios estatísticos do Cadastro Nacional da Adoção (CNA) disponibilizados no site do Conselho Nacional de Justiça, (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. 2020) o cadastro tem atualmente 46.066 pretendentes cadastrados e 9.332 crianças e adolescentes disponíveis para adoção. Teoricamente uma conta fácil de ser solucionada, porém muitas crianças não estão legalmente cadastradas e muitas ainda são adotadas através de outro método, que não o regulamentado pela lei 12.010/2009, Lei Nacional de Adoção.

No caso da chamada adoção à brasileira, que recebe este nome justamente



por ser uma prática disseminada no Brasil, também há uma filiação socioafetiva, porém este método não respeita os trâmites legais da adoção, trata-se de uma adoção fraudada, isto é, considerada ilícita, contrária à norma jurídica.

Dessa forma a adoção à brasileira consiste em registrar como filho biológico sem que este tenha sido de fato gerado pela mãe que registra e nessa situação o Código Penal Brasileiro de 1940 e vigente caracteriza como crime contra o estado de filiação a conduta de registrar filho alheio como próprio.

Esse meio fraudulento pode trazer riscos para a criança envolvida, e por isso, passa a ser preocupação do Estado, o ordenamento jurídico coíbe esta conduta para impedir que crianças sejam exploradas, traficadas e maltratadas. Além do que desrespeita o processo legalizado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e a lei Nacional da Adoção, e este ato não goza necessariamente de uma total proteção legal podendo ser comprovada fraude por um exame de DNA, por exemplo.

Cumpra-se ressaltar que a adoção à brasileira difere da *fosterage*, termo inglês que abarca o costume de entregar os filhos a mães de criação na qual a transferência dos direitos dos pais é parcial e temporária.

No que diz respeito à desconstituição da filiação, deve-se ter comprovada a inexistência do vínculo socioafetivo, visto que o registro só é inválido, quando apresentado erro ou falsidade deste, conforme entendimento legal do artigo 1.604 do Código Civil de 2002. Contudo, o registro, por sua vez, não impede o reconhecimento do estado de filiação, preceito do artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) - lei 8069/90.

Entende-se que, ante a adoção, o simples registro de filiação não impede a busca do direito fundamental da criança e do adolescente de conhecer a sua origem genética. A adoção à brasileira, não configura erro ou falsidade do registro, visto que ocorreu de forma voluntária e espontânea.

Contudo, ainda que exista uma preocupação, esta forma de adoção é uma prática comum, por vezes justificada pela burocracia que envolve o instituto da adoção.

Entretanto, existem situações que os próprios pais biológicos entregam a criança para que outra família crie, seja por motivos financeiros ou quaisquer outros que sejam. Esse tipo de adoção que está à margem do controle judicial propicia injustiças com famílias carentes que sob pressão econômica acabam por transformar a criança ou o adolescente em um objeto, uma espécie de moeda de troca.



Sob esta perspectiva, a adoção à brasileira burla também as pessoas legalmente cadastradas à espera da adoção, e o infante envolvido acaba sendo entregue a uma pessoa não avaliada por lei para ser adotante. Podendo envolver ainda outros crimes, como a venda ou tráfico de crianças. Assim, a ilegalidade dessa conduta não necessariamente irá considerar os verdadeiros interesses da criança, o que é o fator determinante para a lei Nacional de Adoção (lei 12.010/2009).

A ADOÇÃO PELO VIÉS DOS DIREITOS HUMANOS

As crianças e os adolescentes são detentores de direitos. Conforme disposto no caput do artigo 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), lei 8.069 de 13 de Julho de 1990, a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana. E esta lei tem por finalidade lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

O parágrafo único do mesmo artigo prevê que os direitos enunciados do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) aplicam-se a todas as crianças e adolescentes, sem discriminação de nascimento, situação familiar, idade, sexo, raça, etnia ou cor, religião ou crença, deficiência, condição pessoal de desenvolvimento e aprendizagem, condição econômica, ambiente social, região e local de moradia ou outra condição que diferencie as pessoas, as famílias ou a comunidade em que vivem. (redação incluída pela lei 13.257, de 2016).

Ademais, o artigo 4º do Estatuto (ECA), lei 8.069/90 prioriza o que tange a criança e o adolescente, que 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

Desse modo, os autores Luciano Rossato, Paulo Lepore e Rogério Cunha ressaltam, “em razão de sua condição de pessoa em desenvolvimento, fazem jus a um tratamento diferenciado, sendo correto afirmar, então, que são possuidoras de mais direitos que os próprios adultos”. (ROSSATO; LÉPORE; CUNHA, 2012.p.53)



Historicamente, observam-se alguns momentos de destaque em relação aos direitos humanos das crianças e a adoção, em Londres, no ano de 1919, teve o surgimento da primeira associação *Save the Children (International Save the Children Alliance)*, em razão da Primeira Guerra Mundial (1914-1918) e da Revolução Russa (1917). “Essa associação tem por finalidade promover ajuda humanitária temporária às crianças, bem como promover o seu apadrinhamento”. (ROSSATO; LÉPORE; CUNHA, 2012.p.61)

Posteriormente, em 1920, a associação *Save the Children (International Save the Children Alliance)* passou a ser a União Internacional Salve as Crianças, “considerada como vanguardista na luta pelos direitos da infância em todo o planeta (com atuação até os atuais dias em mais de cento e vinte países)”. ROSSATO; LÉPORE; CUNHA, 2012.p.61) Tornou-se assim, referência na mobilização de países e autoridades em prol dos cuidados com as crianças.

Quanto aos direitos humanos das crianças, a Assembleia Geral da ONU aprovou a Declaração dos Direitos da Criança, em 1959, entendendo assim, a criança como sujeito de direitos. Declaração esta, alicerçada pelos princípios que regem a Declaração dos Direitos do Homem, cuidando não só de direitos econômicos, sociais, culturais, civis e políticos, mas também direitos humanitários.

Como evidenciam os autores Luciano Rossato, Paulo Lepore e Rogério Cunha, a Declaração dos Direitos da Criança “foi responsável por uma verdadeira alteração de paradigma, pois a criança deixou de ser considerada objeto de proteção (recipiente passivo), para ser erigida a sujeito de direito”. ROSSATO; LÉPORE; CUNHA, 2012.p.63)

O autor ainda complementa e enfatiza “essa Declaração tornou-se um guia para a atuação, tanto privada como pública, em favor da criança”. ROSSATO; LÉPORE; CUNHA, 2012.p.59)

No núcleo da Declaração dos Direitos da Criança de 1959 foram adotados dez princípios basilares, resumidos pelos autores Luciano Rossato, Paulo Lepore e Rogério Cunha da seguinte forma:

Princípio I: Universalização dos direitos a todas as crianças, sem qualquer discriminação; Princípio II: As leis devem considerar a necessidade de atendimento do interesse superior da criança; Princípio III: Direito a um nome e a uma nacionalidade, devendo ser prestada assistência à gestante; Princípio IV: A criança faz jus a moradia, lazer e outros cuidados especiais; Princípio V: Aqueles que necessitarem devem receber cuidados especiais



(como ocorre com as crianças portadoras de necessidades especiais), bem como de receber o amor e cuidado dos pais; Princípio VI: Criança deverá crescer sob o amparo de seus pais, em ambiente de afeto e segurança, podendo a criança de tenra idade ser retirada de seus pais somente em casos excepcionais; Princípio VII: Direito à educação escolar; Princípio VIII: Criança deve figurar entre os primeiros a receber proteção e auxílio; Princípio IX: Criança faz jus à proteção contra o abandono e a exploração no trabalho; Princípio X: Criança deve crescer dentro de um espírito de solidariedade, compreensão, amizade e justiça entre os povos. (ROSSATO; LÉPORE; CUNHA, 2012.p.61)

Enfatiza-se dentre os princípios norteadores da Declaração dos Direitos da Criança, a universalização dos direitos a todas as crianças, sem qualquer discriminação, tornaram-se detentoras de direitos.

Ainda no que tange a proteção das crianças e direitos humanos, o Fundo das Nações Unidas para a Infância, UNICEF, também merece destaque. Criado após a Segunda Guerra Mundial (1939 a 1945), ante a necessidade da existência de uma instituição que ajudasse as crianças dos povos libertados na Europa, assim, em 11 de dezembro de 1946 a Assembleia Geral das Nações Unidas aprovou a criação do UNICEF.

Outro marco foi a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, tratado internacional que foi incorporado à legislação brasileira, e agrega à Proteção dos Direitos da Criança e do Adolescente, estando na condição de norma supralegal. O tratado que visa a proteção de crianças e adolescentes de todo o mundo, foi aprovado pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1989.

Sérgio Augusto Souza assim define que a Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada por unanimidade, pela Assembleia Geral das Nações Unidas, “foi um marco em relação aos esforços que se realizam no plano internacional para fortalecer a justiça, a paz e a liberdade em todo o mundo mediante a promoção e proteção dos direitos humanos. E acrescenta que, a gama de direitos reconhecidos pela Convenção, “criam um sistema segundo o qual não existe efetiva proteção sem que se garanta, não um direito específico, mas todos os direitos correlatos”. (SOUZA, 2001.p.62)

Posteriormente à Convenção sobre os Direitos da Criança foi criado o Comitê sobre os Direitos da Criança, em 1991, com o intuito de validar os preceitos da Convenção, “sendo por ele destacados quatro artigos da Convenção que podem ser erigidos a pilares do diploma: I) princípio da não discriminação – art.2º; II) princípio da



observância dos melhores interesses da criança – art.3º ; III) princípio do direito à vida e à sobrevivência – art. 6º; e, IV) princípio do direito a expressar sua opinião – art.12”, como explicam os autores Luciano Rossato, Paulo Lepore e Rogério Cunha . (ROSSATO; LÉPORE; CUNHA, 2012.p.67)

Assim sendo, percebe-se ante ao aparato interno vigente, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), e o aparato externo, a Declaração dos Direitos da Criança de 1959 e a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança de 1989, que as crianças e os adolescentes na condição de pessoas em desenvolvimento foram compreendidos como sujeitos de diretos.

DA CORRELAÇÃO DA ADOÇÃO À BRASILEIRA COM O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA

A Constituição Federal da República Federativa do Brasil, promulgada em outubro de 1988 passou a ter uma preocupação com os direitos fundamentais. Com o intuito de resguardar o desenvolvimento saudável da criança e do adolescente, a Constituição Federal de 1988 foi fundamentada nos princípios fundamentais: da dignidade da pessoa humana e da solidariedade, bem como nos princípios gerais do Direito de Família: o direito da convivência familiar, da igualdade entre os filhos, da afetividade e do melhor interesse da criança.

Para os autores Luciano Rossato, Paulo Lepore e Rogério Cunha, o reconhecimento jurídico dos direitos da criança e do adolescente na CF/88 “se deu no Brasil já em um novo patamar, mais ligado aos processos de emancipatórios e constituído por uma concepção de positivação dos direitos humanos, tornando-os fundamentais.”. (ROSSATO; LÉPORE; CUNHA, 2012.p.77)

E ainda para os autores, a proteção e a prioridade absoluta podem ser ressaltadas pela Constituição Federal como metaprincípios, “devido à sua posição axiológica (valorativa), e à densidade de conteúdo, essas orientações de proteção e prioridade ocupam uma posição de destaque dentro dos princípios do direito da criança e do adolescente”. (ROSSATO; LÉPORE; CUNHA, 2012.p.77)



Na sequência, e de maneira mais específica, a Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989, ao compreender a criança como sujeito de direitos que faz jus à Proteção Integral, está diretamente correlacionada ao princípio do Melhor Interesse da Criança. Dessa forma, a Convenção acolhe a concepção do desenvolvimento integral da criança, reconhecendo-a como verdadeiro sujeito de direito, abrangendo desta maneira também a proteção de seus interesses no caso de adoção.

O artigo 27 do decreto 99.710, de 21 de novembro de 1990, que promulgou no Brasil a Convenção sobre os Direitos da Criança, pode ser evidenciado ao propor que os Estados Partes reconheçam o direito de toda criança a um nível de vida adequado ao seu desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral e social. Uma espécie de resumo do princípio da proteção integral à criança, orientado a buscar sempre o interesse maior da própria criança.

Cabe ainda menção, quanto aos direitos fundamentais ligados à infância e adolescência, o artigo 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) adota expressamente a doutrina da proteção integral, deixando claro pelo legislador a interpretação das normas internacionais sobre os Direitos da Criança.

Cumpra-se ressaltar também a lei 13.509/2017 que acrescentou mais um parágrafo ao artigo 39 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), para destacar o princípio da prevalência dos interesses do adotando. O parágrafo assim prevê, em caso de conflito entre direitos e interesses do adotando e de outras pessoas, inclusive seus pais biológicos, devem prevalecer os direitos e os interesses do adotando.

Ademais, cabe ressaltar a Convenção relativa à Proteção e a Cooperação Internacional em matéria de Adoção Internacional – apresentada na 17ª Seção da Conferência de Haia de Direito Internacional Privado, em 1993, sendo assinada por 36 países, inclusive o Brasil.

Assim, o decreto 3.087, de 1999, que promulgou a Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, concluída em Haia, em 29 de maio de 1993, destaca em seu preâmbulo, a necessidade de prever medidas para garantir que as adoções internacionais sejam feitas no interesse superior da criança e com respeito a seus direitos fundamentais, assim como para prevenir o sequestro, a venda ou o tráfico de crianças.



O autor Sérgio Augusto Souza pontua que a Doutrina de Proteção Integral da Criança está inserida na Convenção sobre Adoção Internacional, e em nada conflita com a Convenção sobre os Direitos da Criança ou com os demais pactos internacionais. Desse modo, compreende-se a Convenção sobre Adoção Internacional como mais uma aliada na efetiva proteção integral das crianças e não como díspar do princípio em prol da pessoa em desenvolvimento.

No tocante ao atual conceito de adoção, o doutrinador Carlos Roberto Gonçalves, ressalta a observância do princípio do melhor interesse da criança, “uma vez que o parágrafo único do art. 100 do Estatuto da Criança e do Adolescente proclama que são também princípios que regem a aplicação das medidas de proteção, dentre outros, IV – interesse superior da criança e do adolescente”. (GONÇALVES. 2017, p.575)

Ressalta-se importante observação na correlação do princípio do interesse superior da criança com o instituto da adoção que é um nítido instrumento de proteção dos direitos da criança, que permite a inserção da criança em um contexto familiar adequado ao seu desenvolvimento, e que visa paralelamente o cumprimento do princípio do melhor interesse da criança e adolescente.

Deste modo, adota-se o critério do *best interests of the child* – interesse maior da criança, estabelecendo a obrigação dos Estados de respeitar as responsabilidades, direitos e obrigações, enfatizando-se assim o interesse superior da criança como norma de cumprimento obrigatório.

O interesse da criança é fundamental, devendo prevalecer sobre qualquer outro, nesse sentido, Rolf Madaleno dispõe que:

Os interesses superiores da criança e do adolescente se constituem em um princípio vago e indeterminado, sujeito esse conceito às mais diferentes interpretações em conformidade com o caso concreto, mas toda medida a ser adotada deverá respeitar os fundamentais direitos da criança e do adolescente. (MADALENO, 2018, p. 837)

Ademais, as crianças e os adolescentes por serem pessoas em desenvolvimento devem ter oportunidades em condições de liberdade e dignidade. Como bem define a redação do artigo 7º da lei 8.069/90, a criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência. O que no caso da adoção à brasileira não



necessariamente estará compatível com o preceito do melhor interesse da criança. Que deve assim, dispor de oportunidades e serviços para que possam desenvolver-se de maneira saudável, com o objetivo de considerar o fundamental o interesse superior da criança.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Preambularmente, nesse trabalho, abordou-se as balizes no que tange a adoção e sua evolução histórica, visto ser, um instituto milenar. De maneira diferenciada do pensamento da antiguidade, a Segunda Guerra Mundial (1939 a 1945) trouxe mudanças ao campo da adoção. Muitas crianças vivenciaram o problema de perderem suas famílias, e com isso veio uma nova concepção para o procedimento da adoção.

Passando então, a ser compreendida como um meio de beneficiar as relações familiares de crianças que não tinham mais seus pais. Entendendo a adoção como forma constitutiva de vínculo de filiação, uma filiação puramente jurídica, baseada na presunção de uma realidade não biológica.

E dessa forma compreendendo o Direito como papel proeminente na alteração social acerca do entendimento da adoção, juntamente com a evolução no âmbito familiar, antes patrimonializada e atualmente eudemonista.

Visto que, aos poucos a adoção passa a ser percebida como interesse social relevante, tratando de um instituto de caráter filantrópico, humanitário e assistencial. Com o intuito de proteger a infância, a adoção tem por objetivo, estabelecer e fortalecer uma nova família. A Constituição Federal Brasileira de 1988 é basilar no que se refere à criança e ao adolescente, pois condensou uma série de direitos e valores, sempre com base no princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, bem como, nos princípios norteadores do Direito de Famílias: princípio da solidariedade, da convivência familiar, da igualdade, liberdade, da afetividade e do melhor interesse da criança.

Na chamada adoção à brasileira, que recebe este nome justamente por ser uma prática disseminada no Brasil, há uma filiação socioafetiva, porém este método não respeita os trâmites legais da adoção, trata-se de uma adoção fraudada, isto é, considerada ilícita, contrária à norma jurídica. Por isso, o instituto da adoção à brasileira continua sendo rejeitado legalmente.



Apresentou-se, por fim, a correlação da adoção à brasileira com o princípio do melhor interesse da criança. Por si só, a adoção visa suprir a lacuna do vínculo familiar e assim sempre primando pela proteção dos direitos da criança, devendo ser vista como um ato de amor e de afeto. Assim sendo, por natureza a adoção é um nítido instrumento de proteção dos direitos da criança, que permite a inserção da criança em um contexto familiar adequado ao seu desenvolvimento, e que visa paralelamente o cumprimento do princípio do superior interesse da criança e adolescente. Desse modo, por meio dessa pesquisa, e sem esgotar a temática, buscou-se ressaltar a importância do instituto da adoção, bem como, explicar acerca da ilegalidade e riscos da adoção à brasileira, e por fim, correlacionar a superioridade do princípio do melhor interesse da criança.

REFERÊNCIAS

ABREU, Paula. *Adoção*. 3. ed., Rio de Janeiro: Editora Thomas Nelson Brasil, 2010.
AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Curso de Direito Civil: direito de família*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BARROSO, Carlos Alberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Saraiva, 1999.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF. 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 10 mar. 2020.

BRASIL. Lei nº 8.069. Estatuto da Criança e do Adolescente. Brasília, DF. 13 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm>. Acesso em: 10 mar. 2020.

BRASIL. Lei 12.010, de 03 de agosto de 2009, disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12010.htm>, Acesso em: 10 mar. 2020.



COULANGES, Fustel. *A cidade Antiga*. Texto integral, 2. ed. ampl. São Paulo: Editora Martin Claret, 1990.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. CNA – Cadastro Nacional da Adoção. Relatórios estatísticos. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/cnanovo/pages/publico/index.jsf>>. Acesso em 10 mar. 2020.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4 ed. em e-book baseada na 11 edição impressa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

DINIZ, Maria Helena. *Direito de família - Curso de direito brasileiro*. 32. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2018.

ECA – *Estatuto da Criança e do Adolescente, Direito Estatuto da Criança e do Adolescente*. Brasília: ed. Comemorativa, 2010.

FIGUEIREDO, Luiz Carlos de Barros. *Comentários à nova lei nacional de adoção*. 1. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2009.

FILHO, Artur Marques Da Silva. *Adoção*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FONSECA, Claudia. *Caminhos da adoção*. 3.ed. São Paulo: Cortez, 2006.

GONÇALVES. Carlos Roberto. *Direito Civil 3: esquematizado: responsabilidade civil, direito de família, direito das sucessões*. Coordenador Pedro Lenza. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. 21. ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2018.

LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil, v.5: direito de família e sucessões*. 8ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.



- LÔBO, Paulo Luiz Neto. *Atualidades jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- MADALENO, Rolf. *Direito de família*. 8. ed., rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- MPPR- MINISTÉRIO PÚBLICO DO PARANÁ. *Comparativo ECA - Estatuto da Criança e do Adolescente e as alterações definidas pela Lei nº 13.509/2017, de 22 de novembro de 2017*. Disponível em: <
http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/legis/eca/comparativo_eca_x_lei_13509_2017_caopcae.pdf > Acesso em 31 mar. 2020.
- ROSSATO, Luciano Alves. *Comentários à lei Nacional da Adoção*. Lei 12.010. São Paulo: Revista dos tribunais, 2009.
- ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado: Lei 8.069/1990: artigo por artigo*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.
- SENADO FEDERAL. *Adoção “à brasileira” ainda é muito comum*. Disponível em:<
<https://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/adocao/realidade-brasileira-sobre-adocao/adocao-a-brasileira-ainda-e-muito-comum.aspx>> Acesso em: 10 mar. 2020.
- SOUZA, Sérgio Augusto Guedes Pereira de. *Os Direitos da Criança e os Direitos Humanos*. Porto Alegre: Ed. Sérgio Antonio Fabris, 2001.
- SZNICK, Valdir. *Adoção*. 2. ed. ampliada, São Paulo: EUD, 1993.
- TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: doutrina, jurisprudência*. 11. ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Editora Forense, 2015.
- TAVARES, José de Farias. *Direito da Infância e da Juventude*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2001.
- VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil*. 6. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2006.



VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil*. 14. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil*. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito de Família*. 14. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito: doutrina*. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003.



JUIZ DAS GARANTIAS: DIREITO FUNDAMENTAL ASSEGURADO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA

CAMPOS, Giancarlo Teixeira de⁴⁵

TIZZO, Luis Gustavo Liberato⁴⁶

RESUMO: O juiz das garantias foi recentemente implementado no regime jurídico brasileiro, e fomentou diversas discussões em domínio nacional, sendo inclusive suspensa sua aplicabilidade pelo Supremo Tribunal Federal. O juiz das garantias no processo penal brasileiro decorreu de uma legítima efetivação do comando constitucional que priorizou o sistema acusatório. Não obstante, a função essencial do juiz das garantias, consiste na salvaguarda dos direitos e garantias fundamentais previsto na Constituição Federal de 1988, além da sua importância para a garantia da imparcialidade do julgador. Ademais, o juiz das garantias é o alicerce do devido processo legal, previsto no texto constitucional, sendo-lhe atribuído a proteção dos direitos dos acusados, de modo que o juiz das garantias se consubstancia como um direito fundamental.

PALAVRAS-CHAVE: Juiz das garantias. Imparcialidade. Direito fundamental.

ABSTRACT: The judge of guarantees was recently implemented in the Brazilian legal system, and promoted several discussions in the national domain, and its applicability was even suspended by the Federal Supreme Court. The judge of guarantees in the Brazilian criminal procedure resulted from a legitimate execution of the constitutional command that prioritized the accusatory system. Nevertheless, the essential function of the judge of guarantees consists in safeguarding the fundamental rights and guarantees provided for in the Federal Constitution of 1988, in addition to its importance in guaranteeing the impartiality of the judge. In addition, the judge of guarantees is the foundation of the due legal process, provided for in the constitutional text, being assigned the protection of the rights of the accused, so that the judge of guarantees is consubstantiated as a fundamental right.

KEYWORDS: Judgment of guarantees; Impartiality; Fundamental right.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho foi escolhido com a finalidade de expor à importância do Juiz das garantias como instrumento de efetividade da imparcialidade do julgador.

Isso porquê, no sistema atual, o Juiz que conduz a instrução criminal acaba por proferir a sentença no mesmo processo, desta forma acaba contaminado para o julgamento.

Além do mais, a Constituição Federal de 1988 adotou expressamente o sistema processual penal acusatório, o qual não foi atendido, prevalecendo resquícios

⁴⁵ Aluno do curso de graduação em Direito da FAP (Faculdade de Apucarana). Endereço eletrônico: gc.teixeira1@gmail.com

⁴⁶ Professor do Curso de Direito da UniFatecie. Aluno especial do Doutorado em Direito da Universidade Estadual de Londrina. Mestre em Direito pela UniCesumar. Especialista em Direito Constitucional (IDCC), em História dos Movimentos e das Revoluções Sociais (UEM) e em Docência do Ensino Superior (Faculdade São Braz). Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Advogado. Endereço eletrônico: professortizzo@gmail.com



do sistema inquisitorial, tendo em vista o Código de processo penal ser de 1940.

O tema em tela entrou em destaque após a promulgação da lei 13.964/19 (Pacote anticrime), e por ser um assunto extremamente delicado, e que implicaria em diversas alterações no poder Judiciário, acabou por ser suspenso após uma liminar do Ministro Luiz Fux nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIS) 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305 em 22 de janeiro de 2020.

Muito embora o Juiz das garantias tenha se tornado um assunto de interesse nacional a partir do ano de 2019, este instituto já é comum em outros países, como França, Espanha, Itália e Alemanha.

Portanto, o tema escolhido abarca enorme controvérsia no âmbito jurídico brasileiro, sendo interessantíssimo destacar as discussões que englobam o Juiz das garantias. Também será plausível destacar os seus possíveis bônus, caso o instituto seja implantando, e por ventura, os ônus que viriam.

Será desenvolvido o presente trabalho valendo-se do método dedutivo, que consiste em utilizar premissas, gerando conclusões, isto é, partindo do conceito genérico ao mais específico.

Utilizar-se-á também o auxílio de fichamento de obras, estudos doutrinários referente ao assunto, bem como a consulta de jurisprudências pertinentes à matéria.

O referido trabalho possui como objetivo principal demonstrar a importância da implementação do Juiz das garantias no atual sistema processual penal, com ênfase maior na sua aplicabilidade como Direito fundamental do acusado.

Tendo em vista o Código de Processo Penal ser de 1940, sendo este baseado em costumes e anseios da sociedade à época, suas finalidades não são as mesmas das atuais.

Ademais, é possível observar diversas características inquisitoriais no presente código, divergindo completamente da Constituição Federal de 1988 que optou pelo sistema acusatório.

Portanto, o Juiz das garantias tem como finalidade garantir a efetividade da imparcialidade do julgador e, finalmente, instituir um sistema acusatório no Brasil.

DESENVOLVIMENTO

Antes de adentrar ao cerne da questão, qual seja, o Juiz das Garantias como Direito fundamental, deverá ser trilhado um caminho que percorrerá por toda a gama



principiológica Constitucional e Processual Penal.

No início, percebe-se a intenção do Constituinte em destacar os direitos e garantias fundamentais, colocando-os logo no princípio da Constituição Federal de 1988, em seu Artigo 5º, embora, outros sejam elencados no transcorrer do seu texto.

Dito isso, o avanço constitucional é fruto da afirmação dos direitos fundamentais como núcleo da proteção da dignidade da pessoa humana. Subsequentemente, logo no preâmbulo, a Constituição Federal suplica a necessidade de “instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança”. Tal objetivo é basilar para a própria compreensão das normas constitucionais (MENDES, 2018).

Para Moraes (2021):

O conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal, e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana pode ser definido como *direitos humanos fundamentais*.

Portanto, para Alexandre de Moraes (2021), os direitos fundamentais exercem um mecanismo de defesa contra o poder estatal, que diversas vezes se volta contra o investigado de maneira estonteante.

Os destinatários dos Direitos fundamentais são regidos pelo princípio da universalidade, no entanto, conforme alerta o Ingo Wolfgang Sarlet (2018, p.193):

É preciso enfatizar, por outro lado, que o princípio da universalidade não é incompatível com o fato de que nem mesmo os brasileiros e os estrangeiros residentes no País são titulares de todos os direitos sem qualquer distinção, já que direitos há que são atribuídos apenas a determinadas categorias de pessoas.

Destarte, quanto ao período em que direitos e garantias podem ser proclamados, Branco (MENDES, 2018) faz uma ressalva:

O caráter da historicidade, ainda, explica que os direitos possam ser proclamados. Essa evolução é impulsionada. O fenômeno leva Bobbio a concluir que os direitos não em certa época, desaparecendo em outras, ou que se modifiquem no tempo. Revela-se, desse modo, a índole evolutiva dos direitos fundamentais. Essa evolução é impulsionada pelas lutas em defesa de novas liberdades em face de poderes antigos – já que os direitos fundamentais costumam ir-se afirmando gradualmente – e em face das novas feições assumidas



pelo poder. O fenômeno leva Bobbio a concluir que os direitos não nascem todos de uma só vez, 'nascem quando devem ou podem nascer. Nascem quando o aumento do poder do homem sobre o homem cria novas ameaças à liberdade do indivíduo ou permite novos remédios para as suas indigências: ameaças que são enfrentadas através de demandas de limitação de poder; remédios que são providenciados através da exigência de que o mesmo poder intervenha de modo protetor'.

Quanto à extensão com que os direitos fundamentais podem ser percebidos, o rol apresentado no Título II da Constituição não é exaustivo, mas sim exemplificativo, portanto, é possível localizar direitos fundamentais em outros artigos na própria Constituição Federal de 1988, implícitos e explícitos, ou ainda em Tratados Internacionais, conforme apontado no artigo 5º, §2º do texto constitucional (PUCCINELLI, 2012).

Por derradeiro, conclui-se que os direitos e garantias fundamentais são frutos de conquistas graduais das civilizações antepassadas, que nascem a partir do momento em que surge a necessidade destes. Sua existência é primordial para repelir os arbítrios estatais, além de estabelecer requisitos mínimos para existência do cidadão em sociedade.

Quanto aos destinatários da proteção dos direitos fundamentais, inicialmente, o artigo 5º da Constituição Federal de 1988 em seu "*caput*" faz menção ao princípio da igualdade, estabelecendo que todos são iguais perante a lei, não podendo haver distinções 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 (MORAES, 2006). Conquanto, o constituinte originário incluiu tão somente os estrangeiros residentes no Brasil, excluído os transitórios. Porém, o tema foi pacificado pelo Supremo Tribunal Federal, que após uma interpretação sistemática da Constituição, conclui-se que mesmo os estrangeiros eventuais, ou turistas, são destinatários da proteção dos direitos fundamentais (LENZA, 2011).

Não obstante, os direitos e garantias fundamentais elencados na Constituição Federal, podem visar a proteção de pessoas jurídicas, visto que possuem direito à existência, à segurança, à propriedade, à proteção tributária e remédios constitucionais (MORAES, 2006).

Sob outro aspecto, no que diz respeito às características dos direitos e garantias fundamentais é essencial pontuar acerca da universalidade presente



intrinsecamente no rol apresentado na Constituição, sendo este um rol “*erga omnes*”, aplicando-se a qualquer pessoa que transite no território brasileiro, sem distinções. Ademais, a imprescritibilidade se mostra importantíssima para eficácia e aplicação dos direitos garantidos aos cidadãos, além da inalienabilidade e irrenunciabilidade. Estas últimas características impedem o titular de um direito fundamental de vender ou renunciar o mesmo (LENZA, 2011).

Além das características elencadas no parágrafo acima, alguns doutrinadores defendem a existência da relatividade dos direitos e garantias fundamentais, que consiste na ideia da não existência de direitos absolutos. Este entendimento foi firmado pelo Supremo Tribunal Federal no MS 23.452 (Rel. Min. Celso de Mello, DJ. 12.05.2000), o qual prevaleceu o princípio da convivência entre liberdades, portanto nenhuma prerrogativa pode ser utilizada sem analisar os possíveis danos causados à coletividade e a ordem pública, devendo estes, sofrerem limitações pela ordem econômica (PADILHA, 2020).

Noutro giro, Wolfgang (2021) pontua que, embora a doutrina brasileira adote a terminologia “destinatários” e “titulares” de direitos fundamentais como sinônimo, existem diferenças. A começar que titular do direito é quem figura no polo ativo da relação do direito subjetivo, enquanto o destinatário é a pessoa que o titular do direito poderá exigir a proteção.

Acerca das características dos direitos fundamentais, Manoel Gonçalves (2020, p. 259) indica a “inabolibilidade” prevista no artigo 60, §4º da Constituição Federal, que veda a abolição dos direitos e garantias fundamentais. Porém, a inabolibilidade abrange somente os direitos materialmente fundamentais. Já o regime dos direitos fundamentais não é afetado, pois como visto anteriormente, não há hierarquia entre eles, e por consequência, não há absolutismo em seu regime, podendo estes sofrerem alterações.

Dado o exposto, compreende-se por destinatários dos direitos fundamentais, todo e qualquer brasileiro ou estrangeiro, mesmo que eventual, que esteja no território da República Federativa do Brasil, visto que a característica principal dos direitos e garantias fundamentais é a universalidade.

Em relação ao juiz das garantias, a priori, é necessário expor a redação que institui o Juiz das garantias no atual sistema processual penal brasileiro, dada pelo Art. 3º-B da lei 13.964/2019 (Pacote anticrime): “O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos



individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder judiciário, competindo-lhe especialmente: (...)” (BRASIL, 2019)

Desta forma, percebe-se que se trata de uma figura essencial para a estrutura acusatória do processo penal, já que a prioridade é a garantia dos direitos fundamentais do acusado (JUNQUEIRA, 2020, p. 26).

No que diz respeito a função do juiz das garantias propriamente dita, Rogério Sanches Cunha (2020, p. 69) complementa:

O juiz das garantias é o responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário (Art. 3º-B). Dessa forma, o juiz que julgará o caso- juiz de instrução- somente terá contato com o resultado da investigação depois de oferecida e recebida a inicial acusatória. A ideia que permeia a criação do instituto do juiz das garantias é a de distanciar o juiz da instrução da fase anterior, o que, acredita-se, lhe dará maior imparcialidade.

Ao que se percebe, o juiz das garantias tem uma função essencial, mas que não se delimita tão somente em conduzir a investigação criminal, mas sim manter o controle de legalidade. Os atos investigatórios, e a formalização dos elementos de informação continuam a cargo das polícias (federal e civil), e ao Ministério Público (JUNQUEIRA, 2020, p. 97).

Sob a mesma perspectiva, Nucci (2020, p. 39) pontua que na esfera penal e processual penal predomina-se a investigação lúdima e justa. O magistrado se ater as leis, e julgar baseado nelas é o mínimo que se espera. Valendo-se não somente da lei em sentido estrito, mas também em sentido amplo, como os princípios constitucionais que alicerçam o direito penal, processual penal e execução penal.

No atual sistema processual penal Renato Brasileiro (2020, p. 115) alerta para o seguimento do processo antes do advento da lei 13.964/2019 e a implementação do juiz das garantias, veja-se:

até a entrada em vigor da lei nº 13.964/2019, tal juiz também era livre para atuar como juiz da instrução e julgamento daquela mesma demanda. Ou seja, o mesmo juiz que, por exemplo, durante o inquérito policial, decretava a interceptação telefônica, a busca domiciliar e a prisão preventiva do investigado, poderia, mais adiante, atuar como juiz da instrução e julgamento daquele feito, visto que, aos olhos da redação então vigente do Código de Processo Penal, não haveria motivos para se questionar sua imparcialidade, já que tal hipótese não estava elencada dentre as causas de impedimento, suspeição e



incompatibilidade dos arts. 252, 253 e 254 do CPP. Doravante, porém, o Código de Processo Penal passa a prever que este juiz das garantias que intervir na fase investigatória, deliberando, por exemplo, ao menos quanto ao recebimento da denúncia (CPP, art. 3º-B, XIV), estará impedido de funcionar no processo (CPP, art. 3º-D). Opera-se assim, a cisão funcional entre os momentos de investigação e julgamento da persecução penal.

No mesmo sentido, Nestor Távora (2020, p. 227) aponta que o juiz das garantias “é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais. O seu conceito se relaciona internamente com a sua competência e com necessidade de se assegurar a imparcialidade do juiz responsável pelo julgamento de mérito condenatório.”

A importância do sistema acusatório para o juiz das garantias é explicada por Távora (2020, p. 228) da seguinte forma, “o sistema acusatório é o alicerce constitucional para a existência do juiz das garantias. A divisão de funções é um dos pilares mais robustos dessa estrutura de processo penal. Aquele que tem competência para julgar o mérito condenatório não pode exercer tarefas próprios do órgão acusador.”

Na mesma proporção, o juiz das garantias é necessário para garantir a imparcialidade do julgador, isso porquê, conforme explica Paulo Henrique Fuller (2020, p. 101):

Em sede de imparcialidade, não interessa a real capacidade de o magistrado se manter imparcial no julgamento (impossibilidade de aferição do ânimo do magistrado, aspecto interno), mas a identificação de situações objetivas que geram a suspeita ou o risco de parcialidade (função de prevenção ou proteção da administração da justiça): a relação entre juiz e acusado gera impedimento (art. 252, IV, do CPP), independentemente da capacidade de o magistrado se manter imparcial no caso concreto- busca-se evitar o risco de parcialidade, inclusive inversa (julgar o acusado com maior rigor, pelo fato de estar envergonhado com a conduta do filho).

Portanto, observa-se que a atuação do juiz das garantias será delimitada, para Rogério Sanches (2020, p. 70) “no sistema acusatório, mesmo o juiz das garantias não de imiscuir-se na fase investigatória, senão quando necessária à sua intervenção, sempre provocada pelos órgãos que atuam na investigação.”

A implementação do juiz das garantias junto ao pacote anticrime (Lei 13.964/2019) trouxe diversas críticas, muitas delas políticas, portanto, é primordial que



se faça alguns apontamentos.

Nestor Távora explana acerca da resistência existente para a aplicação do instituto, argumentando que a reação negativa já era prevista por Aury Lopes Jr. e Ruiz Ritter há quatro anos em obra que denunciava a “prática autoritária em pleno Estado Democrático de Direito”. A narrativa sustentada era a de que o juiz das garantias representa um grande atraso no combate à impunidade, visto que abriria margem para anulação de processos e maior morosidade nas investigações (LOPES JR. *apud* TAVORA, 2020).

Sendo assim, o instituto em tela não possui a função de criar um sistema processual em favor dos criminosos, como um seletivo grupo tem difundido desde a promulgação da lei 13.964/2019. O juiz das garantias será essencial para o processo penal brasileiro, destacando as partes envolvidas na relação jurídica, e mantendo o juiz em uma posição equidistante, resguardando sua imparcialidade. Com a adoção de tais preceitos o sistema processual penal brasileiro caminha ao lado da democracia e finalmente implantaria um sistema verdadeiramente acusatório (LIMA, 2020, p. 116).

Após a introdução do juiz das garantias no ordenamento jurídico, em conjunto com a lei 13.964/2019, gerou diversas discussões acerca de sua constitucionalidade. Por este motivo, foram ingressadas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI's) no Supremo Tribunal Federal questionando as estruturas do instituto. Sendo concedido no Supremo, duas medidas cautelares. A primeira, com menos amplitude, pelo Presidente da Suprema Corte a época, Ministro Dias Toffoli. E a segunda, com maior alcance, pelo Ministro relator, Luiz Fux (TÁVORA, 2020, p. 230).

A segunda decisão, do Ministro Luiz Fux, acabou por suspender a eficácia do juiz das garantias sem limite de tempo, até que a questão seja analisada pelo pleno, e revogou a decisão inicial do Ministro Dias Toffoli.

Por fim, conforme extrai-se do exposto acima se faz necessária a implementação do juiz das garantias no atual sistema processual penal brasileiro, pois ainda há resquícios do sistema inquisitorial no Código de Processo Penal. Sua promulgação terá como principal objetivo o controle da legalidade na investigação criminal e a garantia dos direitos e garantias individuais do acusado. Como fora exemplificado anteriormente, este mecanismo também significará o alinhamento do atual CPP com a Constituição Federal, que optou pelo sistema acusatório.

A ação de colocar em prática o juiz das garantias no processo penal brasileiro exigiu uma análise acerca de sua compatibilidade com a Constituição Federal de



1988, a qual será analisada a seguir, pontuando algumas considerações.

Preliminarmente é imperioso destacar que é a intenção do legislador adequar o sistema processual penal de 1941 com a Constituição Federal de 1988, que optou pelo sistema acusatório. O sistema apontado é a base constitucional para a existência do juiz das garantias, o qual se funda sob a perspectiva de distanciar o magistrado que analisará as provas pré-processuais do que proferirá a sentença condenatória. Ademais, impedirá a atuação do juiz em conjunto com o órgão acusador, qual seja, o Ministério Público (TÁVORA, 2020, p. 228).

Nesse sentido, o juiz centralizado e dotado de inércia analisará com pureza as informações decorrentes da investigação pré-processual, o que garantirá com maior efetividade aos direitos constitucionais do acusado. O processo será analisado em duplicidade, onde o último juiz deverá agir livre de qualquer pré-juízos (BRAGA, 2019).

Por conseguinte, Rogério Sanches (2020, p. 70) traz à baila algumas considerações sobre a importância do juiz das garantias:

Observa-se, contudo, que no sistema acusatório, mesmo o juiz das garantias não deve imiscuir-se na fase investigatória, senão quando necessária a sua intervenção, sempre provocada pelos órgãos que atuam na investigação. O juiz das garantias não é um juiz investigador. Nesse sistema, a inércia do juiz em relação à persecução penal deve ser absoluta, não sendo possível a adoção de medidas que promovam ou incentivem a decisão de acusar, sob pena de quebra do princípio da imparcialidade objetiva.

A respeito da constitucionalidade do tema, o artigo 3º-A do Código de Processo Penal, que efetivamente institui o juiz das garantias, não foi se quer questionado nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade propostas perante o Supremo Tribunal Federal, conforme será aduzido a seguir. Em suma, o artigo 3º-A limitou-se a “reforçar, em nível infraconstitucional, o sistema acusatório consagrado no art. 129, I da CRFB/88, constatação suficiente à sua (indiscutível) constitucionalidade.” (SANTOS, 2020, p. 88)

Prosseguindo, as críticas sobre o juiz das garantias, e as impugnações acerca de sua constitucionalidade, são em sua grande maioria direcionadas ao fato da sua



difícil implementação no atual sistema jurídico nos Tribunais Federais e Estaduais (SANCHES, 2020, p. 71). Questões estas que não são alicerçadas em critérios objetivos, conforme será fixado a seguir.

Pelos motivos expostos, atribui-se ao juiz das garantias sua completa compatibilidade com o texto constitucional, dando-se destaque ao fato de que nas Ações propostas no Supremo Tribunal Federal não foi questionado o artigo 3º-A do Código de Processo Penal que inaugura o juiz das garantias no sistema jurídico brasileiro.

No que diz respeito a figura do juiz das garantias em âmbito nacional é sem dúvidas uma novidade legislativa, no entanto, em relação aos sistemas processuais internacionais já existia o referido instituto, como será observado a seguir.

Preambularmente, o juiz das garantias tem como finalidade resguardar a imparcialidade do julgador no processo penal, e em relação a imparcialidade, no quesito objetivo, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos tem questionado deste 1980 a incompatibilidade do magistrado participar ativamente da fase investigativa e posteriormente proferir sentença no mesmo processo (LIMA, 2020, p. 125).

Acrescenta-se que a imparcialidade foi subdividida em objetiva e subjetiva, no memorável julgamento do caso *Piesarck vs Bélgica*, que ocorreu em 01/10/1982, o qual, nesta ocasião o Tribunal Europeu de Direitos Humanos conceituou as duas dimensões do seguinte modo (BADARÓ *apud* JUNQUEIRA, 2020, p. 102):

Se a imparcialidade se define ordinariamente pela ausência de pré-juízos ou parcialidades, sua existência pode ser apreciada, especialmente conforme o art. 61 da Convenção, de diversas maneiras. Pode-se distinguir entre um *aspecto subjetivo*, que trata de verificar a convicção de um juiz determinado em um caso concreto, e um *aspecto objetivo*, que se refere a se este oferece garantias suficientes para excluir qualquer dúvida razoável ao respeito.

A imparcialidade subjetiva está presente no código de processo penal brasileiro, como por exemplo no artigo 252, que prevê as hipóteses em que o juiz será impedido de julgar a causa, além do artigo 254, o qual estabelece as regras de suspeição do juízo. Por outro lado, a imparcialidade objetiva envolve a confiança presente no julgamento, sendo característica intrínseca ao estado democrático de direito (JUNQUEIRA, 2020, p. 102)

A propósito, embora o Tribunal Europeu de Direitos Humanos tenha



reconhecido a necessidade de preservar a imparcialidade objetiva, o juiz das garantias é “*conditio sine qua non*” para afiança-la, conforme será observado nos demais sistemas processuais internacionais (LIMA, 2020, p. 126).

Como exposto anteriormente, o juiz das garantias e a divisão da atividade jurisdicional em pré-processual e processual não é novidade mundial, já estando consolidado em diversos países da Europa, como França, Portugal e Itália. Bem como em países americanos, quais sejam, Estados Unidos, Colômbia e Chile. A título de exemplo, Portugal instituiu o juiz das garantias no ano de 1987 sob o nome de “juiz da instrução” (CHALFUN e JUNIOR, 2020).

Ao comparar o sistema processual de Portugal com o direito brasileiro é imperioso ressaltar alguns aspectos, a iniciar-se pelo fato de que o instituto do “juiz da instrução”, existente em Portugal, prevê um magistrado que atua no controle da legalidade da investigação, sem possuir qualquer ligação com a produção de provas (LIMA, 2020, p. 126).

No mesmo trilho, a respeitável decisão do Ministro Dias Toffoli na ADIn nº 6298 MC/DF pontua perfeitamente que: “Magistrados distintos atuem em cada uma das fases, sendo que o juiz que atua na fase investigativa tem o propósito específico de controlar a legalidade dos atos praticados e de garantir os direitos do investigado.”

É possível concluir que o artigo 3-B do código de processo penal assemelhou-se ao “juiz de instrução” presente no direito Português, visto que ambos farão o controle de legalidade, sem intervenção na produção de provas, além de ambos restringirem-se a fase pré-processual (CHALFUN e JUNIOR, 2020).

Ainda em relação a Europa, é *mister* denotar a importância da presença do juiz das garantias na Itália, que em 1989 aboliu o denominado juiz de instrução, o qual foi substituído pelo “*giudice per le indagini preliminari*”, que institui um julgador presente somente na fase investigatória, e fica impedido de atuar na fase processual (LIMA, 2020, p. 126).

Noutro giro, importante pontuar em relação a presença do juiz das garantias no Chile, visto que é um país próximo ao Brasil, e, portanto, a realidade é mais palpável.

Identifica-se o juiz das garantias no Chile dentre os artigos 9º; 10; 23; 69; 70, dentre outros do Código de Processo Penal chileno. A principal identificação com o atual texto do Código de processo penal brasileiro é o artigo 10º, veja-se:



Cautela de garantías. Em cualquiera etapa del procedimiento en que el juez de garantía estimare que el imputado no está en condiciones de ejercer los derechos que le otorgan las garantías judiciales consagradas en la Constitución Política, en las leyes o en los tratados Internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, adoptará, de oficio o a petición de parte, las medidas necesarias para permitir dicho ejercicio. (...) (LEY 19696/2000 CHILE, 2020)

O primeiro detalhe evidente é a presença do juiz das garantias como assegurado de direitos fundamentais presentes na Constituição do Chile, o que se assemelha com o atual artigo 3-B, *caput*, do Código de Processo Penal brasileiro, conforme observa-se: “O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário (...)” (BRASIL, 1941)

Por conseguinte, é possível extrair do exposto em ambos os códigos que a função do juiz das garantias é nitidamente assecuratória, em relação a salvaguarda de direitos constitucionais. E, portanto o Chile buscou “promover um sistema processual em que o juiz que vai julgar a causa possa ser verdadeiramente imparcial, como um árbitro de uma disputa na qual não tenha interesse algum (GRANDINETT E VIGO MILANEZ, 2020).”

É notável a inspiração do legislador brasileiro em resguardar a imparcialidade do julgador, da mesma forma em que foi feito no Código de Processo Penal Chileno, o qual garantiu a fixação do sistema acusatório no país, do mesmo modo que se tenta enquadrá-lo em território nacional.

A explicação para tantos países instituírem o juiz das garantias possui forte influência psicológica envolvida, já que:

na medida em que o magistrado, embora passivamente, intervém no inquérito, acompanhando o seu desenrolar, deferindo medidas cautelares que servirão de suporte para a vindoura denúncia, dialogando com os agentes de repressão estatal- delegados e promotores de justiça-, tudo isso sem o contraponto defensivo, em vista da inquisitorialidade do inquérito, é natural que o seu convencimento comece a ser construído sob a ótica do Estado-acusação. (SANTOS, 2020, p. 53)

Ainda em relação a América do Sul, existem outros países que adotaram o juiz das garantias de forma definitiva, como o Paraguai que previu um magistrado que



realizará um juízo de justa causa na fase inicial do processo ou do arquivamento da investigação. Devendo, para tanto, este magistrado ficar impedido para julgar o processo (DUARTE *apud* LIMA, 2020, p. 127).

Portanto, é possível concluir que a figura do juiz das garantias não é uma novidade legislativa por parte do Brasil, sendo amplamente difundida nos demais países do mundo há anos, visto que a presença de um juiz imparcial e equidistante das partes é sinônimo de garantia de direitos ao acusado, transformando o processo penal em algo definitivamente democrático. A par disso, o Brasil tenta filiar-se ao movimento já existente ao redor do mundo, de instituir melhoras legislativas para que a imparcialidade do julgador seja definitivamente assegurada.

Conforme denota-se a figura do juiz das garantias é imprescindível para a existência de um sistema acusatório no Brasil, visto que sua função principal é distanciar o julgador das partes, e desta forma manter o processo penal justo. O controle de legalidade feito pelo juiz das garantias é de enorme importância, colocando-o inserido no devido processo legal, o que lhe confere um *status* de direito fundamental assegurado previamente na Constituição da Federal de 1988.

CONCLUSÃO

Diante das disposições realizadas nesse trabalho, compreende-se que o juiz das garantias é essencial para o sistema processual penal brasileiro, sendo imprescindível para a garantia da imparcialidade do julgador.

Não obstante, o referido instituto é fruto de um comando constitucional, que priorizou a adoção do sistema acusatório no Brasil, o qual prioriza a neutralidade do julgador, garantindo-se equidistância entre as partes no processo penal.

A implementação do juiz das garantias veio através da lei nº 13.964/19, e sua eficácia encontra-se suspensa por decisão do Supremo Tribunal Federal.

Cabe ao juiz das garantias no processo penal brasileiro fazer o controle da legalidade na investigação criminal e priorizar a salvaguarda dos direitos individuais do acusado. Para tanto, possui elementos basilares no direito constitucional, como o princípio do juiz natural e da presunção de inocência.

O juiz das garantias não é novidade legislativa, sendo possível encontra-lo em diversos países, europeus ou americanos. O exemplo mais auferível é o Chile, o qual implementou o instituto desde a promulgação de seu código de processo penal de 2002, com uma enorme efetividade.



O sucesso do juiz das garantias em outros sistemas processuais confere tranquilidade para aplicá-lo em território nacional, visto que a própria redação do Código de Processo Penal brasileiro traz soluções para eventuais conflitos, como por exemplo o aumento do orçamento do judiciário.

Desta forma, conclui-se que o juiz das garantias, por estar diretamente ligado ao devido processo legal e a demais princípios elencados no artigo 5º da Constituição Federal, lhe confere a titularidade de um direito fundamental, inclusive assegurado pela Constituição Federal de 1988, que claramente optou pelo sistema acusatório.

E, sendo o caso será atribuído o disposto no artigo 60, §4º da Constituição, o qual intitula as cláusulas pétreas no regime jurídico brasileiro, sendo possível atribuir tal eficácia ao juiz das garantias.

REFERÊNCIAS:

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Direito ao julgamento por juiz imparcial: como assegurar a imparcialidade objetiva do juiz nos sistemas em que não há função do juiz de garantias.** In: *Processo penal, constituição e crítica: estudos em homenagem ao Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho* (org.: Gilson Bonato). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 346.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Rio de Janeiro: Campos, 1992.

BRAGA, Fernando. Porque a hora é de pensar sobre como implementar o juízo das garantias. *Migalhas*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/317677/porque-a-hora-e-de-pensar-sobre-como-implementar-o-juizo-das-garantias>. Acesso em: 02 set. 2021.

BRASIL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6298 MC/DF. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5840274>. Acesso em: 03 set. 2021.

BRASIL, DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em 04 set. 2021.

BRASIL. **Lei 13.964/2019.** Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. **Diário Oficial da União:** seção 1, Brasília, DF, p. 1. 24 de dezembro de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm. Acesso em: 11 abr. 2021.

CANOTILHO, J. J. Gomes [et al]. Coordenadores Ingo Wolfgang Sarlet, Lenio Luiz Streck, Gilmar Ferreira Mendes **Comentários à Constituição do Brasil.** – 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

CHALFUN, Gustavo e JUNIOR, José Gomes de Oliveira. **Da análise do juiz das garantias sob a luz do direito comparado e das decisões liminares no STF.**



Migalhas. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/319989/da-analise-do-juiz-das-garantias-sob-a-luz-do-direito-comparado-e-das-decisoes-liminares-no-stf>. Acesso em 03 set. 2021.

CUNHA, Rogério Sanches. **Pacote anticrime**. Salvador: JusPodivm, 2020. Disponível em: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=176595>. Acesso em 04 set. 2021.

DUARTE, Christian Bernal. **Reforma del Proceso Penal em Paraguay y el Juez Penal de Garantías y su funciones. O novo Processo Penal à luz da Constituição: análise crítica do projeto de Lei n. 159/2009, do Senado Federal**. Organizadores: Jacinto Nelson de Miranda Coutinho; Luiz Gustavo Grandinetti Castranho de Carvalho. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 41. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

GRANDINETTI CASTANHO DE CARVALHO, Luis Gustavo e VIGO MILANEZ, Bruno Augusto. **O juiz de garantias brasileiro e o juiz de garantias chileno: breve olhar comparativo**. 2020. Disponível em: <https://biblioteca.cejamericas.org/handle/2015/5645>. Acesso em 04 set. 2021.

JUNQUEIRA, Gustavo et al. **Lei anticrime comentada artigo por artigo**. São Paulo: Saraiva, 2020.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 15 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020.

LOPES JR, Aury; RITTER, Ruiz. **A imprescindibilidade do juiz das garantias para uma jurisdição penal imparcial**. Revista *Duc In Altum Cadernos de Direito*, vol. 8, nº 16, p. 84, set. dez. 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2018.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral: comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil: doutrina e jurisprudência**. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2021.

PUCCINELLI Júnior, André. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

SANTOS, Marco Paulo Dutra. **Comentários ao pacote anticrime**. São Paulo: GEN, 2020.

SILVA, Larissa Marila Serrano da. **A construção do juiz das garantias no Brasil: a superação da tradição inquisitória**. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2012.



AS TEORIAS NATALISTA E CONCEPCIONISTA ANTE O ABORTO E OS DIREITOS DO NASCITURO.

ANDRADE, Andressa⁴⁷
MAFRA, Rabech Ohany Souza⁴⁸

RESUMO:

Quando se fala do nascituro muito se questiona com relação aos seus direitos e reconhecimento como personalidade jurídica. Dúvidas para ver até que ponto o feto tem direitos e proteção jurídica, e se pode ou não ser considerado como um ser de personalidade. Além disso, quando desconsiderado o direito de viver daquele que está sendo gerado no ventre materno, o ato de aborto passa a ser considerado como crime em alguns artigos do Código Penal, incriminando a voluntariedade de retirada do feto e em alguns casos o partícipe também é penalizado. Sabe-se que, os direitos reprodutivos da mulher buscam liberdade e autonomia para determinar se quer ou não gerar um filho. Por tais motivos, o presente trabalho tem o objetivo de apresentar através do método de uma revisão bibliográfica abordando o que diz autores renomeados da área, a teoria natalista e concepcionista, decorrendo o assunto para encontrar respostas sobre a partir de qual momento existe vida intrauterina e quais seus direitos enquanto ainda está no ventre. Apresentar os crimes de aborto, tipos e penalidades judiciais exemplos e se posicionar com relação aos direitos reprodutivos da mulher sobre a decisão de gerar ou não um filho. Concluindo que, enquanto o aborto for considerado crime as penalidades devem ser cumpridas, uma vez que o Código Civil nacional protege o nascituro afirmando que a personalidade civil inicia no nascimento com vida, mas a lei o protege desde a sua concepção e assim tem por si, seus direitos garantidos.

ABSTRACT:

When talking about the unborn child, there is a lot of questioning about their rights and recognition as a cool personality. Doubts to see to what extent the fetus has legal rights and protection, and whether or not it can be considered as a personality being. In addition, When disregarding the right to live of those being generated in the maternal womb, the act of abortion is considered a crime in some articles of the Penal Code, incriminating the voluntary removal of the fetus and in some cases the participant is also penalized. It is known that women's reproductive rights seek freedom and autonomy to determine whether or not they want to bear a child. For these reasons, the present work aims to present, through the method of a literature review, approaching what renowned authors in the area say, the natalist and conceptionist theory, following the subject to find answers about when there is intrauterine life and what are your rights while still in the womb. Present the crimes of abortion, types and legal penalties, examples and take a position regarding the reproductive rights of women on the decision to bear or not child. Concluding that, while aborting is considered a crime, the penalties must be complied with, since the national Civil Code

⁴⁷ Doutoranda e Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Norte do Paraná (UNEP); Especialista em Ciências Penais e Bacharelada em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (UEM); email: aadressaandrade@hotmail.com

⁴⁸ Graduada do Curso de Bacharel em Direito pelo Centro Universitário UniFatecie (UniFatecie); e-mail: racbechsouzamafra@hotmail.com.



protects the unborn child stating that the civil personality begins at birth alive, but the law protects it from its conception and so has for itself, your rights guaranteed.

PALAVRAS-CHAVE: Nascituro; Teoria natalista; Teoria Conceptionista;

KEYWORDS: Unborn Child; Natalist Theory; Conceptionist Theory;

1. INTRODUÇÃO

Na atualidade, o meio jurídico, mais especificamente no direito civil, muito fala-se da personalidade do nascituro e seus direitos. Tema esse que gera grandes controvérsias no direito brasileiro devido a suas várias teorias e opiniões contrárias existentes, conflitos que tem como principal motivo, o “não estar vivo” ainda. Cientes que para usufruir dos direitos que a pessoa tem como garantidos pela legislação brasileira, é necessário possuir personalidade civil. Personalidade essa que, é compreendida como condão essencial para ser considerado sujeito de direito e deveres.

O presente artigo tem como objetivo principal realizar uma análise crítica das teorias conflitantes presentes no código de direito civil nacional, relacionada a personalidade do nascituro, mais exato as teorias natalista e conceptionista, pontuando ainda as bases que nutrem e protegem a tutela dos direitos do nascituro.

O alcance de tais objetivos, são iniciados através de uma revisão bibliográfica, visando a qualidade, presente em artigos científicos, código de direito civil, periódicos jurídicos e obras referências relacionadas ao tema exposto. Uma vez que o aborto é considerado e recorrente de consequências para quem o comete, amparado pelos artigos 124 a 127 do Código Penal.

Concluindo assim que, toda pessoa tem proteção jurídica, desde o ventre quando considerado nascituro, como após o momento inicial do parto (artigo 121). Pois a vida é de suma importância para a Constituição Federal.

1.1. A proteção constitucional da vida

Segundo a constituição federal de 1988, no “caput” presente no 5º artigo, dedicado a abordagem de assunto relacionados aos direitos, e deveres individuais e coletivos, a vida possui relevância ao ser tratada como um direito fundamental. Conforme disposto, “todos somos 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”. (BRASIL, 1988). Visto ser um marco de extrema relevância para o reconhecimento da personalidade jurídica, a definição de vida e nascituro é de suma importância no início dessa sessão. Para em seguida tratar-se as teorias que versam sobre o período inicial da vida humana, conforme os conceitos da biologia e do direito.

A palavra vida, tem como significado:

o resultado da atuação dos órgãos que concorrem para o desenvolvimento e conservação dos animais e vegetais: condições necessárias à vida. / Espaço de tempo compreendido entre o nascimento e a morte: vida curta. / Conjunto de condições (habitação, alimentação, vestuário etc.) socialmente necessárias à preservação do homem: a vida está cara. / Maneira de viver: vida urbana; vida agitada. (AURELIO, 2008- 2014).

Enquanto a palavra nascituro, de acordo com o autor Aurélio Buarque de Holanda (2008, p. 573), em sentido jurídico, nascituro é “o ser humano já concebido, cujo nascimento se espera como fato futuro certo”. Para Oliveira (2011, p.7), o termo nascituro vem do latim “*nasciturus*” e possui significado de “aquele que há de nascer”. É a designação do indivíduo que, mesmo já concebido, ainda não se separou das vísceras maternas. Para Peccinini e Chemin (2014, p.103), quando o feto ainda se encontra em gestação, é o nascituro, pois já é considerado um ser de características geneticamente próprias e únicas. Na perspectiva do entendimento de Almeida (1988, p.184), o termo nascituro é utilizado corretamente nos casos de gravidez, independente do modo, seja por fecundação ou inseminação, sucedendo a gravidez, haverá ali nascituro. Enquanto as doutrinas civilistas em relação ao nascituro, entende que é o ser que ainda está por nascer e/ ou não foi retirado do ventre da mãe.

Como modo de assegurar acesso de todos aos privilégios essenciais, existem os direitos fundamentais, e são o básico para a Concretização do Estado Democrático de Direito, pois dão suporte na limitação do poder do Estado, assegurando assim a ordem constitucional.

De acordo com Tavares (2011, p. 589), diante disso, é possível observar que a execução dos direitos fundamentais processuais está conectada ao princípio da dignidade humana, cuja intenção é barrar que o indivíduo torne-se um simples objeto aos poderes do estado, assim garantindo a ordem constitucional. Enquanto Mendes (2011, p. 436) diz que sobre essa relação, é referido que prerrogativas processuais que diz respeito ao processo sustentam-se em máxima, de tal modo que entende o agir como um fim em si mesmo e o indivíduo como um intento que fere não apenas



os direitos fundamentais processuais, mas também o início da dignidade humana.

No artigo 5º, caput, da constituição com relação ao direito a vida, encontra-se como permanente, é comumente dito na doutrina brasileira como beneficiado de um posicionamento especial no sistema de direitos fundamentais, como consagrado na Carta de 1988. De acordo com Silva (2006, p. 198), diz que ele é a “fonte primária de todos os bens jurídicos”. Enquanto Moraes (2006, p. 30) considera o direito à vida o “mais fundamental de todos”, fundamental esse direito que Mendes (2014, p. 314) por vez qualifica como a “premissa dos direitos proclamados pelo constituinte”. Posicionamentos e falas essas que possuem semelhanças, e com o mesmo significado final, a importância e fundamentalidade do direito à vida. Podendo ainda ser encontradas outros posicionamentos em diversos manuais acadêmicos.

Contudo, em contramão a essa importância do direito à vida, pouco fica esclarecido sobre os posicionamentos que o poder judiciário pode validar, ou considerar como objetos de proteção que esse direito consagra. Por mais que geralmente, não é comumente gerado falta de concordância para esses casos. Já que, é pouco provável que haja discordância por parte de pessoas, com relação a vida de um indivíduo humano adulto, em tempos de paz, é algo que manifesta o bem tutelado sob a rubrica direito à vida.

Relacionado ao direito a vida, a Constituição de 1988, mais especificamente no artigo 5º, caput, diz- “[...] garantindo- se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito a vida”, pode- se encontrar uma normativa aberta, uma vez que o texto que serve como alicerce, não oferta recursos que possibilitam precisar algum tipo de alternativa legislativa mais objetiva com relação ao que se deveria considerar na posição de sujeito a proteção. Sendo esse fator utilizado na maioria das controvérsias, que envolvam essa normativa, e/ ou, suas aplicações no geral. E é claro, é importante ressaltar que cada intérprete, de acordo com seus valores, projetará baseado nas normal o tipo de proteção que mais lhe é plausível.

Como modo de complementar esse tema relacionado ao direito a vida, é oportuno a citação da Convenção Americana de Direitos Humanos/ Pacto de São José da Costa Rica, em que o Brasil aderiu, onde no artigo 4, 1. diz “toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”. Concluindo assim, que, todo ser humano tem direito a vida, e sob proteção jurídica isso deve ser respeitado.



Em seguida, será tratado no presente trabalho a personalidade do nascituro, interligando com assuntos abordados do direito à vida, torna-se de suma importância saber em qual momento passa a ser considerado um, ser vivo, e de proteção jurídica como todo humano que possui uma personalidade.

1.2. A PERSONALIDADE JURÍDICA DO NASCITURO

Sendo aquele que já foi concebido, conforme se aprende nas escolas, o resultado dessa concepção se dá no momento em que há o encontro de gametas, ou seja, o masculino com o feminino seguido do processo de nidação, onde o zigoto prende-se ao endométrio da mulher para que haja assim o desenvolvimento. Segundo Maria Helena Diniz:

A fetologia e as modernas técnicas de medicina comprovam que a vida se inicia no ato da concepção, ou seja, da fecundação do óvulo pelo espermatozoide, dentro ou fora do útero. A partir daí tudo é transformação morfológico-temporal, que passará pelo nascimento e alcançará a morte, sem que haja qualquer alteração no código genético, que é singular, tornando a vida humana irrepetível e, com isso, cada ser humano único. (DINIZ, 2002, p. 13).

Com isso é certo de que, nascituro é o ser que está por nascer, cujo o nascimento é esperado. E o início da vida é dado na concepção/ fecundação, no encontro entre espermatozoide e óvulo. No momento da nidação, tem-se o nascituro, e o embrião passa a ser dotado de todas as prerrogativas asseguradas pela ordem civil. De acordo com Almeida (2000), a partir do momento considerado concepção até o final da vida a pessoa se encontrará em incessante desenvolvimento, e isso acarreta em atribuir-lhe marca de personalidade jurídica, uma vez que é reconhecida biologicamente a sua personalidade natural.

Essa abordagem de concepção, nos atualiza o raciocínio tratando-se de fertilização *in vitro*, pois para casos assim ao menos que, ocorra a fertilização do óvulo *in vitro*, realizando a implantação na futura mãe, não se torna possível a afirmação de que se trate de um nascituro, sendo assim não é possível haver-se igual garantia jurídica. Do mesmo modo ocorro quando o embrião é congelado e aguarda a implantação no útero da mãe, casos assim recebem uma tutela jurídica específica como pessoal virtual, "*in fieri*", conforme descreve Almeida, (2000, p.56).

1.3. Teorias e suas diferenças



O termo vitalidade, com o objetivo de avaliar a afetividade humana do recém-nascido, aparece ainda entre as condições para reconhecimento da personalidade jurídica, de acordo com Alves (2001, p. 97). No direito romano, o feto não era reconhecido e era considerado como uma parte integrante das vísceras maternas, assim não possuía personalidade jurídica, isso por não ser considerado homem. Esse era um dos fatores, podendo ser citado para complementar, a falta da capacidade de exercer cidadania.

As adversidades existiam e mesmo não havia nada benéfico para reconhecimento da personalidade do nascituro, existia proteção em alguns pontos, como: “no terreno patrimonial, a ordem jurídica embora não reconheça no nascituro um sujeito de direitos, leva em consideração o fato de que, futuramente o será, e, por isso protege antecipadamente direitos que ele virá a ter quando for pessoa física” (ALVES, 2001, p. 95-96). A legislação romana, contudo, não se estendia ao nascituro toda gama de direitos assegurados evidentemente àqueles cuja personalidade era reconhecida.

O direito a vida, como exemplo a ser citado, quando vinculado ao direito universal, ao nascituro isso era garantido. Em casos de condenação criminal de uma mulher gestante, por exemplo, e a pena fosse de morte/ torturas, ao feto existia garantia de nascimento, e a pena de morte era cumprida após ele nascer. Quando grávidas morriam, acontecia a abertura de suas barrigas para a retirada do feto, e com isso podemos entender a acepção do direito romano como favorável a afirmação de que a personalidade teria de ser iniciada, após o nascimento, sendo esse com vida. Enquanto de acordo com o direito civil brasileiro, é definido como pessoa todo o ser que possua capacidade para usufruir direitos e passível, enfim, de obrigações.

Na ciência biológica, a existência física significa o caráter de personalidade. Por outro lado, no sentido jurídico do termo, todo ser, sendo levado em consideração as suas faculdades racionais e dotação volitiva, é pessoa. Conforme descreve Maria Helena Diniz:

“Pessoa é o ente físico ou coletivo suscetível de direitos e obrigações, sendo sinônimo de sujeito de direito. Sujeito de direito é aquele que é sujeito de um dever jurídico, de uma pretensão ou titularidade jurídica, que é o poder de fazer valer, através de uma ação, o não cumprimento de um dever jurídico, ou melhor, o poder de intervir na produção da decisão judicial.” (DINIZ, 2008, p. 113.).

Tendo como início então, no nascimento, a pessoa natural de acordo com o



ordenamento civil brasileiro, tem por encerrada a sua vida no ato da morte. Sendo que até esse momento – da morte – terá garantia de todos os seus direitos, não devendo, contudo, abrir mão de seus deveres.

Posto isso, na sessão seguinte abordaremos as teorias relacionadas as concepções da personalidade jurídica do nascituro. Em um primeiro momento, expomos os pressupostos da teoria natalista, em seguida, os argumentos que sustentam a teoria concepcionista.

1.3.1. Teoria Natalista

De acordo com a teoria natalista, o surgimento da personalidade ocorre a partir do nascimento com vida, baseando-se na interpretação literal e simplificada da lei, inexistindo qualquer expectativa de direito sobre o mesmo, antes de nascer. Esse pensamento é seguido por doutrinadores e com isso não é conferido personalidade jurídica ao nascituro, a partir do nascimento, ocorre a garantia dos direitos. Sendo assim, após nascer, surge a personalidade (art. 2º CC/02). De acordo com Pamplona Filho (2015, p. 80), é seguro que “no momento em que se inicia o funcionamento do aparelho cardiorrespiratório, o recém-nascido adquire personalidade jurídica”. Com relação a termos biológicos, esse funcionamento só pode ser verificado após o momento que o aparelho cardiorrespiratório começa a atuar, confirmado através do diagnóstico do exame de docimasia hidrostática de Galeno (PAMPLONA FILHO, 2015, P.81).

Essa teoria natalista, é a que prevalece entre boa parte dos autores clássicos do direito civil, onde o nascituro não poderia ser ainda considerado como pessoa, uma vez que é exigido para tanto que haja nascimento com vida. Conforme Carlos Roberto Gonçalves (2013, p. 101):

“Muitas são as críticas à mencionada teoria. Afirma-se, por exemplo, que, entendendo que o nascituro não é uma pessoa, admite-se a referida teoria que deve ser tratado com uma coisa; olvida-se, ainda, de que há, no Código Civil, um sistema de proteção ao nascituro, com as mesmas conotações da conferida a qualquer ser dotado de personalidade.”

Muitos são os apoiadores dessa teoria, sendo defensores da ideia de que, certos direitos só podem ser exercidos por aqueles que já nasceram. Esse fato a torna a mais aceita entre os doutrinadores. De acordo com Sergio Abdalla Semião:

No útero, a criança não é uma pessoa, se não nasce viva, nunca adquiriu



direitos, nunca foi sujeito de direitos, (...). Todavia, entre a concepção e o nascimento, o ser vivo pode achar-se em situação tal que se tem de esperar o nascimento para se saber se tem algum direito, pretensão, ação, ou exceção lhe deveria ter tido. Quando o nascimento se consuma, a personalidade começa. (SEMIÃO, 2000, p. 89.)

Confirmando assim que, o início da personalidade jurídica se dá após o nascimento com vida, no exato momento que sai do ventre materno, seguido da troca ox carbônica com o meio ambiente. Sem exigência que haja viabilidade, basta o nascimento com vida, para que os direitos sejam adquiridos, portanto, após o respirar e separação do corpo da mãe.

Com relação aos direitos, a escola natalista conforme Semião (2000, p. 37), o nascituro passa a ser reconhecido como uma expectativa de pessoa e, assim, apenas teria expectativas de direitos, ao ser considerado pessoa, desde a sua concepção apenas para o que lhe for juridicamente essencial. Os defensores dessa teoria, defendem a ideia de que caso o nascituro fosse considerado como pessoa, não haveria a necessidade de a legislação explicar cada um dos seus direitos, uma vez que reconhecida sua personalidade, desfrutaria de todos os direitos *per si*. O autor deixa claro com isso que, o motivo do nascituro não possuir personalidade jurídica, é por ainda ser dependente da mãe.

No direito do Brasil, não se faz importante a maneira em que o feto foi gerado, seja por inseminação artificial e/ ou relações sexuais, diz, PEREIRA, (2004, p. 221). Isso significa que, para que haja existência de personalidade jurídica é preciso nascer, e nascer com vida. Por isso a redação do artigo segundo do Código Civil brasileiro recebe interpretações de alguns juristas com o olhar e aprovação da teoria natalista.

Mas, os direitos que são direcionados ao nascituro representam o estado potencial de nascimento com vida, e de acordo com a teoria natalista pode-se compreender que o nascituro precisa ter garantido seus direitos, uma vez que o aborto voluntário gera punição na legislação brasileira. Por isso o autor apresenta com clareza sua visão sobre a teoria, e acrescenta que, se não houvessem limites com relação aos direitos do nascituro pelo Código Civil, como é entendido pelos concepcionistas, não haveria pretextos para que o Código Civil renunciasse, seus direitos. Se o mesmo fosse considerado como pessoa, todos os direitos lhes seriam permitidos espontaneamente, sem a necessidade de especificações.

Segundo Paulo César Fiúza (2014, p. 127), no 2º artigo do Código Civil nacional, tudo é muito claro quando o assunto é a aplicação da teoria natalista e o



início da personalidade jurídica, quando diz: “Em que pese à má redação (personalidade da pessoa – seria melhor personalidade do ser humano), o texto é cristalino: é o nascimento com vida que dá início a personalidade”.

Confirmando o que já havia sido exposto parágrafos acima, a teoria detém que o nascituro ainda é uma expectativa futura de personalidade, por isso deve ser considerado também uma expectativa de direitos.

1.3.2. Teoria Conceptionista

Em contramão a teoria natalista, a teoria conceptionista nos diz que a vida tem início na concepção, isso significa que é a partir da fecundação do óvulo com o espermatozoide, gerando o zigoto, conforme diz (ALBERTON, 2001, p. 35), assim, sendo considerado zigoto/ nascituro e já ser um ser vivente, passa a adquirir personalidade jurídica.

Nas palavras de Semião:

Segundo a escola conceptionista, a personalidade civil do homem começa a partir da concepção, ao argumento de que tendo o nascituro direitos, deve ser considerado pessoa, uma vez que só a pessoa é sujeita de direitos, ou seja, só a pessoa tem personalidade jurídica. Semião, (2000, p.35):

Enquanto isso, muitos de opiniões contrárias buscam justificativas apoiando-se no pensamento de que, mãe e nascituro ainda são um só, porém, nascituro é um ser individual e de características próprias quando comparado com sua mãe, disponibilizando-se apenas das condições o oferece enquanto permanece no útero para se desenvolver.

Ao ponto de vista dos conceptionistas, pelo lado biológico, o feto não é considerado parte integrante das vísceras maternas, mesmo possuindo os genes do pai e da mãe, ele representa uma carga genética individual, própria. O que constitui assim, uma identidade genética, que alguns biólogos confirmam como “personalidade”.

Por isso, a teoria conceptionista defende a personalidade civil ao nascituro, seja ela fisiologicamente ou juridicamente.

Segundo Bittar (1995, p. 189), filosoficamente o nascituro seria considerado como pessoa e tem as mesmas (in)capacidades de uma pessoa recém-nascida, considerando assim que o feto estaria para a criança como a criança está para o adulto, havendo diferença apenas no processo de desenvolvimento que ambos se encontram.



Por outro lado, juridicamente falando, todos os povos civilizados atribuem direitos ao nascituro. Pois, assegurar direitos significa confirmar a capacidade de recebe-los e, conforme os concepcionistas afirmam que, “quem afirma capacidades reconhece personalidades” (ALMEIDA, 2000, p. 187).

E com isso, olhando por essa teoria, mesmo que o nascituro não possua em momento exato todos os quesitos que formam sua personalidade jurídica, já passa a ter validação previstas no ordenamento jurídico brasileiro, ou melhor, no direito civil e também no direito penal. Nesse panorama, pode-se analisar pelas palavras de Maria Helena Diniz (2015, p. 124), “o embrião ou o nascituro têm resguardados, normativamente, desde a concepção, seus direitos, porque a partir dela passa a ter existência e vida orgânica e biológica própria, independente da de sua mãe. Se as normas o protegem é porque tem personalidade jurídica [...]”.

E é nesse sentido que a segunda parte do artigo 2º do Código Civil antecipamos declarando: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.”

Na jurisprudência é salientado que, o principal entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça fora sobre o reconhecimento da teoria concepcionista, que em estabelecido momento julgado foi admitido dano moral ao nascituro, pelo motivo da morte de seu pai que ocorreu antes mesmo de seu nascimento⁴⁹. Esse posicionamento foi reutilizado pelo STJ em uma outra situação, de caso, onde o nascituro teve o semelhante tratamento dado aos outros filhos já nascidos, julgado este onde havia sido envolvido um acidente de trabalho que teve como vítima o pai dos mesmos. (TARTUCE, 2004, p. 79-80).

2. DO ABORTO

Tratando-se do tema aborto, muito sabe que por diversos locais o assunto quando comentado gera diversas opiniões contrárias ou a favor de quem se posiciona, isso se deve ao fato de além de posicionamentos diferentes, temos palpites que tem como base religião, ou grupos considerações de grupos em face de condição especial.

No Código Penal Brasileiro, não é possível encontrar a definição de aborto, mas

⁴⁹ 4 STJ, REsp 399.028/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4.ª Turma, j. 26.02.2002, DJ 15.04.2002, p. 232



muito se fala da questão de provoca-lo. Sendo uma palavra de origem latina, pois a aborto, que no latim ab ortur, tem como significado privação de nascimento. Que nos trás o entendimento e compreensão, de que, abortar é interromper o curso da gravidez antes do seu tempo previsto para o nascimento do feto, em outras palavras, a consequente morte do produto da concepção, mesmo sendo excluída a necessidade que haja a eliminação do nascituro pelo organismo da mãe, uma vez que a morte pode ocorrer interiormente no útero, e ali permanecer.

Na visão de Nucci (2013), o aborto pode ser conceituado como a cessação da gravidez (que teve início no momento da nidação) previamente ao tempo normal e necessário, tendo como consequência a morte do feto ou embrião. Enquanto para Zugaib, na área da medicina obstetrícia, o aborto é o resultado final do processo de abortamento. O autor diz ainda que:

“Conceitua-se clinicamente o aborto como a interrupção voluntária ou não da gravidez antes de 20 semanas de gestação ou quando o peso fetal for inferior a 500g. Genericamente, no entanto, corresponde à interrupção da gravidez antes de seu termo normal, seja de causa espontânea ou provocada”. (ZUGAIB 2016, p.1246).

Dessa forma, é possível afirmar que a ação de processo abortivo tem como objetivo real interromper a gravidez e assim eliminar o feto do útero, exercendo isso na gestante ou até mesmo contra o feto ou embrião, sendo isso realizado é consumido como crime a morte, não é de importância onde ocorreu a mesma, seja no ventre ou fora dele, é crime.

Diversas são as formas de aborto existentes, como exemplos temos, aborto natural, aborto acidental, aborto legal, aborto eugênico, aborto econômico- social e aborto criminoso. Atualmente no Brasil, tem a permissão da realização de apenas três, sendo eles: aborto natural, que ocorre espontaneamente, pois acontece devido algumas causas patológicas, sendo assim não há crime. O aborto legal, onde ocorre a cessação da gravidez com a morte do feto ou embrião. Esse pode ser separado em duas partes, o terapêutico e o sentimental. E o outro caso, é o aborto eugênico, que são relacionados aos casos de anencefalia, onde pode acontecer a malformação do sistema nervoso central da criança.

As punições com relação ao crime de aborto, existem há anos, por exemplo no Brasil, o Código Criminal do Império de 1830, já previa punições com relação ao tema abordado, que era duplicada quando ocorria com consentimento da mãe gestante, caso não houvesse consentimento, a mãe era isenta de punições. Anos após, o



Código Penal de 1890, estendeu-se a mãe também a punição pela prática do aborto, e no Código Penal de 1940, o ato de abortar já era então incluso no capítulo dos crimes cometidos contra a vida, sendo assim então considerado uma ação criminosa.

Nas palavras de Galvão, conforme citado em sua doutrina, “[...] na legislação brasileira, a tutela penal é dirigida em favor da vida do concepto e não da integridade física ou da saúde da gestante. Por isso, não há espaços para considerar argumentos relativos à liberdade da gestante sobre o próprio corpo” (GALVÃO, 2013, p. 111-112).

Mais adiante aprofundaremos as modalidades de aborto, citando e discutindo os artigos do Código Penal, mais especificamente os artigos 124, 125 e 126, onde é tratado o tema de crimes por ato de abortar.

2.1. Do bem jurídico-penal protegido no aborto

Conforme exposto acima, o aborto é a interrupção do processo de gestação da mulher antecipadamente a vida biológica, ou seja, antes que ocorra o desenvolvimento completo do nascituro e isso tendo como consequência a morte do mesmo. Porém, para o Direito Penal, o conceito de aborto não é de grande interesse, uma vez que esse criminaliza condutas que geram lesões prejudiciais aos bens jurídicos, que são levados em consideração como um ser de valor. O que leva a ter direito de proteção, através das alamedas do Direito Penal.

O direito a vida tem a proteção da ordem jurídica de modo extenso, sendo que esse resguardo ocorre desde o momento da concepção do nascituro. Mesmo não sendo considerado como “pessoa”, não podendo se manter vivo sem as dependências da mãe devido ao estágio de formação, já é reconhecido como indivíduo de direitos. Esses direitos são oferecidos ante mesmo ser reconhecido como personalidade jurídica, que resulta ao mesmo após seu nascimento com vida. Portanto, desde a concepção, até o nascimento, o Direito já o reconhece e oferece proteção total ao ser humano que já está em formação.

De acordo com Pontes de Miranda, (1983, p.182)

“no útero, a criança não é pessoa. Se não nasce viva, nunca adquiriu direitos, nunca foi sujeito de direito, nem pôde ter sido sujeito de direito (= nunca foi pessoa). (...) Não é preciso que se haja cortado o cordão umbilical; basta que a criança haja terminado de nascer (= sair da mãe) com vida”.

Enquanto o Código Penal, por vez, estabelece a proteção necessária a vida humana que ainda encontra-se em formação em três fases, sendo essas distintas. Assim, passa a ter proteção e tendo como diferenciação o feto, o ser nascente e o



recém-nascido. De acordo com os tipos de penalidades apresentadas pelo Código Penal, há a incriminação do aborto (art. 124 a 127) havendo a proteção a vida humana intrauterina; com os tipos de homicídio (art. 121) que protege a vida humana extrauterina; e com o infanticídio, que está presente no artigo 123, protegendo a vida durante a realização do parto ou após realizar-se.

Nas palavras de Bitencourt:

A vida começa no início do parto, com o rompimento do saco amniótico; é o suficiente a vida, sendo indiferente a capacidade de viver. Antes do início do parto, o crime será de aborto. A destruição da vida biológica do feto, no início do parto, constitui crime de homicídio". (BITENCOUT apud GRECO, 2017, p. 53).

Com reflexões iniciadas as palavras do autor, fica claro que após iniciado o exercício de parto, não há falar mais em aborto, já de homicídio infanticídio. Já superada as teorias de que para estar vivo era necessário estar respirando, o direito hoje protege e oferece suporte levando em consideração outros sentidos que garante vida do nascituro como por exemplo a pulsação do coração ou movimentação circulatória. Destacando-se que antes do parto o feto é protegido pelas leis do aborto (artigos 124 a 127, e após iniciado o trabalho de parto, quando se rompe o saco amniótico, sendo esse momento suficiente a vida e nesse momento o amparo legal de direito está no artigo 121 do código penal que diz: "Matar alguém; Pena- reclusão de seis a vinte anos."

2.2. Das espécies do aborto

Em 1940, o Código Penal Brasileiro passou a considerar o aborto como crime, por isso, tipificou no Título I, Capítulo I, dos crimes contra a vida humana. Assim, os artigos 124, 125, 126 passaram a tratar na devida ordem apresentada sobre autoaborto, aborto provocado por terceiros sem consentimento da gestante e provocado por terceiro com consentimento. Sendo que os capítulos 127 e 128 ainda prolonga o tema de aborto. Com isso, encontra-se na legislação penal, apresentado nas seguintes palavras os artigos citados acima:

Art. 124. Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: Pena- detenção, de 1(um) a 3 (três) anos.

Art. 125. Provocar aborto, sem consentimento da gestante: Pena- reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos.

Art. 126. Provocar aborto com consentimento da gestante: Pena: reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

Parágrafo único: Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de 14 (quatorze) anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o



consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência. (BRASIL, 1940).

Assim, é possível afirmar que o ato de aborto é classificado como um crime material, fazendo necessário que o nascituro faleça para que seja consumado e por ser um crime material, a tentativa também pode ser incluída e considerada como uma atividade criminosa. E o feto para esses casos é considerado como o sujeito passivo comum, apresentado nos três artigos do Código Penal citados acima.

De modo consequente, está prescrito ainda no artigo 127 do Código Penal a chamada qualificadora para o tipo penal de aborto, de modo que, as penalidades aplicadas aos tipos de crimes previstos nos artigos citados (124, 125 e 126) devem sofrer um acréscimo de até um terço, se por acaso a gestante sofrer ou carregar consigo alguma seqüela ou lesões corporais consideradas de natureza grave. E a pena será duplicada, se a mesma vier a falecer devido ao ato abortivo cometido. O artigo 127 do Código Penal diz o seguinte: “As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte (BRASIL, 1940).

Analisando os tipos de aborto declarados nos artigos faz-se necessário a análise da diferença entre eles para melhor compreensão dos casos e penas. Conforme trás os artigos, no 124 é apresentado o caso de aborto com consentimento da gestante. Pois o mesmo é considerado um *crime próprio*, que somente pode ser realizado pela própria pessoa indicada na condição de gestante, com tal comportamento considerado proibido e assim inserida na posição de sujeito ativo. Com isso, a mulher que carrega dentro de si o feto, ao praticar ou permitir que alguém realize nela o ato considerado ilegal, se torna o sujeito ativo do delito. Por exemplo, se a ela engravidar e foi uma gravidez indesejada e com isso ela ingere algum medicamento abortivo. Ela é a total responsável por isso e caso alguém auxilie, induza ou instigue, sobre como isso pode ser realizado, esse que auxiliou é considerado um partícipe do ato no artigo 124.

No artigo 125, onde há o aborto chamado de não consentido, onde a gestante não pratica o ato, e aparece incluída como vítima da situação. Comparada a modalidade anterior, nessa temos como principal diferença o sujeito passivo. Uma vez que, o sujeito passivo não é mais somente a vida humana que se encontra em formação, mas considera-se também a gestante que a partir desse momento passa



a ter sua integridade pessoal sendo como violada. Conforme diz CUELLO CALÓN (1975, p. 533), para esse caso a ação abortiva passa a ser julgada como uma violência, sendo ela contra a mulher, e por isso, a pena é aumentada. Com isso, o delito passa a ter consideração comum, pois qualquer pessoa pode realiza-lo. Como exemplo podemos citar um caso onde a mulher engravidou do namorado, ela quer ter o filho, mas o namorado não deseja ter a criança e há obriga abortar. Para um caso como esse, o que obrigou a gestante abortar passa a ser considerado sujeito ativo do delito.

Para o artigo 126, o aborto também é um ato consentido, pois a mulher deseja abortar e procura ajuda para que isso aconteça. Um exemplo, seria um caso onde a mulher grávida procura um médico que faça os procedimentos necessários do ato. E assim, o médico passa a ser considerado um coautor do crime, enquanto o feto é sujeito passivo. Porém, o terceiro incluso nessa situação (o médico) como citado nos exemplos acima, também passa por punição dolosa, por isso é preciso que o mesmo tenha consciência que está participante de uma ação considerada crime, onde o mesmo só será isento de punição se por acaso a mulher o engane.

A teoria monista, aponta que o terceiro que participa da situação responderá por um crime único, assim o partícipe e a mulher não estão cometendo o mesmo crime. Pois essa teoria diz o seguinte:

“apregoa a unicidade de crime frente à pluralidade de agentes. Por conseguinte, tanto os autores quanto os partícipes responderão por um crime único, afastando-se tanto da ideia de fracionamento da conduta delituosa, quanto da ideia de bipartição da conduta criminosa. O fundamento desta teoria reside no fato de as várias ações não se apresentarem de um modo autônomo, mas convergirem em uma operação única, que acarretam um mesmo resultado. Por isso, elas devem ser consideradas como um todo unitário.” (BRANDÃO, C. 2010. p. 269).

Isso serve não apenas para um médico, mas para qualquer terceiro que auxiliar a gestante provocar o aborto.

Cientes dos tipos de abortos e suas penalidades apresentadas no Código Penal, a próxima sessão dessa pesquisa abordará a impossibilidade de descriminalização dos crimes de aborto.

3. DA IMPOSSIBILIDADE DE DESCRIMINALIZAÇÃO DOS CRIMES DE ABORTO

Quando o assunto abordado em pesquisas é o aborto, mais especificamente



os crimes e penas relacionadas ao ato de abortar um feto, fala-se dos direitos sexuais e autonomia da mulher nas decisões. Com relação a isso, muitas discussões são geradas e opiniões pós e contras de acordo com a situação e até que ponto a mulher tem ou não poder de decisão sobre o nascituro. Por isso foram desenvolvidos os direitos reprodutivos, com o intuito de proteger a saúde e reconhecer assim os direitos das mulheres. Direitos esses, que vieram para arquitetar e dar poder autônomo a mulher em um contexto relacionado a saúde e sexualidade. Setores do direito esses, que possuem certa delicadeza e fragilidade das leis e de serviços, que por diversas vezes fogem dos padrões mínimos ofertados pelos direitos humanos. Por isso, a busca pela dignidade e autonomia da mulher sempre vai existir, buscando direção e princípios que valorizem e deem importância maior ao direito reprodutivo.

No âmbito da sexualidade e da autonomia da mulher o assunto estende-se aos direitos reprodutivos, que estão vinculados com os direitos fundamentais preestabelecidos. Direitos esses que geram liberdade para que a mulher tome decisões relacionadas a reprodução, e assim, decidir quantos filhos vai ter, quando os terão e sobre ter ou não esses filhos, sendo que essas escolhas são com responsabilidades e quando tomadas terem acesso a saúde e informações de qualidade (SOUSA, 2010, p. 4.906). O autor afirma ainda em mesma página que, os pontos citados acima quando em análise remetem a não aplicabilidade de coerção para com a mulher e a falta de consideração da mulher como um objeto de reprodução. Através disso, todos passam a respeitar seus direitos individuais e a inviolabilidade de seu corpo.

Segundo (SOUSA, 2010, p. 4.096) quando a liberdade é o assunto em pauta, é ampliado de modo grotesco se visto pelo lado da propensão de direitos que lutam por uma igualdade entre mulheres e homens, além disso, dando a devida proteção as mulheres contra a discriminação e contra a violência feminina, tanto em casa quanto na convivência social. Com efeito, o direito de reprodutividade pelo ponto de vista da natalidade, reflete sobre a autonomia da mulher decidir gerar ou não um filho, uma vez que, biologicamente somente ela tem o poder de gerar dentro de si outra vida humana. Assim (SOUSA, 2012, p. 4.096) afirma que, “para que haja vida, é necessário que, primeiramente, a mulher se disponha, por sua livre escolha, a ter e gerar a criança, incumbindo ao Estado proporcionar condições de saúde para que esta gere”. Portanto, para que exista liberdade perante a sexualidade e reprodutividade de modo prospero, é necessário que a sociedade abrace a causa e com isso as leis estejam



acessíveis para todos com isso os direitos humanos e tão fundamentais não estejam direcionados somente a uma parte da sociedade.

Nas palavras de Estella Libardi de Sousa,

“Na discussão sobre sexualidade e Direitos Humanos, tomamos a noção de direitos sexuais e reprodutivos como parâmetro, a fim de evidenciar as questões relacionadas ao tema, tais como: planejamento familiar; acesso a métodos contraceptivos seguros; esterilização cirúrgica; assistência à gravidez e ao parto, incluindo atendimento pré-natal; aborto; mortalidade materna; novas tecnologias reprodutivas; doenças sexualmente transmissíveis e AIDS; violência e exploração sexual; prostituição e turismo sexual; não discriminação em razão de orientação sexual; uniões e famílias homossexuais; “mudança de sexo” e alteração do registro civil, entre outras” (SOUSA, 2006, p. 4.907).

Em resumo, o que o direito reprodutivo defende fortemente é a não coerção de nenhum tipo a mulher, buscando reconhecimento pela liberdade sexual reprodutiva sem que sofra discriminação ou violência por suas decisões. Abrindo assim, espaços para a autonomia direta da mulher, sem que, torne isso motivo a mais para discussões ou temas polêmicos em lugares na sociedade. Uma vez que no Brasil, isso seja sempre de difícil acesso em vários ambientes.

Segundo Ávila (2003, p. 468), entre os vários objetivos que os direitos reprodutivos tem, um dos principais está relacionado com a autonomia da mulher, tratando-a como capaz de seus próprios atos, gerando assim a oportunidade de experimentar e viver a sexualidade de seu corpo tendo amparos políticos. Quando falamos em amparo, é importante frisar que os direitos a saúde já são oferecidos, porém é realidade que existe a falta de recursos que levam a saúde pública a uma precariedade que por muitas vezes deixam a desejar.

Baseando-se em teorias e códigos cíveis que, o aborto é um ato criminoso e por outro lado os direitos reprodutivos lutam pela autonomia da mulher para determinar se é ou não o momento de gerar um filho, é de suma importância ter clareza sobre o que o nascituro tem como direito, uma vez que, se o aborto é crime, o feto assim tem proteção desde sua concepção.

Partindo desse pressuposto o Código Civil nacional, em seu artigo segundo conforme já apresentado aqui, diz: A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro. Afirmando assim que juridicamente o feto não é pessoa, porém, o mesmo possui direitos garantidos desde o momento da concepção. Com isso, a luta pelos direitos da mulher com relação a reprodutividade não é apenas contra opiniões contrárias, nem contra uma sociedade que por muitas vezes querem impor suas leis.



Mas é uma luta contra direitos judiciais, que vai muito além de críticas, são leis existentes há anos.

Assim, é possível afirmar que o direito penal dá proteção a vida intrauterina através do tipo penal do aborto, pois a doutrina principal utiliza como termo de início a nidação, defendendo a vida de maneira extensa englobando nisso, o nascituro.

4. CONCLUSÃO

É sabido que o nascituro é o feto ainda em gestação, é um ser com características genéticas próprias e únicas. Observou-se, neste trabalho, e em ordenamentos jurídicos, como é compreendida o momento da instauração da personalidade civil, concedendo direitos àquele cuja personalidade fosse admitida pela legislação vigente.

Pela exposição que se fez até aqui a respeito da personalidade do nascituro, tendo perpassado pelas perspectivas teóricas da teoria natalista e pela concepcionista, vê-se que a adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro é evidentemente a teoria concepcionista, sendo está a doutrina que prevalece entre os doutrinadores contemporâneos do Direito Civil Brasileiro, no qual se compreende que no momento da concepção (nidação) o nascituro adquire personalidade, sendo este considerado pessoa. Isso porque muitos dos direitos, elencados acima, destinados ao nascituro não dependem necessariamente de que este nasça com vida. Isto se explica, inclusive porque o feto representa apenas um estágio de desenvolvimento do mesmo ser humano, o qual, até a morte, estará em dinâmico processo de desenvolvimento. É necessário considerar como desenvolvimento o momento em que o nascituro está sendo gerado, porque, de outro modo, ter-se-ia de concebe-lo, em comparação com a vida após o nascimento, como duas vidas distintas: uma antes do nascimento, intrauterina; e outra após o nascimento: vida extrauterina.

Conclui-se assim a partir das teorias expostas, artigos apresentados e comentários realizados, que é necessário levar em consideração o artigo 2º do Código Civil, pois esse protege totalmente o nascituro, dando a ele a garantia de tutela e proteção que é de direito do mesmo desde o momento de sua concepção. Indo além, pois é também salvaguardo seus direitos de nascer como os direitos de uma boa gestação já que sua mãe não possui direito de abrir mão do feto. Mesmo que a luta pelos direitos reprodutivos da mulher seja intensa, operando com o ardo objetivo de



alcançar a liberdade decisiva de gestação, em momentos atuais o Código Civil prevalece e o aborto sendo considerado como crime, em causa de ocorrência as penalidades necessitam ser cumpridas.

5. REFERÊNCIAS

ALBERTON, Alexandre Marlon da Silva. **O direito do nascituro a Alimentos**. Rio de Janeiro: AIDE, 2001.

ALMEIDA, Silmara J.A. Chinelato e. **Tutela civil do nascituro**. São Paulo: Saraiva, 2000.

ÁVILA, Maria Betânia. **Direitos sexuais e reprodutivos: desafios para as políticas de saúde** Sexual and reproductive rights: challenges for health policies. **Cad. saúde pública**, v. 19, n. Sup 2, p. S465-S469, 2003.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária: 1995.

BRANCO Paulo Gustavo G. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 314.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. 11º ed. Organização de texto e índice por Antônio Luiz de Toledo. São Paulo: Saraiva, 2011. (Vade Mecum).

CONVENÇÃO AMERICANA DOS DIREITOS HUMANOS (1969) Disponível em https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convernao_americana.htm Acesso em 28/07/2021.

CUELLO CALÓN, E. **Derecho penal**. Barcelona: Bosch, 1975. v. 2, parte 2. p. 533.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado atual do biodireito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002 SEMIÃO, Sergio Abdalla. **Os direitos do nascituro: aspectos cíveis, criminais e do biodireito**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

FERREIRA, Aurélio Buarque de H. **Miniaurélio: o minidicionário da língua portuguesa**. 7ª ed. Curitiba – PR: Ed. Positivo, 2008.

FIÚZA, Cesar. **Direito civil: curso completo**. 17.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2014.

GALVÃO, Fernando. **Direito Penal: Crimes contra a pessoa**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 111, 112.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: parte geral**. 11 ed. São Paulo:



Saraiva, 2013.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal; parte especial. Volume 2. 14ª edição. Niterói: Impetus, 2017, p. 53.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 436.

MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, Tomo I, p. 162. O Código Civil de 1916 possuía dispositivo semelhante no art. 4º.

MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 30
PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, volume I**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal: Parte Geral e Parte Especial**. 9ª ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: introdução ao direito civil e teoria geral do direito civil**. v. 1. 20. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 211- 259.

SEMIÃO, Sergio Abdalla. **Os Direitos do nascituro: aspectos cíveis, criminais e do biodireito**. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p.198.

SOUSA, Estella Libardi de. Sexualidade(s) e Direitos Humanos: “casos difíceis” e respostas (corretas?) do judiciário. In: Encontro Nacional do CONPEDI, 19., 2010, Fortaleza. **Anais...** Fortaleza: UFC, 2010, p. 4905-4917.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**. 4. ed. São Paulo: MÉTODO, 2014.

TAVARES, André Ramos. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 589. **teoria geral do direito civil**. v. 1. 20. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 211- 259.

ZUGAIB, Marcelo. **Obstetrícia**. 3ª ed. São Paulo: Manole, 2016. p. 1242, 1245, 1246.



ATIVISMO JUDICIAL

Aline Elizabete Heidemann⁵⁰

Andressa Paula de Andrade⁵¹

RESUMO: O presente estudo tem por objetivo central explicar os aspectos gerais referentes ao Ativismo Judicial, fenômeno jurídico de grande relevância e bastante comentado no âmbito do Direito, caracterizando a postura proativa do Poder Judiciário na interferência dos demais poderes. Para tanto, foi realizada uma pesquisa cuja abordagem caracterizou-se como qualitativa, de natureza básica por meio de procedimentos de constituição dos dados do tipo pesquisa bibliográfica e documental. Conclui-se que considerando que o Ativismo Judicial consiste em um mecanismo para concretizar os direitos fundamentais sociais perante à Constituição Federal, os quais muitas vezes não são cumpridos pelo Poder Público. Tal postura é corroborada por meio do exemplo de um caso concreto julgado por analogia, o qual concretiza a ação do tipo Ativismo Judicial.

PALAVRAS-CHAVE: Ativismo Judicial. Constituição Federal. Poder Judiciário.

RESUMEN: El objetivo principal de este estudio es explicar los aspectos generales relacionados con el Activismo Judicial, fenómeno jurídico de gran relevancia y ampliamente comentado en el ámbito del Derecho, caracterizando la postura proactiva del Poder Judicial en la injerencia de otros poderes. Por tanto, se llevó a cabo una investigación cuyo abordaje se caracterizó como cualitativo, de carácter básico a través de procedimientos de constitución de datos como la investigación bibliográfica y documental. Se concluye que considerando que el Activismo Judicial consiste en un mecanismo para materializar los derechos sociales fundamentales ante la Constitución Federal, los cuales muchas veces no son cumplidos por el Poder Público. Esta postura se corrobora con el ejemplo de un caso concreto juzgado por analogía, que materializa la acción del tipo Activismo Judicial.

PALABRAS-CLAVE: Activismo judicial. Constitución Federal. Poder Judicial.

1. INTRODUÇÃO:

O presente artigo foi desenvolvido a partir do propósito central de explicar os aspectos gerais referentes ao Ativismo Judicial. Sob este enfoque, faz-se necessária a compreensão inicial acerca do Princípio das Separação dos Poderes que, à luz da obra de Montesquieu “Espírito das Leis”, se é preconizada a descentralização do poder de um só soberano, assegurando os direitos e a liberdade do povo.

Assim, torna-se possível a compreensão acerca das funções dos atuais poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, os quais cada um em sua esfera de ação preponderante, devem atuar sob os princípios de independência e harmonia, a fim de

⁵⁰ Graduada em Serviço Social pela Universidade Estadual do Paraná (UNESPAR – Campus de Paranavaí). Graduada em Direito pelo Centro Universitário de Tecnologia e Ciências do Norte do Paraná (UniFatecie). Assistente Social em cargo público no município de Santa Isabel do Ivaí – PR. E-mail: aline.cras@hotmail.com

⁵¹ Mestre em Ciência jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Doutoranda em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Docente e orientadora no curso de Direito no Centro Universitário de Tecnologia e Ciências do Norte do Paraná (UniFatecie). E-mail: aadressaandrade@hotmail.com



estabelecer, executar e cumprir as leis.

Ademais, reconhecer a trajetória histórica das Constituições Federais no Brasil é um ponto de contextualização dos atuais direitos e deveres para o povo, tendo em vista que, ao longo desta trajetória, se foi possível construir e firmar tais direitos e deveres, tanto para os cidadãos como para o próprio governo da nação, desde a primeira Constituição em 1824 até Constituição Federal de 1988, cuja força normativa é vigente.

Por fim, sob este contexto torna-se imprescindível compreender e discutir o ativismo judicial, ou seja, as posturas proativas e as especificidades do Poder Judiciário, que estabelece relações intrínsecas e intervém na atividade dos demais poderes, fatores os quais, supracitados, justificam a proposta deste estudo.

Para tanto, o trabalho foi desenvolvido a partir de uma abordagem qualitativa, de modo que a natureza do estudo se caracterizou como básica e os procedimentos pautaram-se na pesquisa bibliográfica e documental. A abordagem qualitativa, em suma, trabalha os dados buscando aprofundamento em sua compreensão, tendo como base a percepção do fenômeno dentro de seu contexto. A natureza básica caracteriza-se por gerar ou discutir conhecimentos que sejam úteis, viabilizar os conhecimentos sobre determinado assunto, sem uma finalidade aplicada ou prática na respectiva pesquisa (GERHARDT; SILVEIRA, 2009).

Os procedimentos da pesquisa do tipo bibliográfica realizados neste estudo, por sua vez, partem do levantamento teórico de materiais já elaborados, como livros e artigos, por exemplo, visando “recolher informações ou conhecimentos prévios sobre o problema a respeito do qual se procura a resposta”. No mesmo intuito, a pesquisa documental se diferencia pela natureza das fontes, que se faz por meio de documentos oficiais ou registros de natureza variada (FONSECA, 2002, p. 32).

Portanto, tendo em vista abarcar o objetivo central de explanar os aspectos gerais referentes ao Ativismo Judicial no contexto brasileiro, o desenvolvimento deste estudo encontra-se estruturado nas subseções intituladas: “O princípio das separações dos Poderes”, a qual abarca sua visão geral e os poderes executivo, legislativo e judiciário, respectivamente; “Trajetória das Constituições”, a qual contextualiza o período histórico desde a primeira Constituição em 1824 até a Constituição Federal de 1988, bem como sua força normativa; e, por fim, “Ativismo Judicial”, a qual trata a visão geral do tema, bem como os contornos do ativismo judicial no Brasil, com destaque para as principais ações consideradas ativistas do



Poder Judiciário.

2. DESENVOLVIMENTO:

2.1. O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Pretende-se aqui, compreender o princípio da separação dos poderes, sendo essa separação respaldada de acordo com a Constituição Federal de 1988, em seu Art. 2º, em que “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” (BRASIL, 1988).

Primeiramente, se faz necessário pontuar que a separação dos poderes como é organizado atualmente, é resultado do nascimento do constitucionalismo, como cita a obra de Montesquieu *“Espírito das leis”* o filósofo teve como objetivo central assegurar a liberdade do povo e descentralizar o poder de um só (MONTESQUIEU, 2000).

Charles-Louis de Secondat, mais conhecido por Barão de Montesquieu ou somente Montesquieu, foi um filósofo, escritor e político iluminista francês, que viveu o século XVIII, caracterizado como “período de grande crescimento intelectual europeu, sobretudo francês, em razão da ascensão do movimento iluminista⁵²” (PORFÍRIO, [s.d.], p. 1).

Montesquieu consistiu em um dos principais intelectuais iluministas que sustentou teoricamente a Revolução Francesa, contribuindo, 34 anos após sua morte, com a revolução que acontecera em 1789, de modo que sua filosofia foi fundamental para toda a organização política posterior a este período, com destaque para a ideia de tripartição dos poderes do Estado (PORFÍRIO, [s.d.]).

Logo, nessa perspectiva, ao discutir acerca das contribuições de Montesquieu, o autor Pedro Lenza (2011), cita em sua obra que:

O grande avanço trazido por Montesquieu não foi a identificação do exercício de três funções estatais. De fato, partindo desse pressuposto aristotélico, o grande pensador francês inovou dizendo que tais funções estariam intimamente conectadas a três órgãos distintos, autônomos e independentes entre si. Cada função corresponderia a um órgão, não mais se concentrando nas mãos únicas do soberano. Tal teoria surge em contraposição ao absolutismo, servindo de base estrutural para o desenvolvimento de diversos

⁵² O Iluminismo foi um movimento intelectual, filosófico e cultural que surgiu durante os séculos XVII e XVIII na Europa e defendia o uso da razão contra o antigo regime e pregava maior liberdade econômica e política.



movimentos como as revoluções americana e francesa, consagrando se na Declaração Francesa dos Direitos do Homem e Cidadão, em seu art. 16. (LENZA, 2011, p. 433).

Dessa forma, de acordo com Ferreira Filho (2015), se faz necessário pontuar as três ideias inerentes a concepção da separação dos poderes, assim como exprime a obra de Montesquieu.

Em primeiro lugar, ressalta-se que, no Estado, três funções são essenciais, são elas: “a de dar a lei, a exercer a governança dentro da lei, mormente executando a lei, e a de julgar a conduta dos indivíduos e os litígios em geral, segundo a lei e de modo objetivo e imparcial”. Em outras palavras, tais funções consistem na legiferação⁵³, a administração e a jurisdição (FERREIRA FILHO, 2015, p. 69).

Em segundo, Ferreira Filho destaca que estas funções não devem estar nas mãos de um só órgão ou poder, mas, ao contrário, precisam ser distribuídas entre, ao menos, três Poderes diferentes.

Ademais, uma terceira ideia frisada por Ferreira Filho (2015, p. 69), é a de que estes Poderes precisam estar em condições de independência e equilíbrio, para que cada Poder possa deter, se preciso for, outro ou outros Poderes, de modo que esse sistema é conhecido como os freios e contrapesos dos doutrinadores anglófonos.

Sob este enfoque, o conceito de freios e contrapesos pode ser compreendido, de acordo com Araújo e Nunes Júnior (1999), como correlação dos poderes de forma harmônica, em que cada um deles mantém o seu âmbito de independência e autonomia em relação aos outros. Assim, torna-se possível, ao ser atribuído funções do poder a diferentes mãos, estas controlariam umas às outras com vistas a evitar a ultrapassagem de autonomia, fornecendo, por consequência, condições para o respeito aos direitos individuais.

Portanto, para Silva (2002), é importante destacar que seguindo a teoria de Montesquieu, os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário exercem funções típicas e atípicas, onde compreende-se um pouco mais a respeito da harmonia existente entre os mesmos.

2.1.1. PODER EXECUTIVO

⁵³ Estabelecer leis (sobre, em, contra); legislar.



O referido poder é responsável direto por executar as leis, observando as normas vigentes no país, além de propor planos de ação e administrar. No que concerne à sua função típica, é possível afirmar que:

O Poder Executivo constitui órgão constitucional cuja função precípua é a prática dos atos de chefia do estudo, de governo e de administração. A Chefia do Poder Executivo foi confiada pela Constituição Federal ao Presidente da República, a quem compete seu exercício, auxiliado pelos Ministros do Estado, compreendendo ainda, o braço civil da administração (burocracia) e o militar (Forças Armadas), consagrado mais uma vez o presidencialismo, concentrando na figura de uma única pessoa, a chefia dos negócios do Estado e do Governo. (MORAES, 2007. p. 444)

Como citado, este poder é exercido, no âmbito federal, pelo Presidente de República, juntamente com os Ministros que por ele são indicados, os Secretários, os Conselhos de Políticas Públicas e os órgãos da Administração Pública. Os atos de autoridade perante ao Estado competem a esse poder, quando exerce titularidade das relações internacionais, bem como de governo quanto assume as relações políticas e econômicas (SANTANA, 2016).

Vale ressaltar, ainda de acordo com Santana (2016), que cabe ao presidente ter contato direto com o poder Legislativo, tendo o poder de sancionar ou rejeitar uma lei aprovada pelo Congresso Nacional.

Como função atípica deste poder, se faz necessário citar que:

O executivo, portanto, além de administrar a coisa pública (função típica), de onde deriva o nome republica (res pública) também legisla (art. 62 – Medidas Provisórias) e julga (conceituoso administrativo), no exercício de suas funções atípicas. (MORAES, 2007. p. 445).

Vale lembrar que, logo, na esfera Estadual, tal poder se concentra nas mãos do governador e de seus Secretários Estaduais, e na esfera municipal, do Prefeito e seus respectivos secretários.

2.1.2. PODER LEGISLATIVO

O Poder Legislativo, é o poder que cria, modifica e aprova as leis. Ou seja, é o poder que exerce a função de controle político-administrativo e o financeiro-orçamentário. Assim, de acordo com Moraes (2007), enquanto funções típicas deste poder, destaca-se que:

As funções típicas do Poder Legislativo são de legislar e fiscalizar, tendo ambas o mesmo grau de importância e merecedoras de maior detalhamento.



Dessa forma, se por um lado a Constituição prevê regras de processo legislativo, para que o Congresso Nacional elabore normas jurídicas, de outro, determina que a ele compete a fiscalização contábil, financeira, orçamentaria, operacional e patrimonial do Poder Executivo. (MORAES, 2007, p. 391).

Da mesma forma, atipicamente, ressalta-se que:

As funções atípicas constituem-se em administrar e julgar. A primeira ocorre, exemplificadamente, quando o Legislativo dispõe sobre a sua organização e operacionalidade interna, provimento de cargos, promoções de seus devedores enquanto a segunda ocorrerá, por exemplo, no processo de julgamento do Presidente da República por crime de responsabilidade” (MORAES, 2007. P. 391).

Logo, no que se refere a organização, o referido poder é exercido pelos Deputados Federais e Senadores, âmbito federal. No âmbito estadual é exercido pelos Deputados Estaduais, e no âmbito municipal é exercido pelos vereadores (SANTANA, 2016).

2.1.3. PODER JUDICIÁRIO

Este poder, tem como função principal interpretar as leis e julgar. Desta forma, os casos que se tornam judiciais necessitam da interpretação de um juiz no que se refere a aplicabilidade das regras constitucionais. O Poder Judiciário é representado pelos juízes, ministros e desembargadores. Cabe ressaltar que de acordo com a Constituição Federal de 1988, os promotores de justiça não são integrantes do Poder Judiciário, mas sim do Ministério Público (SANTANA, 2016).

De acordo com Moraes (2007, p. 358), o Poder Judiciário não meramente administra a Justiça, mas constitui-se como “o verdadeiro guardião da constituição, com a finalidade de preservar, basicamente, os princípios da legalidade e igualdade, sem os quais os demais tornariam-se vazios”.

Ao lado da função legislar e administrar, o Estado exerce função de julgar, ou seja, a função jurisprudencial, consistente na imposição da validade do ordenamento jurídico, de forma coativa, toda vez que houver necessidade. Dessa forma, a função típica do Poder Judiciário é jurisdicional, ou seja, julgar, aplicando a lei a um caso concreto, que lhe é posto, resultante de um conflito de interesses. (MORAES, 2007, p. 478).

Como os demais poderes, o Judiciário também possui suas funções atípicas, sendo considerada pelo autor Ministro Alexandre de Moraes, que são:



De natureza administrativa e legislativa. São de natureza administrativa, por exemplo, concessão de férias aos seus membros e serventuários; prover, na forma prevista nessa Constituição, os cargos de juiz de carreira na respectiva jurisdição. São de natureza legislativa a edição de normas regimentais, pois compete ao Poder Judiciário elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos. (MORAES, 2007. P. 478).

Por fim, é possível afirmar, portanto, que os poderes são independentes e autônomos, alguns autores denominam com o termo “harmônicos entre si”. Porém, de acordo os princípios da não-intervenção, da indelegabilidade de funções e da incacumbilidade de cargos e funções de poderes distintos, o membro de um poder não pode exercer “em regra” as funções do outro, evitando o arbítrio e aumentando o controle.

2.2. TRAJETÓRIA DAS CONSTITUIÇÕES

Cabe aqui, realizar uma análise acerca do documento da República Federativa do Brasil, denominado Constituição. Em sua trajetória, obteve inúmeras opiniões, críticas e aplausos a respeito de sua finalidade. Alguns doutrinadores e juristas lhe dão a devida importância, outros a julgam como mero pedaço de papel, que além de ilusório requer uma interpretação para compreendê-lo.

Na oportunidade, se faz necessário primeiramente contextualizar as trajetórias de cada carta. Promulgada em 5 de outubro de 1988, durante a gestão do então Presidente José Sarney, a atual constituição se denominou "Constituição do Cidadão" e foi a sétima constituição adotada pelo país. Um de seus alicerces era conceder aos cidadãos maior liberdade e direitos, os quais foram reduzidos durante o regime militar, bem como manter o país como uma república presidencialista. As constituições anteriores foram as constituições de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946 e 1967 (AGÊNCIA SENADO, 2008).

Destas sete constituições, quatro delas foram promulgadas pela Assembleia Constituinte, de modo que duas delas foram impostas por D. Pedro I, uma foi imposta por Getúlio Vargas e a outra foi aprovada pelo Congresso a pedido do regime militar. Na história da Constituição brasileira, sistemas fechados e sistemas mais democráticos têm se alternado, e suas respectivas influências são a aprovação da Carta, ora imposta, ora aprovada pela Assembleia Constituinte (AGÊNCIA SENADO,



2008).

Das sete constituições supramencionadas, foi em 1824 que nasceu a primeira Constituição, a qual contou com o apoio do Partido Português, composto por ricos empresários portugueses e altos funcionários públicos. D. Pedro I dissolveu a Assembleia Constituinte em 1823 e implementou seu próprio plano, que se tornou a primeira constituição do Brasil. Embora aprovada por algumas câmaras municipais da confiança de D. Pedro I, esta carta de 25 de março de 1824, contendo 179 artigos, foi considerada pelos historiadores como uma exigência obrigatória do imperador (AGÊNCIA SENADO, 2008).

Em 1891, depois que a república foi anunciada em 15 de novembro de 1889, o sistema político e econômico do país passou por grandes mudanças. De acordo com a Agência Senado (2008), o trabalho escravo foi abolido, a indústria foi expandida, as pessoas mudaram de áreas rurais para centros urbanos e a inflação ocorreu. Outra mudança consistiu no abandono do modelo parlamentar franco-britânico em favor do sistema presidencialista dos Estados Unidos.

Logo, em 1934, quando surge a terceira constituição, o país era presidido por Getúlio Vargas, e uma nova convenção constitucional foi realizada em novembro de 1933. A Constituição de 16 de julho de 1934 foi marcada por normas sociais, e as seguintes medidas foram tomadas: dar maiores poderes ao governo federal; a partir dos 18 anos o voto passou a ser obrigatório e secreto, sendo que as mulheres também passaram a ter o direito de votar, contudo, mantendo a proibição do voto a mendigos e analfabetos; criar tribunais eleitorais e tribunais do trabalho; promulgar leis trabalhistas que estipulassem o trabalho de oito horas por dia, descanso semanal e licença remunerada; execução de mandados e ações coletiva (AGÊNCIA SENADO, 2008).

Em 1937, Getúlio Vargas revogou a Constituição de 1934, dissolveu o Congresso e concedeu ao país um novo processo inspirado no fascismo, suprimindo partidos políticos e centralizando o poder, sem consulta prévia, nas mãos do presidente-executivo. A data desta carta é 10 de novembro de 1937 e, de acordo com a Agência Senado (2008), dentre as principais medidas tomadas, destacaram-se: sistema de pena de morte; supressão da liberdade de partido e de imprensa; abolição da independência dos poderes legislativo e judiciário; restrições aos privilégios do Congresso Nacional; permissão para suspender a imunidade parlamentar, prisão e exílio contra a oposição do governo para indiretamente eleger o Presidente da



República para um mandato de seis anos.

A Constituição de 18 de setembro de 1946, de acordo com a Agência Senado (2008), retomou a linha democrática de 1934 e foi legalmente promulgada, após deliberações do recém-eleito Congresso, que assumiu as atribuições da Assembleia Nacional Constituinte. As medidas tomadas incluíram a restauração dos direitos individuais, o fim da censura e da pena de morte. A carta também confere independência às instituições executivas, legislativas e judiciais e restabelece o equilíbrio entre esses poderes, além de conferir autonomia aos estados e municípios. Outra medida é a implantação do sistema de eleição direta para Presidente da República, com mandato de cinco anos. (AGÊNCIA SENADO, 2008).

Em 1967, período no qual surgiu a sexta constituição, os principais antecedentes da época eram o autoritarismo e a chamada política de segurança nacional, que visava combater os inimigos internos do regime e era marcada como subversiva. O governo militar foi estabelecido em 1964, mantendo o Congresso, mas dominando e controlando o Legislativo. Portanto, o Poder Executivo submeteu ao Congresso uma proposta constitucional, a qual foi aprovada pelos parlamentares e promulgada em 24 de janeiro de 1967. A Constituição é mais abrangente do que a anterior e, com a expansão da Confederação, esta foi mantida por meio de um colégio eleitoral composto por deputados e representantes nomeados pela Assembleia Legislativa por eleição indireta do Presidente da República. O judiciário também mudou e as garantias dos magistrados foram suspensas (AGÊNCIA SENADO, 2008).

E, por fim, a sétima constituição, em vigência até os dias de hoje, em 27 de novembro de 1985, por meio da emenda constitucional 26, foi convocada a Assembleia Nacional Constituinte com a finalidade de elaborar novo texto constitucional para expressar a realidade social pela qual passava o país, que vivia um processo de redemocratização após o término do regime militar (AGÊNCIA SENADO, 2008).

Assim, datada de 5 de outubro de 1988, a Constituição inaugurou um novo arcabouço jurídico-institucional no país, com ampliação das liberdades civis e os direitos e garantias individuais. “A nova Carta consagrou cláusulas transformadoras com o objetivo de alterar relações econômicas, políticas e sociais, concedendo direito de voto aos analfabetos e aos jovens de 16 a 17 anos” (AGÊNCIA SENADO, 2008, p. 1). Além disso, ainda segundo a Agência Senado (2008), se estabeleceu também novos direitos trabalhistas, como redução da jornada semanal de 48 para 44 horas,



seguro-desemprego e férias remuneradas acrescidas de um terço do salário.

Outras medidas adotadas Constituição de 1988 foram:

instituição de eleições majoritárias em dois turnos; direito à greve e liberdade sindical; aumento da licença-maternidade de três para quatro meses; licença-paternidade de cinco dias; criação do Superior Tribunal de Justiça (STJ) em substituição ao Tribunal Federal de Recursos; criação dos mandados de injunção, de segurança coletivo e *habeas data*; restabelecimento do *habeas corpus*; reforma no sistema tributário e na repartição das receitas tributárias federais, com propósito de fortalecer estados e municípios; reformas na ordem econômica e social, com instituição de política agrícola e fundiária e regras para o sistema financeiro nacional; leis de proteção ao meio ambiente; fim da censura em rádios, TVs, teatros, jornais e demais meios de comunicação; e mudanças relativas à seguridade social e assistência social. (AGÊNCIA SENADO, 2008, p. 1).

Tais medidas foram consideradas um grande avanço para a democracia no Brasil, ressaltando na oportunidade, a possibilidade de eleições majoritárias em dois turnos e a licença paternidade.

2.2.1. A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO:

A força normativa da constituição goza de seu melhor estado de efetividade desde a trajetória das constituições escritas, sendo considerada o pilar maior dos ordenamentos jurídicos e possuindo observação obrigatória e vinculadora a todas as demais legislações vigentes, consideradas por doutrinadores, legislações inferiores, podendo ressaltar a teoria de Hans Kelsen, em sua pirâmide (SILVA, 2018).

O texto de 1988, veio somente depois de uma lenta transição para a democracia. A Assembleia Constituinte foi composta pelos senadores biônicos em sua minoria e em sua maioria por deputados eleitos dois anos antes da sua promulgação, sendo desta forma, legítima. Destarte a terceira Carta Social brasileira não se viu livre de vícios, apesar da efervescência social. O corporativismo, o *lobbie*, as minúcias desnecessárias, o excesso de normas de eficácia contida e limitada pautam a Constituição Federal de 1988, derivada de um projeto inicial paternalista e utópico. (SILVA, 2018, p. 17).

Partindo desta compreensão, se faz necessário discorrer sobre os limites e desafios em relação às possibilidades da Constituição Jurídica, bem como os desdobramentos da forma normativa da constituição.

Perante às afirmações de Barroso (2013), a Constituição até o século XX, era vista como um documento que visava orientar o próprio Legislador e Administrador público, que precisavam preservar a sua autonomia e segui-la. Logo, em meados dos anos oitenta até a nossa última carta, a experiência era de que a norma apresentava



sobre promessas que fugiam da realidade.

Pois, partindo desta observação, surgiram tensões e conflitos devido a realidade limitada do direito constitucional. Esses limites “podem ser identificados em dois grupos diferentes, na medida em que alguns se originam das impossibilidades fáticas ao passo que outros se apresentam da intenção de preservar os interesses pré-existentes” (SILVA, 2018, p. 27).

Lassalle (1933, p. 20), descrevia a Constituição como “a soma dos fatores reais do poder que regem um país”, de modo que, para o autor, uma constituição só seria legítima se representasse o efetivo poder social, refletindo na sociedade as forças que constituem o poder. Se acontecesse de forma diferente, ela seria ilegítima, caracterizando-se como uma simples “folha de papel”. Por não responder o interesse da maioria.

Logo, Konrad Hesse (1991, *apud.* SILVA, 2018, p. 29), deixa para trás, as antigas concepções jurídicas ou sociológicas dos dois distintos positivismo, alegando que, desse modo se poderia facilmente concluir que “os fatos dominam a estrutura normativa”, propondo a não adoção, de forma estrita, de uma das alternativas para que isso não ocorresse, “bem como a simples consideração da norma sem influência de nenhum fator social”. Assim, “a norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade” (HESSE, 1991, p. 2, *apud.* SILVA, 2018, p. 29)

Portanto, é fatídica a afirmação de Silva (2018, p. 30) de que “a Constituição não expressa somente um ser, mas sim um dever ser”. Isso pois, sua força “nasce do espírito consubstanciado na nação de desejar que esta se realize, assim como da observação crítica pela constituição jurídica de fatores técnicos, econômicos, sociais e naturais”, para os quais emprega-se a força sobre a realidade por meio de sua pretensão de eficácia.

Nesta perspectiva, Konrad Hesse (1991), traduzido por Gilmar Ferreira Mendes em “A força normativa da Constituição” afirma que:

A radical separação, no plano constitucional, entre realidade e norma, entre ser (Sein) e dever ser (Sollen) não leva a qualquer avanço a nossa indagação. Como anteriormente observado, essa separação pode levar a uma confirmação determinante às relações fáticas. Eventual ênfase numa ou noutra direção leva quase inevitavelmente aos extremos de uma norma despida de qualquer elemento normativo” (HESSE, p. 14, 1991).

Por fim, pode-se dizer que após a análise de diferentes entendimentos a



respeito da força que possui a Constituição, se torna predominante a ideia que Hesse (1991) adota, afirmando que para a Constituição desenvolver melhor sua força normativa, se faz indispensável que sua escrita seja correspondente ao tempo presente. Deve, de forma obrigatória possuir seus princípios fundamentais. E além disso, estabelecer de forma clara, direitos, deveres, divisões e concentrações de poderes, para que tudo “aconteça” de forma organizada e legal.

2.3. ATIVISMO JUDICIAL

O intuito neste momento não é definir de uma vez por todas o que vem a ser ativismo judicial, mas sim compreender e analisar em nosso contexto nacional de uso o fundamento da atuação judicial ativista.

Cabe aqui, a menção a respeito do intervencionismo judicial, nome esse dado por alguns doutrinadores para o ativismo judicial brasileiro. Esta ação se apresenta ao passo que o Judiciário estabelece precedente fundamentados em princípios de interesse social ou político. Assim, sendo o Supremo Tribunal Federal – STF o guardião da Constituição, quando surgem acontecimentos que possam atingir a sociedade e prejudicar a paz social, é dever deste poder exercer a garantia dos direitos fundamentais (GRANJA, 2013).

Desta forma, o juiz não pode utilizar-se de possíveis brechas no sistema jurídico como justificativa plausível para deixar de resolver os problemas e, mesmo que o legislador não tome providências, ainda é necessário que este efetive tomadas de decisão visando decidir determinadas questões. Sob este panorama que surge e se caracteriza o ativismo judicial, que nada mais é do que o amplo papel do Poder Judiciário.

O atual ministro do Supremo Tribunal Federal Luiz Roberto Barroso (2009) afirma que o ativismo judicial é uma expressão de origem americana, e que foi usada, com objetivo de qualificar a ação da Suprema Corte durante os anos em que Earl Warren era presidente, sendo 1954 a 1969.

Seguindo a linha contrária de Barroso, no que concerne ao termo Ativismo Judicial, para os conservadores o termo significa a não observância por parte dos juízes e dos seus limites de atuação por meio de um ativismo contramajoritário, seja mediante a um entendimento particular jurisdicional exacerbada (MARSHALL, 2002).

O termo “ativismo judicial”, de acordo com a doutrina americana, foi utilizado



pela primeira vez pelo estadunidense Arthur Schlesinger, em seu artigo intitulado *The Supreme Court: 1947*, publicado em um periódico de ampla circulação, a *Reviste Fourtune*, em seu volume 35, número 1, em janeiro de 1947 (CAMPOS, 2016).

Nesse artigo, além de apresentar o termo, Schlesinger entregou outra importante lição: quanto mais uma corte se apresenta como uma instituição vital ao seu país e à sua sociedade, mais ela e seus membros deverão sujeitar-se a um julgamento crítico sobre suas motivações, relações internas e externas, enfim, tudo o que possa ser fator de suas decisões. Schlesinger defendeu a importância em saber as questões que dividem os juizes da Suprema Corte norte-americana e isso porque “suas decisões ajudam a moldar a nação por anos”. Essa é uma lição fundamental para o contemporâneo momento de relevância política e social do Supremo Tribunal Federal (CAMPOS, 2016, p. 63).

O doutor Georges Abboud (2012) pontua que além de se compreender o que é e qual sua origem, esse assunto quando se é estudado, se faz necessário compreender que a atuação do poder judiciário de forma arbitrária é vista como ação fundamental, porém, há outros doutrinadores que reconhecem esta mesma ação como um abuso, exagero e arbitrário, pois, não separam o Direito da Política e não protegem a minoria e os seus direitos fundamentais.

2.3.1. OS CONTORNOS DO ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL:

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, surgiu no Brasil o fenômeno do Ativismo Judicial, levantando opiniões favoráveis e contrárias a respeito do uso desta técnica. Atualmente, no Brasil, o Poder Judiciário tem mostrado em determinadas situações a finalidade de ser ativista, sendo o objetivo principal a garantia dos direitos já estabelecidos.

As posições favoráveis explanadas por alguns doutrinadores, se resumem a própria consagração da vontade majoritária e o ativismo judicial seria então uma ação e escolha do juiz, que visa a permanência da democracia (BARROSO, 2009).

Logo, no que tange a manutenção da democracia, se deve mencionar que no ordenamento jurídico brasileiro, a base para a garantia se encontra nos Direitos Sociais presentes na Constituição Federal de 1988, Capítulo II do título II.

Desta forma, como já mencionado anteriormente, o Poder Legislativo tem a função típica de elaborar e aprovar os projetos de lei, principalmente no que tange a efetivação dos direitos sociais, e o Poder Executivo tem como sua função típica instruir políticas públicas que visam a garantia dos direitos dos cidadãos. (MORAES, 2007).



Ainda de acordo com Barroso (2009), o fato dos poderes não agirem, faz com que essa ação ativista se torne cada vez mais comum, indicando portanto, "a fluidez da fronteira entre a política mundial contemporânea e a justiça" (BARROSO, 2009, p. 2). Isso é chamado de "judicialização da política", quando o poder de tomada de decisão mudou do poder executivo e legislativo para Tribunal.

É na omissão destes poderes, que o Poder Judiciário age, sendo que nos tempos atuais pode ser observado que se vem ocorrendo inúmeras omissões, infringindo um dos princípios mais importantes constitucionais, sendo o princípio da dignidade da pessoa humana.

No Brasil, no presente ano, comemora-se uma década desde a plenária realizada pelo Supremo Tribunal Federal – STF, na qual esta corte "reconheceu a união de homossexuais como entidade familiar merecedora da proteção jurídica de forma análoga às uniões estáveis" (COITINHO FILHO; RINALDI, 2018, p. 26).

Foi em maio de 2011 que o STF, julgou a ADPF 132 e a ADI 4277, que tiveram como análise a interpretação dos artigos 226, §3º da CF/1988. Assim, no Título XIII Da Ordem Social, Capítulo VII – Da família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso, tal artigo que discorre que "A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado" e em seu parágrafo terceiro enfatiza que, "para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento" (BRASIL, 1988, p. 1).

É válido, exemplificar com a ADPF 132, logo, Coitinho Filho e Rinaldi (2018), detalham que:

A ADPF 132, de autoria do governador do estado do Rio de Janeiro Sérgio Cabral, requiritava que o STF interpretasse, conforme a Constituição Federal de 1988, o Estatuto dos servidores públicos civis do estado do Rio de Janeiro, aplicando analogicamente o art. 1723 do código civil brasileiro de 2002 às "uniões estáveis homoafetivas". Como pedido subsidiário foi pleiteado que a ADPF fosse recebida como ação direta de inconstitucionalidade, o que de fato aconteceu em 2009. Nesta data a Procuradoria Geral da República propôs a ADPF 178, recebida como ADI 4277 pelo então presidente do STF, ministro Gilmar Mendes. Tratava-se de uma ação cujo objetivo era reconhecer a união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, nas situações em que estivessem preenchidos os mesmos requisitos necessários para a configuração da "união estável" entre homem e mulher, fazendo com que "os mesmos deveres e direitos originários da união estável fossem estendidos aos companheiros nas uniões homoafetivas" (CHAVES, 2012, p. 231, apud. COITINHO FILHO; RINALDI, 2018, p. 29).

Portanto, após a votação desta plenária e a explanação dos ministros, a



decisão ocasionou no reconhecimento da união de homossexuais como entidade familiar, dando assim, o entendimento de que nascia para o ordenamento jurídico brasileiro mais um modelo de família, modelo esse que viria a ser respeitado após a utilização da ação ativista, sendo tão necessária, por se tratar de interesse dos grupos minoritários (GRANJA, 2013).

CONCLUSÃO:

A partir do estudo desenvolvido neste artigo, acreditamos ter sido possível discorrer, apesar de forma breve, acerca dos aspectos gerais referentes ao Ativismo Judicial, contemplando o objetivo central do trabalho.

Nesse sentido, é possível concluir que o ativismo judicial no Brasil pode ser considerado um mecanismo para concretizar os direitos fundamentais sociais perante à Constituição Federal, os quais muitas vezes não são cumpridos pelo Poder Público, acarretando no ferimento dos direitos civis.

Corroborar com esta consideração o breve estudo do caso concreto julgado por analogia, supracitado (ADPF 132 e a ADI 4277, que tiveram como análise a interpretação dos artigos 226, §3º da CF/1988), o qual se configura como um exemplo de cenário em que se concretiza o Ativismo Judicial.

Portanto, conclui-se e explana-se que, é neste tipo de cenário, quando se vislumbra lacunas legais ou quando se identifica a inconstitucionalidade de uma lei, que o STF, como protetor da Constituição Federal é convocado a indicar qual a base principiológica que deve ser acessada para a interpretação do fato e para a resolução dos conflitos.

REFERÊNCIAS:

ABBOUD, G. STF VS. vontade da maioria: as razões pelas quais a existência do STF somente se justifica se ele for contramajoritário. **Revista dos Tribunais**, v. 921, p. 1-13, 2012.

AGÊNCIA SENADO. **Constituição de 88 é a sétima adotada no país**. In: Senado Notícias. 2008. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2008/09/26/constituicao-de-88-e-a-setima-adotada-no-pais>>. Acesso em 20 jul. 2021.

ARAÚJO, L. A. D.; NUNES JÚNIOR, V. S. **Curso de Direito Constitucional**. 3.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1999.



BARROSO, J. R. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

BARROSO, L. R. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Revista Atualidades Jurídicas – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB**, n. 13, p. 17-32, 2009.

BRASIL. [Constituição de 1988]. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

CAMPOS, C. A. A. A evolução do Ativismo Judicial na Suprema Corte Norte-Americana. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, n. 60, p. 59-117, 2016.

COITINHO FILHO, R. A.; RINALDI, A. A. O Supremo Tribunal Federal e a “união homoafetiva”: onde os direitos e a moralidade se cruzam. **Civitas – Dossiê Gênero e Sexualidade**, v. 18, n. 1, p. 26-42, 2018.

FERREIRA FILHO, M. G. A separação dos poderes: a doutrina e sua concretização constitucional. **Cadernos Jurídicos**, v. 16, n. 40, p. 67-81, 2015.

FONSECA, J. J. S. **Metodologia da pesquisa científica.** Fortaleza: UEC, 2002.

GERHARDT, T. E.; SILVEIRA, D. F. **Métodos de pesquisa.** Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2009.

GRANJA, C. A. O Ativismo Judicial no Brasil como mecanismo para concretizar direitos fundamentais sociais. **Âmbito Jurídico**, 2013. Disponível em: <[https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/o-ativismo-judicial-no-brasil-como-mecanismo-para-concretizar-direitos-fundamentais-sociais/amp/](https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/o-ativismo-judicial-no-brasil-como-mecanismo-para-concretizar-direitos-fundamentais-sociais/)>. Acesso em 09 set. 2021.

HESSE, K. **A força normativa da Constituição.** Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

LASSALLE, F. **Que é uma Constituição.** São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1933.

LENZA, P. **Direito Constitucional Esquemático.** 19ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARSHALL, W. P. Conservatives and the seven sins of judicial activism. **University of Colorado Law Review**, Boulder, v. 73, 2002.

MONTESQUIEU, C. S., Barão de. **O espírito das leis.** São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MORAES, A. **Direito Constitucional.** Editora Atlas. 2007

PORFÍRIO, F. **Montesquieu.** In: Brasil Escola. [s.d.]. Disponível em: <<https://brasilecola.uol.com.br/filosofia/montesquieu.htm>>. Acesso em: 19. jul. 2021.



SANTANA, G. A separação dos três poderes: Executivo, Legislativo e Judiciário. In: Politize!. 2016. Disponível em: < <https://www.politize.com.br/separacao-dos-tres-poderes-executivo-legislativo-e-judiciario/>>. Acesso em: 19 jul. 2021.

SILVA, J. A. *Curso de direito constitucional positivo*, 22ª Edição, Editora Malheiros, 2002.

SILVA, E. B. G. *A força normativa da Constituição de 1988*. 45f. Monografia [Bacharel em Direito] – UniEvangélica, Anápolis, 2018.



BLINDAGEM DA EMPRESA CONTRA CORRUPÇÃO

Sinclair Languer Kurunzi Rolim⁵⁴

RESUMO: O enfrentamento contra a corrupção é uma luta de toda sociedade por um país digno e justo. O desafio é superar as negociações ilícitas que ocorre dentro do ambiente de trabalho, a qual a corrupção é um princípio de vantagem de forma injusta. A Lei nº 12.84, de 1º de agosto de 2013, conhecida como Lei Anticorrupção Empresarial (LAC), dispõe sobre a responsabilidade administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira. LAC conceitua e revela uma menção à possibilidade de responsabilidade de pessoas jurídica e física ao desenvolvimento de teorias sobre uma denominada “culpabilidade do ato ilícito”, uma necessária flexibilidade do Direito Penal. Corrupção está relacionado a ética, percebemos que a ética não está na empresa, na pessoa jurídica, mas sim, nas pessoas físicas que está envolvida no ambiente de trabalho. O caráter do ser humano se fortalece em alicerces sólidos, que consolidam a vontade da pessoa, caminhando para o bem e para a verdade. O trabalho quer ajudar o empresário a resolver os atos ilícitos dentro de sua empresa, solucionar temas que muitas vezes são tratados como se não ocorressem, mas que fazem parte de muitas empresas e não deveriam mais permanecer subestimados e mantidos debaixo dos tapetes das salas da alta cúpula empresarial. A Blindagem da Empresa contra a Corrupção conta com a ideia de sanção jurídica, onde o Direito na medida em que as normas jurídicas preveem reprimir aos que desacatam o princípio da licitude, o desacordo com a norma, o agente deve ser punido pelo ordenamento jurídico.

PALAVRAS-CHAVE: Anticorrupção. Empresário. Direito Penal.

ABSTRACT: The struggle against corruption is a fight of the whole society for a dignified and fair country. The challenge is to overcome the illicit negotiations that take place within the work environment, which corruption is an unfair advantage principle. Law N. 12.84, of August 1, 2013, known as the “Business Anti-Corruption Law” (LAC), says about the practice of acts against the Public Administration, national or foreign for the administrative and civil liability of legal entities. LAC conceptualizes and reveals a mention of the possibility of liability of legal and natural persons to the development of theories about a so-called “culpability of the unlawful act”, a necessary reflexivity of the Criminal Law. Corruption is related to ethics, so we realize that ethics is not in the company nor in the legal entity, but in the individuals involved in the work environment. The personal traits of the human being is strengthened on solid foundations, which consolidate the person's will, moving towards the good and the truth. The work aims to help entrepreneurs to solve illegal acts within their companies, to solve issues that are often treated as if they did not occur, but that are part of many companies and should no longer remain underestimated and kept under the rugs of the high rooms business summit. The Company's protection against Corruption relies on the idea of legal sanction, where the Law, insofar as the legal norms provide for repressing those who violate the principle of lawfulness, the disagreement with the norm, the agent must be punished by the legal system.

KEYWORDS: Anti-corruption. Businessman. Criminal law.

INTRODUÇÃO:

Ser ético, no contexto atual, não é mais uma opção, tanto para as pessoas quanto para as organizações, é questão de sobrevivência.

A ética ganha, cada vez mais, respeitabilidade como forte diferencial de qualidade e conceito público. No entanto, algumas questões básicas precisam ser

⁵⁴ Aluno do curso de graduação em Direito da UNIFATECIE. Endereço eletrônico: sinclairrolim.17096@fatcie.edu.br



devidamente equacionadas para um melhor entendimento sobre a eficácia da ética nos negócios.

Ética, palavra de origem grega *ethos*, que quer dizer o modo de ser, a conduta ou caráter da pessoa. Assim podemos concluir que ética e moral são palavras sinônimas, pelos menos em sua origem.

Uma empresa que pretenda atuar com ética, não basta criar um Conselho ou uma Comissão de Ética e um Código de Conduta. A coerência de atitudes entre o que é divulgado e a forma de atuação da empresa é fator preponderante para que se possa perceber a real importância da ética para uma organização.

É preciso que os dirigentes criem mecanismos de controle como forma de assegurar que seus empregados pratiquem a conduta ética em sua atividade diárias.

As consequências ao se negligenciar a gestão de valores nas organizações é o prejuízo, que pode ser fatal; é só uma questão de tempo. Em uma cultura não ética, ou seja, indiferente às questões morais, tudo acaba sendo permitido. O lucro passa a ser objetivo supremo, um deus exigente ao qual todos os valores subjugam se.

Os empresários deve exigir transparência na sua empresa. Antes de ser “caso de polícia”, deve se combater a corrupção com vigilância cívica, por meio educacional e da sociedade organizada. Um instrumento básico de controle é a prestação de contas, pois corresponde a um preceito ético que significa que todo aquele que assume uma responsabilidade deve, após a realização, relatar os resultados, justificando ganhos e perdas.

A corrupção é um forte traço histórico e cultural de anulação dos valores que dão dignidade ao ser humano e fundamentam a felicidade social. Ela sempre existiu, desde a origem da humanidade, mas podemos dizer que é certo que tem vida curta.

A palavra corrupção figura diuturnamente nas bocas e mente de quase todo brasileiro, sendo uma das mais usadas em jornais, discussões políticas e preocupação do cidadão comum.

A expressão deriva do latim *corrupto*, que remete ao sentido etimológico de depravar, destruir ou adulterar algo.

A prática da corrupção é um dos grandes males que afetam a sociedade. É claro os danos políticos, sociais e econômico que acarreta na sociedade. Comprometendo a legitimidade política, enfraquecendo as instituições democráticas e os valores morais da sociedade, além de gerar um ambiente de insegurança no mercado econômico.



Na ato, a corrupção ganha formas diferentes, desde a oferta de pequenas quantias para acelerar a concessão de uma licença até grandes fraudes em procedimentos de compras ou licitações.

No processo da corrupção sempre haverá o corruptor e o corrompido, a motivo tem os empresários e autoridades públicas de limitar o potencial que cada um possui no ato ilícito, assim garantido o potencial que cada um possui para atuar na luta pela redução dos índices de corrupção e para a diminuição das desigualdade entre os cidadãos.

A compreensão de que se trata de um delito que geralmente contará com dois polo, é fundamental para a presente produção, na medida em que o que justamente sustentamos é que, na Lei Anticorrupção, finalmente se olhou de maneira mais rigorosa para o polo secundário dessa relação perniciosa, qual seja, o do corruptor.

A Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, dispõe sobre a responsabilidade administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira. Apelidada de Lei Anticorrupção Empresarial (LAC), a referida lei entrou em vigor em 29 de janeiro de 2014, após vacância da lei de cento e oitenta dias.

O advento desse ato normativo supriu substancialmente uma espécie de carência verificada no ordenamento jurídico brasileiro, cujas normas de combate à corrupção eram centradas na responsabilidade civil e penal de pessoas naturais, não dispondo de diploma que regulasse, de forma específico, a responsabilização de pessoas jurídicas pela prática de atos de corrupção.

Estabelece a LAC que a responsabilização da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores ou qualquer pessoa natural, autora, coautora ou participe do ato ilícito. Em relação às pessoas físicas, a lei determina que elas somente serão responsabilizadas na medida de suas respectivas culpabilidade.

Para configuração do ilícito não é necessário, em regra, que a atuação seja dolosa, sendo suficiente para imposição de sanção retributiva a prática de conduta delituosa em função de negligencia, imprudência ou imperícia do agente.

2.1 TRANSPARÊNCIA NA GESTÃO DE PESSOAS

A empresa como fonte econômica que gira o mundo é palco, é também



laboratório de práticas que induza os efeitos em todos os níveis sociais e econômico de uma sociedade. É no exercício de uma atividade econômica que se refletem os valores da sociedade, por meio dos seus prepostos e dirigentes que trabalham para seu fim último, de aferição de lucro. (BREYER, 2016)

A partir desse fim, decisões objetivas são adotadas para condução do negócio e, em momentos decisivos, atalhos devem ser evitados, sob pena de se tornarem solução natural e caminho direto à prática de corrupção. (CREDIDIO, 2018)

Assim, devemos revelar a importância dos programas de integridade que devem funcionar como órgãos de regulação interna para conscientizar, prevenir e combater atos de corrupção de prepostos e dirigentes das empresas.

E no que pertence aos programas de integridade, esse artigo trata da importância do sistema de compliance, especialmente, na realidade das empresas brasileiras. O objetivo é demonstrar a essencialidade do movimento anticorrupção como ferramenta de fortalecimento do Estado Democrático de Direito e, como consequência disso, da necessidade de implantação de programas de integridade eficazes no processo de conscientização dos prepostos e dirigentes das sociedades quanto às práticas de corrupção e omissões que facilitam a corrupção. (BREYER, 2016)

A credibilidade nas informações divulgadas, a transparência nos negócios e os benefícios oferecidos ao corpo funcional impactam diretamente na opinião da sociedade quanto a segurança e pertinência de se manter ou não relacionado comercial com as empresas. Essa decisão da sociedade de reflete diretamente no crescimento, no aumento da lucratividade e, até mesmo, na importância dispensada à perpetuação daquela empresa. (CREDIDIO, 2018)

Não obstante a grandeza do desafio de se buscar implantar cultura ética na empresa, e a despeito da complexidade de se buscar uniformizar procedimentos e comportamentos humanos, não se pode subestimar a importância de ações estruturadas na busca de alterar percepções e comportamentos. (CREDIDIO, 2018)

Empresas que negligenciam o ensino do comportamento ético podem estar encorajando o comportamento antiético.

As empresas que pretendem criar uma consciência ética entre seus colaboradores devem não apenas criar e divulgar um código de ética, como também criar um canal de denúncia;

O ato de denunciar é o ponto delicado de uma situação identificada com

Anais Eletrônico III CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS E NOVOS PARADIGMAS 247
UniFatecie – Centro Universitário Fatecie



conduta antiética. Exige coragem, consciência crítica, análise das consequências possíveis, senso de justiça, enfim, uma série de considerações preliminares que precisam ser feitos antes do registro da ocorrência.

Quando surge a suspeita de que alguém está agindo de forma antiético, é fundamental que se busque apurar o fato da melhor maneira possível. É preciso agir com cautela para não acabar, inadvertidamente, sendo envolvido na situação que gerou a investigação e tornando-se alvo de retaliação ou de outras consequências imprevistas.

Existem muitas variáveis que precisam ser consideradas quando surge uma suspeita de irregularidade. A mais importante é tentar descobrir se a ocorrência envolve um único empregado ou se existe a participação de outras pessoas, principalmente de superiores hierárquicos. Um erro grosseiro, cometido repetidas vezes, sem que a área de controle aponte a irregularidade, pode ser apenas a ponta de um iceberg de práticas irregulares cometidas com o consentimento de algum ocupante de função com alto poder.

Os dados demonstram o impacto negativo da corrupção nas empresas, como o fato da corrupção aumentar o valor total das propostas, e eleva o valor dos contratos, a casos que até o empresário é conivente com as atitudes de vantagem no ato das negociações. A impressão que relata é que não há alternativa à corrupção. Um agente público da Receita Federal pode, por exemplo, pedir um pagamento extra para autorizar que você passe com produtos ilícitos, o suborno pode parecer inevitável no curto prazo, mesmo que a empresa esteja ciente de seus efeitos negativos em longo prazo.

Maioria dos empresários tem a consciência dos prejuízos que a corrupção causa, com as concorrências desfavoráveis, os processos ineficientes, o aumento dos custos de transações ou até mesmo funcionários mal intencionados, e os empresários também sabem que é imoral. Mas, quando se deparam com as decisões desafiadoras que devem ser tomadas com urgência, muitas vezes, optam pela opção que envolve atos de corrupção.

As empresas que adotam medidas de promoção da integridade e da ética se tornam menos expostas à ocorrência de atos de corrupção e além de contribuir para sustentabilidade e a governança do país.



2.2 CORRUPÇÃO NO SETOR PRIVADO

Convém reconhecer que o setor privado é um agente principal, porque além de quem solicita ou recebe um suborno, está quem realiza o pagamento da vantagem. O que significa que é nas empresas que está a base das práticas corruptas, e também, a base, a linha de frente, na luta contra a corrupção. Vale salientar que o setor privado tem um papel importante, e cada vez importante, no avanço do bem-estar das sociedades, comunidades e dos indivíduos. Ora, o setor privado pode falhar nesta missão, dado o potencial destrutivo consequentemente negativo das práticas corruptas para o desenvolvimento económico e social.

A corrupção é uma fraude no país em que a perspectiva do setor privado, em que as empresas tem como uma barreira para o desenvolvimento do país.

Os riscos de corrupção nas empresas vão além dos pagamentos indevidos (suborno), pois incluem, entre muitos outros, fraude empresarial, manipulação de contas e uso de informação privilegiada. O que exige, claramente, uma abordagem integrada da integridade.

O alerta da corrupção vem dos atos das empresas, em seus riscos relativos às interações com fornecedores e clientes, quanto a este ato, é claro que a corrupção nas relações comerciais com clientes e fornecedores pode levar à forma clássica de pagamento indevidos a funcionários públicos, mas pode envolver também, por exemplo, na corrupção no setor privado, o suborno de agentes de compras para ganhar negócios em detrimento de outras empresas do setor. E até, num ambiente de mercado mais amplo, o abuso de poder confiado pode envolver o conluio de preços com concorrentes, lesando os mercados e os consumidores. (RIBEIRO, 2017)

Para combater as práticas de má governança, torna-se imperativo que o setor privado assuma uma postura proativa na adoção dos valores e princípios éticos e de integridade em seus negócios, rejeitando totalmente a prática de atos ilegais, ilegítimos ou de corrupção. (RIBEIRO, 2017)

Compete a cada empresa, portanto, implementar programas específicos para a consolidação desses valores e princípios, tornando clara sua postura ética, íntegra e anticorrupção perante diversos segmentos, como funcionários, fornecedores e acionistas, concorrentes. (SORÉ, 2019)



Esses programas devem ser primordialmente de caráter preventivo, ou seja, devem evitar a ocorrência de prática antiéticas ou corruptas. Também devem prever medidas corretivas em caso de comportamentos no ambiente organizacional que violem seus princípios. Para isso, torna-se indispensável o trabalho de conscientização, orientação e capacitação para tomada de decisões e de atitudes ética e íntegras. (RIBEIRO, 2017)

Para manter a reputação e a integridade da empresa, todos os funcionários têm a responsabilidade de evitar conflitos de interesses ou situações que deem a impressão de um conflito de interesse próprio.

As empresas devem buscar desenvolver comprometimento ético nos seus funcionários, assumindo a responsabilidade de auxiliá-los na resolução de conflitos éticos com os quais se podem deparar durante o exercício de suas funções, uma vez que dilemas éticos podem ocorrer, e a omissão do que se espera dos profissionais diante de tais dilemas não é salutar para a organização. (SORÉ, 2019)

Nas empresas, há situações nas quais o funcionário tem dificuldade para reconhecer os limites entre certo e errado, como, por exemplo, suborno, recebimento de presentes, não é o caso de qualificar os percentuais como baixo ou altos, mas compreender que ações adequadas de controle e incentivo podem reduzir o problema diminuindo a zona cinzenta dessas percepções, fazendo alusão ao conceito de corrupção cinza

2.3 INTEGRIDADE NA EMPRESA

A integridade é definida como a qualidade daquele que se comporta de maneira correta, honesta o que é inversa à corrupção. Essa pessoa boa, honesta, íntegra é tida como um exemplo a ser seguido, ou simplesmente como alguém que vale a pena ser conhecido, pois tem valores éticos e adota uma conduta correta.

Possuir integridade na empresa é respeitar o colaborador de negócio, tratar bem funcionários, honrar contratos e acordos, respeitar as leis, não enganar clientes ou fornecedores, não cometer infrações e evitar que elas aconteçam. Uma empresa íntegra atua dentro da legalidade, pautando suas atividades por valores e princípios éticos, buscando sempre defender a honestidade e impedir a ocorrência de irregularidades em seus negócios.

Para que a integridade seja qualificada, é recomendável que a empresa estabeleça valores, regras, mecanismos e procedimentos para orientar a atuação de



seus funcionários e dirigentes, tanto internamente, quanto na relação com clientes e parceiros, com o objetivo de prevenir, detectar e sanar a ocorrência de desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional e estrangeira. (MATOS, 2017)

Integridade não depende do tamanho da empresa e nem do ramo de atuação, praticar uma postura correta é um dever de cada funcionário, empresa ou instituição.

Com o crescente das empresas que buscam adotar medidas de integridade em seus negócios. Tendência que se deve a uma série de razões, mas tem uma em especial, vários países, inclusive o Brasil, estão criando leis que responsabilizam empresas, incluindo pequenos negócios, em caso de cometimento de atos lesivos contra o setor público, como, por exemplo, fraudar um processo licitatório ou oferecer propina. O receio de serem responsabilizadas faz com que grandes empresas multinacionais se preocupem cada vez mais com as empresas locais com quem fazem negócios e prefiram contratar parceiros que adotem medidas de integridade.

Toda empresa que se dispõe a adotar medidas de integridade amplia o conhecimento sobre os seus negócios e o mercado em que atua. O que é uma grande vantagem em relação aos concorrentes. Esse conhecimento favorece a inovação, otimiza a aplicação de recursos financeiros, amplia os resultados da empresa e facilita a seleção e manutenção de funcionários com os mesmos valores de integridade aplicados na organização. Ademais, as medidas de integridade, quando implementadas corretamente, geram proteção para a empresa, evitando a ocorrência de fraudes e irregularidades por parte de funcionários e parceiros. (SOUZA, 2009)

Um ambiente empresarial íntegro começa com pequenos passos, como, por exemplo, a divulgação de valores éticos pelo dono ou responsável pela gestão da empresa, visando diminuir riscos e prevenir a ocorrência de certos atos. Os proprietários, donos e administradores devem estar comprometidos com essa ideia de integridade e adotar medidas para prevenir e combater atos de fraude e corrupção, difundir valores que estimulem comportamentos éticos, fortalecer controles internos e buscar outros meios para viabilizar a integridade nas suas atividades. Um programa de integridade deve sempre atender às necessidades específicas da empresa. E porque isso é importante? É simples, as empresas estão sujeitas a riscos diferentes. Por isso, antes de criar um programa de integridade, deve ser feita uma análise de risco, para verificar quais as reais necessidades da empresa. (MATOS, 2017)

Além do diferencial de mercado e da autoproteção que um programa de



integridade gera, a adoção de medidas de integridade pode representar mais um importante benefício para a empresa, o Brasil, seguindo o exemplo de outros países, editou uma lei, a Lei Anticorrupção, que trouxe severas multas e penalidades para as empresas que cometerem atos ilícios contra a administração pública. A adoção de um programa de integridade não só previne que os atos ilícitos previstos nessa lei ocorram, como também pode resultar na diminuição das penalidades, se sua empresa eventualmente for responsabilizada com base nessa lei. (Souza, 2009)

2.4 SANÇÕES

A sanções são criadas e impostas em todo o mundo para inibir o ato da corrupção, tendo o objetivo que a intenção da corrupção deixa de valer a pena e custe caro ao funcionário ou empresário através de multas pesadas, exclusão dos processos de licitações, e até mesmo pena de prisão, assim a corrupção perde a sua rentabilidade. (MATOS, 2017)

Mudar efetivamente o comportamento do ato de corrupção por meio de sanções se mostrou desafiador, as punições não são aplicadas de forma correta, e nem proporcional ao crime. Sendo difícil criar um condições contra a corrupção, devido as falhas do sistema ao aplicar as sanções. (CREDIDIO, 2018)

A lei 12.486, lei anticorrupção, a qual prevê sanções a empresas envolvidos em corrupção, as companhias que cometem atos ilícitos contra a administração pública poderão ser punidas com multas de até 20% do faturamento e ficarão proibido de fazer contratos com o governo. Medida que ajuda o incentivo a organização de um sistema de integridade, criação de código de conduta corporativos e melhoria da transparência da empresa.

A lei anticorrupção foi criado para combater mais efetivamente possíveis atos lesivos praticados por empresas aos entes públicos, especialmente em licitações e contratos, se tornando se um principal instrumento para boas práticas de governança empresarial compliance, devido a legislação estabelecer penalidade na esfera administrativa e judicial, e prevê a possibilidade de atenuantes para aquelas empresas que possuem programa de compliance e firmam acordo de leniência. (MATOS, 2017)

O Decreto nº 8420/2015 regulamenta diversos aspectos da lei, tais como critério para o cálculo da multa, parâmetro para avaliação de programas de compliance, regras para a celebração dos acordos de leniência e disposições sobre



os cadastros nacionais de empresas punidas. (SOUZA, 2009)

Conforme o Código Penal Brasileiro, o ato de corrupção pode ocorrer sob duas formas, corrupção ativa e corrupção passiva, a primeira espécie caracteriza se pela conduta de oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público para determina ló a praticar, omitir ou retardar ato de ofício. Quem pratica o crime é o corruptor, ou seja, a pessoa que oferece ou promete a vantagem indevida, neste caso, o crime ocorre mesmo que o funcionário público não aceita a proposta. Já a corrupção passiva é praticada pelo funcionário público que solicita ou recebe, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi lá, mas em razão dela, vantagem indevida, ou, ainda quem aceita promessa de tal vantagem, com objetivo de tirar proveito do cargo público, o funcionário pede ou aceita suborno ou proposta de obter ganhos para praticar atos que são de sua responsabilidade.

No ordenamento jurídico brasileiro, os atos de corrupção são tipificados em alguns artigos do Código Penal:

- Concussão, Art. 316, exige, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora de função ou antes de assumi lá, mas em razão dela, vantagem indevida: Pena – reclusão, de dois a oito anos, e multa.

- Corrupção passiva, Art. 317, solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi lá, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem: Pena – reclusão, de dois a doze anos, e multa.

- Corrupção ativa, Art. 333, oferecer ou promover vantagem indevida a funcionário público, para determina ló a praticar, omitir ou retardar ato de ofício: Pena – reclusão, de dois a doze anos, multa.

A correção e a proteção do ato corrupto, pode ser através recompensas e não só sanções punitivas ou redutivas. Na forma de incentivos reais para os bons desempenhos, exemplo a reputação, pela qual a sociedade civil desempenha um papel importante.

O Banco Mundial, diminui as sanções no período de exclusão para as empresas que melhoram sua conduta depois de um programa de corrupção está sendo aplicado dentro da empresa, motivando os empresários a criar medidas internas no combate à corrupção. (BREYER, 2016)

No Brasil, possuímos o Cadastro Nacional de Empresas Comprometidas com a Ética e a Integridade – Cadastro Empresa Pró-Ética, uma iniciativa da Controladoria



Geral da União e do Instituto Ethos que organiza e avalia a divulgação as empresas engajadas na construção de uma ideologia e um ambiente de integridade na confiança das relações comerciais e dos setores públicos. O cadastro tem o objetivo de mostrar que as empresas que se cadastra tem a ideia de que a corrupção é um problema que deve ser prevenido e combatido não só pelo governo, mas também pelo setor privado e pela sociedade.

A globalização e o crescimento dos mercados para fora das fronteiras nacionais, ocorre a abertura do mercado internacional, e não poderia de se ter os atos da corrupção que afetam o mercado mundial e também a legitimidade de governos de outros países, exemplos são diversos casos de pessoas envolvidos com corrupção em um país que lavam os recursos decorrentes desses atos em outros países, colocando em risco não somente a segurança do sistema financeiro como também toda a estrutura de governança do país.

O Brasil é um dos 39 países signatário do acordo da Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção, da Convenção da Organização dos Estados Americanos (OEA), e a Convenção de Funcionários Públicos Estrangeiros da OCDE, vigor desde 1999, dirigida pela OCDE, Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico, trouxeram um novo enfoque sobre o fenômeno corruptivo.

No começo dos anos 90, na esfera internacional, algumas iniciativas começam a surgir por parte de organizações multilaterais (Fundo Monetário Internacional, Organizações dos Estados Americanos, Banco Mundial, PNUD, Transparência Internacional e a OCDE), e de estudos teóricos nos âmbito desses órgãos, voltados para a compreensão da corrupção.

Pelo seu caráter mundial, esse instrumento jurídico sinaliza a preocupação de todos os países com problemática da corrupção. De modo que, o fortalecimento as medidas para prevenir e combater de maneira eficaz o fenômeno corruptivo, tais como, a promoção facilitação e apoio a cooperação internacional e assistência técnica da prevenção e repressão incluem a recuperação de ativos, bem como, a integridade, a obrigação de retenção de contas e a devida gestão dos assuntos e dos bens públicos. (CREDIDIO, 2018)

Os incentivos não deverão substituir a sanções, sendo que a sanção é o ato punitivo da corrupção, mas se observa que os benefícios são mais eficazes que a sanção, a punição do ato ilícito deve ser mais funcional, para que mantem o restabelecimento da justiça, do ato legal.



2.5 COMPLIANCE NO COMBATE A CORRUPÇÃO

O combate a corrupção vem sendo travado pelo governo há muitas décadas. Muitos governadores através de leis e regulamentos estão favorecendo e incentivando o combate a corrupção. Da mesma forma, organizações internacionais promovendo as práticas para uma organização correta na base da ética e da moral, para o combate da corrupção.

Assim surge uma ferramenta, com análise eficaz para as organizações privadas, que contribui para a transparência e a legalidade das atividades empresarial, o compliance. (CREDIDIO, 2018)

Compliance, vem do inglês to comply e significa estar em conformidade, dando a segurança e minimizando o risco de corrupção dentro da empresa e garantindo o cumprimento dos atos, regimentos, normas e leis estabelecidos interna e externamente.

O compliance no Brasil ganhou projeção com a Lei n. 12.846/13, tornando-se um mecanismo cada vez mais difundido no meio empresarial. Busca-se, por meio desse instrumento, compelir as pessoas jurídicas de Direito privado a se manterem em conformidade com as normas e regulamentos legais pela adoção de procedimentos internos pautados pela integridade e pela ética. O conceito de compliance é compreendido como um conjunto de medidas que implicam procedimentos internos no âmbito das empresas visando à conformidade com a lei, isto é, consubstancia-se em um programa de integridade com o intuito de impedir a prática de atos lesivos à administração pública nacional ou estrangeira.

Estando cada vez mais frequente no linguajar dos empresários, compliance vem desmantelando esquemas de corrupção no mundo empresarial. Sua função de fazer cumprir as normas para evitar todas as situações que enfraquecem a empresa no mercado e retiram sua credibilidade. Por isso que estabelece tanto para os que estão de fora, como para os funcionários, qual a imagem que a empresa quer passar e seu comprometimento em buscar soluções antes que o problema apareça, gerenciamento de situações problemáticas, inventário de leis e normas aplicáveis, monitoramento e teste de controles, treinamento, políticas e procedimentos, e relatórios para alta administração. A corrupção precisa encontrar barreiras efetivas para que não possa prosperar. E os corruptos devem encontrar dificuldades para os seus atos, ou, ao



menos, ter a forte expectativa de serem descobertos e punidos, no tripé detecção, tratamento e medidas para evitar a reincidência de malfeitos. (SORÉ, 2019)

Para que o compliance dê certo, devemos levar em consideração a cultura e os costumes de cada país e desenvolvermos um sistema que venha ao encontro delas e possa ser compreendido por todos seus habitantes. Desta feita, para se aplicar qualquer reforma estrutural ou de incentivos, devemos considerar a história da empresa, analisar sua trajetória passada e objetivos futuros, além dos valores que ela quer enfatizar, bem como seus padrões culturais. O compliance deve observar atentamente o contexto da empresa, do mercado e do país em que é implementado. (SORÉ, 2019)

Partindo do pressuposto de que o setor empresarial é o principal encarregado de nutrir a corrupção, o compliance eficiente e eficaz se torna uma ferramenta fundamental para combatê-la.

Mas o compliance sozinho não faz milagres, precisa da acessória, de forma que se transforma em verdadeiro escudo guardião da ética e da moralidade nos negócios empresariais. Precisa também estar em total consonância com a jurisprudência em vigor, para que não se transforme em apenas mais uma lei que as empresas insistem em desrespeitar. (SORÉ, 2019)

O compliance, aliado à evolução do controle e do monitoramento financeiro, constitui um dos principais elementos para aumento de revelações de casos de corrupção ao redor do globo, inclusive no Brasil. Para isto, um programa completo deve ser composto por código de conduta, definição de papéis e responsabilidades

São elementos essenciais de programa de compliance anticorrupção:

- Comprometimento e engajamento da alta administração;
- Avaliação dos riscos;
- Política corporativa, criação de um código de ética;
- Comunicação e treinamento contínuo;
- Canal de denúncia e controle interno;
- Auditoria em terceiros;
- E revisão periódica.

É de suma importância que as empresas estejam engajadas e atentas ao compliance criando um programa de conduta que possa zelar pela sua integridade.

Proposta para a construção de um programa de compliance eficiente passa pela organização da alta administração empresarial, bem como pela atenção aos



processos operacionais nas empresas. O artigo visa contribuir para o desenvolvimento do conhecimento em compliance empresarial e em direito, ao mapear práticas que foram desenhadas para os empresários brasileiros.

O compliance contribuem para preservar a reputação das empresas, mantendo com isso a confiabilidade dos interessados na contratação das atividades realizadas pelo empreendimento.

CONCLUSÃO:

Os empresários buscam diariamente a blindagem no combate à corrupção, as empresas a cada dia busca motivação e se engajam na luta contra corrupção. É comprovado que a corrupção não é apenas moralmente errado e prejudicial para empresa mas também para toda a sociedade. Lutar contra a corrupção faz cada dia mais sentido para o mundo empresarial, e as empresas que compra a ideia estão colhendo melhores resultados do que aquelas se não se manifestam.

Aumentar os benefícios da ação contra a corrupção poderá ser uma alternativa, sendo que os incentivos desempenha um papel fundamental, afastando a corrupção dentro da empresa, onde o empresário e o funcionário criam linhas de negociações transparente para quem estão envolvidos.

Ter o compromisso transparente e claro na pratica resulta no reconhecimento da empresa por parte da sociedade e na cobertura positiva da mídia. Se a política anticorrupção e os programas de compliance são fortes e se mostram eficazes, isso significa melhores condições em concorrências.

Considerando que as empresas são formadas por pessoas e que conduta ética é uma opção pessoal, esses temas fazem parte do dia a dia de todas as empresas. Mesmo com a evolução das técnicas administrativas, dos instrumentos d controle e da consciência ética e moral, ainda são poucas as empresas que realmente percebem o valor à imagem, às pessoas e contribui efetivamente para evitar prejuízos que a corrupção traz para a sociedade.

O Desafio é grande, é necessário dissecar o fenômeno da corrupção e a estrutura normativa tradicional de sua prevenção e combate e observar suas implicações e peculiaridades no contesto da prática ilícita por parte de empresas, para finalmente conseguirmos compreender a racionalidade dos dispositivos da lei.

As normas de natureza penal, pouco flexível e conectadas à realidade concreta, nesse sentido, quase que exclusivamente responderam pelo combate legislativo à



corrupção no país, seja através do Código Penal, seja através de outras normas de caráter semelhante, como a lei de Improbidade Administrativa ou mesmo a Lei da Ação Popular.

Todas elas possuem em comum o traço característico de focar de modo exclusivo no indivíduo que delinque e na resposta jurídica a essa delinquência, desconectando se da conjuntura que incentiva e permite que tal indivíduo incorra na conduta indesejada.

É importante, que a luz de tais constatações, no contexto social e atual, a corrupção não poderá ser vista como algo intrínseco a realidade brasileira, esse fenômeno quem vem perpassando as empresas e estatais prejudicam a legitimidade das instituições públicas e privadas, os empresários e autoridades nacionais e estrangeiras, degradando a ordem moral e política, atentando contra a diversidade dos povos, ao desenvolvimento sustentável, as políticas pública.

A corrupção é um furto seja coletivo ou individual, pelas instituições pública ou privada, mas que devemos combater através da ética e da moral a qual sabemos que homens de bens deve agir de forma legal perante a nossa sociedade e pela instituição a qual trabalhamos.

Tais medidas são fundamentais para salvaguarda da integridade do ambiente empresarial e para a prevenção da prática de corrupção entre agentes privados. A corrupção privada retira recursos importantes das políticas sociais, aprofunda a cultura da corrupção no país e elimina a competição justa e as regras as regras da economia de mercado, o que causa impacto negativo na qualidade dos produtos e dos serviços oferecidos, reduz as perspectivas de crescimento e enfraquecimento a ética e a integridade nos negócios.

Todos os estudos, independentemente de qual lado estejam, condenam moralmente a corrupção, e sua permissibilidade só é vista como possivelmente positiva em casos muito específicos e nunca como a solução final para um problema, mas, no máximo, como segunda melhor alternativa, a primeira sendo uma melhoria e fortalecimento das instituições, do ambiente econômico, desburocratização e melhoria da qualidade de governança. Ambas as teorias convergem com relação à condenação moral da corrupção e quanto à escolha dela não como a melhor saída, mas como a segunda opção. Logo, em vez de focarmos no possível caráter benéfico da corrupção em ambientes de baixa governança, talvez seja mais eficiente estudar mais o fenômeno e aumentar seu entendimento de modo a elucidar como aprimorar a



qualidade da governança e dos ambientes de negócios.

Objetivo é alcançar a mais ampla forma de prevenir qualquer tipo de ato de corrupção ou contra a integridade das empresas. Ou seja, o ambiente de integridade deve ser capaz de combater não apenas a corrupção entre o público e o privado, mas deve ir além, evitando inclusive a corrupção privada entre investidores, consumidores e funcionários.

Por meio de procedimentos internos de controle as empresas podem diminuir a ocorrência de condutas em desacordo com as normas, bem como impedir que sejam praticadas, isto é, de modo preventivo evitar a transgressão das leis pela redução de riscos relacionados à áreas de atuação do negócio. O compliance pode ser considerado uma ferramenta eficaz para a redução da corrupção por destacar a importância da ética empresarial e pela atribuição de responsabilidade objetiva para as pessoas jurídicas de Direito privado sob pena de incorrerem em sanções administrativas severas

Há muito ainda por fazer para que o País possa contar com um ambiente menos propenso à corrupção. A criação deste ambiente passa, dentre outros, pela atualização das normas, o investimento no capital humano e nas novas tecnologias, na promoção de cidadania, na prestação de contas.

Conclui-se que as empresas são responsáveis por combater a corrupção no âmbito interno de seus estabelecimentos, envolvendo todos os indivíduos que atuam diretamente em suas atividades.

O legislador brasileiro deu importante passo no cumprimento dos compromissos internacionais assumidos pelo país para o combate à corrupção com a positivação da Lei Anticorrupção.

O presente artigo advoga que as empresas são elo primordial para redução da corrupção e que os programas de compliance, quando bem implementados, constituem poderosas ferramentas para desmontar o cenário nacional de corrupção e construir o tão almejado Brasil, um País do futuro.

REFERÊNCIAS:

BRASIL. Código Civil. 31 ed. São Paulo. Saraiva, 2021.

BREYER, Thiago. Compliance e a Lei Anticorrupção. Migalhas. 12 de ago, 2016. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/243724/compliance-e-a-relacao-com-a-lei-anticorrupcao>. Acesso em 15 de set, 2021.



CREDIDIO, Guilherme Simões. O compliance empresarial como ferramenta de redução da corrupção. Brasília: Revista CEJ, 2018.

MATOS, Francisco Gomes de. Ética na gestão empresarial. São Paulo: Saraiva, 2017.

RIBEIRO, Márcio de Aguiar. Responsabilidade administrativa de pessoas jurídicas à luz da lei anticorrupção empresarial. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

SORÉ, Raphael Rodrigues. A lei anticorrupção em contexto estratégias para a prevenção e o combate à corrupção corporativa. Belo Horizonte: Fórum, 2019

SOUZA, Marcia Cristina Gonçalves de. Ética no ambiente de trabalho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.



CICLO DE VIOLÊNCIA INTRAFAMILIAR INFANTIL

CHILD'S INTRA-FAMILY VIOLENCE CYCLE

Andressa Paula de Andrade⁵⁵

Mariana Daniela Macedo Napoli⁵⁶

RESUMO: A violência intrafamiliar é um problema social e de saúde pública de grande dimensão, que afeta toda a sociedade de forma continuada, especialmente as crianças. Nesse contexto, esse trabalho pretende expor os direitos das crianças e adolescentes, garantidos pela proteção constitucional dos direitos fundamentais, princípios constitucionais próprios para esse grupo, o ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente) e a criação de leis específicas para garantia dos direitos, além de conceituar e analisar as formas de violência intrafamiliar, sofridas por crianças e adolescentes e as medidas e políticas públicas, utilizadas pelo Estado, para a proteção desse grupo vulnerável. A metodologia utilizada nessa pesquisa foi a revisão bibliográfica, utilizando-se da compilação de artigos científicos, doutrina, jurisprudência e legislação. Espera-se, como resultado dessa pesquisa, que o conceito de violência intrafamiliar infantil seja ampliado, de modo a demonstrar a necessidade da efetiva garantia dos direitos fundamentados pelos princípios da proteção integral e prioridade absoluta da criança e do adolescente, sugerindo o fortalecimento da rede de proteção dos direitos das crianças e dos adolescentes.

Palavras-chave: Crianças. Direitos fundamentais. Violência intrafamiliar.

ABSTRACT: Intra-family violence is a big problem social and public health problem that affects the whole of society on an ongoing basis, especially children. In this context, this work aims to expose the rights of children and adolescents, guaranteed by the constitutional protection of fundamental rights, constitutional principles specific to this group, the ECA (Statute of Children and Adolescents) and the creation of specific laws to guarantee rights, in addition to conceptualizing and analyzing the forms of intra-family violence suffered by children and adolescents and the public policies and measures used by the State to protect this vulnerable group. The methodology used in this research was the bibliographic review, using the compilation of scientific articles, doctrine, jurisprudence and legislation. It is expected, as a result of this research, that the concept of child intra-family violence will be expanded, in order to demonstrate the need to effectively guarantee the rights based on the principles of full protection and absolute priority for children and adolescents, suggesting the strengthening of the network protection of the rights of children and adolescents.

Keywords: Childrens. Fundamental rights. Intra-family violence.

INTRODUÇÃO

⁵⁵ Doutoranda em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Docente da Unifatecie - Centro Universitário de Tecnologia e Ciências do Norte do Paraná e também atua como advogada no Núcleo de Prática Jurídica da referida instituição. Docente da Uningá - Centro Universitário Ingá. Mestra em Ciência Jurídica na linha de Função Política do Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Pós-graduanda em Docência no Ensino Superior pelo Centro Universitário de Maringá (UNICESUMAR) Especialista em Ciências Penais da Universidade Estadual de Maringá (UEM). Bacharela em Direito da Universidade Estadual de Maringá (UEM). Possui experiência na área do Direito, com ênfase em Direito Penal, Direito Constitucional e Direitos Humanos. Recebeu a Menção Honrosa na categoria Trabalhos Acadêmicos do 6º Prêmio AMAERJ Patrícia Acioli de Direitos Humanos no ano de 2017. Advogada. Orientadora. Endereço eletrônico: aandressaandrade@hotmail.com.

⁵⁶ Acadêmica do curso de graduação em Direito, do Centro Universitário UNIFATECIE. Estagiária do TJPR. Orientanda. Endereço eletrônico: marianadanielamacedo@gmail.com.



O fenômeno da violência intrafamiliar infantil trata-se da prática de qualquer forma de abuso ou violência contra crianças ou adolescentes, praticados no cenário da família, podendo variar de negligência à casos extremos de violência física contra os menores, sendo este considerado um problema social de grande dimensão, que atinge a sociedade como um todo.

A violência contra crianças e adolescentes vem afligindo a humanidade há muitos anos, praticada de geração em geração, com a crença dos responsáveis de que é através de castigos físicos e psicológicos, considerados cruéis, que se educa uma criança, de modo que, as próprias vítimas acabam crendo nesses meios, praticando a violência intrafamiliar quando tornam-se responsáveis de outrem e assim, ocorrendo o ciclo de violência intrafamiliar infantil, que tornou-se endêmica em muitos países. Além disso, historicamente as crianças e adolescentes não eram reconhecidos como sujeitos de direitos, devendo trabalhar desde muito cedo, sendo submetidos à castigos violentos e devendo obediência total aos adultos, além de não terem meios e ambiente adequados para seu desenvolvimento saudável.

Diante desse contexto, o presente trabalho tem sua justificativa em vista do grande número de casos de violência intrafamiliar infantil atualmente, de modo que se faz necessária, pela importância e relevância do tema, a análise acerca do fenômeno, sua adequada conceituação e necessidade de demonstrar a importância da efetiva garantia dos direitos dos menores, pela abrangência do assunto, considerado como problema social de grande dimensão, tendo como metodologia utilizada nessa pesquisa a revisão bibliográfica, utilizando-se da compilação de artigos científicos, doutrina, jurisprudência e legislação.

Para tanto, no primeiro capítulo, principia-se o estudo com a abordagem da violência intrafamiliar infantil como um problema social, definindo, entre outras coisas, seu conceito, com breve relato histórico e levantamento de dados do atual cenário mundial em relação ao tema, contrário ao ordenamento jurídico brasileiro.

No segundo capítulo, realizando uma abordagem histórico-cultural, é analisado de forma mais pontual como foram adquiridos os direitos das crianças e adolescentes e quais são estes, em relação aos direitos internacionais da infância, a proteção garantida pelos direitos fundamentais e análise dos direitos garantidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, além da abordagem a legislação específica que visa a proteção dos direitos dos menores.



Já no terceiro capítulo, elenca-se os principais delitos que podem ser perpetrados contra crianças e adolescentes, seja no âmbito doméstico ou não, conceituando e abordando os tipos penais dos delitos de maus-tratos, lesão corporal, tortura, violência sexual e homicídio.

É abordado no quarto capítulo a situação do aumento dos casos de violência intrafamiliar infantil devido a pandemia do COVID-19, com exposição de dados atuais e caso concreto.

No quinto capítulo, são analisadas as medidas e políticas públicas de proteção à criança e ao adolescente, garantidas pela legislação e intervenção do Estado, por meios de órgãos e instituições específicas para este fim, de forma que o trabalho se encerra com a apresentação dos pontos conclusivos destacados.

Assim, a partir desse estudo, se objetiva contribuir para que o conceito de violência intrafamiliar infantil seja ampliado, de modo a demonstrar a necessidade da efetiva garantia dos direitos fundamentados pelos princípios da proteção integral e prioridade absoluta da criança e do adolescente, sugerindo o fortalecimento da rede de proteção dos direitos das crianças e dos adolescentes.

1 VIOLÊNCIA INTRAFAMILIAR INFANTIL: UM PROBLEMA SOCIAL

As violências praticadas no âmbito familiar são consideradas um problema social e de grande dimensão, atingindo toda a sociedade, de forma continuada, especialmente as crianças e os adolescentes. Ao falar de violência intrafamiliar, deve-se considerar qualquer tipo de relação de abuso praticado no cenário de família, contra qualquer um de seus membros, e no que tange a violência intrafamiliar infantil, esse tipo de abuso pode ir desde negligência às crianças ao abuso físico praticado contra estas (BRASIL, 2002, p. 7-10).

O *Global Status Report on Preventing Violence Against Children 2020* (Relatório de Status Global sobre Prevenção da Violência contra Crianças 2020 – disponível em inglês), publicado por diversas agências das Nações Unidas, informa que cerca de um bilhão de crianças são vítimas de violência, todos os anos, ao redor do mundo e verifica-se que cerca de metade de todas as crianças do mundo sofrem violência física, sexual e psicológica regularmente, citando ainda, casos de homicídio, especificamente de crianças e adolescentes, com cerca de 40 mil vítimas do crime em 2017 (FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFÂNCIA (UNICEF), 2020a).



Ao longo da história no Brasil, as crianças, principalmente as mais pobres, possuíam sua vida marcada pela violência: elas deviam trabalhar desde muito cedo, eram submetidas à disciplina rígida, com castigos violentos e deviam obediência total aos adultos, além de serem vítimas de doenças e frequentemente haviam mortes, ainda na primeira infância, principalmente em relação as crianças escravas (FALEIROS, V.; FALEIROS, E., 2008, p. 19).

Conforme explana Faleiros, V. e Faleiros, E. (2008, p. 25),

[...] maus tratos, violência e abandono marcaram a trajetória da infância pobre no Brasil. Crianças e adolescentes foram inseridos em um processo sócio-político de trabalho precoce, futuro subalterno, controle político, disciplina e obediência vigiada, quadro que, ao olhar de hoje, mostra-se completamente inadequado para o desenvolvimento de crianças e adolescentes saudáveis.

Pierson (2016, p. 42) explana que, a cultura trazida de geração em geração, de que se educa uma criança ou adolescente por meio de castigos físicos ou psicológicos ultrajantes, está na crença dos responsáveis de que estes detêm o poder sobre os corpos e vidas dos menores, relação esta que pode ser, por vezes, retroalimentada pelas vítimas, tornando-se um ciclo de violência, que acontece há décadas, de modo que a violência intrafamiliar infantil vem crescendo ao ponto de tornar-se endêmica em muitos países, e os menores que vivem nessa condição, cada vez mais tornam-se vulneráveis.

Enfim, quando ocorre a violência intrafamiliar contra crianças e adolescentes, lhes são negados direitos que devem garantir um tratamento especial aos menores, como os direitos de prioridade absoluta e proteção integral, além do direito de ter respeitada sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento (PIERSON, 2016, p. 37).

2 DIREITOS DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES

2.1 DIREITOS INTERNACIONAIS DA INFÂNCIA

Até meados do século XIX não se falava em direitos ou defesa de interesses das crianças, porém, atendendo aos reclames de sindicatos e da classe operária, no ano de 1919, ocorre a primeira Conferência Internacional do Trabalho, que resultou na aprovação de Declarações, que podem ser considerados os primeiros documentos



internacionais que promoveram proteção à criança, sendo, a proibição do trabalho noturno para menores de dezoito anos e a idade mínima de catorze anos para o trabalho na indústria (ROSSATO; LÉPORE; CUNHA, 2019, p. 44). Já em 1924, ocorre a Declaração de Genebra sobre os Direitos da Criança, sendo o primeiro documento, em caráter amplo, com relação a proteção aos interesses da criança, anunciando que deve ser garantido às crianças meios para seu desenvolvimento, ajuda em momentos de necessidade, prioridade na assistência, liberdade econômica, proibição da exploração e educação com princípios sociais (FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFÂNCIA (UNICEF), [2021?]a).

Segundo Rossato, Lépre e Cunha (2019, p. 47-49), as Declarações Internacionais de Direitos foram essenciais para a garantia de proteção infantil, e a partir da Declaração dos Direitos da Criança, adotada pela Assembleia Geral da ONU, no ano de 1959, a criança passa a ter direitos específicos, no caso, a um nome, nacionalidade, ambiente favorável, educação escolar, lazer, receber amor e cuidado dos pais, entre outros.

Já no ano de 1966, pelo Pacto Internacional sobre Direitos Civis, um dos três instrumentos que constituem a Carta Internacional dos Direitos Humanos, junto com a Declaração Universal dos Direitos Humanos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais, especialmente em seu artigo 24, os Estados Membros das Nações Unidas prometeram manter direitos iguais, incluindo educação e proteção, para todas as crianças (FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFÂNCIA (UNICEF), [2021?]b).

Finalmente, em 20 de novembro de 1989, a Convenção sobre os Direitos da Criança é adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, garantindo e estabelecendo, aos países membros, padrões mínimos para proteção dos direitos das crianças, as reconhecendo como atores sociais, econômicos, políticos, civis e culturais, de modo que a convenção foi amplamente aclamada, como conquista histórica dos Direitos Humanos (FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFÂNCIA (UNICEF), [2021?]a).

Por meio das Declarações, Pactos e Convenções internacionais, todas as crianças, e não apenas um seletor grupo, passaram a ser possuidoras de direitos. A infância passa a ser considerada como um período de valor, merecedora de orientação, proteção e educação.



2.2 PROTEÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

No Brasil, um dos primeiros avanços pela garantia dos direitos das crianças e adolescentes, ocorreu em 1927, com a Lei de Assistência e Proteção aos Menores, consolidada pelo Decreto nº 17.943-A, de 12 de outubro, determinando a maioria penal aos dezoito anos, e em 10 de outubro de 1979, é promulgado o novo Código de Menores, trazendo a garantia de proteção integral ao menor, que futuramente estaria fundada no Estatuto da Criança e do Adolescente (FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFÂNCIA (UNICEF), [2021?]a).

Com o advento da Constituição Federal em 1988, são considerados direitos fundamentais da Criança e do Adolescente, a proteção à infância como direito social, pelo artigo 6º, e por meio do artigo 227, a prioridade absoluta, onde a criança, o adolescente e o jovem são contemplados com direitos específicos, assim, de acordo com a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988,

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, 1988).

O dispositivo supramencionado faz a concentração dos principais direitos da pessoa humana, direcionados à criança e ao adolescente, evidenciando a proteção integral como a imunidade do infante diante dos atos prejudiciais a seu desenvolvimento, podendo ser qualquer tipo de violência contra este, conforme explana Guilherme de Souza Nucci (2021, p. 24-25),

A proteção integral é princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III, CF) levado ao extremo quando confrontado com idêntico cenário em relação aos adultos. Possuem as crianças e adolescentes uma hiperdignificação da sua vida, superando quaisquer obstáculos eventualmente encontrados na legislação ordinária para reger ou limitar o gozo de bens e direitos. Essa maximização da proteção precisa ser eficaz [...]. Assim não sendo, deixa-se de visualizar a proteção integral para se constatar uma proteção parcial, como outra qualquer, desrespeitando-se o princípio ora comentado e, acima de tudo, a Constituição e a lei ordinária.

Ainda, o comando da prioridade absoluta, é caracterizado como um determinismo constitucional que prioriza, em qualquer hipótese, os direitos desse



grupo vulnerável, como afirma Nucci (2021, p. 27),

[...] cuida-se de princípio autônomo, encontrando respaldo no art. 227, *caput*, da Constituição Federal, significando que, à frente dos adultos, estão crianças e adolescentes. Todos temos direito à vida, à integridade física, à saúde, à segurança etc., mas os infantes e jovens precisam ser tratados em *primeiríssimo lugar* [...], em todos os aspectos. Precisam ser o foco principal do Poder Executivo na destinação de verbas para o amparo à família e ao menor em situação vulnerável; precisam das leis votadas com prioridade total, em seu benefício; precisam de processos céleres e juízes comprometidos.

Nesse sentido, Rossato, Lépre e Cunha (2019, p. 66-68) elencam a Proteção Integral e a Prioridade Absoluta, como *metaprincípios*, extraídos da Constituição Federal e ocupando posição de destaque dentro dos princípios do direito da criança e do adolescente, destacando também, como direito fundamental, o princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente, que deverá ser acionado sempre que for necessário, como norte e exame de razoabilidade para aplicação de todos os princípios e normas referentes aos direitos destes, dispostos principalmente na Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

2.3 ECA E LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA

Por meio do artigo 24, da Constituição Federal de 1988, atendendo ao disposto no inciso XV, de que “Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: [...] proteção à infância e à juventude” (BRASIL, 1988), editou-se o Estatuto da Criança e do Adolescente em 1990. Além de, também dispor sobre os *metaprincípios* da Proteção Integral e da Prioridade Absoluta, destaca-se no Estatuto o Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente, expresso no parágrafo único, inciso IV do artigo 100, dispondo que “[...] a intervenção deve atender prioritariamente aos interesses e direitos da criança e do adolescente, sem prejuízo da consideração que for devida a outros interesses legítimos [...]” (BRASIL, 1990).

Vale ressaltar que o Melhor Interesse da Criança e do Adolescente é fortemente enunciado na norma jurídica internacional, aparecendo com ênfase na Convenção sobre os Direitos da Criança, em diversos dispositivos, convenção esta que foi aprovada no Brasil por meio do Decreto legislativo nº28/1990, e promulgada pelo Decreto de execução nº99.710/1990, dessa forma o princípio é considerado norma



supralegal e de cumprimento obrigatório (ROSSATO; LÉPORE; CUNHA, 2019, p. 67).

Além destes, também estão inseridos e conceituados no ECA os denominados princípios derivados, de acordo com o parágrafo único do artigo 100, da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990,

Parágrafo único. São também princípios que regem a aplicação das medidas: [...]

I - condição da criança e do adolescente como sujeitos de direitos: crianças e adolescentes são os titulares dos direitos previstos nesta e em outras Leis, bem como na Constituição Federal; [...]

III - responsabilidade primária e solidária do poder público: a plena efetivação dos direitos assegurados a crianças e a adolescentes por esta Lei e pela Constituição Federal, salvo nos casos por esta expressamente ressalvados, é de responsabilidade primária e solidária das 3 (três) esferas de governo, sem prejuízo da municipalização do atendimento e da possibilidade da execução de programas por entidades não governamentais; [...]

V - privacidade: a promoção dos direitos e proteção da criança e do adolescente deve ser efetuada no respeito pela intimidade, direito à imagem e reserva da sua vida privada; [...]

VI - intervenção precoce: a intervenção das autoridades competentes deve ser efetuada logo que a situação de perigo seja conhecida; [...]

VII - intervenção mínima: a intervenção deve ser exercida exclusivamente pelas autoridades e instituições cuja ação seja indispensável à efetiva promoção dos direitos e à proteção da criança e do adolescente; [...]

VIII - proporcionalidade e atualidade: a intervenção deve ser a necessária e adequada à situação de perigo em que a criança ou o adolescente se encontram no momento em que a decisão é tomada; [...]

IX - responsabilidade parental: a intervenção deve ser efetuada de modo que os pais assumam os seus deveres para com a criança e o adolescente; [...]

X - prevalência da família: na promoção de direitos e na proteção da criança e do adolescente deve ser dada prevalência às medidas que os mantenham ou reintegrem na sua família natural ou extensa ou, se isso não for possível, que promovam a sua integração em família adotiva; [...]

XI - obrigatoriedade da informação: a criança e o adolescente, respeitado seu estágio de desenvolvimento e capacidade de compreensão, seus pais ou responsável devem ser informados dos seus direitos, dos motivos que determinaram a intervenção e da forma como esta se processa; [...]

XII - oitiva obrigatória e participação: a criança e o adolescente, em separado ou na companhia dos pais, de responsável ou de pessoa por si indicada, bem como os seus pais ou responsável, têm direito a ser ouvidos e a participar nos atos e na definição da medida de promoção dos direitos e de proteção, sendo sua opinião devidamente considerada pela autoridade judiciária competente, observado o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 28 desta Lei. [...] (BRASIL, 1990).

Observa-se, após leitura dos princípios supramencionados, que todos derivam dos *metaprincípios* da Proteção Integral e da Prioridade Absoluta e tem sua aplicação norteadada pelo Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente, por se tratarem de normas de cumprimento obrigatório, segundo Rossato, Lépre e Cunha (2019, p. 70).

Ainda, a Lei nº13.010, de 26 de junho de 2014, batizada como Lei da Palmada,



mas hoje reconhecida como Lei Menino Bernardo, destaca-se como legislação específica de proteção, que acrescentou ao Estatuto da Criança e do Adolescente os artigos 18-A, 18-B e 70-A, trazendo absoluta proibição para as condutas de castigo físico e tratamento cruel ou degradante, tendo como principal objetivo romper a cultura de violência infantil (BRASIL, 2014).

Dentre as formas de violência mais praticadas contra as crianças e os adolescentes estão as condutas de maus-tratos, tanto físicos como psicológicos, lesão corporal, a tortura, a violência sexual e o homicídio de menores. Dessa forma, serão abordadas e conceituadas as principais violências praticadas contra os menores de idade, demonstrando a absoluta necessidade da garantia de proteção a esse grupo, contra a cultura de violência infantil no Brasil.

3 FORMAS DE VIOLÊNCIA

Deste modo, elencar-se-á os principais delitos que podem ser perpetrados contra crianças e adolescentes, seja no âmbito doméstico ou não.

3.1 MAUS-TRATOS

O crime de maus-tratos tem sua base para interpretação no tipo do artigo 136 do Código Penal Brasileiro,

Art. 136 Expor a perigo a vida ou a saúde de pessoa sob sua autoridade, guarda ou vigilância, para fim de educação, ensino, tratamento ou custódia, quer privando-a de alimentação ou cuidados indispensáveis, quer sujeitando-a a trabalho excessivo ou inadequado, quer abusando de meios de correção ou disciplina (BRASIL, 1940).

Nas palavras de Nucci (2021, p. 90), “Esta é uma definição plausível, pois se refere a abuso dos meios de correção ou disciplina, o que é bem diferente dos conceitos abertos e imprecisos de castigo físico e tratamento cruel ou degradante”. Vale destacar que, está expresso no parágrafo terceiro do artigo supramencionado que a pena para o crime de maus-tratos deve ser aumentada em um terço, se o crime for praticado contra pessoa menor de quatorze anos.

Nesse sentido, o Estatuto da Criança e do Adolescente também prevê crime relacionado aos maus-tratos, ao prescrever, no artigo 232, que “submeter criança ou



adolescente sob sua autoridade, guarda ou vigilância a vexame ou a constrangimento” (BRASIL, 1990) é crime, reservado somente para as vítimas crianças ou adolescentes.

Bitencourt (2019, p. 523) afirma que, várias condutas podem ser tipificadas no crime de maus-tratos, podendo ser a privação da alimentação e cuidados indispensáveis, sujeitar a trabalho excessivo ou inadequado e abusar dos meios corretivos ou disciplinares, informando ainda que, nas primeiras modalidades o crime é permanente, cujo momento consumativo se prolonga no tempo de acordo com a vontade do criminoso, de modo que o agente tem o domínio sobre o momento de consumação do crime, e na última se trata de crime instantâneo, onde há consumação imediata, em único instante, ou seja, uma vez encerrado está consumado.

A privação relativa de alimentos pode ser considerada maus-tratos, podendo o crime, ser configurado também por suspensão absoluta da alimentação por um período razoável e depois volte a ser ministrada de forma reduzida ou normalmente, já a privação aos cuidados indispensáveis, caracteriza-se por privar dos cuidados mínimos, necessários para manter a saúde ou a vida do menor, como por exemplo, privar de higiene, atendimento médico, agasalhar no inverno, entre outros (BITENCOURT, 2019, p. 524).

A conduta de sujeitar criança ou adolescente a trabalho excessivo ou inadequado acontecerá quando estes ultrapassarem o limite ou capacidade físico-orgânicas da vítima, causando cansaço insuportável, e a conduta de abusar de meios corretivos ou disciplinares caracteriza-se pela aplicação de “castigos” excessivos que coloquem em risco a saúde ou a vida dos menores, não se vedando o direito de corrigir, somente proibindo seu exercício abusivo que atinge o nível de conduta criminosa (BITENCOURT, 2019, p. 524).

Conforme explana Régis Prado (2021, p. 496), as medidas corretivas ou disciplinares, adotadas pelos responsáveis das crianças e adolescentes, que não causam lesão, quando aplicadas apenas com a intenção de corrigir o menor e adequadamente necessárias a esse fim, com aplicação restringida ao âmbito doméstico, devem ser consideradas lícitas, ou seja, realizadas no exercício regular do direito de correção.

Por sua vez, existe a chamada violência psicológica, que se enquadra no delito de maus-tratos, onde, a Lei nº 13.010 de 26 de junho de 2014 (BRASIL, 2014), caracterizada como norma explicativa, em seu artigo 18-B, prevê punições para pais



e responsáveis que pratiquem tratamentos cruéis e degradantes, que podem ser as ações de humilhar, ridicularizar ou ameaçar gravemente crianças ou adolescentes. Essas ações podem ser consideradas violência psicológica contra os menores.

Nesse sentido, a conduta de “tratamento cruel ou degradante”, refere-se à forma cruel de tratamento em relação à criança ou ao adolescente, e nas palavras de Rossato, Lépore e Cunha (2019, p. 153),

Essa proibição incide nos casos em que não há sequer contato corporal entre agressor e vítima, pois pode se configurar a partir de meras palavras proferidas ou de uma conduta omissiva, a exemplo de xingamentos ou do isolamento da criança em relação aos seus entes queridos ou amigos mais próximos.

No entanto, existe certa dificuldade em provar ou diagnosticar a violência psicológica, conforme exposto em cartilha do Ministério da Saúde,

Em geral, os casos de violência no Brasil são registrados em situações policiais, tratando-se, portanto, de casos de violência explícita, facilmente constatada. Porém, existem casos de violência psicológica, difíceis de serem percebidos e diagnosticados, tanto no nível institucional quanto pelo agressor ou pela própria vítima (BRASIL, 2002, p. 10).

Portanto, é um direito dos pais, tutores ou curadores do menor, o direito de correção, porém este deve ser exercido com moderação e exclusivamente com finalidade educativa, não sendo permitido o emprego de violência, seja ela física ou psicológica, contra as crianças e adolescentes, em hipótese alguma.

3.2 LESÃO CORPORAL

O delito de lesão corporal está tipificado no artigo 129, *caput*, do Código Penal Brasileiro, prevendo que ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem resulta pena de detenção de três meses a um ano. Tratando-se de delito de lesão corporal que causar perigo de vida, deverá ser considerada lesão corporal de natureza grave, sendo a pena maior, de reclusão de um a cinco anos, conforme o parágrafo primeiro, inciso segundo do mesmo artigo.

Ainda, no caso de lesão corporal praticada contra menor de quatorze anos, a pena do *caput* do artigo 129, do Código Penal Brasileiro, deverá ser aumentada de um terço, conforme prevê o parágrafo sétimo, do artigo supramencionado (BRASIL,



1940).

Vale ressaltar que, o parágrafo nono, do artigo 129, do Código Penal, prevê de forma específica sobre a violência doméstica,

Violência Doméstica [...]

§ 9º Se a lesão for praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade: (Redação dada pela Lei nº 11.340, de 2006)

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 3 (três) anos (BRASIL, 1940).

Desse modo, o referido tipo penal não trata somente da violência doméstica como tendo sempre uma mulher como vítima, ou seja, não se aplicando somente nos casos envoltos a Lei Maria da Penha (BRASIL, 2006), mas caracterizando-se quando o agente da lesão corporal mantém alguma relação de parentesco ou de convivência com a vítima, no caso de crianças e adolescentes qualquer pessoa que com estes conviva, e prevalecendo-se das relações intrafamiliares, pratica o delito.

Portanto, no caso do delito de lesão corporal, quando praticado contra crianças ou adolescentes, a legislação prevê uma garantia maior de proteção aos direitos do infante, de prioridade absoluta e proteção integral, por se tratar de grupo vulnerável, prescrevendo assim penalidades mais severas para a prática dessa conduta.

3.3 TORTURA

A Lei nº 9.455 de 7 de abril de 1997, tipifica o crime de tortura em seu artigo primeiro, inciso segundo, onde,

Art. 1º Constitui crime de tortura:

[...]

II - submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo.

Pena - reclusão, de dois a oito anos (BRASIL, 1997).

Regis Prado (2021, p. 496) define que “As ameaças, intimidações em geral e os castigos corporais violentos, que importam em intenso sofrimento físico ou mental, configuram o delito de tortura”.

Nesse sentido, Gonçalves e Junior (2021, p. 89) explanam que o delito de tortura muito se assemelha ao crime de maus-tratos, diferenciando-se pelo elemento



normativo da tortura, existente no inciso segundo do artigo supramencionado, pressupondo que a vítima deve ser submetida a intenso sofrimento físico ou mental, desse modo, caracterizando o delito de tortura pela prática de situações extremas, expondo exemplos dessas situações, como “amarrar a vítima e chicoteá-la, trancar criança em ambiente gelado; aplicar ferro em brasa na vítima, queimá-la com cigarro etc.” (GONÇALVES; JUNIOR, 2021, p. 89).

Ainda, a mesma lei prevê, em seu artigo primeiro, parágrafo quarto, que deverá ser aumentada a pena do crime de tortura de um sexto até um terço, nos casos do crime cometido contra criança ou adolescente, dessa forma, presume-se garantia maior aos direitos e proteção dos menores.

Cabe salientar que a Lei de Tortura modificou o Estatuto da Criança e do Adolescente, revogando o artigo 233 do mesmo, que tratava do delito de tortura, porém continha penalidades mais brandas.

3.4 VIOLÊNCIA SEXUAL

Cezar Bitencourt (2019, p. 1.039-1.040) destaca, em especial, o abuso sexual de crianças e adolescentes como uma das formas mais graves de violência, pois lesa diretamente os direitos fundamentais infanto-juvenis, sendo um dos temas mais sensíveis a se tratar na esfera criminal e social atualmente, visto que, as consequências para os menores abusados sexualmente existirão para o resto de suas vidas, colocando em risco seu equilíbrio biopsicossocial.

Dentre as formas violência sexual contra crianças ou adolescentes, está tipificado no artigo 217-A, do Código Penal Brasileiro, como estupro de vulnerável, a ação de “Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos” (BRASIL, 1940), com pena de reclusão de oito a quinze anos.

Conforme explana Regis Prado (2021, p. 825),

É de se notar que, ao contrário do delito de estupro previsto no artigo 213 do Código Penal, o dispositivo em análise não exige para sua configuração o manifesto dissenso da vítima expresso pela sua resistência à cópula carnal ou ao ato libidinoso, que somente é superada pelo uso da violência ou da grave ameaça. Aqui basta para o perfazimento do tipo a conduta de ter conjunção carnal ou praticar ato libidinoso com pessoa menor de 14 (catorze) anos.

Ainda, o Código Penal Brasileiro prevê uma série de crimes em relação a



conduta de abuso sexual de crianças e adolescente, tipificando, em seu artigo 218 o crime de corrupção de menores, que se trata de induzir alguém menor de quatorze anos a satisfazer a lascívia de outrem, posteriormente tipifica o crime de satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente, no artigo 218-A, também o crime de favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável, no artigo 218-B e por fim o crime de divulgação de cena de estupro ou de cena de estupro de vulnerável, de cena de sexo ou de pornografia, em seu artigo 218-C, com aumento de pena 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, por força do parágrafo primeiro (BRASIL, 1940).

Por fim, o Estatuto da Criança e do Adolescente tipifica os crimes relacionados ao abuso e violência sexual, principalmente por meios eletrônicos,

Art. 240. Produzir, reproduzir, dirigir, fotografar, filmar ou registrar, por qualquer meio, cena de sexo explícito ou pornográfica, envolvendo criança ou adolescente:

[...]

Art. 241. Vender ou expor à venda fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente:

[...]

Art. 241-A. Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, distribuir, publicar ou divulgar por qualquer meio, inclusive por meio de sistema de informática ou telemático, fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente:

[...]

Art. 241-B. Adquirir, possuir ou armazenar, por qualquer meio, fotografia, vídeo ou outra forma de registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente:

[...]

Art. 241-C. Simular a participação de criança ou adolescente em cena de sexo explícito ou pornográfica por meio de adulteração, montagem ou modificação de fotografia, vídeo ou qualquer outra forma de representação visual:

[...]

Art. 241-D. Aliciar, assediar, instigar ou constranger, por qualquer meio de comunicação, criança, com o fim de com ela praticar ato libidinoso:

[...]

Art. 244-A. Submeter criança ou adolescente, como tais definidos no caput do art. 2º desta Lei, à prostituição ou à exploração sexual (BRASIL, 1990).

Em relação aos delitos supramencionados, os meios tecnológicos constituem a principal forma de perpetração desses crimes, inclusive com um aumento gigantesco dos casos durante a pandemia do COVID-19, de modo que, conforme dados da organização não governamental Safernet Brasil, dedicada aos direitos humanos na internet, no ano de 2020 houve um aumento de 190% nas denúncias



referentes a esses crimes, em relação ao ano anterior, e nos acessos às páginas de pornografia infantil, houve o crescimento de 69%, no mesmo período, sendo esta situação extremamente preocupante visto que de acordo com levantamento recente do Ministério da Saúde, cerca de dois terços dos abusos sexuais de crianças e adolescentes, registrados em 2018, ocorreram dentro de casa (ECA..., 2020).

3.5 HOMICÍDIO

O crime de homicídio está tipificado no artigo 121, do Código Penal Brasileiro, sendo a conduta de matar alguém, porém, quando se tem como vítima criança menor de quatorze anos e sendo o crime doloso, a pena de seis a vinte anos é aumentada de um terço, conforme parágrafo quarto do artigo supramencionado (BRASIL, 1940).

Caso a morte do menor decorra do delito de maus-tratos, a pena será de reclusão de quatro a doze anos, conforme o artigo 136, parágrafo segundo do Código Penal Brasileiro, e do crime de estupro de vulnerável que resultar morte, a pena será de reclusão de doze a trinta anos, conforme expresso no parágrafo quarto do artigo 217-A, do Código Penal Brasileiro (BRASIL, 1940).

Ainda, se da tortura de criança resultar morte, a pena de reclusão deverá ser de oito a dezesseis anos, aumentada de um sexto a um terço, conforme expresso nos parágrafos terceiro e quarto, com o inciso segundo, da Lei nº 9.455, de 7 de abril de 1997 (BRASIL, 1997).

Dentre os casos de maior repercussão, de assassinato de crianças no Brasil, está o caso Isabella Nardoni, que se refere a morte da menina Isabella de Oliveira Nardoni, de cinco anos de idade, que em 29 de março de 2008, foi morta por asfixia e jogada de um edifício, em São Paulo, onde seu próprio pai e madrasta foram acusados e condenados por cometer a prática desse crime hediondo, contra a menor (D'AGOSTINO, 2010).

Também, de grande repercussão, foi o caso Menino Bernardo, que se refere ao assassinato do menino brasileiro Bernardo Uglione Boldrini, na cidade de Frederico Westphalen, Rio Grande do Sul, em 4 de abril de 2014, que com apenas 11 anos de idade, foi morto por meio de superdosagem do medicamento Midazolam, que lhe foi dado pela madrasta, Graciele Ugulini. O corpo de Bernardo foi encontrado somente dez dias depois de sua morte, em uma cova feita em um matagal em Frederico Westphalen, sendo acusados e condenados pelo crime o pai Leandro Boldrini, a



madrasta, Graciele Ugulini, a amiga dela, Edelvânia Wirganovicz e o irmão desta, Evandro Wirganovicz (HEURICH, 2019).

Vale destacar que Bernardo vivia com o pai e a Madrasta e segundo investigações a relação familiar entre eles não era boa, havendo até mesmo gravações de ameaças por parte dos responsáveis do menino, contra ele, e ainda o fato de no ano de 2014, Bernardo pedir a um juiz para “mudar de família”, pedido este que não foi atendido (PIRES, 2014), o que acaba causando discussão sobre o funcionamento da rede de apoio e amparo às crianças no Brasil.

Foi em decorrência do caso do assassinato de Bernardo Boldrini, que a Lei nº 13.010 de 26 de junho de 2014, que é importante na defesa dos direitos das crianças e dos adolescentes, no Brasil, recebeu o nome de Lei Menino Bernardo, em homenagem a ele (DOMINGOS, 2014).

4 AUMENTO DOS CASOS DE VIOLÊNCIA INTRAFAMILIAR INFANTIL DEVIDO A PANDEMIA DO COVID-19

Conforme dados do Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF), no Brasil, a pandemia do COVID-19, que permanece no país desde o início do ano de 2020, aumentou o risco de abuso, negligência e violência contra as crianças, por conta das medidas de contenção do vírus, onde as pessoas devem, sempre que possível, ficar isoladas em suas casas, dessa forma,

Em questão de meses, a Covid-19 mudou a vida de crianças e famílias em todo o mundo. Esforços de quarentena, como fechamento de escolas e restrições de movimento, embora considerados necessários, estão atrapalhando as rotinas das crianças e os sistemas de apoio. [...] O estigma relacionado ao Covid-19 deixou algumas crianças mais vulneráveis à violência e ao sofrimento psicossocial. Ao mesmo tempo, medidas de controle que não respondem às necessidades e vulnerabilidades específicas de gênero de mulheres e meninas também podem aumentar o risco de exploração sexual, abuso e casamento infantil (FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFÂNCIA (UNICEF), 2020b).

O Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, por meio de dados da Ouvidoria Nacional dos Direitos Humanos (ONDH), publicou em cartilha, que no ano de 2020 os registros de violência física, psicológica, abuso sexual físico, estupro e exploração sexual, contra crianças e adolescentes, corresponderam a 368.333 (trezentas e sessenta e oito mil, trezentas e trinta e três) violações, no Brasil (BRASIL,



2021a).

Configurando este cenário, vale destacar o caso Henry Borel, que se trata da morte violenta do menino Henry Borel, que com apenas 4 anos de idade, foi encontrado morto no apartamento da mãe, no Rio de Janeiro, com diversas lesões graves pelo corpo, em 8 de março de 2021. A mãe de Henry e seu padrasto estão sendo investigados pela morte do menino e acusados de atrapalhar as investigações (FERRARI, 2021).

5 MEDIDAS E POLÍTICAS PÚBLICAS DE PROTEÇÃO À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE

Diante de todo contexto social, do ciclo de violência intrafamiliar infantil, para que haja a efetiva garantia dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes, foram criadas medidas e políticas públicas de proteção aos menores. Dessa forma, foram estabelecidos, por meio da Lei nº 13.257, de 8 de março de 2016 (BRASIL, 2016), princípios e diretrizes para a formulação e implementação de políticas públicas para a primeira infância em atenção ao desenvolvimento infantil e no desenvolvimento do ser humano.

Dentre as principais medidas de proteção, está disciplinado nos artigos 70 a 81 do Estatuto da Criança e do Adolescente, regras gerais e especiais sobre a prevenção de ameaça ou violação aos direitos destes, onde conforme dispõe o artigo 70 “É dever de todos prevenir a ocorrência de ameaça ou violação dos direitos da criança e do adolescente” (BRASIL, 1990).

De maneira especial, a Lei nº 13.046, de 1 de dezembro de 2014, alterando o Estatuto, garante prevenção específica quanto aos maus-tratos praticados contra crianças e adolescentes, e nas palavras de Rossato, Lépore e Cunha (2019, p. 296),

Segundo a nova lei, as entidades, públicas e privadas, que atuem na realização dos direitos dos infantes relativos à informação, à cultura, ao lazer e ao esporte; bem como aquelas que recepcionem crianças e adolescentes, ainda que em caráter temporário, devem contar, em seus quadros, com pessoas capacitadas a reconhecer e comunicar ao Conselho Tutelar suspeitas ou casos de maus-tratos praticados contra crianças e adolescentes.

Em relação também aos maus-tratos de crianças e adolescentes, a Lei Menino Bernardo, que altera o Estatuto da Criança e do adolescente, em seu artigo 18-B,



prevê medidas a serem aplicadas a qualquer pessoa encarregada de cuidar dos menores, que pratiquem contra estes os maus-tratos,

Art. 18-B. Os pais, os integrantes da família ampliada, os responsáveis, os agentes públicos executores de medidas socioeducativas ou qualquer pessoa encarregada de cuidar de crianças e de adolescentes, tratá-los, educá-los ou protegê-los que utilizarem castigo físico ou tratamento cruel ou degradante como formas de correção, disciplina, educação ou qualquer outro pretexto estarão sujeitos, sem prejuízo de outras sanções cabíveis, às seguintes medidas, que serão aplicadas de acordo com a gravidade do caso:
I - encaminhamento a programa oficial ou comunitário de proteção à família;
II - encaminhamento a tratamento psicológico ou psiquiátrico;
III - encaminhamento a cursos ou programas de orientação;
IV - obrigação de encaminhar a criança a tratamento especializado;
V - advertência.

Parágrafo único. As medidas previstas neste artigo serão aplicadas pelo Conselho Tutelar, sem prejuízo de outras providências legais (BRASIL, 2014).

O Estatuto da Criança e do Adolescente, ainda aborda, sobre as medidas de proteção, em seu título II, iniciando no artigo 98 até o artigo 102, e conforme o artigo 98,

Art. 98. As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados:
I - por ação ou omissão da sociedade ou do Estado;
II - por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável;
III - em razão de sua conduta (BRASIL, 1990).

Também, sendo uma preocupação social, a Lei nº 13.431, de 4 de abril de 2017 (BRASIL, 2017), estabeleceu o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência, alterando o ECA, onde, assegura, por meio de programa estatal especial, particular tutela ao infante ou ao jovem que testemunha violência, visto que, testemunhar violência pode ser, em alguns casos, tão traumático quanto ser a própria vítima (NUCCI, 2021, p. 767).

Dentre as medidas de proteção, vale destacar, a possibilidade de realizar denúncias anônimas de fato relacionado a violações de direitos fundamentais de crianças ou adolescentes, no caso, por meio do Disque Direitos Humanos – Disque 100, que se trata de “um serviço de disseminação de informações sobre direitos de grupos vulneráveis e de denúncias de violações de direitos humanos” (BRASIL, 2021b).

É importante frisar a figura do Conselho Tutelar, que está prevista no artigo 131 do ECA, como “órgão permanente e autônomo, não jurisdicional, encarregado pela



sociedade de zelar pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente” (BRASIL, 1990), dessa forma, sendo sua existência de extrema importância para a sociedade, como forma de garantia do cumprimento dos direitos dos menores. O Conselho Tutelar tem as seguintes atribuições, conforme o artigo 136 do ECA,

Art. 136. São atribuições do Conselho Tutelar:

I - atender as crianças e adolescentes nas hipóteses previstas nos arts. 98 e 105, aplicando as medidas previstas no art. 101, I a VII;

II - atender e aconselhar os pais ou responsável, aplicando as medidas previstas no art. 129, I a VII;

III - promover a execução de suas decisões, podendo para tanto:

a) requisitar serviços públicos nas áreas de saúde, educação, serviço social, previdência, trabalho e segurança;

b) representar junto à autoridade judiciária nos casos de descumprimento injustificado de suas deliberações.

IV - encaminhar ao Ministério Público notícia de fato que constitua infração administrativa ou penal contra os direitos da criança ou adolescente;

V - encaminhar à autoridade judiciária os casos de sua competência;

VI - providenciar a medida estabelecida pela autoridade judiciária, dentre as previstas no art. 101, de I a VI, para o adolescente autor de ato infracional;

VII - expedir notificações;

VIII - requisitar certidões de nascimento e de óbito de criança ou adolescente quando necessário;

IX - assessorar o Poder Executivo local na elaboração da proposta orçamentária para planos e programas de atendimento dos direitos da criança e do adolescente;

X - representar, em nome da pessoa e da família, contra a violação dos direitos previstos no art. 220, § 3º, inciso II, da Constituição Federal;

XI - representar ao Ministério Público para efeito das ações de perda ou suspensão do poder familiar, após esgotadas as possibilidades de manutenção da criança ou do adolescente junto à família natural. (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência

XII - promover e incentivar, na comunidade e nos grupos profissionais, ações de divulgação e treinamento para o reconhecimento de sintomas de maus-tratos em crianças e adolescentes. (Incluído pela Lei nº 13.046, de 2014)

Parágrafo único. Se, no exercício de suas atribuições, o Conselho Tutelar entender necessário o afastamento do convívio familiar, comunicará incontinenti o fato ao Ministério Público, prestando-lhe informações sobre os motivos de tal entendimento e as providências tomadas para a orientação, o apoio e a promoção social da família. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência (BRASIL, 1990).

Ainda, as medidas de proteção e defesa dos direitos das crianças e adolescentes, em relação ao Governo Federal brasileiro, como políticas públicas, ficam a cargo da Secretaria Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – SNDCA, que faz parte do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, e por meio do Decreto nº 10.174, de 13 de dezembro de 2019 (BRASIL, 2019), tem competência para formular, coordenar e executar políticas e diretrizes voltadas à promoção dos direitos humanos da criança e do adolescente.

De acordo com Faleiros V. e Faleiros E. (2008, p. 79-80),



A Rede de Proteção de crianças e adolescentes é o conjunto social constituído por atores e organismos governamentais e não governamentais, articulado e construído com o objetivo de garantir os direitos gerais ou específicos de uma parcela da população infanto-juvenil [...]. Essas redes podem ter abrangência municipal, estadual, nacional ou internacional [...]. As Redes de Proteção dos direitos de crianças e adolescentes têm como marco de referência o Sistema de Garantia de Direitos estabelecido no ECA.

Finalmente, as medidas e políticas públicas de proteção devem contemplar a assistência integral da criança, garantindo seu desenvolvimento saudável, em ambiente favorável a este fim, principalmente livre de violência, sendo dever de toda sociedade, do Estado e dos pais ou responsáveis pelas crianças e adolescentes, preservar esses direitos.

CONCLUSÃO

A violência, em quaisquer de suas manifestações, consiste sempre em uma situação onde alguém faz uso da força ou sua posição de vantagem para, em benefício próprio, oprimir o outro. Nesse sentido, quando ocorre a violência intrafamiliar contra crianças ou adolescentes, considerando que se tratam de seres em desenvolvimento, físico e mental, carecendo de proteção especial, o resultado desta violência tem maior impacto na vida das vítimas.

Diante do contexto histórico acerca da violência intrafamiliar infantil, no Brasil e no mundo, fica explícito que se trata de um problema social que abrange a sociedade como um todo, de modo a se tornar o fenômeno do ciclo de violência intrafamiliar infantil, onde, há a crença dos responsáveis de que é através de castigos físicos e psicológicos, considerados cruéis, que se educa uma criança, sendo essa crença retroalimentada pelas próprias vítimas, que acabam crendo nesses meios, praticando a violência intrafamiliar quando tornam-se responsáveis de outrem.

O ciclo de violência intrafamiliar infantil é uma realidade, desde os primórdios da humanidade à atualmente, ocorrendo diariamente e em altos índices, de forma que são negados às crianças e adolescentes direitos que deveriam garantir um tratamento especial aos menores, para seu desenvolvimento saudável, como os direitos de prioridade absoluta e proteção integral, além do direito de ter respeitada sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

Buscando avançar nessa realidade, por meio das Declarações, Pactos e



Convenções internacionais, todas as crianças, e não apenas um seleto grupo, passaram a ser possuidoras de direitos e aos poucos a infância passa a ser considerada como um período de valor, merecedora de orientação, proteção e educação.

No Brasil, com o advento da Constituição Federal, em 1988, em seu artigo 227, foram reconhecidos como direitos fundamentais da criança e do adolescente a proteção integral e a prioridade absoluta, os reconhecendo como pessoas especiais em desenvolvimento e estimulando o advento de legislações especiais de proteção aos menores e do Estatuto da Criança e do Adolescente, através da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que além de estabelecerem inúmeros direitos da infância e adolescência, preveem crimes específicos e as devidas sanções para a prática destes contra crianças e adolescentes.

Nesse viés, ao conceituar as formas de violência mais praticadas contra as crianças e os adolescentes, analisando o tipo penal dos delitos de maus-tratos, tanto físicos como psicológicos, lesão corporal, tortura, violências sexuais e o homicídio de menores, demonstra-se a absoluta necessidade da garantia de proteção às crianças e adolescentes, contra a cultura de violência infantil no Brasil, principalmente, em situações onde os menores podem ficar mais vulneráveis, como por exemplo, sem contato com o mundo além de sua família, como no caso da pandemia do COVID-19, onde houve um aumento exorbitante nos casos de violência contra crianças e adolescentes nos lares brasileiros.

Como forma de proteção e principalmente meios de evitar o ciclo de violência intrafamiliar infantil, as medidas e políticas públicas de proteção à criança e ao adolescente devem contemplar a assistência integral dos menores, garantindo seu desenvolvimento saudável, em ambiente favorável a este fim, principalmente livre de violência, sendo dever de toda sociedade, do Estado e dos pais ou responsáveis pelas crianças e adolescentes, preservar esses direitos.

Finalmente, conclui-se que o tema do ciclo de violência intrafamiliar infantil possui relevância jurídica e social, de modo que há garantia de direitos e artifícios para a proteção de crianças e adolescentes, previstos na Constituição Federal Brasileira e amplamente no Estatuto da Criança e do Adolescente, sendo ainda a legislação brasileira pertinente e apta, prevendo os tipos penais das violências e garantindo que o Estado desenvolva e cumpra medidas e políticas públicas de proteção à criança e ao adolescente. Porém, é fato que a realidade dos casos de violência intrafamiliar



infantil é alarmante, com inúmeros casos todos os dias, que violam os direitos fundamentais dos menores, não tendo efetividade as leis e medidas adotadas. Portanto, é preciso que haja o fortalecimento da rede de proteção à criança e ao adolescente, pelo trabalho em conjunto dos operadores do direito, das famílias, da sociedade e empenho do Estado, a fim de garantir efetivamente os direitos fundamentados pelos princípios da proteção integral e prioridade absoluta da criança e do adolescente.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código penal**: comentado. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553615704/cfi/0!/4/2@100:0.0>. Acesso em: 24 jun. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 5 jun. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 10.174, de 13 de dezembro de 2019**. Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções de Confiança do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, remaneja cargos em comissão e funções de confiança e transforma cargos em comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores - DAS e Funções Comissionadas do Poder Executivo - FCPE. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10174.htm#art8. Acesso em: 7 jul. 2021.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 24 jun. 2021.

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. Brasília, DF: Presidência da República, 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 1 jul. 2021.



BRASIL. **Lei nº 13.010, de 26 de junho de 2014.** Altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), para estabelecer o direito da criança e do adolescente de serem educados e cuidados sem o uso de castigos físicos ou de tratamento cruel ou degradante, e altera a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Brasília, DF: Presidência da República, 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13010.htm. Acesso em: 8 jun. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.257, de 8 de março de 2016.** Dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, a Lei nº 11.770, de 9 de setembro de 2008, e a Lei nº 12.662, de 5 de junho de 2012. Brasília, DF: Presidência da República, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13257.htm. Acesso em: 7 jul. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.431, de 4 de abril de 2017.** Estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Brasília, DF: Presidência da República, 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13431.htm. Acesso em: 7 jul. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 5 jun. 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.455, de 7 de abril de 1997.** Define os crimes de tortura e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9455.htm. Acesso em: 1 jul. 2021.

BRASIL. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. **Cartilha atualizada de abuso sexual contra crianças e adolescentes para fortalecer rede de proteção.** Brasília, DF: Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, 2021a. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2021/maio/cartilha-atualiza-dados-de-abuso-sexual-contra-criancas-e-adolescentes-para-fortalecer-rede-de-protacao>. Acesso em: 6 jul. 2021.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Políticas de Saúde. **Violência intrafamiliar:** Orientações para a prática em serviço. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2002.

BRASIL. Rede de Assistência e Proteção Social. **Denunciar violação de direitos humanos (Disque 100).** Brasília, DF: Rede de Assistência e Proteção Social, 2021b. Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/servicos/denunciar-violacao-de-direitos-humanos>. Acesso em: 7 jul. 2021.

D'AGOSTINO, Rosanne. Pai de Isabella é condenado a 31 anos de prisão por matar



a própria filha; madrasta pega 26. **UOL**, São Paulo, 27 mar. 2010. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2010/03/27/casal-nardoni-e-condenado.htm>. Acesso em: 2 jul. 2021.

DOMINGOS, Marina. Lei Menino Bernardo amplia rede de proteção a crianças e adolescentes. **Agência Senado**, [S. l.], 11 nov. 2014. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2014/11/11/lei-menino-bernardo-amplia-rede-de-protecao-a-criancas-e-adolescentes>. Acesso em: 6 jul. 2021.

ECA 30 anos: promotor de Divinópolis faz alerta sobre aumento casos de pedofilia na internet durante a pandemia. *In*: MG1. Divinópolis, 13 set. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/mg/centro-oeste/noticia/2020/07/13/eca-30-anos-promotor-de-divinopolis-faz-alerta-sobre-aumento-casos-de-pedofilia-na-internet-durante-a-pandemia.ghtml>. Acesso em: 1 jul. 2021.

FALEIROS, Vicente de P.; FALEIROS, Eva S. **Escola que protege: enfrentando a violência contra crianças e adolescentes**. 2. ed. Brasília. DF: MEC/UNESCO, 2008. (Coleção Educação para Todos).

FERRARI, Murilo. Caso Henry Borel: O que se sabe sobre a morte do garoto de 4 anos. **CNN Brasil**, São Paulo, SP, 8 abr. 2021. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/2021/04/08/caso-henry-borel-o-que-se-sabe-sobre-a-morte-do-garoto-de-4-anos>. Acesso em: 6 jul. 2021.

FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFÂNCIA (UNICEF). **Covid-19: Crianças em risco aumentado de abuso, negligência, exploração e violência em meio a intensificação das medidas de contenção**. Brasília, DF: UNICEF, 2020b. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/comunicados-de-imprensa/covid-19-criancas-em-risco-aumentado-de-abuso-negligencia-exploracao>. Acesso em: 6 jul. 2021.

FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFÂNCIA (UNICEF). **História dos Direitos da Criança**. Brasília, DF: UNICEF, [2021?]a. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/historia-dos-direitos-da-crianca>. Acesso em: 5 jun. 2021.

FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFÂNCIA (UNICEF). **Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos**. Brasília, DF: UNICEF, [2021?]b. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pacto-internacional-sobre-direitos-civis-e-politicos>. Acesso em: 5 jun. 2021.

FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFÂNCIA (UNICEF). **Países estão falhando em prevenir a violência contra crianças, alertam agências**. Brasília, DF: UNICEF, 2020a. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/comunicados-de-imprensa/paises-estao-falhando-em-prevenir-violencia-contras-criancas>. Acesso em: 5 jun. 2021.

GONÇALVES, Victor E. R.; JUNIOR, José P. B. **Legislação penal especial - Esquematizado**. 7. ed. coord. por Pedro Lenza. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, *E-book*. Disponível em: [https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786555594959/epubcfi/6/2\[%3Bvnd.vst.idref%3Dcover\]/4/2/2\[1230794f-c97e-4396-cc1f-287f35a2a524\]%4050:1](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786555594959/epubcfi/6/2[%3Bvnd.vst.idref%3Dcover]/4/2/2[1230794f-c97e-4396-cc1f-287f35a2a524]%4050:1).



Acesso em: 1 jul. 2021.

HEURICH, Joyce. Pai, madrasta e outros dois réus são condenados pela morte do menino Bernardo em Três Passos. **G1 RS**, Três Passos, 15 mar. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2019/03/15/pai-e-madrasta-sao-condenados-pela-morte-do-menino-bernardo-em-tres-passos.ghtml>. Acesso em: 6 jul. 2021.

NUCCI, Guilherme de S. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: Comentado. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530992798/cfi/6/2!/4/2@0:0>. Acesso em: 5 jun. 2021.

PIERSON, Lia Cristina Campos. A violência contra a criança e o adolescente no brasil – contribuições para o debate. *In*: PIRES, Antonio C. M.; PIERSON, Lia C. C.; PIRES, Lilian R. G. M.; MALTEZ, Maria de Fátima M.; SAAD, Martha S. S. (org.). **Estudos sobre a violência contra a criança e o adolescente**. 1. ed. São Paulo: livro, 2016.

PIRES, Estêvão. 'Me senti enganado', diz juiz que manteve menino com o pai no RS. **G1 RS**, Três Passos, 30 abr. 2014. Disponível em: <http://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2014/04/me-senti-enganado-diz-juiz-que-manteve-menino-com-o-pai-no-rs.html>. Acesso em: 6 jul. 2021.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro** - Volume único. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530994136/cfi/6/2!/4/2/2@0:0.00>. Acesso em: 1 jul. 2021.

ROSSATO, Luciano A.; LÉPORE, Paulo E.; CUNHA, Rogério S. **Estatuto da criança e do adolescente - Lei n. 8.069/90**: comentado artigo por artigo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553611706/cfi/0!/4/2@100:0.00>. Acesso em: 5 jun. 2021.



DA EXPLORAÇÃO DE MULHER NO ÂMBITO DA PROSTITUIÇÃO

EXPLOITATION OF WOMEN IN THE CONTEXT OF PROSTITUTION

ANDRESSA PAULA DE ANDRADE ⁵⁷

RILLARI MONIQUE GOMES MORAES ⁵⁸

RESUMO: Esse trabalho tem como principal objetivo abordar sobre a exploração de mulheres para fins de exploração sexual, buscando entender o crime em todo território brasileiro e também em âmbito mundial. A proposta desse trabalho leva em conta toda massa documental (leis - Constituição Federal, o Código Penal, Decretos Lei e Tratados Internacionais), com base em toda pesquisa, foram levantados vários questionamentos: o que é o tráfico de pessoas?; quais são as formas de exploração sexual?; a prostituição é legalizada?; como a sociedade vê a prostituição?; a prostituição pode ser uma escolha ou vulnerabilidade?; o que pode ser feito para combater o crime de exploração sexual e quem são seus combatentes?. Assim podemos verificar que a exploração de mulheres no âmbito da prostituição é de nível mundial, atingindo todas as cores, raças, sexos e etnia, dessas pessoas traficadas se filtram mais as mulheres jovens, sendo que elas são mais vulneráveis ao discurso de outras pessoas que as iludem com empregos fáceis no exterior, com vida fácil e até mesmo com falsos amores. A metodologia utilizada nessa pesquisa foi revisão bibliográfica.

Palavras-chave: Tráfico de mulheres. Formas de exploração. Legalizada. Prostituição.

ABSTRACT: This work has as main objective to approach on the exploitation of women for the purpose of sexual exploitation, seeking to understand the crime in all Brazilian territory and also worldwide. The proposal of this work takes into account the entire documentary mass (laws - Federal Constitution, Penal Code, Decrees Law and International Treaties), based on all research, several questions were raised: what is human trafficking ?; what are the forms of sexual exploitation ?; is prostitution legalized ?; how does society view prostitution ?; can prostitution be a choice or vulnerability ?; what can be done to combat the crime of sexual exploitation and who are its combatants ?. Thus, we can verify that the exploitation of women in the scope of prostitution is world-class, reaching all colors, races, sexes and ethnicity, of these trafficked people, young women are filtered more, being that they are more vulnerable to the discourse of other people. deceive them with easy jobs abroad, with easy lives and even with false loves. The methodology used in this research was a bibliographic.

Keywords: Trafficking in women. Ways of exploration. Legalized. Prostitution.

⁵⁷ Doutoranda em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Docente da Unifatecie - Centro Universitário de Tecnologia e Ciências do Norte do Paraná e também atua como advogada no Núcleo de Prática Jurídica da referida instituição. Docente da Uningá - Centro Universitário Ingá. Mestra em Ciência Jurídica na linha de Função Política do Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Pós-graduanda em Docência no Ensino Superior pelo Centro Universitário de Maringá (UNICESUMAR) Especialista em Ciências Penais da Universidade Estadual de Maringá (UEM). Bacharela em Direito da Universidade Estadual de Maringá (UEM). Possui experiência na área do Direito, com ênfase em Direito Penal, Direito Constitucional e Direitos Humanos. Recebeu a Menção Honrosa na categoria Trabalhos Acadêmicos do 6º Prêmio AMAERJ Patrícia Acioli de Direitos Humanos no ano de 2017. Advogada. Orientadora. Endereço eletrônico: aandressaandrade@hotmail.com.

⁵⁸ Acadêmica do curso de graduação em Direito, do Centro Universitário UNIFATECIE. Orientanda. Endereço eletrônico: rilari_monique5@hotmail.com.



1 INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como objetivo contribuir com o combate ao tráfico de pessoas, mostrando quem são as vítimas mais vulneráveis, quem são os principais suspeitos e como tentar evitar. Em primeiro plano, busca-se analisar em seus diversos aspectos o que é a prostituição, se a mesma seria considerada crime e como a sociedade enxerga essa forma de trabalho, se existe algum preconceito ou descriminalização referente a esse assunto, após isso, diz um pouco sobre a evolução do crime que seria a exploração da prostituição e suas formas, se as prostitutas agem por causa de sua vulnerabilidade ou por vontade própria.

Quanto aos novos meios de informação, conexão e globalização empregados pelas organizações criminosas, sendo um crime contemporâneo, bem como sua nova tipificação no ordenamento jurídico, tal seja o artigo 149-A, do Código Penal. Para após, tratar da vítima alvo desse crime, que atinge significativo percentual na população mundial, em especial atenção aquela que é escassa de recursos insuficientes para o seu sustento, bem como desamparadas pelo Estado, analisando quais direitos constitucionais devem ser tutelados. Ainda, fala sobre o tráfico de pessoas para fins de exploração sexual, mostrando quais são seus sujeitos e os fatores que acarretam no crime do tráfico de pessoas, que é uma prática delituosa que traz todo esse interesse pelos criminosos por causa de seus grandes lucros e por ser uma forma de ganhar dinheiro fácil e rápido. Ademais, expõe quem são as mulheres que são traficadas, como as organizações criminosas operam na execução do crime, este que aciona grandes movimentações finais.

Por fim, apresenta as rotas utilizadas pelos traficantes, seus mecanismos, formas de prevenção quanto ao crime de tráfico de pessoas e o que o estado tem feito para combater esse crime ou o que ainda pode estar sendo feito para diminuir ou acabar com o comércio de pessoas para exploração sexual. O presente trabalho foi estudado e obtido com base em pesquisas realizadas em livros, revistas, artigos, sites e leis, tendo por finalidade a ampliação das informações apresentadas através de ideias já existentes sobre o tema.

2 DA PROSTITUIÇÃO



O conceito de prostituição deve ser bem explicado e entendido para que não ocorra erros ou confusões em relação a outros conceitos. Podemos dizer que existem três formas de definir o que é a prostituição, sendo elas: por meio de contrato, envolvimento de valores e com frequência. Em relação a primeira, entendemos que a prostituição é o sexo consentido, assim não havendo obrigação ou exploração com a vítima, seria algo combinado entre ambas as partes para praticarem tal ato. Na forma que envolvem valores, seria a relação sexual em troca de um objeto de valor ou até mesmo por dinheiro, como se fosse uma troca de favores. As prostitutas muitas vezes podem escolher com quem ou como vão se relacionar, tendo seu direito de escolha em troca do uso de seu corpo, além disso, muitas se relacionam por falta de convivência com outras pessoas e de terem com quem conversar, acabam utilizando esse meio para ter um parceiro por algumas horas que lhes darão carinho e companhia por certos momentos (ESTEFAM, 2021, p. 199-200).

A prostituição permitida pelo Direito é aquela que é livre, consentida, sem ameaça, constrangimento e violência. Há linha tênue entre a prostituição – permitida – e a sua exploração, se dá em virtude da retirada de liberdade da mulher que não pode escolher se deseja se prostituição, como se prostituir e quais práticas sexuais deseja praticar. Portanto, o que deve ser reprimido é a exploração sexual, vez que atinge a liberdade sexual da mulher (BRASIL, 1940).

A última forma seria um vínculo entre as partes que pode ser eventual ou contínuo com a profissional. Dessa forma, podemos observar que a prostituição em si seria um contrato com consentimento entre as partes, remunerado, com compromisso e uma certa frequência (ESTEFAM, 2016, p. 204).

3 SOCIEDADE E A PROSTITUIÇÃO

A sociedade entende que a prostituição existe devido a várias coisas, uma dessas coisas seria o desligamento em relação a família e tudo o que foi ensinado diante dela. Eles enxergam as prostitutas como vítima, as vezes como pessoas exploradas e também como pessoas infratoras. Visto que a prostituição não é considerada crime, mas sua exploração sim, se estiver tudo correto e dentro da lei, não existem motivos para proibir.

Diante disso, o Estado deve ficar atento somente quanto a exploração da prostituição para benefícios de outrem, e não sobre a atividade em si. Os meios ilegais



de prostituição seria os que não tem o consentimento da vítima ou sua aprovação, sendo essas obrigadas, ameaçadas ou castigadas a fazerem aquilo que não desejam. A vítima muitas vezes entra nesse meio por influencias, acabam se juntando com pessoas de má índole que lhes oferecem drogas e depois as cobram com o que acham justo para eles.

Assim como existem vítimas dessa profissão, também existem mulheres que entram nesse meio por escolha própria, com o desejo de viver uma vida luxuosa bancada por outras pessoas que tem condições melhores de vida, e também, por dizerem que são mulheres livres que tem o direito de fazerem o que desejam com seu próprio corpo. Muitas dessas vítimas sofrem vários tipos de violência como forma de aprendizado, para que elas saibam quem manda nelas e a quem devem obedecer, depois que entram no ramo da prostituição, podem sofrer violências em qualquer momento, os exploradores fazem isso para que elas fiquem com medo e não tentem nada contra eles.

Sendo assim, a sociedade vê a prostituição como uma profissão diferente de todas as outras, assim como veem a prostituta diferente das outras pessoas, diante disso, acabam tornando-as pessoas completamente estranhas dentro de uma sociedade (BRASIL, 2013, p. 290-294).

3.1 ESCOLHA OU VULNERABILIDADE

A prostituição torna-se mais fácil com as vítimas mais vulneráveis, pessoas com baixa escolaridade, carência socioeconômica, sonhos de ter uma vida melhor ou por conflitos familiares. Pessoas com essas características estão mais propícias a ingressar no universo da prostituição.

Algumas profissionais do sexo entendem que a prostituição é um meio fácil de conseguir ganhar dinheiro, algumas prostitutas de luxo trabalham nesse meio por gostarem e por ganharem muito bem somente para fazer companhia a pessoas que precisam delas, além dos luxos que acabam vivendo por participarem da vida delas. A desigualdade social hoje em dia é o caminho que mais leva novas vítimas para o ramo da prostituição, o desespero de algumas para sair da vida que levam as tornam mais fáceis de serem manipuladas para ter suas conquistas de um jeito fácil, assim as deixando na vista de vários manipuladores que querem obter vantagens sobre elas (RODRIGUES, 2012, p. 95-96).



As vítimas entram nessa profissão com o intuito de ter uma vida mais tranquila e mais fácil, só que muitas vezes além dos preconceitos que sofrem fora, acabam sofrendo preconceito dentro de casa por sua família, essas profissionais acabam tendo desavenças com pessoas próximas, além de sofrerem ameaças, agressões, engravidarem em um momento não oportuno e até mesmo de pegarem uma doença sexualmente transmissível. Com esse abandono, as mais novas acabando sonhando que um dia saíram do ramo da prostituição com o grande amor de suas vidas e, com sua família formada. Porém, com o passar do tempo vão percebendo que não era tão fácil como prometido á elas, assim, acabam se acostumando com a vida que levam e se tornando mais vulneráveis, diante disso, os clientes acabam tirando proveito delas (FIGUEIREDO, 2014, p. 198).

Se aproveitar de quem encontra-se vulnerável para tirar proveitos dos lucros alheios é crime, assim os clientes que querem tomar vantagens sobre as vítimas são considerados traficantes e podem sofrer penalidades (BRASIL, 1940).

4 A CRIMINALIDADE DA EXPLORAÇÃO DA PROSTITUIÇÃO

Existem vários meios e formas de praticar a violência sexual: por recrutamento, transporte, transferência, alojamento ou acolhimento de pessoas através da ameaça, uso da força, rapto, fraude, engano, abuso de autoridade ou abuso de situação de vulnerabilidade, com a finalidade de exploração sexual. Na maioria das vezes as vítimas são enganadas ou induzidas a praticarem o erro, assim não podendo seguir sua própria vontade, mas sim a vontade daquele que a induz ao que não deve ser feito. Existem também mulheres enganadoras, que gostam de tirar proveitos de outras pessoas para benefício próprio, mas por ela não ser honesta não significa que deve ser induzida ao erro ou forçada a fazer aquilo que não tem vontade.

Todas merecem respeito, assim qualquer forma de violência sexual é considerada crime. Para ser crime não precisa existir o abuso sexual, só o fato de a vítima não poder expressar sua própria opinião ou ser forçada a fazer o que não quer já é uma forma de violência sexual (BITENCOURT, 2018, p. 74-75).

4.1 FAVORECIMENTO DA PROSTITUIÇÃO OU OUTRA FORMA DE EXPLORAÇÃO SEXUAL



O favorecimento da prostituição diz mais sobre como as vítimas são tratadas do que a prática do sexo. A prostituição traz muitos perigos para quem à exerce, podendo essas pessoas sofrerem violência moral, física e várias formas de preconceito. Com a falta de recursos e entendimento, acabam tornando-se pessoas fáceis de serem manipuladas e exploradas sexualmente (SALES, 2008, p. 29-42).

Vide a redação do artigo 228 do Código Penal:

Art. 228. Induzir ou atrair alguém à prostituição ou outra forma de exploração sexual, facilitá-la, impedir ou dificultar que alguém a abandone: (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)
Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009) §
1º Se o agente é ascendente, padrasto, madrasta, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância: (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)
Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos. (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)
§ 2º - Se o crime, é cometido com emprego de violência, grave ameaça ou fraude:
Pena - reclusão, de quatro a dez anos, além da pena correspondente à violência.
§ 3º - Se o crime é cometido com o fim de lucro, aplica-se também multa (BRASIL, 1940).

O artigo 228 do Código Penal, fala sobre quem facilita ou induz alguém a entrar nesse meio de prostituição, sendo com falsas promessas ou até mesmo por meio de ameaças. Não existe prostituição obrigada ou explorada, somente existe a prostituição livre e com consentimento de quem à exerce. Essa profissão no Brasil não é considerada crime, mas sua exploração sim. Quando falamos em facilitar, queremos dizer que os criminosos deixam tudo mais acessível e com uma forma mais fácil para atraírem suas vítimas, assim concretizando o que desejam. Já a indução é quando alguém aconselha ou leva a vítima para praticar o ato indevido (BRASIL, 1940).

Prostituição e exploração sexual não tem um conceito definido, pois ambos se tratam de atos físicos. Cada pessoa tem um pensamento sobre eles, alguns bons e outros ruins, certas profissionais do sexo visualizam a prostituição com uma forma de conseguir prazeres ganhando dinheiro, assim tornando cada vez mais frequente a prática para obterem lucros de forma rápida e fácil. Outras infelizmente não tem a prática e nem querem participar dessa forma de ganhar dinheiro, sendo assim, acabam sendo obrigadas e exploradas a fazerem o que não desejam para que outras pessoas obtenham lucros por conta de sua exploração sexual (NUCCI, 2015, p. 99).

A intimidação de uma pessoa para outra certamente é para obter vantagens



sobre a vítima com ações sexuais, o ato do sexo não precisa chegar até a parte física para que ocorra o crime. Quem ameaça o outro para ter relações sexuais não tem a intenção de ter uma habitualidade dessa prática com a vítima, seria somente coisa de momento para ter o que deseja, usando assim seu meio de força ou ameaça para que a vítima se sinta coagida e faça o que o mesmo quer (BITENCOURT, 2018, p. 88).

A pena é maior se a vítima for menor de idade, sendo que por não terem plena capacidade e discernimento acabam tornando-se alvos mais fáceis de serem coagidas e obrigadas a fazerem o que os criminosos desejam, sendo atraídas por algo que desejam com o fim de gerar lucros para essas pessoas. Conforme está previsto no artigo 218-B do Código Penal:

Art. 218-B. Submeter, induzir ou atrair à prostituição ou outra forma de exploração sexual alguém menor de 18 (dezoito) anos ou que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, facilitá-la, impedir ou dificultar que a abandone: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 1º Se o crime é praticado com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 2º Incorre nas mesmas penas: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

I - quem pratica conjunção carnal ou outro ato libidinoso com alguém menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos na situação descrita no caput deste artigo; (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

II - o proprietário, o gerente ou o responsável pelo local em que se verificarem as práticas referidas no caput deste artigo. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 3º Na hipótese do inciso II do § 2º, constitui efeito obrigatório da condenação a cassação da licença de localização e de funcionamento do estabelecimento. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009) (BRASIL, 1940).

Por fim, conforme citado acima, caso a vítima for menor de 18 (dezoito) anos ou que tenha alguma enfermidade ou deficiência mental, a pena é maior, sendo que ela não tem discernimento para saber o que de fato estaria acontecendo (BRASIL, 1940).

4.2 RUFIANISMO

O rufianismo está previsto no artigo 230 do Código Penal.

Art. 230 - Tirar proveito da prostituição alheia, participando diretamente de seus lucros ou fazendo-se sustentar, no todo ou em parte, por quem a exerça:
Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

§ 1º Se a vítima é menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos ou se o crime é cometido por ascendente, padrasto, madrasta, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou por quem assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância: (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa. (Redação dada pela Lei



nº 12.015, de 2009)

§ 2º Se o crime é cometido mediante violência, grave ameaça, fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação da vontade da vítima: (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, sem prejuízo da pena correspondente à violência. (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009) (BRASIL, 1940).

O rufianismo não deveria ser considerado crime, sendo que a prostituição é lícita, não concordam que o ganho do dinheiro com a mesma seja ilícito. Sendo que outros vendedores ganham seu sustento vendendo outras coisas que também envolvem a vida sexual de outras pessoas. Ainda dizem que, deveriam ser punidas as pessoas que participam da exploração sexual por meio do uso da força, ameaças ou outras formas de convencimento da vítima, mas não os intermediadores que ganham com a prostituta que é maior de idade e tem total conhecimento do que está acontecendo. Assim, com o consentimento da profissional do sexo, os dois estariam ganhando dinheiro de forma lícita (RODRIGUES, 2012, p. 39).

Em mesmo sentido, o rufianismo como já dito acima é uma forma de explorar economicamente alguém que exerce a prostituição total ou parcialmente, mas que não deveria ser considerado crime por ter o consentimento da prostituta. Geralmente os rufiões acabam fechando uma parceria com a prostituta como se eles fossem seus sócios, assim eles participam de todos os ganhos gerados por ela e acabam tendo um certo controle sobre a vida da vítima e seus gastos. Mesmo que seja exigido habitualidade para o crime de rufianismo, não é necessário comprovar, sendo que o rufião tem parte dos lucros da prostituta (PRADO, 2021, p. 851-854).

4.3 CASA DE PROSTITUIÇÃO

Casa de prostituição seria todo local que é usado para a exploração sexual, não precisa necessariamente ter a pretensão de obter lucros para que exista o crime. Caso o local utilizado for alugado, se o proprietário não tiver ciência do que ocorre dentro do local, o mesmo não sofrerá consequências mediante essa situação. A pena para esse crime é de reclusão, de dois a cinco anos, e multa.

Esse crime está previsto no artigo 229 do Código Penal:

Art. 229. Manter, por conta própria ou de terceiro, estabelecimento em que ocorra exploração sexual, haja, ou não, intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente: (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)



Pena - reclusão, de dois a cinco anos, e multa (BRASIL, 1940).

Conforme citado acima, caso o dono do estabelecimento tenha ciência da atividade que está sendo exercida no local, ele também responderá pelo crime cometido. Entretanto, se o sujeito praticar os atos em sua residência ele não estará cometendo o crime, já que necessita que o mesmo mantenha um estabelecimento em que ocorra exploração sexual alheia e não própria, se não, estar-se-ia sendo punido o exercício da prostituição e não da exploração (PRADO, 2021. p. 850).

5 TRAFICO DE PESSOAS PARA FINS DE EXPLORAÇÃO SEXUAL

O tráfico de pessoas para fins de exploração sexual está previsto no artigo 149-A, V do Código Penal, onde diz que agenciar, aliciar, recrutar, transportar, transferir, comprar, alojar ou acolher pessoa, mediante grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso, com a finalidade de exploração sexual, tem pena de reclusão de quatro a oito anos, e multa. O artigo 231 do Código Penal fala sobre quem promove, facilita, proíbe a entrada ou saída em território nacional ou estrangeiro que vá exercer a prostituição, ainda, visa ajudar a acabar com o comércio da prostituição e também com os traficantes.

Cada lugar tem seus costumes e formas de agir, muitas vezes a prostituição afronta esses costumes e a sociedade que os seguem, mas cada pessoa tem sua liberdade sexual, assim não podendo haver a exploração da prostituição e sim o acontecimento por vontade de quem à exerce, tendo a prostituta direito de mostrar se deseja ou não realizar a pratica de certos atos. Tudo o que leva a prostituta a se relacionar sem o seu consentimento é considerado crime, seja por meios de ameaças, violência ou qualquer outra coisa que tenha por finalidade forçar a vítima a fazer aquilo que não deseja (BRASIL, 1940).

Nesse mesmo contexto, segundo o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional relativo à Prevenção, Repressão e Punição ao Tráfico de pessoas, em especial de Mulheres e Crianças, o conceito de tráfico de pessoas:

A expressão "tráfico de pessoas" significa o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra para fins de exploração. A exploração incluirá, no mínimo, a exploração da prostituição de



outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, escravatura ou práticas similares à escravatura, a servidão ou a remoção de órgãos (OIT, 1998).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seus artigos proclama:

Artigo 1.º

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.

Artigo 2.º

Todos os seres humanos podem invocar os direitos e as liberdades proclamados na presente Declaração, sem distinção alguma, nomeadamente de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou outra, origem nacional ou social, fortuna, nascimento ou outro estatuto.

Além disso, não será feita nenhuma distinção fundada no estatuto político, jurídico ou internacional do país ou do território da naturalidade da pessoa, seja esse país ou território independente, sob tutela, autónomo ou sujeito a alguma limitação de soberania.

Artigo 3.º

Todas as pessoas têm direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.

Artigo 4.º

Ninguém pode ser mantido em escravidão ou em servidão; a escravatura e o comércio de escravos, sob qualquer forma, são proibidos.

De acordo com o texto feito pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, não haverá nenhuma possibilidade em que os direitos referentes ao homem sejam desrespeitados, sendo a todos garantidos com equidade.

Este crime vem criando aparecendo gradativamente entre a sociedade, a imagem do tráfico de pessoas vem sido protagonizada em mídia brasileira, em novelas globais expondo a triste realidade de quem foi vítima do comércio humano (OIT, 1998).

5.1 SUJEITO ATIVO

O tráfico de pessoas é considerado crime comum, assim, podendo ser praticado por qualquer pessoa. No entanto, o sujeito ativo denominado como traficante possui um perfil específico, visto sua predominância no crime. Desta forma a maioria dos aliciadores são homens, mas também podem ser mulheres, geralmente são pessoas mais velhas ou até mesmo parentes próximos das vítimas. Sendo assim, acabam ofertando mais confiança na hora de persuadir a vítima a aceitar as propostas realizadas pelos traficantes. Porém, se o traficante for ascendente da vítima, a pena



será aumentada da metade.

Art. 231. Promover ou facilitar a entrada, no território nacional, de alguém que nele venha a exercer a prostituição ou outra forma de exploração sexual, ou a saída de alguém que vá exercê-la no estrangeiro. (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 2º A pena é aumentada da metade se:

III - se o agente é ascendente, padrasto, madrastra, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância (BRASIL, 1990).

Diante disso, não pode ajudar uma pessoa sabendo que seu objetivo é entrar ou sair do território nacional para exercer a prostituição ou outra forma de exploração sexual. Principalmente se for ascendente de quem deseja praticar tal ato, pois a pena será aumentada da metade (BRASIL, 1990).

5.2 SUJEITO PASSIVO

No que diz ao sujeito passivo, trata-se igual o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, sendo homens, mulheres e crianças. Entretanto, mulheres com idades entre 15 (quinze) a 30 (trinta) anos, classe baixa, menor escolaridade, habitantes de periferias, vivendo sem o mínimo digno de vida, são mais comuns nesse meio. Sendo assim, com esperança de uma vida melhor, acabam sendo alvos fáceis para o mundo do tráfico de pessoas e acabam aceitando propostas enganosas ofertadas pelos traficantes que operam usando de sua fragilidade. Os traficantes acabam se passando por donos de bares, agências de moda e turismo, casas de show, hotéis e apresentam ofertas tentadoras que acabam chamando a atenção pela condição de trabalho e sua remuneração. Assim as vítimas acabam aceitando o trabalho, pensando ser uma ótima oportunidade de ter uma vida melhor.

Porém, ao chegarem onde achavam ser seu novo emprego, percebem que é totalmente diferente com o que lhe foi prometido, diante disso, percebendo que caíram em um golpe e infelizmente já seria tarde demais para poder voltar atrás. Tendo então os seus documentos retidos, são espancadas e acabam sofrendo ameaças tanto para si como para seus familiares de uma forma que ficam intimidadas quanto as ameaças serem cumpridas, assim sendo obrigadas a fazerem tudo o que os traficantes desejam. Acabam ficando expostas a contraírem alguma doença e até mesmo problemas psicológicos devido ao estresse (RODRIGUES, 2012, p. 100-103).



6 PRINCIPAS FATORES QUE ACARRETAM NO CRIME DE TRÁFICO DE PESSOAS

Acerca dos fatores que influenciam o tráfico pessoas, existem seis que seriam as principais causas, fatores esses que com suas resoluções ajudariam a diminuir ou até mesmo acabar com o tráfico de pessoas para exploração sexual, sendo elas:

6.1 GLOBALIZAÇÃO

O crime, assim como outros casos, tem apresentado um processo de globalização, de acordo que apresenta pontos positivos e negativos. Atualmente, por razão da globalização, com o progresso da tecnologia, têm-se tornado mais fácil a transição de capitais, informações, bem como de pessoas.

Assim, o mundo globalizado encara uma recente ameaça, tendo em vista que as organizações criminosas não possuem mais obstáculos territoriais que dificultam no cometimento do crime do tráfico de pessoas.

Esta, é possivelmente, a maior desvantagem que a globalização trouxe consigo, pois preparou os traficantes para a comercialização de pessoas e serviços entre vários países valendo-se dos avanços tecnológicos (OIT, 1998, p. 14-16).

6.2 POBREZA

Na atualidade, as pessoas mais afetadas pela calamidade da pobreza, correspondem as mulheres, que segundo pesquisas possuem o maior número de mortes por fome.

Assim como a globalização, a pobreza é outro fator que leva a vítima a ser traficada, razão pela qual ela busca um meio de satisfazer as suas necessidades básicas.

Por fim, acaba buscando uma melhoria de vida tanto para si como para seus familiares, tornando-se alvos fáceis para os aliciadores (OIT, 1998, p. 14-16).

6.3 FALTA DE OPORTUNIDADE DE EMPREGO

Igualmente a pobreza, a falta de meios para assegurar a sua subsistência em



curto e longo prazo faz com que as vítimas se direcionem aos traficantes, tendo em vista que recebem oportunidades de emprego para ganharem salários bons e mudarem de vida fora do país.

Diante disso, elas acabam aceitando as oportunidades por ser uma forma de ganharem dinheiro de forma rápida e fácil, assim elas caem nas mãos dos traficantes que estão procurando novas vítimas.

Este fator é um dos principais, tendo em vista que a demanda de emprego é muito inferior em relação a sua procura. Logo, o tráfico de pessoas torna-se um meio perfeito para a pessoa desempregada em busca de uma melhor condição social (OIT, 1998, p. 14-16).

6.4 DISCRIMINAÇÃO DE GÊNERO

A mulher vista como objeto sexual, e não como uma cidadã de direitos, principalmente a liberdade, favorece qualquer forma de violência sexual.

A percepção do homem no topo hierárquico visa tanto mulheres, crianças e adolescentes como suas submissas, assim achando que podem ser superiores e terem o comando de determinadas situações.

Portanto, acabam sendo incentivadas a desempenhar o papel de satisfazer os desejos e necessidades do homem. Diante disso, saem de casa em busca de uma vida melhor (OIT, 1998, p. 14-16).

6.5 VIOLÊNCIA NO ÂMBITO DOMÉSTICO

A violência dentro do âmbito familiar podendo ser ela tanto física, psicológica ou sexual, faz com que o ambiente torna-se inapropriado para a moradia, tendo que em vista que torna-se um ambiente insuportável de viver.

Assim, fazendo com que a vítima seja obrigada a ir para rua ou para uma moradia inconveniente para sua destinação e recomeçar uma nova vida, assim, tornando-se um alvo mais fácil por estar começando do zero e por muita das vezes estar carente de afeto familiar (OIT, 1998, p. 14-16).

6.6 LEIS DEFICITÁRIAS



Uma das causas relevantes em relação ao crescimento do crime de tráfico de pessoas é a desatualização e inadequação das leis vigentes em relação ao tipo penal.

Tendo em vista que não acompanham a evolução do crime e faz com que os traficantes se sintam confortáveis e impunes para cometer várias e várias vezes o mesmo delito, sendo que não serão punidos corretamente ou que ficarão pouco tempo respondendo pelo crime.

Assim, se as leis acompanhassem a mesma proporção e evolução dos crimes, a maior parte desses delitos diminuiriam, tendo em vista o receio que os criminosos teriam por terem que cumprir uma pena maior e mais severa (OIT, 1998, p. 14-16).

7 QUEM SÃO AS MULHERES TRAFICADAS, DE ONDE VÊM E PARA ONDE VÃO

O tráfico de pessoas ocorre com muita frequência porque é considerado um dos crimes mais lucrativos do mundo, as pessoas traficadas podem ser homens, mulher ou crianças, mas na maioria das vezes, os índices de mulheres só vêm aumentando. O tráfico de pessoas vem de várias ocasiões, como, desavenças familiares e desigualdade social. A maioria das vítimas geralmente estão tristes, assim acabam ficando vulneráveis e tornando-se vulneráveis na visão dos traficantes, diante disso, eles acabam oferecendo um mundo completamente diferente do que elas vivem, fazendo várias promessas de um mundo melhor, as vítimas acabam caindo na lãbia desses indivíduos que as colocam nesse meio sem o seu consentimento. Muitas vezes esses traficantes estão próximos das vítimas, sendo eles algum parente ou até um amigo próximo, tornando mais fácil de convencer a vítima a fazer o que eles desejam.

Após conseguirem convencer as vítimas que existe uma vida melhor do que a que elas estão vivendo e as colocarem no mundo da prostituição, eles a obrigam a trabalharem no que for mais lucrativo para eles, as prendem, obrigam elas a se drogarem, só assim elas acabam percebendo que tudo o que as foram prometidos não se passava de mentiras (BRASIL, 2013, p. 257-259).

Um exemplo seria um caso real e recente que ocorreu no ano de 2020, onde três brasileiras receberam uma bolsa de estudos para um curso de inglês que duraria algumas semanas, pouco depois de começar o curso de inglês na cidade de Manchester, foram convidadas a irem conhecer a pessoa que conseguiu o curso totalmente gratuito em Londres, tiveram que assinar um contrato que não poderiam



retornar ao Brasil e que também teriam que vender seus corpos para mais de 15 pessoas por dia para conseguirem pagar a dívida que tinham com os traficantes, dívida essa que elas nem sabiam que tinham porque achavam que haviam ganhado a viagem. Todos os meios de comunicação delas foram cortados, até no curso de inglês elas eram obrigadas a irem acompanhadas e, após um tempo, foram cortadas de frequentar o curso para continuarem sendo exploradas sexualmente. Única coisa que importava para os traficantes eram os lucros gerados por elas (G1, 2020).

8 PRINCIPAIS ROTAS DOS CRIMES

As rotas são determinadas com base na facilidade de deslocamento e acesso do local, por isso as organizações criminosas buscam locais próximos de rodovias, portos ou aeroportos, apresentando como característica a dinamicidade, tendo em vista que se alteram com grande facilidade, a fim de que não seja combatido pelas autoridades policiais. (OIT, 1998, p. 43-49).

Pesquisas apontam que as rotas do tráfico internacional de pessoas seguem o caminho da imigração e possuem países de origem, países de trânsito e países de destino. (OIT, 1998, p. 43-49).

Logo, os países de origem são aqueles em que apresentam maior sociedade exposta a vulnerabilidade, assim sendo, aqueles que apresentam elevado número de classe com escolaridade baixa, desigualdade social, alto desemprego, além da falta de um bom atendimento relacionado à saúde e a educação (OIT, 1998, p. 43-49).

Por outro lado, os países denominados de trânsito são aqueles que oferecem menor risco na fronteira, ou seja, precários na fiscalização. (OIT, 1998, p. 43-49).

E por fim, os países destino, são aqueles mais desenvolvidos, com melhores e maiores ofertas de emprego, atraindo mais pessoas em busca de uma vida melhor.

Portanto, as principais rotas utilizadas são a da União Europeia, tendo em vista a abertura de suas fronteiras que permite a atuação dos traficantes no país. Deste modo, verifica-se que a União Europeia possui interligadas as rotas asiáticas, rotas dos países do leste europeu, rotas dos países da América do Sul e rotas africanas. (OIT, 1998, p. 43-49).

As rotas dos países do leste europeu ocorrem com grande incidência por vias aéreas, principalmente pelo aeroporto de Frankfurt na Alemanha, seguindo para outros países da Europa. (OIT, 1998, p. 43-49).



O leste europeu também apresenta imenso fluxo utilizado pelos traficantes em relação aos países da Eslovênia, Polônia, Ucrânia, Bielorrússia, República da Moldávia e República Tcheca. (OIT, 1998, p. 43-49).

Em relação a América do Sul, o tráfico ocorre em seu maior número por vias aéreas com destinação aos países europeus, sendo eles França, Itália e Holanda.

Já as rotas africanas, operam-se com maior periodicidade as vias terrestres, sendo elas da Nigéria, Mali e Argélia, tendo como destino ao Marrocos e por fim, Espanha. (OIT, 1998, p. 43-49).

Ademais, outra rota utilizada pelos traficantes ocorre da África para Ásia, sendo que as pessoas traficadas são utilizadas para o trabalho doméstico, sendo levadas da África Central e Ocidental para o Oriente e países pertencentes ao Golfo. (OIT, 1998, p. 43-49).

No que tange as rotas no Brasil, frequentemente, as rotas saem do interior dos Estados em direção aos maiores centros urbanos e para estados que fazem fronteira internacional, sendo eles Bacabal (MA), Belém (PA), Boa Vista (RR), Uberlândia (MG), Garanhuns (PE), Petrolina (PE), Rio de Janeiro (RJ), São Paulo (SP) e Foz do Iguaçu (PR) (OIT, 1998, p. 43-49).

9 PREVENÇÕES CONTRA O TRÁFICO DE PESSOAS

O crime de tráfico de pessoas é incorporado ao ambiente contemporâneo, sendo denominado como “escravidão moderna”, assim caracterizado como um crime transnacional, de grande produção de renda e de grande ampliação pelo mundo. Além disso, o tráfico de pessoas agride um essencial princípio constitucional dignidade e desrespeita os direitos humanos, onde as vítimas são submetidas à vários tipos de exploração. (UNODC, 1999).

Tal crime é assegurado por diversos documentos universais sendo eles, como a Carta das Nações Unidas, a Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH), o Protocolo Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças, além da instituição do Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crimes. (UNODC, 1999).

Sendo que esses documentos foram criados para assegurar os direitos humanos a todas as pessoas, sem distinção de raça, sexo, língua ou gênero (UNODC, 1999).



Desse modo para que não ocorra o crime, devem ser ofertados e propagados métodos de prevenção do crime. Neste contexto, o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional relativo à Prevenção, Repressão e Punição ao Tráfico de pessoas, em especial de Mulheres e Crianças, em seu artigo 9º, pronuncia sobre a prevenção:

Artigo 9

Prevenção do tráfico de pessoas

1. Os Estados Partes estabelecerão políticas abrangentes, programas e outras medidas para:
 - a) Prevenir e combater o tráfico de pessoas; e
 - b) Proteger as vítimas de tráfico de pessoas, especialmente as mulheres e as crianças, de nova vitimação.
2. Os Estados Partes envidarão esforços para tomarem medidas tais como pesquisas, campanhas de informação e de difusão através dos órgãos de comunicação, bem como iniciativas sociais e econômicas de forma a prevenir e combater o tráfico de pessoas.
3. As políticas, programas e outras medidas estabelecidas em conformidade com o presente Artigo incluirão, se necessário, a cooperação com organizações não-governamentais, outras organizações relevantes e outros elementos da sociedade civil.
4. Os Estados Partes tomarão ou reforçarão as medidas, inclusive mediante a cooperação bilateral ou multilateral, para reduzir os fatores como a pobreza, o subdesenvolvimento e a desigualdade de oportunidades que tornam as pessoas, especialmente as mulheres e as crianças, vulneráveis ao tráfico.
5. Os Estados Partes adotarão ou reforçarão as medidas legislativas ou outras, tais como medidas educacionais, sociais ou culturais, inclusive mediante a cooperação bilateral ou multilateral, a fim de desencorajar a procura que fomenta todo o tipo de exploração de pessoas, especialmente de mulheres e crianças, conducentes ao tráfico (BRASIL, 2004).

9.1 MAIOR AMPARO PELO ESTADO

Como já tratado anteriormente, a falta de emprego, de meios atuantes para a própria subsistência, escolaridade baixa, de poucos recursos relacionados a educação, saúde, segurança, saneamento básico, ou seja, requisitos mínimos de vida, fazem com que as vítimas procurem uma melhor forma de vida, e dessa forma são alvos vulneráveis do tráfico de pessoas.

Neste entendimento, assevera a Constituição Federal em seu artigo 5º, que:

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;

Logo, conforme acima mencionado, à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade são direitos inerentes aos cidadãos, e dessa forma, o Estado é a principal fonte para que tais direitos sejam ofertados.

Portanto, se o Estado ofertar mais empregos, aplicar mais recursos em relação à



educação, saúde, e segurança, as vítimas não precisarão ir em buscas de novas formas e meios de subsistências, assim, não serão alvos fáceis do tráfico de pessoas para quaisquer tipos de exploração (BRASIL, 1988).

10 CONCLUSÃO

Fica evidente a evolução do crime de tráfico de pessoas com o passar do tempo, a história mostra um constante dialeto com a contemporaneidade, pois ao longo do tempo surgiram novos métodos e formas de execução do crime, mas nada que perdesse a real característica do passado.

Uma das características mais relevantes acerca do processo de evolução foi o fato da caracterização do crime ter se desvinculado da exploração sexual apenas, que hoje o crime permite outras finalidades.

É notório que o crime de tráfico de pessoas é um dos que mais movimentam atividades financeiras, visto que as organizações criminosas lucram exorbitantemente com tráfico humano e consideram algo fácil e rápido para obterem lucros. Com esses dados é possível enxergar a dimensão desse delito e a quantidade de vítimas que não são tuteladas pelos direitos humanos, umas das principais causas deste crime, visto que as vítimas geralmente são aquelas que estão em busca de uma nova, ou melhor forma de vida e assim são levadas em direção aos traficantes por desconhecidos ou até mesmo por pessoas que sempre participaram de suas vidas, assim facilitando mais por saberem de cada passo que a vítima estaria dando e pensamentos futuros para ter essa vida melhor.

Resta claro que para que haja uma diminuição no índice do crime não é apenas obrigação do Estado e Organizações em criar métodos de prevenção, é também necessário a conscientização da sociedade que deve denunciar qualquer suspeita de anúncios fáceis para ganharem dinheiro ou até mesmo para estudarem fora, sendo avisadas e orientadas a não confiarem em ninguém que tenha atitudes incomuns e as ofereçam um método fácil para ter uma vida melhor. Assim, cidadãos cientes e aludidos acerca dos perigos que podem conter uma proposta irrecusável para mudar de cidade, estado e até mesmo de país, são formas para que as pessoas não se deixem levar a erro e conseqüentemente, ao tráfico de pessoas para serem exploradas sexualmente.

Logo, a criação de protocolos, pactos, convenções, planos nacionais e internacionais são medidas que vêm apresentando resultados positivos, colocando o Brasil na posição de um verdadeiro aliado internacional no combate ao tráfico de pessoas.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Editora Saraiva, 2018. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553616985/cfi/118!4/2@100:0.00>. Acesso em: 20 de jun. de 2021.

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



BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 15 jul. 2021.

BRASIL. **Decreto-lei nº 5.017, de 12 de março de 2004.** Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5017.htm.

BRASIL. **Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009.** Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1 da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e revoga a Lei no 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores. Brasília, DF: Presidência da República, 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm. Acesso em: 13 jul. 2021.

BRASIL. **Ministério da Justiça.** Secretaria Nacional de Justiça. Tráfico de pessoas: uma abordagem para os direitos humanos. Brasília, DF: Ministério da Justiça, 2013. E-book. Disponível em: [file:///C:/Users/USUARIO/Downloads/cartilha traficodepessoas uma abordagem direitos humanos %20\(9\).pdf](file:///C:/Users/USUARIO/Downloads/cartilha%20traficodepessoas%20uma%20abordagem%20direitos%20humanos%20(9).pdf). Acesso em: 1 de jul. de 2021.

ESTEFAM, Andre. **Homossexualidade, prostituição e estupro: um estudo à luz da dignidade humana.** Editora Saraiva, 2016. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547210571/cfi/3!/4/4@0.00:58.9>. Acesso em: 06 de jun. 2021.

FIGUEIREDO, Regina e PEIXOTO, Marcelo. **Profissionais do sexo e vulnerabilidade.** Disponível em: <http://nepaids.vitis.uspnet.usp.br/wp-content/uploads/2010/04/artigo-Prostituicao-publicado.pdf>.

G1, Forçadas a fazer '15 a 20 programas por dia', brasileiras são resgatadas de rede de exploração em Londres. In: Globo.com. Rio de Janeiro, 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2021/08/31/forcadas-a-fazer-15-a-20-programas-por-dia-brasileiras-sao-resgatadas-de-rede-de-exploracao-em-londres.ghtml>. Acesso em: 06 de set. de 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais.** Editora Forense, 2015. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-6296-8/cfi/6/10/4@0.0>. Acesso em: 13 de jun. de 2021.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **Declaração da OIT sobre Tráfico de Pessoas para fins de exploração sexual.** Genebra: OIT, 1998. Assinada em 2006. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/publication/wcms_233892.pdf. Acesso em: 17 de agosto de 2021.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **Declaração da OIT sobre**
Anais Eletrônico III CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS E NOVOS PARADIGMAS 304
UniFatecie – Centro Universitário Fatecie



os princípios e Direitos Fundamentais no trabalho. Genebra: OIT, 1998. Assinada em 2012. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/publication/wcms_234390.pdf. Acesso em: 20 de agosto de 2021.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro.** Editora Forense, ed. 19, 2021. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788530994136/epubcfi/6/148f%3Bvnd.vst.idref%3Dpart02chapter22!/4/204/2/4>. Acesso em: 06 de set. de 2021.

RODRIGUES, Thaís de Camargo. **O tráfico internacional de pessoas para fim de exploração sexual e a questão do consentimento.** Universidade de São Paulo, 2012. Disponível em: [file:///C:/Users/USUARIO/Downloads/Thais_de_Camargo_Rodrigues%20-%20O%20tr%C3%A1fico%20internacional%20de%20pessoas%20para%20fim%20de%20explora%C3%A7%C3%A3o%20sexual%20e%20a%20quest%C3%A3o%20do%20conseintimento%20-%20disserta%C3%A7%C3%A3o%20usp%20\(3\).pdf](file:///C:/Users/USUARIO/Downloads/Thais_de_Camargo_Rodrigues%20-%20O%20tr%C3%A1fico%20internacional%20de%20pessoas%20para%20fim%20de%20explora%C3%A7%C3%A3o%20sexual%20e%20a%20quest%C3%A3o%20do%20conseintimento%20-%20disserta%C3%A7%C3%A3o%20usp%20(3).pdf). Acesso em: 08 de jun. de 2021.

RODRIGUES, Thaís de Camargo. **Tráfico Internacional de pessoas para exploração sexual.** Editora Saraiva, ano 2012. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502190429/cfi/39!/4/4@0.00:0.00>. Acesso em: 21 de jun. de 2021.

SALES, Lilia Maria de Moraes; ALENCAR, Emanuela Cardoso Onofre. Tráfico de seres humanos, migração, contrabando de migrantes, turismo sexual e prostituição - algumas diferenciações. **NEJ.** V. 13, n. 1, p. 29-42, 2008. Acesso em : 20 de jun. de 2021.

UNODC, protocolo contra o tráfico de Seres Humanos, 1999. Disponível em: <https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/trafico-de-pessoas/index.html>. Acesso em 05 de agosto de 2021.



DA FUNÇÃO SOCIOAMBIENTAL DA PROPRIEDADE PRIVADA

ZEVERICOSKI, Gabriel Armando⁵⁹

TIZZO, Luis Gustavo Liberato⁶⁰

RESUMO: Este trabalho visa apresentar os aspectos relacionados à função socioambiental da propriedade privada, desta forma pretendendo mostrar a evolução de princípios e direitos ambientais presente na propriedade privada, que tem seu próprio conteúdo, função que está autoriza limitações ambientais, onde o proprietário tem dever adequar as funções sociais e ambientais em seu espaço privado, seja ele urbano ou rural, a partir da percepção que os recursos naturais são finitos e que não preservados seja na área pública ou privada, poderão colocar em risco o futuro da humanidade, como de consequência apresento também nesse trabalho harmonia entre sustentabilidade de recursos naturais e a economia onde ambas podem também andar lado a lado para manterem um equilíbrio, com a fiscalização do estado com normas que trazem direito e deveres da sociedade sobre a propriedade e sustentabilidade urbana, desde dos primórdios a propriedade privada para alguns é o bem mais importante, onde o através de uma evolução humana vislumbraram a importância de uma fiscalização mais abrangente do estado sobre a propriedade, onde colocaram que a sustentabilidade não é só responsabilidade do estado, mas sim de toda sociedade, trazendo leis para ter um caráter coercitivo onde o estado pudesse intervir caso houvesse algum descumprimento por parte de alguém seja pessoa física ou jurídica, colocando como norma constitutiva vislumbrando um desenvolvimento mais sustentável harmônico e trazendo mais qualidade de vida para as futuras gerações onde elas possam ter uma qualidade de vida digna e ter também direito e deveres sobre a propriedade e a o meio ambiente, seja ele público ou privado.

PALAVRAS-CHAVE: Função Socioambiental; Propriedade Privada; Direito Ambiental.

ABSTRACT: This paper aims to present the aspects related to the social and environmental function of private property, thus intending to show the evolution of principles and environmental rights present in private property, which has its own content, a function that authorizes environmental limitations, where the owner has to adapt the social and environmental functions in his private space, whether urban or rural, from the perception that natural resources are finite and that not preserved whether in the public or private area, could endanger the future of humanity, as a consequence I also present in this work harmony between sustainability of natural resources and the economy where both can also walk side by side to maintain a balance, with the supervision of the state with rules that bring rights and duties of society on the property and urban sustainability, since the beginning of time, private property for some is the most important asset, where through human evolution they glimpsed the importance of a more comprehensive supervision of the state on the property, where they put that sustainability is not only the responsibility of the state, but of the whole society, bringing laws to have a coercive character where the state could intervene if there was some noncompliance by someone, whether an individual or legal entity, putting as a constitutive standard aiming at a more harmonious sustainable development and bringing more quality of life for future generations where they can have decent quality of life and also have rights and duties on the property and the environment, whether public or private.

KEYWORDS OU PALAVRAS-CLAVE: Social and Environmental Function; Private Property; Environmental law.

⁵⁹ Acadêmico de Direito na Unifatecie. Email: armandogabriel715@gmail.com

⁶⁰ Professor do Curso de Direito da UniFatecie. Aluno especial do Doutorado em Direito da Universidade Estadual de Londrina. Mestre em Direito pela UniCesumar. Especialista em Direito Constitucional (IDCC), em História dos Movimentos e das Revoluções Sociais (UEM) e em Docência do Ensino Superior (Faculdade São Braz). Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Advogado. Email: luis.tizzo@fatecie.edu.br



1 INTRODUÇÃO

A natureza é um bem comum. Mas o que é natural, pode ter um preço? Sim e não, e até mesmo um “depende” cabem na resposta desse questionamento, de acordo com a perspectiva. No estudo apresentado, sim. Parte-se do pressuposto em que tudo tem um preço, do ponto de vista global, onde o regime capitalista é predominante na economia, e que a economia rege âmbitos políticos, culturais, sociais e, até mesmo, ambientais. Essa linha de raciocínio corrobora com o que Martins (1986) aponta, ao dizer que a terra tem um preço. Validando esse preço, pode-se perguntar os custos embutidos, os elos, ligações, ou as esferas que essa precificação acopla, como o que apresenta Elington (1999), onde expõe que para ser sustentável, é necessário que os âmbitos econômico-social-ambiental estejam em equilíbrio.

O princípio da função socioambiental da propriedade é o fundamento constitucional para a imposição coativa ao proprietário do exercício de seu direito em consonância com as diretrizes de proteção do meio ambiente e de interesse social. Novas concepções de Direito de Propriedade direcionadas mais às finalidades sociais, tanto pelo aumento populacional dos últimos tempos como pela conscientização do direito fundamental de dignidade do homem, afastando-se assim o rigoroso individualismo que imperava sobre a propriedade privada, surgem restrições de ordem urbanística, enfatizando-se os instrumentos de política urbana inseridos no Estatuto da Cidade, eis que a propriedade e seu uso são limitados, bem como implicações no Direito Urbanístico e no Direito Ambiental.

A criação de uma nova estrutura urbana e a intervenção do Poder Público na propriedade privada objetivam que a mesma cumpra sua função social e ambiental. Percebe-se, assim, que, cada vez mais, o Direito de Propriedade perde seu caráter absoluto. A propriedade privada é um foco de conflito de interesses. Hoje se exige que atenda a sua função socioambiental, preservando a ordem de funcionamento prescrita pela sociedade sedenta de melhorias urbanas, com as condições mínimas de sobrevivência digna, que é uma garantia constitucional. Códigos Civis de diversos países, como no francês, e que ainda vige, como sendo um direito absoluto, podendo o proprietário gozar e dispor dos bens da maneira que quiser, porém não fazendo uso proibido por lei ou regulamento.

Esta ideia parte do pressuposto de que ser dono, ser proprietário, é fazer com



seus bens o que melhor lhe aprouver, abstraindo-se a possibilidade de que terceiros interfiram. Mas na atualidade, percebe-se, pelas novas concepções de Direito de Propriedade, que as mesmas estão direcionadas mais às finalidades sociais, tanto pelo aumento populacional dos últimos tempos como pela conscientização do direito fundamental de dignidade do homem, afastando-se, assim, o rigoroso individualismo que imperava sobre a propriedade privada, porém, no contexto social atual, a propriedade não é ilimitada, deve atender a uma função social em prol do bem comum.

A propriedade, dessa forma, não é absoluta, deve atender aos interesses sociais. A própria CF de 1988, Lei Maior, garante o direito de propriedade no art. 5º, inc. XXII, mas limita a propriedade privada no inc. XXIII do mesmo artigo exigindo que cumpra a sua função social. Mas a propriedade deve realizar mais que apenas a função social a como a propriedade pode e deve cumprir o seu papel socioambiental, e, assim garantir a sustentabilidade do meio urbano em benefício da proteção ambiental. E, assim, a propriedade deve cumprir o seu papel social e ambiental, havendo a possibilidade de ser penalizada por instrumentos públicos de controle e promoção da função socioambiental.

De acordo com premissas apresentadas, pergunta-se, são legítimas, do ponto de vista jurídico, as funções socioambientais da propriedade privada? Autores trouxeram essa discussão à tona e diferentes correntes buscam explicar esse legado na perspectiva acadêmica, inclusive respaldadas legalmente.

Está é uma pesquisa qualitativa, na qual, segundo Godoy (1995, p. 21), o “fenômeno pode ser melhor compreendido no contexto em que ocorre e do qual é parte, devendo ser analisado numa perspectiva integrada”. Além disso, a mesma autora (p.22) propõe que a pesquisa pode partir de “questões amplas que vão se aclarando no decorrer da investigação”.

A estratégia de pesquisa é documental, no que se refere às leis e estudos que abrangem o tema, e que servirão de base para o tipo de pesquisa, teórica, que será apresentado. A pesquisa documental contempla também o “O exame de materiais de natureza diversa, que ainda não receberam um tratamento analítico, ou que podem ser reexaminados, buscando-se novas e/ ou interpretações complementares” (GODOY, 1995, p.22).

Para tal, apresenta-se uma revisão bibliográfica que abrange os conceitos alicerçados no entendimento de propriedade privada, tão como sua natureza jurídica, e sua importância enquanto direito fundamental. A função social da propriedade



antecede a apresentação da função socioambiental da propriedade, dentro do direito ambiental, e finalmente o cumprimento da função sócio ambiental da propriedade privada e as consequências pela inobservância mesma.

2 PROPRIEDADE PRIVADA

O sistema econômico mundial capitalista é resultado de um longo processo da sociedade. Nesse sistema é comum a busca desenfreada de bens e posses, a ideologia é a da prosperidade; o poder, no capitalismo, é o dinheiro (Marx, 2013). Mas nem sempre foi assim. Nessa sessão pretende-se elucidar como chegamos onde estamos no que tange a propriedade privada, baseada em indagações acadêmicas e particulares.

Trevizam (2016) coloca que a propriedade é meio destinado a fins exclusivos e determinados. Seja para a conjunto ou o indivíduo, a riqueza possuiu uma função e nas mãos do homem tornam-se o combustível de suas aspirações. Assim, a propriedade privada é aquela considerada como direito do homem de retirar do objeto toda a proveito econômico possível e lícita, inclusive, com a faculdade de defender e excluir outros indivíduos de usar ou tirar proveito do bem.

Houverem tempos em que a força bruta, exércitos poderosos ou famílias fortes (em nome ou influencia) pautavam a reputação econômica de um povo. Nesse sentido, famílias, povos, comunidades foram se formando em busca de proteção e subsistência, e para tal, muitas vezes, davam em troca tudo que lhes pertenciam, que na maioria das vezes eram suas terras e seu trabalho braçal (VOVELLE, 1989). Hubermam, aponta que:

(...) no período feudal, a terra produzia praticamente todas as mercadorias de que se necessitava e, assim, a terra e apenas a terra era chave da fortuna de um homem. A medida de riqueza era determinada por um único fator – a quantidade de terra. Esta era, portanto, disputada continuamente, não sendo por isso de surpreender que o período feudal tenha sido um período de guerras. (HUBERMAM, 2011, p.10)

No decorrer da história houveram muitas revoluções que visaram a reavaliação do poder em vigor, seja ele econômico, social, religioso. Mas se tratando da propriedade privada, a Revolução Francesa datada entre 1789 e 1799 foi um marco de grande importância, pois questionou o absolutismo de Luis XVI. Baseados no iluminismo, alavancados pela miséria que rondava a França, os revolucionários



valeram-se da Queda da Bastilha e iniciaram um processo de busca por qualquer direito de posse, pois, tendo em vista que não tinham nada, qualquer aquisição seria empoderadora (DA ALMEIDA, 2006).

Então Napoleão Bonaparte organizou um golpe, que resultou no Código Civil Francês, também conhecido como Código de Napoleão que impõe restrições ao direito de propriedade, e estabelece que o exercício deste direito fundamental tem como base às limitações regulamentares, tratado em seu artigo 544, que diz que “a propriedade é o direito de fruir e dispor das coisas da maneira mais absoluta, contanto que não se faça dela um uso proibido pelas leis ou pelos regulamentos”.

Assim, propriedade privada é um bem imóvel sob o qual há direitos e deveres para serem gozados. Nesse sentido, o dicionário, conceitua propriedade, no âmbito jurídico, como “domínio exclusivo sobre uma coisa, com direito de usá-la ou consumi-la e reavê-la de quem injustamente dela se aproprie”. Assim, torna-se pessoal, individual, ou privada, uma propriedade na qual haja total domínio sobre esta.

Harvey (2013) elucida que

a propriedade privada estabelece o direito de posse exclusiva de uma coisa ou processo, quer seja usado ativamente ou não. (...) Os direitos de propriedade privada conferem o direito de vender (alienar) aquilo que se possui. (HARVEY, 2013, p. 16 – 17)

Hobbes (1979, p. 77), diz que não existe propriedade privada no estado de natureza: “consequência da mesma condição é que não há propriedade, nem domínio, nem distinção entre o meu e o teu; só pertence a cada um aquilo que ele é capaz de conseguir, e apenas enquanto for capaz de conservá-lo”.

Esses dois autores, Harvey (2013) e Hobbes (1979), são um exemplo clássico da divergência de pensamento quando se trata de correntes ideológicas que pautam bandeiras sociais que alimentam pensamentos políticos, religiosos e até mesmo culturais. Enquanto o primeiro diz “é meu e eu faço o que eu quiser”, o segundo diz “tudo é de todo mundo, mas só tem direito quem cuida com carinho”. No próximo tópico, serão abordados o conceito e a natureza jurídica da propriedade privada, e também a propriedade enquanto direito fundamental.

2.1 CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA DE PROPRIEDADE

A propriedade privada tomou configuração a partir da propriedade pública, cuja difusão se dava pela assimilação pelos privados através de três formas fundamentais, quais sejam, a usucapião, as cartas de sesmarias e a posse sobre



terras devolutas. No Brasil, o direito de propriedade figura em todas as Constituições. E já em 1934, a Constituição que consagrou o Estado social brasileiro proporcionou pela primeira vez na história um título sob a marca da ordem econômica e social (ANDRADE, 2019).

De acordo com Andrade (2019), a Constituição brasileira de 1988 abonou o direito de propriedade, porém de maneira absoluta, já que além das barreiras históricas presentes nas demais Cartas, a exemplo da desapropriação, e do uso da propriedade privada pelo Estado no caso pendente risco público, entre outras de ordem legal, como as urbanísticas e ambientais, condicionou de forma expressa o seu exercício a uma função social.

Não satisfizesse a abrangência da função social da propriedade no rol dos direitos fundamentais, o que por si só justificaria o fato de que toda forma de propriedade estaria vinculada a esse princípio, quis o constituinte que a função social concebesse também entre os princípios da ordem econômica (ANDRADE, 2019). A função social, em verdade, permeia todo o texto constitucional, porquanto é fundamento e objetivo da República, presente também de maneira expressa na política urbana, na política agrária e fundiária e na reforma agrária.

2.2 PROPRIEDADE ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL

A propriedade deixou de ser apenas recorrente ao Direito Civil, e está predita na Constituição Federal, principalmente pelo entendimento de que a propriedade em si acopla muitas esferas além das legais. Esferas como econômicas, sociais e ambientais são atreladas a propriedade. Assim, propriedade privada está implantada na esfera dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo, como pode-se ler na Constituição:

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

XXII – é garantido o direito de propriedade;

XXIII – a propriedade atenderá sua função social;

Sendo assim, o direito de propriedade precisa ser garantido em diferentes códigos proprietários. A propriedade urbana, e a rural são exemplos de que existe mais de um tipo de propriedade, que devem ser observadas com suas diferenças e características (REIS, 2010, p. 11). E havendo mais de um tipo de propriedade a ser



observada, pode-se verificar direitos, deveres e funções distintas. A seguir aborda-se a função social da propriedade.

2.3 TUTELA JURIDICA DA PROPRIEDADE: PROTEÇÃO DA PROPRIEDADE

Direito de Propriedade é o direito quem a pessoa física ou jurídica tem, dentro dos limites normativos, de usar, gozar e dispor de um bem, corpóreo ou incorpóreo, bem como de reivindicá-lo de quem injustamente o detenha. Segundo o art. 1.228 do Código Civil “O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha”. É o mais completo dos direitos subjetivos. A propriedade é o direito real mais completo. Atribui ao seu titular direitos e deveres, gozar e dispor do bem imóvel, assim como de recobrar do poder de quem quer que de maneira injusta a possua ou atenha (CC, art. 1.228).

De acordo com Gonçalves (2012) são quatro os elementos essenciais da propriedade: direito de uso (*jus utendi*); direito de gozar ou usufruir (*jus fruendi*); direito de dispor da coisa (*jus abutendi*); e, direito de reaver a coisa (*rei vindicatio*). *Jus utendi* é o direito de tirar do bem todos os serviços que ele pode prestar, sem que haja alteração em sua substância; *Jus abutendi* ou *disponendi* é o direito de dispor da coisa ou de poder aliená-lo a título oneroso ou gratuito, abrangendo o poder de consumi-la e o poder gravá-la de ônus ou submetê-la ao serviço de outrem; *Reivindicatio* é o poder que tem o proprietário de mover ação para obter de quem injustamente o detenha.

O primário elemento essencial da propriedade é o direito de gozar (*jus utendi*), que consiste na capacidade de o dono convir da coisa e de utilizá-la da maneira que entender mais apropriado, podendo recusar terceiros de igual uso. O secundário é o direito de gozar ou usufruir (*jus fruendi*), que abrange o poder de perceber os frutos naturais e civis da coisa e de aproveitar economicamente os seus produtos. O terceiro é o direito de dispor da coisa (*jus abutendi*), de transferi-la, de aliená-la a outrem a qualquer título. Envolve a faculdade de consumir o bem, de dividi-lo ou de gravá-lo. Não significa, porém, prerrogativa de abusar da coisa, destruindo-a gratuitamente, pois a própria Constituição Federal prescreve que o uso da propriedade deve ser condicionado ao bem-estar social. O último (quarto) elemento é o direito de reaver a coisa (*rei vindicatio*), de reivindicá-la das mãos de quem injustamente a possua ou



detenha. Envolve a proteção específica da propriedade, que se perfaz pela ação reivindicatória (GONÇALVES, 2012).

Ainda afirma Diniz (2002) que devido a sua oponibilidade erga omnes, por ser o mais completo de todos os direitos reais e pelo fato de que o seu titular pode desfrutar do bem como quiser, sujeitando-se apenas às limitações legais impostas em razão do interesse público ou da coexistência do direito de propriedade de outros titulares (CC, art. 1.231).

2.4 FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

A propriedade privada é aquela estimada como direito do homem de retirar do item toda a utilidade econômica possível e lícita, inclusive, com a faculdade de defender e excluir outros indivíduos de usar ou tirar proveito do bem. Trevizan (2016) aponta que direito de propriedade consubstancia-se no poder que um ente dotado de aptidão exerce sobre a "res", legitimado pela lei. Este poder soma-se a outros critérios, adequados da essência humana, para distinguir o dono, da coisa possuída, destacando-se o caráter acionado do instituto. O direito à propriedade visa blindar a relação do homem com o objeto, além de garantir que o indivíduo consiga todos os resultados úteis e lícitos possíveis de seu poder.

Então, como se chega aonde a sociedade está? Pode-se dizer que o que é vivido hoje é resultado de uma mistura de pensamentos com diversas vertentes, o que parece coincidir para uma alternativa: tudo tem um preço. Martins (1986), inclusive, diz que a própria terra tem um preço.

Assim como o capital pode se apropriar do trabalho, também pode se apropriar da terra; pode fazer com que ela, que nem é produto do trabalho nem do capital, apareça dominada por este último. Mas assim como o capitalista precisa pagar um salário para se apropriar da força de trabalho do trabalhador, também precisa pagar uma renda para se apropriar da terra. Assim como a força de trabalho se transforma em mercadoria no capitalismo, também a terra se transforma em mercadoria. (MARTINS, 1986, p. 160)

Em suma, enquanto lá no absolutismo Luis XVI pensava que “É tudo meu porquê sim”, hoje o mercado precifica tudo o que pode. E nessa linha, a propriedade privada enquanto terra, território, ou propriedade rural, adquire um híbrido patamar de propriedade, onde o privado (propriedade) está na esfera pública, por se tratar de uma parte da natureza.

Por isso, o próximo tópico pretende apresentar qual é a função socioambiental



da propriedade privada. O objetivo é destacar até onde a terra tem dono, e até onde que ponto se interfere na natureza (ou seja, no que é comum).

3 FUNÇÃO SÓCIO AMBIENTAL DA PROPRIEDADE PRIVADA

Ao transcorrer dos tempos, o direito a posse passou por modificações importantes. Primeiramente, o direito à propriedade era absoluto; após, começou a se falar na função social da propriedade, e nos dias atuais, a posse transcorre uma visão sócio ambiental, frente a necessidade de um amparo ambiental mais intenso, uma vez que é condição fundamental para uma vida digna.

O que mais se deve enfatizar, entretanto, é fato de que o princípio da função social da propriedade impõe ao proprietário – ou a quem detém o poder de controle, na empresa – o dever de exercê-lo em benefício de outrem e não, apenas, de não o exercer em prejuízo de outrem. Isso significa que a função social da propriedade atua como fonte de imposição de comportamentos positivos – prestação de fazer, portanto, e não, meramente de não fazer – ao detentor do poder que deflui da propriedade. Vinculação inteiramente distinta, pois, daquela que lhe é importa mercê de concreção do poder de polícia (GRAU, 2001, p. 269).

Contudo, em tempos de altas descobertas tecnológicas, o adestramento para uma cultura verde é visto por muitos como um retrocesso, o que atrapalha a implementação de medidas de prevenção. Nesse passo, considerando o risco iminente, bem como a grande resistência - especialmente de alguns grupos, inseriu-se a função social da propriedade e a proteção ao meio ambiente como vetores na Constituição vigente, com força de normativa fundamental, a fim de assegurar para as futuras gerações a vida digna, princípio basilar da Constituição Brasileira.

3.1 CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

O desenvolvimento sustentável acumula subprincípios: acesso equitativo aos recursos naturais, equilíbrio, limite e função socioambiental da propriedade, prevenção, precaução, poluidor-pagador, entre outros. Que se harmonizam e se integram na interpretação, com o móbil de solucionar os principais problemas ambientais no Brasil que se concentram nas áreas mais pobres, e, as maiores vítimas do descontrole ambiental são os setores mais vulneráveis da sociedade (SOUZA, 2008). O art. 1º, § 1º, da Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento dispõe que o Direito ao desenvolvimento é inalienável, toda pessoa está habilitada a participar, contribuir e desfrutar do desenvolvimento econômico, social, cultural, no qual todos os



direitos humanos e liberdades fundamentais possam ser plenamente realizados. Tal disposição deve ser interpretada conjuntamente ao § 1.º, do art. 2.º: “pessoa humana é o sujeito central do desenvolvimento”.

A norma constitucional prevista no § 2º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 revela a possibilidade da existência de direitos fundamentais, ou mesmo dos deveres fundamentais, para além dos previstos no Título II, tendo em vista a sua abertura material. Assim, existem os direitos fundamentais expressamente apresentados no corpo da Constituição, num capítulo específico que trata dos direitos e garantias fundamentais, formalmente elencados e aqueles que não estão neste rol, mas são fundamentais em razão do disposto na norma citada

Objetivando uma noção mais acertada da concepção dos deveres fundamentais, Andrade e Fochi (2012), elucidam que é necessário sublinhar, primeiramente, que não se configuram como meros limitadores de direitos fundamentais, nem mesmo em deveres impostos apenas ao Estado, mas em deveres que a Constituição impõe aos indivíduos, exigindo-lhes o cumprimento de determinadas obrigações que são úteis para toda comunidade.

3.2 ASPECTOS DO DIREITO AMBIENTAL

A Constituição Federal de 1988, que tem todo um capítulo dedicado ao meio ambiente, complementado por outros dispositivos esparsos que, de forma direta ou indireta, cuidam também da matéria. A norma básica, de carácter fundamental, está posta no caput do art. 225: "Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações". O art. 225, pela sua complexidade feição revolucionária, merece estudo amplo e aprofundado. Na impossibilidade de fazê-lo aqui, vejamos alguns de seus aspectos mais salientes.

Esse direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado tem como titulares, diz a norma, todos, vocábulo que, por não estar, de forma dará, qualificado harmonicamente, pode referiu-se tanto a todos os seres humanos como, numa perspectiva mais biocêntrica (e moderna), a todos os seres vivos. Se falta essa dimensão reducionista antropocêntrica ao direito fundamental estatuído, metodologia diferente escolheu o legislador ao desenhar o rol dos deveres a ele correlatos, ou melhor, ao compor a figura dos sujeitos obrigados. Da norma constitucional retira-se



que são destinatários dos deveres associados a esse direito tanto o Poder Público, vale dizer; o Estado, como ainda a coletividade, ou seja, cada um dos seres humanos, individual e socialmente considerados.

3.3 CUMPRIMENTOS DA FUNÇÃO SÓCIO AMBIENTAL DA PROPRIEDADE PRIVADA

A posse, ou propriedade, não tem uma definição exata no Código Civil (art. 1.228). Mas acima disso, sabe-se que, e acordo com a Constituição Federal, que o uso da propriedade deve estar atrelado a interesses não apenas econômicos, mas sociais e ambientais. A primeira vez que algum esboço dessa discussão surgiu na Constituição Brasileira foi em 1934, onde citou-se o “interesse social” atrelado à propriedade. Em 1946, começa-se a irromper o discurso de direito de propriedade atrelado ao bem-estar social.

Mas oficialmente, apenas em 1967 que a função social é prevista constitucionalmente, respaldado no Estatuto da Terra, discutido alguns anos antes, em 1964. Essa pauta trabalhou aspectos como a garantia de produtividade da terra, reforçando o domínio econômico da propriedade privada, mas com uma breve noção de respeito à função social. Em 1988, a Constituição Federal define como cláusula pétrea a função social de propriedade. Isso está inserido no artigo 5, incisos XXII e XXIII, dando a entender que só vai existir propriedade se houver função social.

Já o Código Civil brasileiro, além de apresentar um nome de direito de propriedade, prepara apenas sobre os poderes praticáveis pelo proprietário, ou seja, seus elementos peculiares. Segundo o art. 1.228 do Código Civil de 2002 "o proprietário tem a capacidade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha". Ainda que laudável a disposição do código, a melhor forma de idealizar a propriedade consiste em atribuir sua condição de instrumento (REIS, 2010, p. 23).

Em suma, a natureza jurídica da propriedade define normatização a partir de leis para fundamentar a propriedade na sociedade, produzindo direitos e deverem para gozar da mesma. No próximo ponto, será apresentado como direito fundamental da Constituição Federal, e seus desdobramentos no Código Civil (2002), apresentando maneira de organizar direito, proteção, deveres e usufruto da propriedade.

O conceito de Propriedade Privada utilizado nesse estudo é, de acordo com



Diniz (2002, p. 119):

Direito de Propriedade é o direito quem a pessoa física ou jurídica tem, dentro dos limites normativos, de usar, gozar e dispor de um bem, corpóreo ou incorpóreo, bem como de reivindicá-lo de quem injustamente o detenha (DINIZ, 2002. P. 119).

Assim, entende-se que mesmo alicerçado no direito de posse, o bem comum sobressai ao individual.

3.4 CONSEQUÊNCIAS PELA INOBSERVÂNCIA DA FUNÇÃO SÓCIO AMBIENTAL DA PROPRIEDADE PRIVADA.

É muito relevante no, porque não é desejável que a capitalização seja abrangida como um conhecimento que tudo quantifica ou alterar-se em item seja oponente ao meio ambiente, porque essa visão somente transportará a uma deterioração ainda maior, uma vez que fortalecerá o discurso da escassez e da má utilização da propriedade, e essa poderá migrar de um mundo capitalista para uma realidade e gerar consequências ambientais sérias. Como reforça Benjamin apud Marchezan (2010, p. 56-57), “vale recordar que os problemas ambientais de hoje são consequência, em grande medida, da utilização (ou má-utilização), no passado, do direito de propriedade, tendência essa que alcança patamares inimagináveis com a comercialização do próprio Direito”.

Perante do conjunto que se oferece, abranger a falta de harmonia entre a função socioambiental da propriedade e a proteção ambiental, pois a inobservância, de um lado, implica a redução da tutela ambiental, e de outro e, a bem da verdade, percebe-se que a propriedade continua sendo mal utilizada.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito de Propriedade não é mais um direito real ilimitado e exclusivo como nos primórdios da civilização. Hoje em dia, trata-se de um direito que sofre limitações nas mais diversas áreas, sendo que tais restrições vislumbram que a mesma cumpra sua maior função imposta pela Carta Constitucional, que é o cumprimento de sua função social, e mais que isso socioambiental, diante da preocupação com os recursos naturais e sua preservação para as presentes e futuras gerações.

O Princípio da Função Social da Propriedade encontrou na Constituição Federal de 1988 uma definição que assegura o direito à propriedade imobiliária urbana, desde que cumpra a sua função social, que é aquela determinada pela



legislação urbanística, cabendo ao Município promover o controle do processo de desenvolvimento urbano por meio da política de ordenação do seu território, dentro das diretrizes da sua lei municipal. A Constituição Federal de 1988 não só entrega ao legislador a determinação do conteúdo da propriedade, mas também a ele impõe a missão de organizar o cumprimento de sua função na vida coletiva.

O que a Constituição Federal e o Estatuto da Cidade propõem é uma mudança de interpretação, substituindo o princípio individualista do Direito Civil brasileiro pelo reconhecimento da função da propriedade em razão das necessidades da sociedade como um todo. A conservação das áreas de preservação permanente é sustentada na função ambiental de preservação dos recursos hídricos, da paisagem, da estabilidade geológica, da biodiversidade, do fluxo gênico de fauna e flora, da proteção do solo, com o objetivo de assegurar o bem-estar das populações humanas.

A observância do princípio da função social e ambiental da propriedade é obrigação *propter rem* que se prende ao titular do direito real do imóvel. Não importa, portanto, a alegação de que o atual proprietário do imóvel não é responsável pela ocorrência anterior do dano ambiental. O mesmo raciocínio aplicado à necessidade de respeitar as áreas de preservação permanente pode ser estendido, com as adaptações que se mostrarem necessárias, à imposição de averbação da reserva legal em áreas consideradas como rurais.

O princípio da função ambiental da propriedade é o fundamento constitucional para a imposição coativa ao proprietário de exercer seu direito de propriedade em consonância com as diretrizes de proteção do meio ambiente. No atual estágio de evolução social, torna necessária a consolidação de uma consciência universal no sentido de que a preservação do meio ambiente é condição crucial à sobrevivência da espécie humana, não se olvidando do fato de que, quando o proprietário promove o uso ordenado e ecológico de seus bens, não haverá apenas a preservação ambiental de uma área restrita, mas sim a preservação do meio ambiente em sua totalidade. A função socioambiental da propriedade é necessária para a preservação da vida digna das futuras gerações, hoje inserido dentre o rol dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Washington Carlos de. **Direito de propriedade**. São Paulo: Manole, 2006.



ANDRADE, Fábio Siebeneichler de; FOCHI, Helena Reab. **Proteção ambiental na perspectiva dos direitos e deveres fundamentais**. Porto Alegre: Prima Facie, 2012.

ANDRADE, Gustavo Henrique Baptista. **A intervenção do Estado na propriedade privada e o papel do município**. REI - Revista Estudos Institucionais, v. 5, n. 2, p. 464-485, Belo Horizonte, 2019.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito das coisas**. 18. ed., aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

GODOY, Arlida Schmidt. Introdução à pesquisa qualitativa e suas possibilidades. **Revista de administração de empresas**. v. 35, n. 2, p. 57-63, São Paulo, 1995.

HARVEY, David. **Contradições e o fim do capitalismo**. CAPITAL, Volume I. São Paulo: Boitempo, 2016.

HUBERMAN, Leo. **História da riqueza do homem**. 21. ed. rev. Rio de Janeiro: LTC Editora, 2011.

MARTINS, José de Souza. **Os camponeses e a política no Brasil**. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1986.

MARX, Karl. **O capital: crítica da economia política**. São Paulo: Boitempo, 2013.

REIS, João Emilio De Assis. **A propriedade privada na Constituição Federal de 1988: Direito fundamental de dimensões sociais**. Revista 74, São Paulo, 2010.

SOUZA, Mônica Teresa Costa. **A ascensão do direito ao desenvolvimento na ordem jurídica internacional através das propostas das nações unidas**. Pensar, v. 13, n. 2 p. 243-255, jul. / dez. Fortaleza, 2008.

TREVIZAN, Luan Raniere Santana. **A propriedade privada no Estado Democrático de Direito: o papel do Estado sobre o prisma da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2016.

VALADÃO, Maristela Aparecida de Oliveira; ARAUJO, Paula Santos. **A (dis)função socioambiental da propriedade no novo Código Florestal brasileiro: uma análise à luz da órbita econômica constitucional**. Revista Direito Ambiental e Sociedade, v. 3, n. 1, São Paulo, 2013.



DOS REFLEXOS DA PANDEMIA DO SARS-COV2 POPULARMENTE CONHECIDO COMO COVID-19 OU CORONAVÍRUS SOB O AUMENTO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA EM 2020.

JOÃO VICTOR BERNDT DE LIMA⁶¹

CRÍSTIAN RODRIGUES TENÓRIO⁶²

RESUMO: O trabalho ora apresentado versa a respeito das consequências da Pandemia iniciada no final de 2019 nas relações domésticas implicando aumento nos índices de violência. A população vítima em destaque é a feminina - em termos gerais. Isto porque já com dificuldades de colocação no mercado de trabalho, as mulheres que ficaram em casa dadas as medidas de restrição de circulação foram atingidas em maior escala dentro de suas casas. A metodologia empregada focou em revisões bibliográficas e uso empírico de dados estatísticos oficiais e publicados na imprensa a partir de 2020. Para tanto, também se colocou em destaque a própria situação da mulher no mercado de trabalho – haja vista que em tempos e condições sem doenças, a ocupação de postos de trabalho para mulheres não lhes favorece. Assim, obrigadas a permanecerem em casa, cercadas de ambiente cultural em estrutura misógina, há exposição à violência – potencializada pelo recolhimento compulsório em virtude das medidas sanitárias, mormente após abril de 2020.

PALAVRAS-CHAVE: Dignidade Humana. Violência Doméstica. Pandemia.

ABSTRACT OU RESUMEN: The following work here presented is about the consequences experienced in Brazil during the pandemic period by the end of 2019 in home relations, specially about violence at home. The victims on the spot are women in general terms. That is so for the difficulties by this population on finding places at work which forced them to stay at home due to the measures to prevent contagious and death by SARS COVID 19. The methodology applied took attention in bibliographical reviews and empirical quotes of researches from 2020. For that, it was put to light the situation of women in labor conditions and their presence in labor places – for the society does not offer to women any condition of security nor dignity and, thus far, many of them are exposed to violence with no other protection but the law, which was not prepared to the sanitary restrictions of the period.

KEYWORDS OU PALABRAS-CLAVE: Human dignity. Home violence. Pandemic Results.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho se debruçou em dois aspectos da situação de exposição à violência que atinge mulheres no Brasil: o primeiro plano a cultural dificuldade de colocação no mercado de trabalho. Com suas raízes em uma sociedade notadamente patriarcal e, por isso mesmo, exclusiva em facilidades de relações e posicionamentos de ordem laboral e econômica aos homens em geral. Com isto, a dificuldade de alcance e ascensão em postos de trabalho para mulheres as coloca num cenário de imposição dum papel doméstico.

Com isto, há maior exposição e risco de violência de várias formas praticadas dentro de suas casas. O outro plano, temporal e de contexto contemporâneo, se revelou durante o período que é conhecido como Pandemia SARS COVID 19. A doença que grassou o País a

⁶¹ Acadêmico do Quarto Ano da Faculdade de Direito da Unifatecie. Estagiário da Décima Oitava Delegacia de Polícia em Paraíso do Norte – PR. Contato: jvictorps@hotmail.com

⁶² Professor Auxiliar de Direito Penal Parte Especial da Unifatecie. Mestre em Direitos da Personalidade pelo Unicesumar. Advogado. Contato: cristian.tenorio@fatecie.edu.br



partir de abril de 2020, condicionou a população a períodos de restrição de circulação, com isto, as pessoas em suas casas, desenvolveram cenários de risco – especialmente, no caso do trabalho, para mulheres.

A revisão bibliográfica se dá por autores que facilitaram no texto a percepção do cenário de desvantagem econômica e exposição à violência. Os índices usados foram extraídos de relatórios públicos de que atestaram o aumento da violência doméstica no País.

O objetivo é traçar o panorama de exclusão normalizado e risco potencializado contra a população feminina em geral no Brasil. Com isto, visa-se reforçar denúncia destas violências com o escopo de provocar reflexão e consciência para a resolução dos problemas afetos à violência de gênero.

A proposta final do texto reforça e reafirma a necessidade premente do uso de Políticas Públicas de combate em todas as frentes contra a violência de gênero, especialmente na violência contra mulheres em casa e na colocação e recolocação de mulheres em mais postos de trabalho. A união de Políticas Públicas de educação, reeducação e econômicas podem trazer efeitos não apenas paliativos mas solucionadores às questões de agressões de toda natureza contra considerável parcela da população brasileira.

DESENVOLVIMENTO:

2 CONTEXTOS GERAIS: DO SURGIMENTO E DAS DIFICULDADES NO MERCADO DE TRABALHO E POSIÇÃO SOCIAL E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA;

2.1 DO SURGIMENTO E DAS DIFICULDADES NO MERCADO DE TRABALHO E POSIÇÃO SOCIAL

O surgimento da mulher no mercado de trabalho é um ponto muito importante, pois foi nessa época que a mulher começou a ter vínculo empregatício fora do âmbito doméstico. Nada mais natural frente a uma Sociedade que se estrutura numa COnstituição que trata de forma igualitária a mulheres e homens dentro de uma “igualdade de direitos e deveres entre as pessoas”. (FACHIN, 2015, p. 271).



Esse marco histórico ocorreu durante a primeira guerra mundial em meados de 1914 à 1918 e na segunda guerra mundial em 1939 à 1945, visto que os homens iam para a guerra as mulheres assumiam a frente da família, bem como exercia a atividades laborais do homem no mercado de trabalho, deste modo as mulheres deixam de ser apenas donas de casa conforme menciona Glaucia de Lima D'Alonso

“As mulheres deixaram de ser apenas meras dona de casa e passaram a ser não somente mãe, esposa e também operária, enfermeira, professora e mais tarde, arquiteta, juíza, motorista de ônibus, bancária, entre outras das mais diversificadas profissões, ocupando um cenário que antes era masculino (D'ALONSO, 2008, p.9)”.

Após a segunda guerra mundial e a revolução industrial, as mulheres começaram a exercer as mesmas atividades laborais que os homens, só que os empregadores pagavam um salário inferior para as mulheres, conseqüentemente com o salário inferior e mão de obra barata os empregadores começaram a preferir mulheres em suas empresas do que os homens. Este período não serve para um excusa, haja vista que a Constituição de 1946 já trazia em seus valores “a preocupação tanto com o princípio da liberdade quanto com o princípio da igualdade” (FACHIN, 2015, p. 91).

Considera-se um marco histórico o surgimento da mulher no mercado de trabalho, porém vale ressaltar o desrespeito e a falta de empatia por parte dos empregadores, os quais se autobeneficiam com a mão de obra mais barata da mulher sendo pago para elas um valor inferior do que é pago aos homens, uma vez que ambos exercem as mesmas atividades.(MARQUES, 2021)

Naquela época as empregadas estavam sujeitas de 14 à 16 horas de jornada de trabalho por dia, que além do mais as condições de trabalho eram precárias e prejudiciais para a saúde, tanto física quanto mental; Que, para não perder o emprego elas ficavam sujeitas a tudo isso com uma mão de obra barata, que não era valorizada e muitas vezes era discriminadas pelo seu gênero, fora estes descaso que aguentaria durante o trabalho, ao chegar em casa ainda tinha os deveres domésticos (lavar, passar, cozinhar, limpar a casa, cuidar dos filhos, etc.).(PEREIRA, 2021)

Entre 1982 e 1997, houve um aumento de 35% no mercado de trabalho com mão de obra feminina, em uns dos seus livros a Professora e Doutora Elaine Toldo Pazello, menciona que “no Brasil, entre 1982 e 1997, a taxa de participação na força de trabalho das mulheres como um todo cresceu 35%, sendo este crescimento ainda



maior para os grupos de mulheres mais jovens e mais educadas (PAZELLO, 2006, p. 508)”.
Podemos ver que houve um aumento significativo e um grande avanço na história da mulher, porém não o ideal no que se entende como “vida digna”.

Com o surgimento da mulher no mercado de trabalho conseqüentemente surge novos desafios e obstáculos para o referido gênero, os quais podemos citar como exemplo a mulher gestante. (PAZELLO, 2006, p. 509)

É notório que a gestante tem certas necessidades, como de início a licença maternidade, pois digamos que é praticamente impossível que a criança vá para a creche nos primeiros 120 dias de vida, visto que a criança precisar de elementos que somente sua genitora poderá lhe fornecer; os dias em que a mulher se encontra menstruada, que existe a pobreza menstrual, que é aquela onde a mulher não tem dinheiro para comprar o absorvente e acaba tendo que usar jornais, folhas sulfites e até mesmo miolo de pão, dentre outros exemplos e necessidade que sabemos que há em questão ao gênero, que também não se configura como “vida digna” Para a Lei, não se trata de mera ficção, mas lá encontra-se um “rol exemplificativo, sem prejuízos de acréscimos decorrentes”. (MORAES, 2015, p. 51).

2.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O princípio da dignidade da pessoa humana se dispõe no artigo 1º, III, da constituição federal de 1988. O referido trata-se de um princípio dos direitos fundamentais e tem como objetivo organizar a sociedade com os direitos e deveres de cada cidadão e que todos tenham uma vida digna. Isto é o elementar para a personalidade, aquilo que “reveste o ser humano ou ao sujeito de direito, protegendo e salvaguardando valores intrínsecos.” (MORAES, 2015, p. 49)

O princípio da dignidade da pessoa humana contempla direitos como à educação, saúde, emprego, moradia, integridade física, moral e ética, dentre outros direitos que deve se entender como vida digna. Além de acampar com isso a integridade do corpo humano, “o direito ao corpo, o nome civil e a privacidade”. (MORAES, 2015, p. 51).

A ideia desses direitos e do princípio em si é organizar a vida comum em sociedade, para que todos sejam tratados de forma igualitária sem distinção de raça, etnia, gênero, ou seja, tem como objetivo uma sociedade sem preconceitos.



Em uma sociedade igual a que vivemos nos últimos anos, infelizmente há muitos preconceitos referentes ao gênero (especialmente no sexo feminino), no qual é cometido no meio comum de sociedade, emprego e a maioria das vezes dentro do ambiente doméstico. Na proteção legal, especialmente no art. 129, CP, a princípio não há diferença, apenas a violência doméstica sendo entendida como "vítima tanto o homem quanto a mulher." (ANDREUCCI, 2019, p. 268).

Podemos relacionar o art. 1º, III, CF que se trata do princípio da dignidade da pessoa humana com o art. 2º, da lei 11.340/2006, pois partem de uma mesma ideia, onde se dá o direito à mulher de usufruir desta lei, independente da classe social, raça, etnia, cultura, nível educacional. (PEREIRA, 2021)

Por mais que o princípio da dignidade da pessoa humana tenha o objetivo de uma vida digna, ainda há um tabu onde as mulheres são vista como um instrumento utilizado pelo homem como um instrumento para os deveres domésticos (lavar, passar, cozinhar, ter relações dentre outras atividades domésticas), ainda mais quando se trata-se de uma vítima que é desempregada por falta de oportunidade ou pelo motivo do agressor mantê-la em cárcere, no que não se figura em uma vida digna, ou seja, fere-se o principal princípio dos direitos fundamentais, ele o princípio da dignidade da pessoa humana, disposto na constituição federal de 1988. (FACHIN, 2015, p. 271).

3. A VIOLÊNCIA DE GÊNERO E SEUS REFLEXOS CONTINUADOS NA LEGISLAÇÃO

3.1 DO CONTEXTO DO SURGIMENTO DO NOME "MARIA DA PENHA"

A lei 11.340/06 é conhecida popularmente como "LEI MARIA DA PENHA". O denominado nome surgiu-se de uma mulher que se autodenominava como Maria da Penha Maia Fernandes, nascida em 01 de fevereiro de 1945, em Fortaleza-CE, ocupava o cargo de farmacêutica. Maria da Penha era casada com o Marco Antonio Heredia Viveros (professor e economista). (BRASIL. SÃO PAULO. Ministério Público do Estado de São Paulo – MPSP)

Em 1983, Marco tentou assassinar Maria da Penha, duas vezes e como consequência dessas agressões ela ficou paraplégica e precisou fazer o uso de cadeira de rodas, desde então, Maria da Penha lutou para que seu marido fosse



condenado. **(BRASIL. PARANÁ. EDEPAR. Defensoria Pública do Estado do Paraná, 2021).**

Com a deficiência do poder judiciário brasileiro em 1998 se completava 15 anos, e seu caso ainda não havia sido julgado, então Maria da penha contou com o apoio da CEJIL (centro pela justiça e o direito internacional) e com CLADEM (Comitê Latino Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher) e se caso foi julgado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA). (BRASIL. SÃO PAULO. Ministério Público do Estado de São Paulo – MPSP)

Faltando 06 meses para o crime prescrever, em 2002 (19 anos depois), Marco foi condenado há 10 anos e 06 meses, cumpriu um terço da pena (02 anos) e foi posto em liberdade em 2004.

Deste modo, o estado brasileiro foi condenado por negligência e omissão, pela corte americana de direitos humanos, a qual fez algumas recomendações ao estado. Dentre as recomendações de numero 3 se destaca, pois se trata de *“Adotar, sem prejuízo das ações que possam ser instauradas contra o agressor, medidas necessárias para que o Brasil assegure à vítima uma reparação simbólica e material pelas violações;”*. (BRASIL. SÃO PAULO. Ministério Público do Estado de São Paulo – MPSP)

Após as recomendações da corte americana de direitos humanos, o governo brasileiro criou-se a lei 11.340/2006 a qual ficou conhecida pela sociedade como “lei Maria da Penha”. A lei Maria da Penha recebeu esse nome também como consequência dos feitos pelas mulheres no ano de 1970, as quais criaram a organização do movimento feminista no Brasil, que tinha o propósito de denunciar as violências proferidas contra mulheres negras, mulheres prisioneiras e violência no âmbito doméstico. **(BRASIL. PARANÁ. EDEPAR. Defensoria Pública do Estado do Paraná, 2021).**

3.2 CRIAÇÃO E OBJETIVO DA LEI 11.340/2006 “LEI MARIA DA PENHA”

A lei 11.340 foi criada em 07 de agosto de 2006, e tem como objetivo garantir a integridade física, patrimonial, moral e sexual da mulher; a fim de prevenir, punir e erradicar qualquer violência cometido contra a mulher.

Em seu Art. 2º, da referida lei, dá-se a garantia de direito iguais de todas as mulheres,



independente da classe, raça, etnia orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião. Tal garantia se trata dos direitos fundamentais o qual se dispõe no Art. 5º da CF. (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil).

Vale ressaltar que, para que a lei 11.340/2006 seja aplicada a vítima precisa-se ser mulher heterossexual, transexual ou homossexual, bem como, é preciso que haja vínculo familiar, afetivo ou domestico. É necessariamente preciso que preencha o requisito do gênero e do vínculo, para que a vítima possa usufruir da lei 11.340/2006.

3.3 EFEITOS DA LEI 11.340/06

Para a lei 11.340/06, surgir efeito é preciso que haja alguma ação ou omissão no âmbito domestico e ou familiar, que cause a mulher/vítima algum tipo de violência física, psicológica, sexual, patrimonial ou moral. É preciso lembrar que se faz necessário também é que a violência seja cometida dentro do ambiente familiar ou doméstico. No ambiente familiar é quando há um vinculo aparentado por afinidade, laços naturais ou vontade expressa. Já no ambiente doméstico é quando há um vinculo empregatício agregado ou de convivência de pessoa com ou sem vinculo familiar, conforme se dispõe no Art. 5º, da lei 11.340/06.

3.3.1 DOS TIPOS DE VIOLÊNCIA FAMILIAR E DOMÉSTICA

No decorrer da lei 11.340/2006 no capítulo II, nos encontramos os tipos de violência doméstica e ou familiar, como violência física, violência psicológica, violência sexual, violência patrimonial e violência moral.

A violência física trata-se de quando o agressor ofende a saúde corporal ou a integridade da vítima. Os tipos de violência física é a tortura, espancamento, empurrões, socos, chutes, dentre outra atitudes que fere a integridade da vítima, vindo lhe causar lesões.

A violência psicológica entende-se como a ameaça, insulto, manipulação, humilhação, chantagem, limitação do direito de ir e vir uma vez que se trata de uma norma constitucional que se encontra no Art. 5º, XV, CF., ou seja, a violência psicológica é aquela que de qualquer modo cause a vítima um dano ou que perturbe emocional da mulher. (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil)



No inciso III, do Art. 7º da referida lei expõe sobre a violência sexual, a qual se configura como a ameaça, coação ou o uso da força para que a mulher tenha relação sexual como o agressor deseja. Neste caso, pode-se entender como estupro, pois a vítima não deseja ter relação sexual com o agressor e mesmo assim, mediante a ameaça, coação o agressor força a vítima, para que realize seu desejo sexual. A proibição do agressor contra a mulher usar remédios contraceptivos, também é considerada como violência sexual.

A violência patrimonial ocorre quando em uma discussão o agressor quebra algum bem ou objeto daquela residência em virtude da discussão; o agressor tem essa conduta a fim de intimidar a vítima, para que ela se cale e o obedeça. Podemos considerar também como violência patrimonial, quando o alimentando (genitor) deixa de pagar os alimentos ao alimentado (filho ou filha), controlar o dinheiro da mulher, destruir documentos, furto, extorsão também se considera como violência patrimonial.

A violência moral ocorre quando o agressor de alguma forma profere a vítima algum tipo de injúria, difamação ou calúnia, como por exemplo, expor a vida íntima, rebaixar, desvalorizar, acusar a mulher de estar te traindo, entre outras formas de atingir a tal moralidade.

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: (Incluído pela Lei nº 14.188, de 2021)
Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, se a conduta não constitui crime mais grave.

3.3.4 DO PEDIDO DE MEDIDA PROTETIVA DE URGÊNCIA

O pedido de medida protetiva terá que ser feito através da delegacia, a qual se da com a lavratura do boletim de ocorrência, onde será narrado como se deram os fatos. Posteriormente o escrivão de polícia ou AD HOC irá colher a declaração da vítima em termo de declaração de mulher vítima de violência doméstica e ou familiar, a qual a vítima terá a oportunidade de dizer com se deram os fatos mais detalhadamente.



Feito isso, o Delegado de Polícia da unidade terá 48 horas para remeter os autos ao juízo competente para analisar os pedidos conforme esta exposta no Art. 12, III da lei 11.340/06, o qual irá deferir ou indeferir o pedido de medidas protetivas de urgência no prazo de 48 horas também está disposto no Art. 18 da mesma lei.

As medidas protetivas de urgências podem ser como ação penal condicionada a representação (depende da representação da vítima), salvo em caso de lesões corporais que fique algumas escoriações pelo corpo.

Havendo lesões a medida protetiva será ação penal incondicionada a representação, ou seja, quem fornecera a denuncia e o desejo de representação é o ministério público.

3.3.5 RESTRIÇÕES E LIMITAÇÕES AO AGRESSOR AO SER DEFERIDA A MEDIDA PROTETIVA DE URGÊNCIA.E DE SEU DESCUMPRIMENTO

Após o Delegado de Polícia remeter os autos para o juízo criminal, o magistrado irá analisar o caso e poderá deferir ou indeferir. Ao deferir o pedido o oficial de justiça vai até as partes (autor e vítima) para dar ciência da medida protetiva de urgência.

Na decisão do juiz irá limitar a distancia que o agressor não pode chegar perto da ofendida, bem como o afastamento do lar, suspensão da posse ou restrição do porte de armas de fogo, contato com qualquer familiar ou testemunha por meio de telecomunicações, prestação de alimentos, suspensão de visita aos dependentes menores. Poderá também, encaminhar o agressor ao programa de recuperação e reeducação ou tratamento psicossocial.

O descumprimento da medida protetiva ocorre quando o agressor descumpre o que esta na decisão do juiz, por exemplo, chegar perto da ofendida, ligar para ela ou para qualquer familiar/testemunha, isso é considerado como crime e tem uma pena de 03 meses à 02 anos de prisão, conforme o disposto do Art.24-A.

O agressor poderá ser preso em flagrante ou a mando do juiz (mandado de prisão). Caso o agressor se evadir o local e a policia não lhe localizar a ofendida poderá comparecer até a delegacia para registrar o descumprimento através do termo de declaração complementa onde indica os novos fatos, o qual irá ser remetido por ofício do Delegado de Polícia ao juízo competente para as deliberações.

4. PANDEMIA DO SARS COV 2, POPULARMENTE CONHECIDO COMO COVID-19 OU



CORONAVÍRUS NO ANO DE 2020.

Em meados do mês de dezembro de 2019, surgiu na cidade de Wuhan na China os primeiros casos do vírus denominado cientificamente como SARS-COV-2 (Severe Acute Respiratory Syndrome Coronavirus 2), que é popularmente conhecido como COVID-19 ou CORONAVIRUS, não demorou muito e o vírus foi logo se alastrando pelo mundo todo. Em 06 de fevereiro de 2020, foi criada a Lei Nº 13.979, a qual tem por objetivo criar medidas para o combate e enfrentamento do COVID-19, conforme o Art. 1º.

Art. 1º - esta Lei dispõe sobre as medidas que poderão ser adotadas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. (BRASIL. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 919, DE 30 DE JANEIRO DE 2020)

No Brasil, o primeiro caso de COVID-19 foi diagnosticado no dia 26 de fevereiro de 2020, que conseqüentemente no mês seguinte, dia 12 de março de 2020, na cidade de São Paulo/SP, foi registrada a primeira morte causada pelo COVID-19. Deste modo, os respectivos Governadores de cada Estado, começaram a decretar medidas para o combate do vírus, como fechamentos de bares, restaurantes, empresa, colégios, creches (praticamente o comércio em geral), suspensão de festas, distanciamento social, ou seja, é o que entende-se como “quarentena”. (BRASIL. G1 - Portal de notícias. Grupo Globo. Primeira morte por coronavírus no Brasil aconteceu em 12 de março).

Com todos esses acontecimentos, já era de se esperar que haveria uma grande onda de crise, atingindo pessoas mais vulneráveis, que eventualmente perderiam lugar em postos de trabalho e passariam certas dificuldades - principalmente aquelas famílias que se encontram em um estado de vida precária, mas uma vez ferindo o princípio da dignidade da pessoa humana. (ARAGON, ORELLANA, 2020)

4.2 REFLEXOS DA PANDEMIA SOB A ECONOMIA E DESEMPREGO NO ANO DE 2020

Com a pandemia houve a quarentena, que por sua vez tinha como objetivo combater em geral o vírus do COVID-19. Com a quarentena a maioria das empresas tiveram que se adequar e reduzir o horário de funcionamento e até mesmo ficar com o estabelecimento fechado por alguns dias. Como se não bastasse todo esse caos na saúde pública a pandemia começou a afetar indiretamente a economia, é notório que



com o comércio fechado a economia e o rendimento iria cair, gerando a crise e o desemprego, como menciona Adriana Beringuy, analista da pesquisa postada pelo IBGE (Instituto brasileiro de geografia e estatística) em 26/02/2021.

No ano passado, houve uma piora nas condições do mercado de trabalho em decorrência da pandemia de COVID-19. A necessidade de medidas de distanciamento social para o controle da propagação do vírus paralisaram temporariamente algumas atividades econômicas, o que também influenciou na decisão das pessoas de procurarem trabalho. Com o relaxamento dessas medidas ao longo do ano, um maior contingente de pessoas voltou a buscar uma ocupação, pressionando o mercado de trabalho. (BERINGUY, 2021)

Há um número grande de pessoas que trabalham informalmente sem nenhum registro na CTPS (carteira de trabalho e previdência social), onde o empregador deixa de pagar a maioria dos benefícios que é de direito do empregado e paga somente o salário, em virtude da crise atual e economia baixa várias pessoas ficaram desempregadas, vale ressaltar que a crise que estamos enfrentando é de nível mundial. (COSTA, 2021)

Em 2019 a taxa de desempregos no Brasil era de 11,9%, com a pandemia do COVID-19 no ano 2020 a média passou a ser de 13,5%, com a previsão que suba mais 1% a taxa de desemprego esse ano, o qual irá totalizar 14,5%. (BARROS, 2020)

Com a taxa de desemprego alta é notório que a economia do país irá cair, e como já se esperava a economia do Brasil caiu. Conforme os dados divulgados pelo IBGE em 2019 a economia do Brasil cresceu em 1,1%. Em 2020 o PIB avançou em 3,2%, mas com a decorrência da pandemia do COVID-19 o país fechou o ano com uma queda de 4,1%, a qual foi considerada maior queda desde 1996, conforme dados divulgados pelo IBGE “É o maior recuo anual da série iniciada em 1996. Essa queda interrompeu o crescimento de três anos seguidos, de 2017 a 2019, quando o PIB acumulou alta de 4,6%”. (BARROS, 2020).

4.3 AUMENTO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA NA PANDEMIA DO SARS-COV2 (COVID-19 OU CORONAVÍRUS).

Com a pandemia do COVID-19 houve a quarentena, a qual tem como um dos seus requisitos o isolamento social e que as pessoas ficam resguardadas dentro de seu lar por um determinado tempo ou horário, ou seja, as pessoas deixam seus empregos para ficarem em suas respectivas residências com suas respectivas



famílias, o que se torna mais complicado da vítima de denunciar as agressões, pois as pessoas ficam resguardados em suas residências: e as mulheres ficam sem oportunidade de fazer denúncias sem o risco de exposição. (MARTELLO, 2021)

Além dos números negativos da economia e desempregos, na violência doméstica houve um número positivo, só que isso não é vantajoso.

Vale ressaltar que a violência doméstica é aquela violência que precisa necessariamente que haja um vínculo amoroso, afetivo ou familiar, bem como que seja e cometido contra a mulher, homossexual, heterossexual, transexual no âmbito familiar, porém não é preciso que a violência ocorra exatamente dentro do lar, a regra principal é que haja o vínculo familiar a ideia do isolamento social para o combate ao vírus é ótima, só que ao mesmo tempo gera uma insegurança para as mulheres vítimas ou não de violência doméstica. (GARCIA, MACIEL, VIEIRA, 2020).

No ano de 2020, as ligações na plataforma de denuncia do 180 as denuncias de violência doméstica aumentaram em 9% durante o período de quarentena e foram registradas 105.821 mil ocorrências de violência contra mulher, sendo a maioria com a idade entre 35 à 39 anos, com o grau de instrução de ensino médio completo, pele parda e com uma renda de aproximadamente um salário mínimo (em abril do ano de 2020 o salario mínimo tinha por valor de R\$ 1.045, conforme o Art.1º, da medida provisória N° 919, de 30 de janeiro de 2020).(GARCIA, MACIEL VIEIRA, 2020)

É importante ressaltar que a vulnerabilidade econômica é um fator da violência geral e não somente da violência domestica – assim é fato a preservação da dignidade humana de mulheres e, por isso, de todo o ser humano, contemplado como "resultado da união de corpo e alma." (SANTOS, TIZZO, 2021, p. 89).

5 CONCLUSÃO

A situação requer medidas urgentes que passarão da pandemia. Entendendo-



se o período de restrições acabando à medida que avançam as vacinações da população, a circulação volta a um padrão anterior – mas anterior também são a violência de gênero, a violência doméstica e as condições misóginas e machistas do mercado de trabalho.

Se há a percepção do aumento de violência, ainda que esta diminua com maior circulação de pessoas – e menos gente em casa – a cultura de objetificação do ser humano feminino continuará. A cultura de violência e os ambientes tóxicos com agressividade idem.

O mercado de trabalho voltado para o lucro com pouco espaço para mulheres igualmente seguirá. Não é a pandemia por si, mas em virtude deste período que a precariedade há tanto denunciada se fez alarmantemente notada – e não há, pela estrutura social corrente, força suficiente de mudança radical.

Logo, não basta a lei, mas a lei e todo aparelho estatal para se provocar proteção e mudança: proteção no âmbito de mais denúncias e ambientes saudáveis às mulheres agredidas. Mudança pelo sistema educacional e cultural, fomentando visibilidade quanto à violência de gênero e doméstica, permitindo maior reflexão e ações que salvam vidas. Será um trabalho de gerações que envolve dinheiro, tecnologia e cultura – sem os quais não se poderá mudar a estrutura que custa no momento dignidade e vidas.

REFERÊNCIAS

ALVARENGA, Darlan. SILVEIRA, Daniel. **PIB do Brasil despensa 4,1% em 2020**. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/noticia/2021/03/03/pib-do-brasil-despenca-41percent-em-2020.ghtml>>. Acesso em: 31 ago. 2021.

ANDREUCCI, Ricardo. **Manual de Direito Penal**. 13 ed. S São Paulo: Saraiva, 2019.

ANGÉLICA, M. et al. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA (CONTRA A MULHER) NO BRASIL EM TEMPOS DE PANDEMIA (COVID-19). **Revista Brasileira de Análise do Comportamento**, v. 15, n. 2, 2019. Disponível em <https://periodicos.ufpa.br/index.php/rebac/article/view/8767/6343>. Acesso em: 23 ago. 2021.

ARAGÓN, Jorge Alberto Orellana. ORELLANA, Vívian dos Santos Queiroz. **Efeitos Da Pandemia De Covid-19 No Mercado De Trabalho Brasileiro**. Disponível em https://www.anpec.org.br/encontro/2020/submissao/files_l/i12-ae4477897c425dea5b67238fc1da22b3.pdf. Acesso em 24 ago. 2021.

BARROS, Alexandre.. **Desemprego recua para 13,9% no 4º tri, mas taxa média do ano é a maior desde 2012**. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/30130-desemprego-recua-para-13-9-no-quarto-trimestre-mas-e-o-maior-para-o-ano-desde-2012>>. Acesso em: 20 ago. 2021.



BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm . Acesso em 18 ago. 2021.

BRASIL, Lei nº 11.340. Código Civil brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/111340.htm . Acesso em: 17 ago. 2021.

BRASIL. G1 - Portal de notícias. Grupo Globo. **Primeira morte por coronavírus no Brasil aconteceu em 12 de março**, diz Ministério da Saúde. Disponível em: <https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2020/06/27/primeira-morte-por-coronavirus-no-brasil-aconteceu-em-12-de-marco-diz-ministerio-da-saude.ghtml>. Acesso em 20 ago. 2021.

BRASIL. Instituto Maria da Penha – IMP. **Tipos de violência**. Disponível em: <https://www.institutomariadapenha.org.br/lei-11340/tipos-de-violencia.html>. Acesso em: 17 ago. 2021.

BRASIL. PARANÁ. EDEPAR. Defensoria Pública do Estado do Paraná. A Quem Se Aplica A Lei Maria Da Penha – Cartilha Da Defensoria Pública do Estrado do Paraná Disponível em: <http://www.edepar.pr.def.br/arquivos/File/Cartilha/aaamariadapenha.pdf>

Acesso em: 18 ago. 2021.

BRASIL. SÃO PAULO. Ministério Público do Estado de São Paulo - MPSP. **História da Lei Maria da Penha** Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Violencia_Domestica/Lei_Maria_da_Penha/vd-Imp-mais/Historia_da_lei Acesso em 19 ago. 2021.

BRASIL. **Lei n. 13979**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/113979.htm>. Acesso em: 30 ago. 2021.

BRASIL. Diário Oficial da União – DOU. Ed. 22. Seção 1. P. 22. Disponível em <https://www.in.gov.br/web/dou/-/medida-provisoria-n-919-de-30-de-janeiro-de-2020-240824899#:~:text=O%20PRESIDENTE%20DA%20REP%C3%9ABLICA%2C%20no,e%20quarenta%20e%20cinco%20reais>). Acesso em 30 ago. 2021.

BRASIL. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 919, DE 30 DE JANEIRO DE 2020 - DOU - Imprensa Nacional. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/web/dou/-/medida-provisoria-n-919-de-30-de-janeiro-de-2020-240824899#:~:text=O%20PRESIDENTE%20DA%20REP%C3%9ABLICA%2C%20no,e%20quarenta%20e%20cinco%20reais>>. Acesso em: 21 ago. 2021.

BRASIL, Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. **Coronavírus: sobe o número de ligações para canal de denúncia de violência doméstica na quarentena**. Disponível em: <<https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2020-2/marco/coronavirus->



sobe-o-numero-de-ligacoes-para-canal-de-denuncia-de-violencia-domestica-na-quarentena>. Acesso em 30 ago. 2021.

COSTA, Simone da Silva. Pandemia e desemprego no Brasil. *in Revista de Administração Pública*, v. 54, n. 4, p. 969–978, 1 ago. 2020. Disponível em <https://www.scielo.br/j/rap/a/SGWCFyFzjrDwgDJYKcdhNt/?lang=pt&format=pdf> Acesso em 16 ago. 2021.

DALONSO, Glaucia De Lima. **Trabalhadoras brasileiras e a relação com o trabalho: trajetórias e travessias** Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-350X2008000400003. Acesso em 18 ago. 2021.

DOS SANTOS, Cleiton Marcolino Isidoro. TIZZO, Luis Gustavo Liberato. **Ensaio sobre a dignidade da pessoa humana** – da antiguidade clássica à idade média. Londrina: Thoth, 2021.

FILHO, Naércio Aquino Menezes; SCORZAFAVE, Luiz Guilherme. **Participação feminina no mercado de trabalho brasileiro: evolução e determinantes** Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/5053/1/PPE_v31_n03_Participacao.pdf . Acesso em: 17 ago. 2021.

FACHIN, Zulmar. **Curso de direito constitucional**. 5 ed. Rio de Janeiro: GEN, 2015.

GARCIA, Leila Posenato. MACIEL, Ethel Leonor Noia. VIEIRA, Pâmela Rocha. **solamento social e o aumento da violência doméstica: o que isso nos revela?. in Revista Brasileira De Epidemiologia** v. 23, Disponível em <https://www.scielo.br/j/rbepid/a/tqcyvQhqQyjtQM3hXRywsTn/?format=pdf&lang=pt> . Acesso em: 30 ago. 2021.

MARQUES, E. S. et al. A violência contra mulheres, crianças e adolescentes em tempos de pandemia pela COVID-19: panorama, motivações e formas de enfrentamento. **Cadernos de Saúde Pública**, v. 36, n. 4, 2020. Disponível em <https://www.scielosp.org/article/csp/2020.v36n4/e00074420/> Acesso em: 21 ago. 2021.

MARTELLO, Alexandre. **Brasil teve 105 mil denúncias de violência contra mulher em 2020; pandemia é fator, diz Damares**. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2021/03/07/brasil-teve-105-mil-denuncias-de-violencia-contra-mulher-em-2020-pandemia-e-fator-diz-damares.ghtml>>. Acesso em: 31 ago. 2021.

MORAES, Carlos Alexandre *et al.* **Manual de direito civil** – volume único. São Paulo: Saraiva, 2015.

PAZELLO, Elanie Toldo. **A Maternidade Afeta o Engajamento da Mulher no Mercado de Trabalho**: Um Estudo Utilizando o nascimento de gêmeos como um



Experimento Natural. Disponível em <https://www.scielo.br/j/ee/a/3DSRDHsXczY7DmYzWyGcLpw/?lang=pt&format=pdf> Acesso em 17 ago.2021.

PEREIRA, Aline Ribeiro. **Dignidade da Pessoa Humana: entenda o importante Princípio.** Disponível em: <https://www.aurum.com.br/blog/principio-da-dignidade-da-pessoa-humana/> . Acesso em: 18 ago. 2021.

PETROCEFSKY, Keila Abadia dos Reis. **A violência contra a mulher e o princípio da dignidade humana:** análise sob a Lei Maria da Penha. Disponível em: <https://juridicocerto.com/p/keilaarp/artigos/a-violencia-contra-a-mulher-e-o-principio-da-dignidade-humana-analise-sob-a-lei-maria-da-penha-5430> . Acesso em: 17 ago. 2021.

RODRIGUES, Paulo Jorge et al. **O Trabalho Feminino Durante A Revolução Industrial.** Disponível em: https://www.marilia.unesp.br/Home/Eventos/2015/xiisemanadamulher11189/o-trabalho-feminino_paulo-jorge-rodriques.pdf Acesso em 17 ago.2021.

SEGUNDO, Evandro Medeiros Da Costa. **A Ascensão Feminina No Mercado Amplo De Trabalho.** Disponível em: <https://meuartigo.brasilecola.uol.com.br/administracao/a-ascensao-feminina-no-mercado-amplo-trabalho.htm> .Acesso em:17 ago. 2021.

STARK, Priscila. **Mulheres No Mercado De Trabalho: Estudo Bibliométrico Dos Artigos Publicados Nos Anais Do Enanpad Entre Os Anos De 2005 A 2015.** [s.l: s.n.]. Disponível em: <https://rd.uffs.edu.br/bitstream/prefix/1714/1/STARK.pdf> Acesso em: 17 ago. 2021.



EFEITOS JURÍDICOS DAS CONDUTAS ALIENATÓRIAS

Letícia Carla Baptista Rosa Jordão⁶³

Bruno Mateus Dias Silva⁶⁴

RESUMO: O intuito do estudo visa conhecer mais a fundo sobre a temática da alienação parental. O objetivo é apresentar dados dos aspectos do interesse jurídico, psicológico e social. A alienação parental envolve a criança/adolescente, sentimentos de insatisfação, raiva ou ressentimento contra um dos genitores. Considera-se como causa mais agravante as falsas acusações de crime de estupro; e a síndrome da alienação parental, que pode resultar em processos penais e condenação indevida do genitor alvo ou consequências sérias para a criança. O estudo de caso descreve a possibilidade da criação de um novo tipo penal, pois nessa situação pretende-se apresentar recursos dos processos para punir de forma mais severa como também prevenir ocorrências de outros crimes, tendo como fundamentos o conteúdo da Constituição Federal que define o Princípio da Proporcionalidade como argumento para determinar que a pena seja de acordo com o delito cometido. A Lei 12.015/09 trouxe mudanças significativas no que se refere antes “Crimes Contra os Costumes”; e depois passou a se denominar “Crimes Contra a Dignidade Sexual”, onde a criança e adolescente sofrem danos que incluem o toque do perito para a constatação do Crime de Estupro de Vulnerável. Com a fusão dos Artigos 213 e 214 do Código Penal Brasileiro com a redação da Lei 12.015/09; o sujeito Ativo e Passivo poderá ser qualquer pessoa caso o delito configure: constrangimento, seja por meio de violência, seja com grave ameaça, e principalmente com qualquer ato libidinoso.

PALAVRAS-CHAVE: Dano. Adolescente. Ato Libidinoso.

ABSTRACT OU RESUMEN: The study is to understand and discuss about parental alienation. The objective is to present data on aspects of legal, psychological and social interest. Parental alienation involves the child/adolescent's, feelings of dissatisfaction, anger or resentment towards one of the parents. The most aggravating cause is false accusations of rape; and the parental alienation syndrome, which can result in criminal prosecution and wrongful conviction of the target parent or serious consequences for the child. The case study describes the possibility of creating a new penal type, as in this situation it is intended to present resources of the processes to punish more severely as well as prevent occurrences of other crimes, based on the content of the Federal Constitution that defines the Principle of Proportionality as an argument to determine that the penalty is in accordance with the crime committed. Law 12,015/09 brought significant changes to what was previously referred to as “Crimes Against Customs”; which later became known as “Crimes Against Sexual Dignity”, in which the child and adolescent suffer damages that include the touch carried out by expert in order to verify the Vulnerable Rape Crime. With the merger of Articles 213, 214 of the Brazilian Penal Code with the wording of Law 12.015/09; the active and passive subject can be any person if the offense is: embarrassment, whether through violence, or with a serious threat, and especially with any lewd act.

KEYWORDS OU PALABRAS-CLAVE: Damage. Adolescent. Libidinous Act.

INTRODUÇÃO:

O estudo do tema Alienação Parental é algo que o sistema jurídico brasileiro se

⁶³ Doutora em Função Social do Direito pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo. Coordenadora do Curso de graduação em Direito da UNIFATECIE - Faculdade de Tecnologia e Ciência do Norte do Paraná. Vice-presidente do Núcleo Regional de Maringá do IBDFAM. Membro da Comissão de Direito das Famílias da OAB, subseção de Maringá. Conciliadora e mediadora judicial com formação pelo Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos - NUPEMEC, em parceria com o Conselho Nacional de Justiça - CNJ.

⁶⁴ Aluno do curso de graduação em Direito da UNIFATECIE. Endereço eletrônico: brunodiasdireito07@gmail.com



omite mediante às condutas alienatórias. Observa-se que após o fim de relacionamentos conflituosos, principalmente, os genitores, praticam atos com o intuito de abalar psicologicamente o outro cônjuge, usando os filhos como arma de ataque e tentando mostrar, na maioria das vezes com falsas informações, que aquele que não tem a guarda, na linguagem popular brasileira, “não tem responsabilidade e conduta”.

Essas práticas advindas de condutas alienatórias foram fatos que originaram uma “Síndrome”, ou seja, uma doença, que aborda conceitos sobre a Síndrome de Alienação Parental. Este assunto, em debate e proposto desde a década de 80 por Richard Gardner, busca respostas para a situação na qual o pai ou mãe de uma criança, após o rompimento de laços afetivos como o outro cônjuge, provoca fortes sentimentos de ansiedade e temor em relação ao outro genitor.

Quando registrada, por exemplo, uma denúncia de violência sexual sendo a vítima uma criança, abre-se um protocolo de verificações onde são acionados a escola, o Conselho Tutelar, o Ministério Público, a rede de saúde assistência, a Delegacia de Polícia e, o Juízo Criminal.

O foco principal destes procedimentos deveria ser, antes, proteger a pequena vítima, após, castigar o abusador. No entanto, o processo no atual contexto da sociedade apresenta controvérsias. A alienação parental tendo como conduta a denúncia caluniosa do crime de abuso sexual vem como ápice das condutas alienatórias, pois está estabelecida no Estatuto da Criança e do Adolescente bem como, no Código Civil, o qual se reitera por inúmeras vezes os direitos inerentes e necessários à proteção das crianças.

As possíveis situações problemáticas que a alienação parental pode acarretar na vida dos indivíduos têm como embasamento responder aos questionamentos que abrangem os aspectos do interesse jurídico, psicológico e social, visto que essas consequências podem repercutir de diferentes maneiras no mundo jurídico. Os danos da denúncia caluniosa do crime de estupro de vulnerável podem causar transtornos moral e psicológico para o acusado e para a vítima?

Na sociedade contemporânea, a problemática envolvendo casos de abusos sexuais de crianças e adolescentes tem apresentado muitos desafios no campo jurídico, pois, nem sempre o juiz ou o promotor, podem aplicar a legislação na íntegra. Isso se deve possivelmente ao fato de as entidades não acolherem integralmente as crianças e adolescentes que se encontram com problemas psicológicos, emocionais,



afetivos e sociais, após a comprovação do abuso, ou seja, essas crianças ficam em abrigos, sem atenção de psicólogos, assistentes sociais, os quais deveriam prestar auxílio, depois da retirada dos mesmos do ambiente familiar.

A relevância de pesquisar sobre esses conceitos é fundamental para os profissionais que pretendem exercer suas atividades nas áreas jurídicas e/ou psicológicas, uma vez que o conhecimento da legislação deverá atender aos processos que incluem desde a queixa principal da vítima, a reação psicológica, física, emocional, suas necessidades e estado psíquico e quaisquer intervenções clínicas.

O estudo objetivou compreender o contexto da alienação parental e analisar os danos da denúncia caluniosa do crime de estupro de vulnerável como ápice das condutas alienatórias. Também Apresenta informações de um estudo de caso que envolveu o réu e a vítima de denúncia por crime de estupro e descrever estudo de caso dos processos de denúncia caluniosa do crime de estupro de vulnerável. Outro objetivo envolveu; relatar com dados de processos, como o sistema pode de forma mais severa punir e prevenir ocorrências de outros crimes de abuso sexual.

2. CONCEITO DE ALIENAÇÃO PARENTAL NO DIREITO CIVIL

Ao estudar o conceito da Alienação Parental, descobrimos que “na década dos anos 80, um renomado psiquiatra com forte atuação em casos de divórcio e disputa de guarda buscava resguardar seu posicionamento, além disso, dar racionalidade ao seu pensamento sobre as diversas acusações de abuso sexual em meio as disputas de guarda seriam falsas” (RIBEIRO, 2019, p.19).

A percepção no Brasil iniciou-se “na primeira metade dos anos dois mil, quando o termo alienação parental começou a ser referido por associações e organizações não governamentais (ONGs) de pais separados, chegando até às varas de família por meio das petições iniciais” (RIBEIRO, 2019. p. 19).

Essas organizações produziram cartilhas, textos e websites para divulgar os pressupostos de alienação parental e também chamar a atenção da sociedade e do Estado. Como consequência, conseguiram aparições em matérias jornalísticas nos mais diversos meios de difusão, movimento que levou à criação do Projeto de Lei 4.053/2008 e, em seguida, da Lei de Alienação Parental, em 2010 (RIBEIRO, 2019, p.19).

A alienação parental é um assunto que, desde a antiguidade, tem sido debatido, e porem com maior atenção recentemente devido à nova formação dos



laços familiares, a qual gerou maior proximidade entre pais e filhos.

Trata-se de uma campanha liderada por um genitor, no sentido de programar a criança para que odeie e repudie, sem justificativa, o outro genitor, transformando a sua consciência mediante diferentes estratégias, com o objetivo de obstruir, impedir ou mesmo destruir os vínculos entre o menor e o pai não guardião, caracterizado, também, pelo conjunto de sintomas dela resultantes, causando, assim, uma forte relação de dependência e submissão do menor com o genitor alienante. E, uma vez instaurado o assédio, a própria criança contribui para a alienação (MADALENO, 2019, p. 53).

O conceito da Alienação Parental, atualmente, abrange maus-tratos psicológicos e diante disso, foram sancionadas leis que defendem a amplitude da demanda social de resolução do problema no Brasil: como a Lei da Alienação Parental nº 12.318, de 26/08/2010 (BRASIL,2010).

No conceito elaborado por Richard Gardner, a Síndrome da Alienação Parental é um fenômeno resultante da combinação de lavagem cerebral com contribuições da própria criança, no sentido de difamar o genitor não guardião, sem qualquer justificativa, e seu diagnóstico é adstrito aos sintomas verificados no menor. Atualmente, esse conceito foi ampliado, somando se a ele “comportamentos, conscientes ou inconscientes, que possam provocar uma perturbação na relação da criança com o seu outro progenitor, ainda, o fato de que as críticas podem ou não ser verdadeiras, igualmente acrescidos outros fatores de desencadeamento, não apenas circunscritos aos litígios pela guarda, mas diante da divisão de bens, do montante dos alimentos, ou até mesmo a constituição de nova família por parte do genitor alienado (MADALENO, 2019, p.54).

O Brasil foi o primeiro país a criar uma lei específica para combater a Alienação Parental, diante disso, outra doutrinadora esclarece que:

Esse processo de desqualificação é geralmente praticado quando o idoso constitui outra família. O novo cônjuge ou companheiro tenta desqualificar os filhos ou parentes do relacionamento anterior, evitando a convivência entre eles. A tendência é o próprio idoso aderir ao processo de desmoralização e descrédito dos seus familiares e passa a rejeitar qualquer tipo de contato. Impossível não reconhecer que se trata de alienação parental, ainda que tais práticas sejam objeto de lei quanto a crianças e adolescentes (Lei12.318/2010) Flagrada a tentativa de construir uma injustificável rejeição para com quem a criança ou adolescente tenha afinidade ou afeição (DIAS, 2021).

Desta forma, a Alienação parental será corriqueiramente causada por um familiar, que tem confiança da família ou por sujeitos próximos que exercem alguma autoridade sobre o agente alienado.

2.1 Síndrome da Alienação Parental



No entendimento de um dos doutrinadores que se posicionam sobre o assunto destacamos que (PEREIRA, 2021, p. 710). A lei partir do momento que se pôde nomear, isto é, dar nome a uma sutil maldade humana praticada pelos pais que não se entendem mais, e usam os filhos como vingança de suas frustrações, disfarçada de amor e cuidado, tornou-se possível protegê-los da desavença dos pais. Trata-se de implantar na memória do filho uma imagem negativa do outro genitor, de forma tal que ele seja aliado e alienado da vida daquele pai ou mãe (PEREIRA; 2021, p. 710).

Alienação Parental é uma forma de abuso que põe em risco a saúde emocional e psíquica de uma criança/adolescente. Neste entendimento, segundo a legislação não há menção ao termo síndrome e sim ato, o que indica que a lei não equivale à teoria de Gardner, ao citar que:

um distúrbio da infância que aparece quase exclusivamente no âmbito de litígios de custódia de crianças. Sua exposição preliminar é a conduta demeritórias contra um dos genitores, uma campanha feita pela própria criança e que não tenha nenhuma justificacão. Resulta da combinaçã das instruções de um genitor (o que faz a “lavagem cerebral, programação, doutrinaçã), e as contribuicões da própria criança alienada para caluniar o genitor/alvo. Quando o abuso e/ou a negligência parentais verdadeiros estã presentes, a animosidade da criança pode ser justificada, e assim a explicaçã de Síndrome de Alienaçã Parental para a hostilidade da criança não é aplicável (GARDNER, 1985, p.2 apud MADELENO, 2019, p.30).

Nestes termos, ao interpretar o conceito do ato de alienaçã parental como: ‘ato ilícito e ato de litígio’; entende-se que o conceito de ato ilícito não é trazido por todos os juizes, mas permeia a fala de alguns e por vezes é acompanhado de julgamentos morais ao genitor alienador, entretanto, essas falas não são constantes nos seus discursos e não determinam suas decisões. Em outros termos, a alienaçã parental vem como ato de litígio – o que significa que é uma coisa do litígio conjugal; o qual sustenta que todos os membros da família contribuem para a alienaçã. As duas interpretações resultam de diferentes abordagens judiciais (PEREIRA, 2021, p.712).

Assim compreende-se que:

O alienador, assim como todo abusador, é um usurpador da infância, que se utiliza da ingenuidade e inocência das crianças e adolescentes, para aplicar o seu golpe, às vezes mais sutil, mais requintado, às vezes mais explícito e mais visível, e o filho acaba por apagar as memórias de convivência e de boa vivência que teve com o genitor alienado. Embora o alvo da vingança e rancor seja o outro genitor, a



vítima maior é sempre a criança ou o adolescente, programado para odiar o pai ou a mãe, ou qualquer pessoa que possa influir na manutenção de seu bem-estar, o que significa violação também dos princípios constitucionais da dignidade humana (PEREIRA, 2021, p. 712).

2.2 Critérios de diferenciação entre alienação parental e a síndrome da alienação parental

A diferenciação entre a alienação parental e a síndrome da alienação parental, é “que a primeira se caracteriza pelo afastamento do filho do genitor objeto da alienação. Já a segunda, se dá pelas consequências geradas por esse afastamento, sequelas emocionais e comportamentais que a vítima passa a desenvolver”. (PEREIRA, 2021, p. 721).

Nos divórcios e dissoluções afetivas litigiosas o grau de animosidade é muito grande e toda a sorte de estratégias é utilizada para a identificação correta da síndrome da alienação parental, sendo necessário descartar a ocorrência de abuso sexual real, bem como de outras doenças de cunho psicológico e de estratégias isoladas, uma vez que a SAP é o somatório de condutas, estratégias. (MADALENO, 2019, p.61).

Por inúmeras vezes, os genitores em momento de fúria, após brigas, desrespeito para com o outro, iniciam condutas alienatórias, com este entendimento fica claro que:

Este fenômeno se dá quando o próprio pai/mãe é o agente alienador ou melhor, quando o alienado é quem provocou tal alienação. Os casos mais comuns que ocasionam autoalienação podem ser aqui exemplificados: passar muito tempo sem ver/conviver com seu(s) filho(s), causando mágoas, e conseqüentemente rupturas psíquicas na relação; maus tratos ao(s) filho(s), fazendo com que eles se afastem como forma de se defender; impor aos filhos de forma abrupta, sem respeitar o tempo da criança/adolescente a convivência com seu novo relacionamento amoroso, especialmente quando este relacionamento aparece como um dos motivos ensejado pela separação dos pais. (PEREIRA, 2021, p.721).

Neste caso, os genitores, devem ter cautela e muito discernimento, após gerarem uma vida, quererem se separar, ou viver em meio a brigas, pois com frequência usam a criança para atingir o genitor que não tem a guarda, se tornam autor da conduta que instigou a Síndrome da Alienação Parental.

2.3 Critérios de identificação entre alienação parental e a síndrome da alienação parental



A Síndrome da Alienação Parental ocorre no ambiente da relação conjugal e tem com sintoma desencadeador condutas alienatórias:

A designação, Alienação Parental, tange a influência em que um dos pais ou pelos que detém a guarda, em fazer com que o menor aflore sentimentos e pensamentos ruins em relação ao outro genitor, tendo como principal objetivo fazer com que os filhos se recusem a encontrar a ter convívio com o outro genitor (SOUSA, 2017, p. 11).

No Brasil, a recente criação da lei 12.318, que aborda a Alienação Parental e pune os responsáveis por ela, pode contribuir para a diminuição dos casos de Alienação, mas há, ainda, uma deficiência estrutural na capacitação dos profissionais que atuam frente à síndrome da alienação parental, pois sintomas irão se manifestar no organismo, tudo por conta da conduta alienatória que causará a SAP. Aqui temos algo que necessita ser trabalhado com excelência pelas autoridades competentes pois (MADALENO, 2019, p. 36).

Um dos primeiros sintomas da instauração completa da síndrome da alienação parental se dá quando o menor absorve a campanha do genitor alienante contra o outro e passa, ele próprio, a assumir o papel de atacar o pai alienado, com injúrias, depreciações, agressões, interrupção da convivência e toda a sorte de desaprovações em relação ao alienado. Os menores passam a tratar seu progenitor como um estranho a quem devem odiar, se sentem ameaçados com sua presença, embora, intimamente, amem esse pai como o outro genitor. Para o pai alienado é um choque ver que seu próprio filho é quem lhe dirige as palavras de ódio antes escutadas do outro cônjuge, o que pode ocasionar, inclusive, diante da sensação de impotência, o seu afastamento da criança – exatamente como quis e planejou o alienador (MADELENO, 2019. P. 36. Síndrome da Alienação Parental).

Então compreende – se que a alienação parental se baseia em um grupo de sintomas sendo observado surge a suspeita de prática de alienação parental por um dos genitores, alguns sintomas podem ser identificados na criança vítima desta situação, tais como: ansiedade, nervosismo, agressividade, depressão, transtorno de identidade, falta de organização, isolamento, insegurança, dificuldades de aprendizado (MADALENO, 2019, p.30-40).

2.4 Formas de alienação parental



A alienação parental pode acontecer de diversas formas. O artigo 2º, da Lei 12.318/10, parágrafo único, exemplifica as formas de alienação parental: Art. 2o Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

Parágrafo único. São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros:

- I- Realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;
- II - Dificultar o exercício da autoridade parental;
- III - Dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;
- IV - Dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;
- V - Omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;
- VI - Apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;
- VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós.

Desta maneira pode-se dar de diversas formas, como proibir o genitor ou genitora de ver o filho(a), fazer chantagens, manipular, influenciar a criança e adolescente contra o genitor ou genitora, dificultar visitas, omitir informações sobre os filhos ou apresentar falsas denúncias para dificultar a convivência.

2.5 Consequências psicológicas da alienação parental

A partir das condutas alienatórias a Síndrome da Alienação Parental (SAP), que é identificada quando o genitor alienador se opõe ao interesse do outro em resguardar o convívio afetivo com os filhos. (BOUSI, 2012, p.12) explica que o genitor alienador apresenta atitudes de desapontamentos ocorridos do período do relacionamento com o fim de mostrar para a criança os supostos ou verdadeiros motivos que levaram ao afastamento entre o casal, induzindo a criança a detestar e desistir de um dos responsáveis pai ou mãe (BUOSI, 2012, p.12).

Em outros termos, a Síndrome da Alienação Parental (SAP), representa uma emoção doentia, proveniente das emoções do genitor alienador. As principais consequências incluem dificuldade em ver o filho distanciado e a elaboração de meios



para conservar essa criança numa relação doentia, que oprime, superprotege e mantém a criança subordinada à suas recomendações, ideias e ações. “[...] o genitor alienador é induzido por excessos de seus sentimentos, como a raiva, ciúmes em relação ao ex-parceiro, agindo de forma intempestiva, deixando-se levar por seus impulsos” (SOUSA, 2017, p.110).

Trataremos, ainda, das formas mais comuns da síndrome da alienação parental. O autor relata ainda, as consequências a curto prazo observadas:

nas crianças vítimas destas acusações, a saber Alterações na área afetiva: depressão infantil, angústia, sentimento de culpa, rigidez e inflexibilidade diante de situações cotidianas, insegurança, medos e fobias, choro compulsivo sem motivo aparente. Alterações na área interpessoal: dificuldade em confiar no outro, dificuldade em fazer amizades, dificuldade em estabelecer relações principalmente com pessoas mais velhas, apego excessivo a figuras “acusadoras”. Alterações na área da sexualidade: não querer mostrar seu corpo, recusar, tomar banho com colegas, recusa anormal a exames médicos e ginecológicos, vergonha em trocar de roupa na frente de outras pessoas. (MADALENO, 2019, p.66).

Além disso a Síndrome da Alienação Parental pode ocasionar, consequências para as crianças ou adolescentes como culpa, ansiedade, depressão infantil, agressividade, medo, angustias. Tais consequências psicológicas mudam a rotina e a segurança do alienado, dependendo da criança e do próprios pais, ou seja, cada um, seja a criança ou genitor ou genitora alienado, apresentará consequências de formas diferentes. (MADALENO, 2019, p.66).

2.6 Consequências civis à criança e ao adolescente alienado sobre as condutas alienatórias

Diante das inúmeras violações dos Direitos Humanos e da criança e adolescente, a sociedade se levantou em buscar soluções para a criação de algo que poderia limitar a alienação parental deixando explícito em lei que:

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitárias (ECA, LEI, 8.069).

Portanto, entre posições doutrinárias e jurisprudenciais causadas pelas condutas alienatórias e por abandono emocional, a Lei 12.380/2010 passou-se por



constituir as consequências civil sobre a Alienação Parental. A Constituição Federal de 1988, além de possibilitar o reconhecimento de diversas entidades familiares até então ignoradas, passou a dar mais interesse ao desenvolvimento da criança e do adolescente (BRASIL,2010).

Tendo em vista que eles estão em pleno desenvolvimento mental, psicológico e de construção de personalidade e dignidade, aliado à personalidade do direito civil que lhes dão um tratamento prioritário, realizou-se uma maior qualificação das normas para infância e juventude, respaldada em princípios contidos na lei 8.069/90, o Estatuto da Criança e do Adolescente. Consta nos artigos artigo 3º, art. 4º, art. 5º e art. 130 do ECA o seguinte teor sobre o tema em estudo:

Art. 3 A criança e ao adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-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.4 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.

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.

Art. 130. Verificada a hipótese de maus-tratos, opressão ou abuso sexual impostos pelos pais ou responsável, a autoridade judiciária poderá determinar, como medida cautelar, o afastamento do agressor da moradia comum “(ECA, LEI, 8.069/90).

Assim o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), tem com objetivo central combater qualquer forma de ilícito contra o menor. Neste sentido podemos ir além, fazendo a busca pela responsabilização civil referindo – se aos danos morais e materiais sofridos pela criança ou adolescente e genitor alienado ao suportarem a gravidade do assunto tratado. Quando um fato causa um dano, este dano, por regra, deve ser reparado. Desta forma, são listados os elementos da Responsabilidade Civil; a “ação”, o “dano”, o “nexo de causalidade” e a “culpa” (TARTUCE,2021, p. 100).

Para a correta valoração, deve-se, inicialmente, diferenciar os interesses merecedores de proteção do ordenamento jurídico daqueles interesses que representam meros aborrecimentos. Em seguida, a lesão aos interesses dos merecedores de tutela deve ser configurada, em toda a sua extensão, a partir de suas



consequências na esfera material ou imaterial da vítima, independentemente de a conduta do ofensor ter sido mais ou menos grave. Uma vez configurada a lesão, a tutela dos interesses violados deve se dar quando a consequência da lesão na esfera do lesado for resultado de uma violação a um dever de respeito, isto é, de não lesar (TEMPETINO, GUEDES, TERRA, 2021.P85).

Portanto os elementos mínimos e necessários que constituem a imputação da responsabilidade civil estão nos termos dos artigos 186, 187 e 927 do Código Civil, os quais, estipulam que o agente alienador é obrigado a ressarcir moralmente os danos causados pelo cessionário (pais e mesmo menores) em razão de suas ações. Com a promulgação da Lei de Alienação Parental, o estabelecimento do dano mental originado por abuso moral ou abuso emocional causado pela prática da alienação certamente passará a ser consenso nas teorias e tribunais, permitindo que menores e pais da vítima a ser alienada, tenham o direito de reclamar tais reivindicações (TEMPESTINO, GUEDES, TERRA, 2021, p.85).

3. DOS EFEITOS PENAIIS ADVINDOS DA ALIENAÇÃO PARENTAL

3.1 Síndrome da Alienação Parental em oposição ao abuso sexual

Vale ressaltar que, nos dias atuais com os conceitos que mostram de onde advêm, muitas das vezes a revolta da criança alienada, identificar que os sintomas, mais comuns aparecem em crianças com idade pré-escolar, expostas à maior das falsas acusações que o ser humano pode fazer que é uma falsa acusação de estupro de vulnerável. (MADALENO; 2019. p.56)

Essa prática fica explícita quando de maneira direta, Rolf Madaleno expõe sua posição:

Uma tática comum para impedir as visitas do genitor alienado é a falsa denúncia de abuso sexual contra a criança, geralmente quando outras táticas se mostram pouco eficazes. O alienador – utilizando-se de uma recusa do filho em estabelecer contato com o outro pai e esperando obter uma posição vantajosa, para ganhar tempo e interferir no regime de visitas – convence o próprio filho da ocorrência de um ato inexistente passado com ele, geralmente de abuso sexual (MADALENO, 2019, p.57).

Com isso, algumas patologias se afloram no sistema psicológico da criança como a ansiedade, os pesadelos e um comportamento sexual inapropriado. Já em crianças com idade escolar, encontram-se mais comumente, distúrbios mentais,



agressividade, pesadelos, hiperatividade, comportamentos regressivos e problemas escolares. "Nos adolescentes, os sintomas mais comuns são a depressão, o abuso de substâncias químicas e o comportamento retraído ou suicida (MADALENO,2019, p.58)

Outras vezes, com argumentos mais fortes, o alienante faz chantagem emocional com a criança, dizendo, por exemplo, que ficará muito triste e sozinho se o menor encontrar o outro genitor, e que tal atitude seria uma traição; de modo mais grave ainda, alguns pais chegam a ameaçar suicídio caso a indefesa criança se relacione com seu outro genitor. Utilizam-se, ainda, de artimanhas, como dizer que o filho não se sentiu bem após a última visita, e de que o genitor alienado não é capaz de cuidar do menor sozinho, ou que a criança necessita adaptar-se à nova situação primeiro. Outra perigosa, criminosa e perversa estratégia posta em prática é a falsa denúncia de abuso sexual, que, caso não consiga cortar de vez a visitação, irá impedi-la por tempo suficiente para que se programem ideias na psique do menor que provocarão sua alienação (MADALENO, 2019, p.58).

O uso dos processos judiciais e a supervisão pormenorizada das visitas se caracterizam também como elementos na campanha de difamação. Dizer ao menor que seu pai não paga sua pensão, que comprou um carro novo, que tem novos filhos e dos quais gosta mais, ou perguntar à criança tudo o que ocorreu na visita para tentar achar brechas que possam servir para, macular o vínculo entre o filho e o pai alienado, ou seja, as diferenças entre o modo de criação dos genitores também servem como arma de ataque (MADALENO,2019, p. 50-60)

3.2 Estupro de vulnerável

O crime de estupro consiste no fato de o agente constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso CP, art. 213, caput "Conforme Decreto-Lei nº. 2.848/40: Pena – reclusão, de três a oito anos. Parágrafo único. Se a ofendida é menor de catorze anos: Pena – reclusão, de seis a dez anos" (BASÍLIO; OLIVEIRA, 2019, p. 77).

Assim podemos relacionar a conduta de alienação parental, com o crime de estupro de vulnerável como "No caso da falsa alegação de abuso sexual, o genitor alienante programa falsas memórias na criança e a faz repetir como se realmente



tivesse sido vítima do incesto, e dificilmente a criança percebe a manipulação que sofre, e acredita piamente serem verdadeiras as alegações forjadas pelo alienador, sendo que, com o tempo, até mesmo o alienador confunde a verdade da história fictícia (MADALENO, 2019, p. 61).

A legislação teve alterações, sendo significativa o termo do delito do estupro, passando a posição majoritária da jurisprudência como tipificação para qualquer de suas modalidades em crime hediondo. Com essa alteração, o crime, segundo art. 213 do Código Penal, passa a ser conjunção carnal, violência, ameaça, que acontece de forma ilegal, onde se viola os costumes e a liberdade do adolescente e das crianças.

O artigo 213 do código penal, trata de crime contra a liberdade e dignidade sexual, denominado por este artigo como crime de estupro. A definição que o artigo traz hoje teve uma grande transformação na conceituação deste crime. A lei 12015/09 ampliou o conceito de estupro e com isso o endurecimento da lei para uma punição mais rigorosa aos criminosos. Com a nova lei conseqüentemente endureceu as penas para casos de estupro, alterando assim as penas do Art. 213 e ampliou a sua aplicação para casos que com a lei anterior eram tratados como crime de atos libidinosos (BRASIL, lei-12015-09/2018).

Neste entendimento, com a alteração legislativa da tipificação do crime de estupro vulnerável, a mesma recebeu um tratamento diferenciado pela lei e pela jurisprudência, sendo que os elementos que integram o delito incluem:

- (1) constrangimento decorrente da violência física (*vis corporalis*) ou da grave ameaça (*vis compulsiva*);
- (2) dirigido a qualquer pessoa, seja do sexo feminino ou masculino;
- (3) para ter conjunção carnal;
- (4) para fazer com que a vítima pratique ou permita a prática de qualquer ato libidinoso (DENZEM, 2016, p.89).

O estupro, consumado ou tentado, em qualquer de suas figuras (simples ou qualificadas), é crime hediondo (Lei 8.072/90, art. 1º, V). Sobre o tipo objetivo do estupro de vulnerável, Estefan, 2016, pontua que:

Com a Reforma da Parte Geral, mantiveram-se as disposições relativas à extinção do *ius puniendi* estatal retro citada, as quais passaram a compor, contudo, os incisos VII e VIII do art. 107, até serem revogadas pela Lei n. 11.106, de 2005. A Lei n. 8.072, de 1990 (Lei dos Crimes Hediondos), elevou a pena do estupro e do atentado violento ao pudor para reclusão, de seis a dez anos⁵. A Lei n. 12.015, de 2009, por fim, revogou o art. 214 e redefiniu o estupro, o qual passou a constituir-se, a partir daí, do ato de constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a



praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso (ESTEFAN,2016, p.255).

O crime de estupro de vulnerável - Artigo 217-A do Código Penal – admite tentativa e se consuma com a introdução do pênis na cavidade vaginal ainda que de forma parcial, ou com a prática de ato libidinoso realizada pelo autor; para o qual se necessário o exame de corpo delito.

A conduta nuclear reside no ato de obrigar, forçar, compelir, impor à vítima que realize determinado comportamento, ou a ele se sujeite, contra a sua vontade. O dissenso do sujeito passivo, destarte, figura como elementar. Os meios executivos descritos no tipo penal, sem os quais não se configura o delito, consistem no emprego de violência contra a pessoa ou grave ameaça. Faz-se mister, portanto, que a resistência do ofendido seja superada com a utilização de força física ou turbação psíquica suficientemente grave a ponto de enfraquecer a liberdade sexual de alguém. O sujeito passivo, que pode ser homem ou mulher, deve ser compelido a ter conjunção carnal, considerando-se como tal a introdução do pênis na vagina (ou coito vaginal) ou a praticar ou permitir que com aquele se pratique qualquer ato libidinoso (ESTAFAM, 2016, P.255).

Conforme estabelece o artigo 217 - em exame de corpo delito prevê-se, duas formas típicas de estupro contra pessoa vulnerável, em que o crime de estupro pode ocorrer sem a necessidade de se demonstrar a presença do elemento normativo da violência ou da grave ameaça real. Estas duas condutas, típicas de estupro contra pessoa, vulnerável estão assim descritas no § 1º, do dispositivo em referência: "Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência".(ESTEFAM,2016, p.256).

Registre-se que o Estatuto da Criança e do Adolescente inseriu, nos arts. 213 e 214, causas de aumento de pena incidentes quando o ofendido fosse menor de 14 anos (art. 263). Entendeu-se, porém, que a despeito de terem entrado em vigor após a Lei dos Crimes Hediondos, a alteração promovida por esta é que deveria prevalecer, de vez que promulgada posteriormente. De acordo com o ECA, a pena do estupro, na hipótese mencionada, seria de reclusão, de quatro a dez anos, e do atentado violento ao pudor, reclusão, de três a nove anos (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 72.435, rel. Min. Celso de Mello, 1ª T., j. 12-9-1995: Habeas Corpus – Delito o praticado contra criança de três anos de idade).

Neste entendimento, a conduta do ato abrange as seguintes finalidades: (1) ter conjunção carnal; (2) praticar outro ato libidinoso; (3) permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso. Em outros termos, não é necessário que se esgote toda a capacidade de resistência da vítima, a ponto de colocar em risco a própria vida, para reconhecer a violência ou grave ameaça. "As vítimas vulneráveis, com ou sem o seu



consentimento, o crime será o de estupro de vulnerável” (CP, art. 217-A) assim:

A Lei 12.015/2009 provocou a alteração da nomenclatura do Título VI, substituindo a expressão Dos crimes contra os costumes pela atual, dando relevo à dignidade sexual, que é corolário natural da dignidade da pessoa humana, bem jurídico tutelado nos termos do art. 1.º, III, da Constituição Federal (NUCCI, 2019, p.88).

Nesses termos, a categoria jurídica "pessoa vulnerável" é um novo conceito de Direito Penal e deve ser entendido, nos termos do art. 217-A, como:

toda a criança ou mesmo adolescente com menos de 14 anos de idade ou, também, como qualquer pessoa incapacitada física ou mentalmente de resistir à investida estupradora do agente criminoso. Vale ressaltar que tendo esta criança que passar pelo constrangimento do exame pericial para a confirmação do crime de abuso sexual, exames este que irá constar no laudo se houve conjunção carnal é a cópula vaginal, ou seja, o relacionamento sexual normal entre homem e mulher, com a penetração completa ou incompleta do pênis na vagina, com ou sem ejaculação constitui se ato libidinoso que é aquele que visa ao prazer sexual, com exceção da conjunção carnal, tais como a masturbação, os toques íntimos, a introdução de dedos ou objetos na vagina, o sexo oral, o sexo anal(NUCCI,2019. p.91).

A função principal do exame no crime de estupro é comprovar a realização do crime, e as lesões ocasionadas por este, pois é de suma importância a prova de que este ato não foi consentido (mesmo com consentimento é crime se realizado com menor de 14 anos – Art. 217-A CP). A comprovação do estupro depende da materialidade da prova, porém buscando sempre as versões das vítimas para evitar a absolvição em massa por falta de provas. É indiscutível que, pela consequência das dificuldades de comprovação da denúncia, a palavra da vítima é considerada pela jurisprudência como um dos elementos mais importantes do processo, sendo, inclusive, considerada suficiente para sustentar a condenação do réu na falta de provas mais consistentes.

A Lei 12.318/2010 ocupou o artigo 5º com diligências a serem adotadas quando verificada a alienação. Art. 5º - Havendo indício da prática de ato de alienação parental, em ação autônoma ou incidental, o juiz, se necessário, determinará perícia psicológica ou biopsicossocial.

§ 1º O laudo pericial terá base em ampla avaliação psicológica ou biopsicossocial, conforme o caso, compreendendo, inclusive, entrevista pessoal com as partes, exame de documentos dos autos, histórico do relacionamento do casal e da separação, cronologia de incidentes, avaliação da personalidade dos envolvidos e exame da forma como a criança ou adolescente se manifesta acerca de eventual acusação contra genitor.



§ 2º A perícia será realizada por profissional ou equipe multidisciplinar habilitados, exigido, em qualquer caso, aptidão comprovada por histórico profissional ou acadêmico para diagnosticar atos de alienação parental.

§ 3º O perito ou equipe multidisciplinar designada para verificar a ocorrência de alienação parental terá prazo de 90 (noventa) dias para apresentação do laudo, prorrogável exclusivamente por autorização judicial baseada em justificativa circunstanciada (BRASIL, 2010).

De acordo com esse entendimento, o crime de estupro ocorre sem presença de testemunhas e até mesmo sem provas materiais, onde um processo de estupro se desenvolve em torno do confronto entre a palavra da vítima e a palavra do acusado. Portanto “constranger significa tirar a liberdade, forçar ou coagir. Nesse caso, o cerceamento destina-se a obter a conjunção carnal ou outro ato libidinoso” (NUCCI, 2019, p.93).

O Sistema adotado no Brasil, é o Sistema Acusatório, a corrente minoritária é identificada por meio de uma única característica que diferencia os sistemas. Assim “a separação de funções se o sistema separa as funções de acusar e de julgar, será acusatório. Caso contrário será inquisitivo” (DEZEM, 2016, p.89).

4. DENUNCIÇÃO CALUNIOSA E A RESPONSABILIDADE CIVIL DO DENUNCIANTE – UM ESTUDO DE CASO

O crime de denúncia caluniosa está previsto no artigo 339 do Código Penal Brasileiro e quem comete, é quem aciona indevidamente ou movimentada irregularmente a máquina estatal de persecução penal (delegacia, fórum, Ministério Público, CPI, corregedoria, etc.) fazendo surgir contra alguém um inquérito ou processo imerecido. Assim, a denúncia caluniosa é um dos crimes contra a administração da Justiça. A pena prevista é de reclusão, de dois a oito anos, e multa. A nova lei passou a estabelecer que denúncias falsas de infrações éticas e disciplinares também possam ser consideradas crime de denúncia caluniosa se resultarem em processos. (NUCCI, 2019, p. 988).

Trata-se de crime complexo em sentido amplo, constituído, em regra, da calúnia e da conduta lícita de levar ao conhecimento da autoridade pública – delegado, juiz ou promotor – a prática de um crime e sua autoria. Portanto, se o agente imputa falsamente a alguém a prática de fato definido como crime, comete o delito de calúnia. Se transmite à autoridade o



conhecimento de um fato criminoso e do seu autor, pratica conduta permitida expressamente pelo Código de Processo Penal (art. 5.o, § 3.o). Entretanto, a junção das duas situações (calúnia +comunicação à autoridade) faz nascer o delito de denúncia caluniosa, de ação pública incondicionada, porque está em jogo o interesse do Estado na administração da justiça (NUCCI; 2019. p.988).

A denúncia caluniosa feita de maneira com que o estado se movimente em torno, por exemplo de uma falsa acusação de estupro de vulnerável, faz com que o agente acusado falsamente, ou o sujeito alienado sofra com o repúdio da sociedade em geral. Então, é importante que se tenha muita cautela, em especial as entidades, que têm o poder de resguardar os direitos da criança ou qualquer outro sujeito que sofra principalmente com as falsas acusações do crime de estupro de vulnerável(NUCCI,2019, p.990).

4.1 Tipo objetivo sobre a conduta incriminada.

Neste tópico trataremos de forma específica a conduta que consiste em dar começo à instauração de investigação policial, de processo judicial, instauração de investigação administrativa, imputando-lhe crime que o sabe inocente. “O agente motiva a instauração de investigação policial, através da *notitia criminis* ou de processo judicial pela representação ou queixa- crime contra alguém incumbindo-lhe a prática de crime (ação ou omissão típica, antijurídica, e culpável” (NUCCI; 2019, p. 995).

Entende-se então que na denúncia caluniosa, o agente imputa o fato ilícito falsamente e dá causa à instauração de procedimento investigativo (inquérito policial, procedimento investigatório criminal ou inquérito Civil), processo administrativo disciplinar, processo judicial criminal ou por ato de improbidade administrativa (NUCCI, 2019, p.995).

Assim, o agente alienador se comporta como um “cordeiro” simplesmente para ter êxito na denúncia de um crime que sabe que nunca existiu.

4.2 Tipo subjetivo sobre a conduta incriminada

O crime de denúncia caluniosa exige, como elemento subjetivo do tipo, o dolo direto, compreendido na expressão de que sabe ser inocente, tendo o agente a



certeza da inocência da vítima da falsa imputação de crime. A respeito desta conduta o doutrinador é claro ao se referir que o dolo direto é visto que o agente deve saber da falsidade da imputação feita, ou melhor, ter a consciência da inocência da vítima. o dolo; entretanto, somente na sua forma direta, tendo em vista que o tipo penal exige o nítido conhecimento do agente acerca da inocência do imputado. (NUCCI,2019, p.995).

Penal- denúncia caluniosa. O tipo do Art.339 do CP exige que a denúncia caluniosa seja objetiva e subjetivamente falsa, caracterizando assim o dolo específico. O autor da denúncia deve saber que a imputação do crime recai sobre um inocente. Queixa-Crime rejeitada (STJ – AP 489/SP – Corte Especial – j. 08.09.2008 – v.u. – rel. Min. Ari Pargendler – Dje 23.10.2008).

Diante desse conceito sobre a denúncia caluniosa, pode ocorrer em qualquer cenário: cível ou criminal.” O ponto crítico desse delito é macular a honra (tanto que muitos autores o consideram um delito contra a honra, na sua essência) de alguém perante a autoridade administrativa ou judiciária” (NUCCI,2019, p 989).

Neste contexto vamos entender com o estudo de caso que:

Dar causa a instauração de investigação policial não quer dizer unicamente inaugurar o inquérito formalmente. Se, durante o seu andamento, o agente lança uma segunda acusação, esta sim caluniosa, é absolutamente natural que é obrigação da autoridade policial investigá-la. Está inaugurando uma segunda linha investigatória, com os constrangimentos ao investigado, por conta da falsa acusação. (NUCCI, 2019, p.989).

4.3 Denúncia caluniosa e a responsabilidade civil

As denúncias de estupro identificam-se no contexto da alienação parental como ferramenta para acusações falsas contra o genitor alvo. No estudo de caso em questão, a idade da criança alienada era de oito anos. Crianças que se encontram na tenra idade são mais vulneráveis à manipulação. Sobre a denúncia pode se afirmar que:

Uma vez suscitada a suspeita de abuso sexual, as autoridades passam também a vigiar mais rigorosamente o alienado, chegando, não raro, a restringir as visitas, como forma de cautela, até que seja definitivamente esclarecida a suspeita. Nesse espaço de tempo, entretanto, o cônjuge alienador pode incutir dúvidas sobre o imaginário da própria criança, abrindo espaço para fantasias e falsas memórias, gerando insegurança em todos os envolvidos no processo de avaliação (TRINDADE, 2012, p.206).

O caso em análise, PROJUDI - Processo: 0001486-85.2020.8.16.0167, relata que B.M.D.S, em 19/04/2018, fora acusado da prática de abuso sexual, pelo genitor



da menor M.E.S.C.F., oito anos, que vive sob a sua guarda e da genitora, com quem convive maritalmente. Ocorre que durante a realização dos protocolos de investigação policial e administrativa, dos órgãos de competência, o acusado teve sua prisão decretada, sob a alegação de descumprimento de uma medida protetiva, que nunca fora expedida. Encaminhada ao Instituto Médico Legal, constatou-se que não houve qualquer violação na menor em questão e que a menor não seria vítima de violação e/ou estupro vaginal/anal. Em 06/03/2019, o Ministério Público do Estado do Paraná, arquivou o processo por insuficiência de provas.

Durante o processo, o acusado além das humilhações sofridas, foi algemado, preso, agredido fisicamente pela polícia. Também foi obrigado a se mudar da sua residência, perdeu emprego devido aos boatos difundidos na cidade, o que gerou impacto em suas finanças, e a aquisição dívidas. O acusado ainda sofreu danos psicológicos, e teve que passar por acompanhamento psiquiátrico e psicológico. Configurando os danos à sua honra e moral, causados, ingressa com ação de reparação de danos materiais e morais. Nesse sentido, traz-se o entendimento dos artigos 927 e 187 do Código Civil, onde se destaca (TARTUCE,2021, p100).

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

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

Ao comentar esse dispositivo, afirma que "se o interesse moral justifica a ação para defendê-lo e restaurá-lo, é claro que tal interesse é indenizável, ainda que o bem moral se não exprima em dinheiro" e, continua: "É uma necessidade dos nossos meios humanos, sempre insuficientes, e não raros grosseiros, que o direito se vê forçado a aceitar que se compute em dinheiro o interesse de afeição e os outros interesses morais"(TARTUCE,2021, p.100).

No momento da queixa crime, ao impor um falso crime contra um dos genitores, o genitor alienador acaba por efetivar o crime qualificado no artigo 339 do Código Penal:

Dar causa à instauração de investigação policial, de processo judicial, instauração de investigação administrativa, inquérito civil ou ação de



improbidade administrativa contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabe inocente (BRASIL, 1940, apud BASÍLIO, 2019, p.85).

Considerando todo infortúnio causado pelos agentes que no exercício das suas funções a extrapolam, além da responsabilização penal destes, a doutrina e jurisprudência estabelecem também a possibilidade da responsabilização civil quando encontrados os quatro elementos para tal: conduta, dano, nexó causal e responsabilidade objetiva ou subjetiva.

Oportuno fazer referência à Constituição Federal de 1988, que foi muito clara ao dispor, no seu art. 5º, inciso X, que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. Tal dispositivo, sem problemas, começou a ser amplamente utilizado pela nossa jurisprudência, especialmente no sentido de resguardar o dano moral puro, "verbis": (RT, 670:143).

De acordo com jurisprudência pacificada no TJPR, o caso da acusação indevida deve ser reparado:

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – FALSA COMUNICAÇÃO DE CRIME DE ESTUPRO DE MENOR – ABUSO DO EXERCÍCIO REGULAR DE UM DIREITO – CONJUNTO PROBATÓRIO ROBUSTO – DEVER DE INDENIZAR – DANO MORAL CONFIGURADO – VALOR INDENIZATÓRIO FIXADO EM ATENÇÃO ÀS FUNÇÕES INTIMIDATIVA E COMPENSATÓRIA DA INDENIZAÇÃO, SEM IMPLICAR EM ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA DO OFENDIDO – ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA MANTIDO – RECURSO NÃO PROVIDO. (TJPR – 8ª C.Cível – AC – 1577301-2 – Curitiba – Rel.: Gilberto Ferreira – Unânime – J. 23.03.2017).

O art. 186 do Código Civil brasileiro define o que se entende por comportamento culposo do agente causador do dano: “ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência”. Em consequência, fica o agente obrigado a reparar o dano” (GONÇALVES, 2018. p.48).

No mesmo sentido :a “responsabilidade civil, no Código Civil de 2002, está estribada em dois conceitos estruturais, tratados em sua Parte Geral, quais sejam o ato ilícito (art. 186) e o abuso de direito (art. 187)”. (TARTUCE. 2021.p.86).

O caso em pauta, devidamente protocolado no sistema judiciário do Estado do Paraná, requer indenização de todos os envolvidos, no valor R\$ 185 mil reais e, está em andamento, em primeira instância.

O valor calculado, longe de apagar a dor causada a toda uma família, tenta reparar não apenas o patrimônio abalado, mas serve-se de aviso aos agentes



alienadores e à sociedade, como um todo, de que o direito não tolera as condutas citadas danosa impunemente, devendo a condenação atingir efetivamente, de modo muito significativo, o patrimônio do causador do dano, para que assim o Estado possa demonstrar que o Direito existe para ser cumprido.

5. CONCLUSÃO

O estudo do assunto que envolveu os efeitos jurídicos de condutas alienatórias decorrente do crime de denúncia caluniosa de estupro vulnerável como a principal conduta, foi de grande importância para aprimorar o entendimento a respeito, da alienação parental, para a qual as mudanças implementadas na legislação no mundo contemporâneo provocaram transformações no comportamento e nos papéis dos integrantes da família. Quando identificada e caracterizada a alienação parental, o genitor alvo pode usufruir da redação do Artigo 6º da Lei 12.3128/2010, pois, o juiz, tem a responsabilidade na tomada de decisão, evitando dano civil e penal, diante da gravidade do caso, tendo a iniciativa para determinar sanções ao genitor alienador.

A legislação defende benefícios para o genitor alvo da alienação, pois, poderá ter o regime de convivência familiar ampliado. Entretanto, a criança deverá receber acompanhamento psicológico ou biopsicossocial quando for vítima da alienação e, ainda, deve ser determinada guarda compartilhada.

No momento em que são registradas as falsas memórias, tratando-se de um processo sistemático, em que o genitor alienante conta à criança fatos, ou acontecimentos, induzindo a vítima a acreditar que algo realmente ocorreu, é importante que o jurídico examine se existem as falsas acusações a fim de que não seja movimentado o estado injustamente para prevenir que crimes como o de denúncia caluniosa de estupro de vulnerável aconteçam.

Os danos morais e da dignidade humana em decorrência das falsas acusações do genitor alienador, podem causar problemas psicológicos, emocionais e transtornos para a criança como também para sujeito suspeito do crime de estupro de vulnerável, à qual terá em sua mente sempre recordações que levam à baixa auto/estima, depressão, desmotivação. Por isso, surge a necessidade da aplicabilidade da legislação que define o dolo, no momento em que se obtém o resultado dos conflitos familiares.

Conforme dados do estudo de caso, inúmeros foram os conflitos provocados



com a denúncia anônima, causando dano moral e fragilizando a família da criança, sendo que após a denúncia infundadas como as medidas adotadas pelo Conselho Tutelar e Psicóloga tornou-se um ato ilícito, motivo de processo e indenização.

Perante às injustiças cometidas, a indenização não reduz os traumas psicológicos e a difamação perante a sociedade, além da falta de ética dos profissionais envolvidos no caso. Diante disso, sugere-se, para o legislativo que medidas sejam adotadas, como tornar o crime de denúncia caluniosa de estupro de vulnerável hediondo.

REFERÊNCIAS:

BASÍLIO, Paula; OLIVEIRA, Lucas P. O. **As consequências das falsas acusações de crime de estupro de vulnerável na hipótese de alienação parental.** Diálogos interfaces do direito. Revista científica do curso de direito. 2019.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o **Código Civil**. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. – **8ª C.Cível – AC – 1577301-2** – Curitiba – Rel.: Gilberto Ferreira – Unânime – J. 23.03.2017.

_____. Supremo Tribunal de Justiça. **AP 489/SP – Corte Especial – j. 08.09.2008** – v.u. – rel. Min. Ari Pargendler – Dje 23.10.2008.

_____. Supremo Tribunal de Justiça. – **AP 489/SP – Corte Especial – j. 08.09.2008** – v.u. – rel. Min. Ari Pargendler – Dje 23.10.2008.

_____. **Lei nº 8.069, de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm

_____. **Lei nº 12.015, de 07 de agosto de 2009.** Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1º da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e revoga a Lei no 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm>.

BRASIL. **LEI Nº 12.318, DE 26 DE AGOSTO DE 2010.**
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm

_____. PROJUD. Processo Judicial Digital n. 000140-8.2020.8.16.0167.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **8ª C.Cível – AC – 1577301-2** – Curitiba – Rel.: Gilberto Ferreira – Unânime – J. 23.03.2017.

BUOSI, Caroline de Cássia Francisco. **Alienação parental: uma interface do Direito e da Psicologia.** 1ª. Ed. Curitiba: Juruá, 2012.

DENZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal.** 2ªed. São Paulo: Revista dos tribunais, (livro eletrônico) Sistemas Processuais Penais, 2016.



DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito Das Famílias**. 2021. 14ª Edição. Revista Atualizada e Ampliada.

LIMA, André Estefam Araújo. **Homossexualidade, prostituição e estupro - 1ª edição de 2016: Um estudo à luz da dignidade humana**. Tese. PUC. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/6985>.

GARDNER, Richard. **Casais separados: a relação entre pais e filhos**. São Paulo: Martins Fontes, 1980 *apud*. MADELENO, Rolf. Síndrome da Alienação Parental. Aspectos Legais e Processuais. 6ª Edição, 2019.

BRASIL. Lei 12.318, de 26 de agosto de 2010. **Dispõe sobre alienação parental e altera o art. 236 da Lei nº 8.069, de julho de 1990**. Disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/alienacao-parental.pdf>

MADELENO Rolf. **Síndrome da Alienação Parental**. 2019. 6ª Edição.

NUCCI, Guilherme. **Curso de Direito Penal**. Ed Gen. 2021

PEREIRA, Rodrigo Cunha. **Direito das famílias**. 2021.

SILVA, Iolete Ribeiro da (Org.). **Debatendo sobre alienação parental: diferentes perspectivas**. Brasília: Conselho Federal de Psicologia, 2019. Disponível em http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/2020_Boletim/Bol17_07.pdf.

TARTUCE, Flávio. **Responsabilidade Civil**. 2021. 3ª edição.

TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Fundamentos do direito civil: responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2020. v. 4.



FAKE NEWS E A RESPONSABILIDADE CIVIL PELA DISSEMINAÇÃO DE NOTÍCIAS FALSAS

Tatiana Mana Bellasalma e Silva⁶⁵

Vitória dos Santos Morassutti⁶⁶

RESUMO: Atualmente, com o altíssimo volume de informações propagadas, bem como a velocidade de sua disseminação possibilitada pela era digital, observou-se o pernicioso fenômeno das chamadas *fake news*, violador dos direitos fundamentais da coletividade e ensejador do chamado dano social, de difícil prevenção e reparação. Pretendeu-se com o presente trabalho tecer uma análise acerca das tais notícias falsas, bem como de seus efeitos, abordando de forma específica seus ataques diretos à democracia, bem como o agravamento e/ou a maior dificuldade de controle da crise pandêmica causada pela COVID-19 em razão de sua difusão. Por meio da revisão bibliográfica não só jurídica mas como de toda matéria atinente ao tema, tratou-se da possibilidade de aplicação do instituto da Responsabilidade Civil como ferramenta de prevenção e reparação de danos, já que o fenômeno social mostra-se inédito e não conta com vasta regulação legislativa para sua tratativa. Ainda como contraponto, observou-se a necessidade de resguardar os direitos à liberdade de expressão e de imprensa no processo de controle das notícias desta natureza.

PALAVRAS-CHAVE: Fake News. Responsabilidade civil. Opinião pública.

ABSTRACT: Currently, with the very high volume of information propagated, as well as the speed of its propagation, made possible by the digital age, he observed the pernicious phenomenon of so-called *fake news*, violating the fundamental rights of the community and giving rise to the so-called social damage, which is difficult to prevent and repair. The aim of this work was to weave an analysis of such false news, as well as their effects, specifically addressing their direct attacks on democracy, as well as the aggravation and/or greater difficulty in controlling the pandemic crisis caused by COVID -19 due to its diffusion. Through the bibliographical review, not only legal, but also of all matters related to the subject, the possibility of applying the Civil Liability institute as a tool for the prevention and repair of damages was addressed, since the social phenomenon is unprecedented and does not count with extensive legislative regulation to deal with. Still as a counterpoint, there was a need to safeguard the rights to freedom of expression and press in the process of controlling news of this nature.

KEYWORDS: Fake News. Civil responsibility. Public opinion.

INTRODUÇÃO:

As chamadas *fake news* não são um fenômeno recente. Entretanto, dada a era tecnológica da sociedade contemporânea, tem ganhado corpo e a atenção dos responsáveis pela sua gestão e seus efeitos, dentre eles, os pensadores e operadores jurídicos.

Isto porque, com a era digital, o volume de informações a que se tem acesso cresceu de maneira exorbitante, bem como a facilidade de sua pulverização.

⁶⁵ Professora dos cursos de graduação em Direito da UNIFATECIE e UNIFCV. Coordenadora do Núcleo de Práticas Jurídicas da UNIFATECIE. Professora da pós-graduação da EMAP – núcleo de Maringá e da UNICESUMAR. Mestre em direitos da personalidade. Especialista e processo civil e tecnologias aplicadas ao ensino. Graduada em Direito. Advogada. Endereço eletrônico: bellasalmaesilva@gmail.com.

⁶⁶ Aluna do curso de graduação em Direito da UNIFATECIE. Endereço eletrônico: vitoriamorassutti@gmail.com.



Não obstante, as notícias se disseminam de forma tão fácil e rápida que não raras vezes é impossível ou, muito custoso, checar sua origem e, por consequência, sua veracidade.

As *fake news* são notícias de conteúdo falso, que possuem o intuito de ludibriar, enganar seus destinatários, moldando de forma equivocada a opinião pública.

Como estratégia para aumentar consideravelmente seu alcance e até mesmo monetizar sua propagação, as *fake news* ostentam manchetes sensacionalistas e impactantes, pensadas para chocar o leitor. Talvez por isso, o conceito de *fake news* esteja tão ligado ao de pós-verdade, o fenômeno pelo qual indivíduos em rede tem dado credibilidade a notícias desta natureza pela necessidade de confirmação de uma realidade que, embora não exista, gostariam que assim fosse.

Este contexto tem se mostrado perigoso, pois mostrou-se uma fonte violadora dos direitos da coletividade, seja como se verificou durante períodos eleitorais, seja especialmente durante o período da pandemia do coronavírus, quando se colocou em descrédito a ciência e todas as orientações de segurança e saúde pública, agravando o controle da crise.

No presente trabalho, analisamos a possibilidade de aplicação do instituto da Responsabilidade Civil como mecanismo de prevenção e reparação de danos às vítimas dos estragos causados pelas *fake news*, resguardados os direitos fundamentais que podem ser tolhidos neste processo, e atentando para a nova modalidade acarretada por esta nova realidade.

DESENVOLVIMENTO

O FENÔMENO DAS *FAKE NEWS*

De acordo com os estudos de Glayder Guimarães e Michel César (2019, p. 100), "*Fake News* são notícias falsas, criadas com o intuito de moldar a opinião pública sobre determinado assunto ou causar danos a determinados sujeitos".

Embora não sejam um fenômeno recente (LIMA, 2019), as chamadas *fake news* e o grande impacto que tem causado na opinião pública e no comportamento social, ganharam grande notoriedade no período contemporâneo, dada a facilidade de sua disseminação ocasionada pelo desenvolvimento tecnológico.

Entender o importante papel deste novo fenômeno na sociedade, bem como seus efeitos e seu funcionamento, é de vital importância para se delinear o papel do



ordenamento jurídico em sua tratativa, razão pela qual o presente capítulo cuida de tal intento.

2.1 ASPECTOS HISTÓRICOS E CONCEITUAIS

O ser humano sempre teve a necessidade de se comunicar, desde antes mesmo do surgimento da escrita. Tanto a comunicação como o anseio de disseminar informações se mostram um aspecto inerente ao ser humano, como se denota desde as primeiras pinturas rupestres (OLIVEIRA, 2019).

Com o passar dos anos e o desenvolvimento das civilizações, novas formas de comunicação foram criadas e aperfeiçoadas, com o intuito de transmitir informações e consolidar o conhecimento, o que foi possibilitado com o surgimento da escrita, que se deu após a sedentarização do homem (OLIVEIRA, 2019).

O advento da escrita legou à humanidade a possibilidade de armazenar, de dar a conhecer à posteridade toda a sua história: repleta de emoções, intrigas, pensamentos, feitos heroicos, descobrimentos, conquista... enfim, a escrita representa a própria memória do homem (QUEIROZ, 2021, p. 01).

Segundo Giovana Oliveira (2019), com o desenvolvimento da indústria e do comércio, deu-se início a um processo de democratização da comunicação. Nesse período, os comerciantes perceberam que era possível divulgar seus produtos e serviços e então, passaram a financiar o jornalismo, que, conseqüentemente, começou a se desenvolver de forma mais efetiva:

Vários fatores sociais e econômicos convergiram para o desenvolvimento de uma cultura de comunicação social no decorrer da história. Mudanças trazidas pelas revoluções industriais, como por exemplo as melhorias técnicas no setor da edição e impressão, foram um fator decisivo para facilitar o processo de disseminação de conteúdo, e dessa forma, deu-se o início do processo de democratização da informação, uma vez que ela passou a ser mais acessível e a quantidade de pessoas alfabetizadas interessadas por leitura foi gradativamente aumentando. Com isso os donos de empresas perceberam que poderiam através dessa nova mídia divulgar os seus produtos e serviços, é assim que surge um novo meio de financiamento dos custos de produções dos jornais, a publicidade (OLIVEIRA, 2019, p. 10).

A partir do século XXI, as formas de comunicação se transformaram profundamente, em razão do fenômeno da digitalização, que traçou novos parâmetros à forma de conexão e comunicação entre os indivíduos (GUIMARÃES; SILVA, 2019).



No aludido período, chamado de Revolução Digital, a forma de se comunicar ganhou dinamicidade e celeridade nunca vistas antes, conforme observam Dirceu Pereira e Danilo Nunes (2018).

Conforme observam Glayder Guimarães e Michel Silva (2019), o advento da tecnologia e da digitalização disponibilizou e facilitou o acesso à informação e, ainda, garantiu o direito constitucional dos indivíduos à livre manifestação do pensamento, bem como a descentralização das fontes geradoras de informação.

Entretanto, segundo os referidos autores (GUIMARÃES; SILVA, 2019), emerge, neste contexto, uma faceta negativa da popularização das informações: a impossibilidade de se verificar a veracidade das informações disseminadas, já que um volume exorbitante de dados é criada a todo momento.

É neste contexto que surge a preocupação com as chamadas *fake news*, que embora tenham chamado a atenção por seu impacto social atualmente, estão presentes na história da humanidade desde muito antes do nascimento do termo, que ganhou proporção mundial com as eleições americanas de 2016 (LIMA, 2019).

Quanto à definição mais precisa do que seriam as *fake news*, Cristiano Sobral (2018) assevera que:

As *fake news* são notícias falsas em que são utilizados artifícios que lhe conferem aparência de verdade. São geradas pelos meios de comunicação em massa, publicadas com o intuito de enganar, obter ganhos financeiros ou políticos. Tais notícias consistem em chamadas atraentes ou inteiramente fabricadas para aumentar o número de leitores (SOBRAL, 2018).

Lincoln Veras Lima (2019), por sua vez, atenta para o fato de que a notícia falsa designada pelo termo *fake news* tem como peculiaridade que a difere das demais notícias com conteúdo falso, o fato de essa ser fabricada com o intuito de induzir seu destinatário ao engano.

Conforme citado, este tipo de informação ganhou notoriedade a partir das eleições à presidência dos Estados Unidos em 2016, quando se verificou o poder das *fake news* disseminadas não só por perfis falsos, mas também pela mídia especializada, com a finalidade de moldar a opinião pública em favor ou em desfavor dos candidatos, e, assim, angariar votos (GONÇALVES; LEMOS JUNIOR, 2020).

Com o poder de induzir os destinatários a erro, e direcionar a opinião pública, as *fake news*, associadas à facilitação de sua difusão pela era digital, mostraram-se uma fonte causadora de dano de difícil reparação, já que são produzidas, por vezes, com conteúdo altamente sensacionalista, na intenção atrair o público e de atingir o



máximo de pessoas possível, e, ainda, em muitos casos, monetizar a divulgação do seu conteúdo (GUIMARÃES; SILVA, 2019).

Sobral (2018) ainda observa que outro grande problema decorrente deste sensacionalismo inerente às *fake news* é que a disseminação da informação correta, que desminta as informações falsas outrora divulgadas, na maioria das vezes não tem o mesmo alcance e eficácia.

Neste sentido:

O fato é que a taxação de uma notícia como boato não é tão eficaz quanto o próprio boato propagado, bem como a maioria dos usuários que compartilham tais notícias falsas não verificam a veracidade das informações, gerando um movimento que se retroalimenta e de difícil controle (SOBRAL, 2018).

Cabe, nesse contexto, tratar do conceito de *Post Truth*, ou pós-verdade, intimamente ligado ao fenômeno das *fake news*, que, segundo o Dicionário Oxford da Língua Inglesa, “relaciona-se à circunstância na qual os fatos objetivos têm menor influência em moldar a opinião pública do que aqueles que apelam a emoções e crenças pessoais” (G1, 2016).

O termo, que foi eleito a palavra do ano em 2016 pelo citado dicionário britânico (G1, 2016), designa o fenômeno a partir do qual, indivíduos em rede, influenciados pela disseminação massiva de informações falsas, dispensam maior credibilidade uns nos outros que nos fatos objetivos em si, por desejar que tais informações, de fato, fossem verdadeiras, deixando a verdade em si de ter relevância, conforme elucida Felipe Molenda (2018).

Desta maneira, o termo insurge em um momento em que a sociedade internacional como um todo espalha mentiras, fofocas e rumores de uma forma muito rápida, formando um cenário propício para a formação de redes cujos integrantes confiam mais uns nos outros do que em qualquer órgão tradicional da imprensa (ARAUJO, 2018, p 7).

Neste sentido, é que Carla Mereles (2017, online) afirma que “Um mundo com a pós-verdade é uma realidade em que acreditar, ter crença e fé de que algo é verdade é mais importante do que isso ser um fato realmente”.

Veja-se, portanto, que a difusão das chamadas *fake news*, e, conseqüentemente, o estabelecimento da pós-verdade, geram um contexto efetivamente lesivo, violando direitos e garantias juridicamente tutelados e



constituindo uma nova fonte de dano (GUIMARÃES; SILVA, 2019).

FAKE NEWS E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Diante da análise tecida até o presente momento, é necessário verificar qual o papel do ordenamento jurídico quando considerado o contexto da era digital e de pós-verdade verificado.

Sendo assim, cuida este capítulo, de como as *fake news* são capazes de atingir direitos garantias de caráter personalíssimo como causadoras de dano e ainda, como sua repressão pode causar danos de magnitude social, diminuindo ou regredindo a qualidade da vida em sociedade.

Primeiramente é necessário observar que a disseminação de notícias falsas e ludibrias atenta contra a ordem constitucional, norteadora dos direitos fundamentais, por violar princípios que são a essência do Estado de Direito, especialmente o direito à informação e à comunicação (OLIVEIRA, 2019).

Neste sentido, destaca-se que o direito ao recebimento de informações verdadeiras e isentas de distorções, trata-se de um direito difuso (LIMA, 2019), que, conforme definição da Lei 8.078/90 trata-se de um direito ou interesse transindividual, “de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato” (BRASIL, 1990, online)⁶⁷.

Quanto a este aspecto, Luiz Gustavo de Carvalho (2003), assevera:

Transindividual e indivisível porque a informação jornalística é destinada a todas as pessoas que se disponham a recebê-la, sem que se possa individualizar e dividir qual informação será difundida para este indivíduo e qual para aquele. Todos são igualmente titulares desse direito de receber informação, e é inegável que todos os titulares estão ligados pela circunstância de fato de serem leitores do mesmo jornal, ouvintes do mesmo rádio ou espectadores da mesma emissora de televisão (CARVALHO, 2003, p. 105).

⁶⁷ Lei 8.078/90, Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.



Como exemplo dos aspectos citados, verificou-se durante a instalação da pandemia causada pela COVID-19 no ano de 2020 no Brasil, que as fake news disseminadas no período foram capazes de colocar em dúvida a seriedade da ciência e prejudicar de forma relevante a aderência da população às medidas de prevenção e ao tratamento. Notou-se ainda crescente disseminação de discursos xenofóbicos em desfavor da população de origem asiática, desestabilizando a soberania e a diplomacia nacionais (LUZ, 2020).

A problemática também reside no fato de que esta nova realidade, ainda não foi devidamente contemplada pelo ordenamento jurídico, o que dá a impressão de se tratar de um ambiente que Cristiano Sobral chama de “terreno inóspito e sem lei” (2018, online), incentivando assim a conduta que excede o exercício da manifestação o pensamento e da liberdade de expressão no intuito de lesar e enganar a coletividade.

Segundo Guimarães e Silva (2019), as *fake news*, como condutas que extrapolam o exercício regular dos direitos individuais, mostram-se causadoras dos chamados novos danos, modalidades de dano, até então não contemplados pela esfera jurídica, dentre os quais pode-se destacar o chamado dano social, que se trata de um novo tipo de dano, que, diferentemente dos danos já contemplados, violam os direitos da coletividade, patrimoniais ou não de cunho difuso.

O dano social é aquele que diminui a qualidade de vida as sociedade como um todo, quando considerada a vida digna em um determinado contexto social.

Desta forma, é nítido e inquestionável que a disseminação de *fake news* é conduta causadora dano, por manipular a opinião pública e, por consequência, representam um perigo à própria democracia (SOBRAL, 2018).

Sob a ótica da Post Truth, a compreensão da disseminação de Fake News como dano social torna-se incontestável, na medida em que ocorre a manipulação da opinião pública e a violação aos preceitos norteadores do princípio da boa-fé objetiva em nível social. Nesse sentido, provocam um fenômeno de ruptura social e descrença nos meios jornalísticos, que fomentam um ciclo vicioso de disseminação de Fake News por veículos alternativos de notícias que terminam por diminuir a qualidade de vida social como um todo, em especial, quando as Fake News tratam de assuntos políticos (GUIMARÃES; SILVA, 2019, p. 109).

Verifica-se, portanto, que a disseminação de notícias falsas representa a violação de danos em caráter coletivo, que, conforme explanado, necessitam ser combatidos e/ou reparados na forma prevista pelo ordenamento jurídico.



Entretanto, de outro norte, é possível vislumbrar que há uma linha tênue entre o combate à disseminação de notícias ludibrias e o tolhimento do direito dos indivíduos à liberdade de expressão e à livre manifestação do pensamento (LIMA, 2019), valores também caros ao Estado Democrático de Direito.

Há quem advogue no sentido de que o controle das *fake news* e das fontes disseminadoras implicariam o tolhimento do direito também constitucionalmente resguardado de liberdade de expressão, e ao sigilo da fonte (GONÇALVES; LEMOS JUNIOR, 2020)

Quanto a este aspecto, Felipe Molenda (2018) observa que a liberdade de expressão apresenta, além do aspecto individual, o aspecto coletivo de proteção, uma vez que a busca por informações diversificadas consolida a evolução e o conhecimento.

Neste mesmo sentido, Niccoly Gomes (2018) leciona que, é justamente por meio da liberdade de expressão que se preserva a democracia e os mesmos valores que se pretende resguardar pelo combate à disseminação de *fake news*.

À vista disso, tem-se que o direito à liberdade de expressão deve ser pensado como um instrumento essencial no desenvolvimento político, social, econômico e cultural da humanidade, possibilitando às pessoas condições de comunicação, informação, organização, mobilização e defesa dos seus demais direitos e da democracia. Para isto, é preciso que os indivíduos não apenas recebam informações e ideias, mas que também tenham o direito a estar em condições de buscá-las e compartilhá-las (GOMES, 2018, p. 25-26).

E, seguindo esta linha de raciocínio, Thalyta dos Santos (2016), por sua vez, observa que as redes sociais tem grande papel na democratização e compartilhamento das informações, constituindo, nos dias atuais a principal e mais acessível fonte de conhecimento dos indivíduos:

Dentre a gama de liberdades existentes encontra-se a liberdade de expressão, que se traduz em característica essencial da vida em sociedade, já que o ser humano necessita interagir e trocar ideias e opiniões com seus pares. A referida liberdade pode se manifestar por inúmeros modos e meios: disseminação de ideias, pensamentos, opiniões, convicções religiosas e políticas, por meio da fala, escrita ou pelos meios de comunicação em massa como televisão, rádio, jornais e internet (SANTOS, 2016, p. 02).

Entretanto, não se pode olvidar que o dano causado a outrem, ou a uma coletividade como um todo, ultrapassa a esfera dos exercícios regulares de direito, causando danos de difíceis reparação, como o fenômeno que se observou quanto à



saúde pública em tempos de crise pandêmica (GONÇALVES; LEMOS JUNIOR, 2020).

Feitos tais contrapontos, segue análise da responsabilização civil pela disseminação de tais notícias diante do resguardo dos direitos constitucionais e fundamentais até aqui explanados.

A RESPONSABILIDADE CIVIL PELA DISSEMINAÇÃO DA NOTÍCIAS FALSAS

O termo responsabilidade tem origem no latim *respondere*, de *spondeo* que, segundo AZEVEDO (2019, p. 330), se refere à “primitiva obrigação de natureza contratual do direito quirritário, romano, pela qual o devedor se vinculava ao credor nos contratos verbais”.

Nesta mesma linha de raciocínio, GONÇALVES (2017), observa que a responsabilidade civil é estudada junto ao direito das obrigações, justamente porque a responsabilidade diz respeito à obrigação de reparar o dano originada de um ato ilícito, que, segundo o autor, é “o vínculo jurídico que confere ao credor o direito de exigir do devedor o cumprimento da prestação” (p. 9).

Diferentemente da responsabilidade de cunho criminal, na responsabilidade civil, é com o patrimônio que o infrator que responde pelo dano causado (GONÇALVES, 2017).

Trazendo esse conceito para o âmbito do Direito Privado, e seguindo essa mesma linha de raciocínio, diríamos que a responsabilidade civil deriva da agressão a um interesse eminentemente particular, sujeitando, assim, o infrator, ao pagamento de uma compensação pecuniária à vítima, caso não possa repor in natura o estado anterior de coisas (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017, p. 59).

De acordo com Paulo Nader (2016), o instituto da Responsabilidade Civil tem por finalidade a prevenção e a reparação de danos, bem como a punição de quem os causa.

Seguindo esta linha de raciocínio, cabe observar as palavras de GAGLIANO; PAMPLONA FILHO (2017), que assevera que a obrigação originada na responsabilidade civil, “no campo jurídico, está no princípio fundamental da ‘proibição de ofender’, ou seja, a ideia de que a ninguém se deve lesar” (2017, p. 54).

Ainda segundo os referidos autores, “na vereda de tais ideias, três funções podem ser facilmente visualizadas no instituto da reparação civil: compensatória do



dano à vítima; punitiva do ofensor; e desmotivação social da conduta lesiva” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017, p. 75).

A ideia, segundo AZEVEDO (2019) é que se devolva ao lesado, a situação anterior ao dano.

Além do capítulo dedicado à Responsabilidade Civil no Código Civil de 2002, inaugurado pelo artigo 927 do referido Diploma (BRASIL, 2002), o instituto também está expresso em outros poucos artigos, quais sejam: 186, 187 e 188 - parte geral – e artigo 389 - regra básica de responsabilidade contratual – (GONÇALVES, 2017).

Quanto à diferenciação entre a responsabilidade contratual e extracontratual, GAGLIANO e PAMPLONA FILHO (2017) lecionam:

Assim, se o prejuízo decorre diretamente da violação de um mandamento legal, por força da atuação ilícita do agente infrator (caso do sujeito que bate em um carro), estamos diante da responsabilidade extra contratual, a seguir analisada. Por outro lado, se, entre as partes envolvidas, já existia norma jurídica contratual que as vinculava, e o dano decorre justamente do descumprimento de obrigação fixada neste contrato, estaremos diante de uma situação de responsabilidade contratual (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017, p. 69).

Da leitura dos artigos 186⁶⁸, 187⁶⁹ e 927⁷⁰ acima aludidos, verifica-se que a caracterização do dever de reparar os danos causados conta com pressupostos bem delineados.

Da análise de tais dispositivos, verifica-se quais são os pressupostos caracterizadores do dever de reparação: a conduta humana comissiva ou omissiva – ou como preferem alguns autores, o ato ilícito -, a culpa ou o dolo do agente causador do dano – para alguns doutrinadores este elemento não figura entre os pressupostos basilares, conforme se verificará adiante (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017) -, o dano e o nexo de causalidade (BRAGA NETTO; FARIAS; ROSENVALD, 2017), os quais serão analisados pormenorizadamente a seguir.

Quanto à conduta, esta deverá ser ilícita. Segundo NADER (2016), a ilicitude é

⁶⁸ CC/02, 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”

⁶⁹ CC/02, Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

⁷⁰ CC/02, Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.



a “prática contrária ao ordenamento, nele compreendidos os atos negociais aos quais o agente se vincula” (p. 98). Ainda conforme o autor, usando-se das palavras de Humberto Theodoro Junior (2003, p. 23), “Tudo o que alguém pratica sem poder fazê-lo, na perspectiva da ordem jurídica, é ilícito” (NADER, 2016, p. 98).

NADER (2016) arremata:

Ato ilícito é modalidade de fato jurídico, uma vez que gera ou modifica a relação jurídica entre o autor do dano e a vítima ou seus dependentes, impondo àquele o dever de reparação e a estes o poder de exigí-la. A conduta antijurídica pode caracterizar, ao mesmo tempo, o ilícito civil e o criminal. Este se caracteriza quando a conduta se enquadra em um tipo penal e o agente for imputável (NADER, 2016, p. 106).

Quando à omissão, GONÇALVES (2017) observa que esta se configura quando o agente deixa de agir conforme era devido, sendo que poderia evitar, com sua conduta positiva, o resultado danoso.

A culpa ou dolo, diz respeito à intenção do agente.

Conforme GONÇALVES (2017), o dolo refere-se a uma ação ou omissão intencional do agente, ao passo que a culpa (referida no texto legal como negligência ou imprudência), “consiste na falta de diligência que se exige do homem médio” (p. 25), por isso também denominado “elemento acidental” por GAGLIANO e PAMPLONA FILHO (2017, p. 79).

Acerca de tal elemento, conforme brevemente citado acima, importa observar que nem sempre será exigido para caracterização do dever de indenizar, o que faz com quem nem todos os autores o considerem como pressuposto basilar da responsabilidade civil, como asseveram, por exemplo GAGLIANO e PAMPLONA FILHO (2017).

O que ocorre é que, a prova da culpa ou do dolo, em alguns casos é de altíssima dificuldade, razão pela qual o art. 927, isenta a necessidade de comprovação de culpa nesses casos, bastando, para tanto que o ofendido comprove o dano e o nexo de causalidade entre ele e a conduta ilícita do agente, conforme observa GONÇALVES (2017).

Trata-se da chamada Responsabilidade Objetiva, que se contrapõe à ideia da chamada Responsabilidade Subjetiva (quando há a necessidade de comprovação da culpa ou dolo do agente para que haja dever de reparar o dano).

Sobre o assunto:



Embora mencionada no referido dispositivo de lei por meio das expressões “ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência”, a culpa (em sentido lato, abrangente do dolo) não é, em nosso entendimento, pressuposto geral da responsabilidade civil, sobretudo no novo Código, considerando a existência de outra espécie de responsabilidade, que prescinde desse elemento subjetivo para a sua configuração (a responsabilidade objetiva) (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017, p. 79).

O dano, por sua vez, segundo BRAGA NETTO, FARIAS e ROSENVALD (2017), é considerado o elemento fundamental para responsabilização, de modo que, não havendo dano, não há que se falar em dever de indenizar.

Este dano poderá ser exclusivamente material, ou ainda extrapatrimonial, ou seja, dano que não diga respeito à situação financeira ou econômica do indivíduo lesado (GONÇALVES, 2017), incluindo-se nesta esfera o dano exclusivamente moral:

Os patrimônios individuais são formados por bens materiais e imateriais. Os primeiros se compõem de riquezas suscetíveis de avaliação pecuniária, enquanto os segundos não comportam tal estimativa, como a vida, a honra, a liberdade. Os prejuízos causados aos bens materiais por *damnum emergens* ou *lucrum cessans* configuram os danos patrimoniais, enquanto os afetos aos bens imateriais são os danos morais. A indenização por danos morais não visa à reparação, pois não há como a vítima se tornar indene; condena-se com dupla finalidade: a de proporcionar à vítima uma compensação e para se desestimular condutas desta natureza (NADER, 2016, p. 122-123).

NADER (2016) ainda observa que, embora haja divergência na doutrina quanto à sua existência, é possível falar em danos morais coletivos ou metaindividuais, os quais são causados contra toda a coletividade.

Sobre o tema, é importantíssimo observar o posicionamento de GAGLIANO e PAMPLONA FILHO (2017), que asseveram que todo e qualquer dano causado por ilícito civil, ainda que só a um indivíduo afeta toda a sociedade, dada a ordem social em que se vive.

Nas palavras dos autores:

Aliás, outro mito que se deve destruir é a ideia de que o dano, para o Direito Civil, toca, apenas, a interesses individuais. O Direito Civil não deve ser produto do cego individualismo humano. Diz-se, ademais, nessa linha equivocada de raciocínio, que somente o dano decorrente de um ilícito penal teria repercussões sociais.

Nada mais falso.

Toda forma de dano, mesmo derivado de um ilícito civil e dirigido a um só homem, interessa à coletividade. Até porque vivemos em sociedade, e a violação do patrimônio — moral ou material — do meu semelhante repercute,



também, na minha esfera pessoal.

Por fim, quanto ao nexos causal, este “é o liame que se estabelece entre o fato danoso e o dano. Sem essa relação causal não há responsabilidade civil.” (AZEVEDO, 2019, p. 344).

Diante de todo o exposto, verifica-se a necessidade de responsabilização do causador de disseminação das chamadas *fake news*, tendo em vista o dano que causam por violarem, conforme explicitado acima, e sua origem ilícita.

Cabe entretanto, observar, tendo em vista a atualidade do fenômenos algumas problemáticas que envolvem a matéria.

Primeiramente, convém observar que o dano causado pelas notícias dessa natureza, tem se mostrado distinto das modalidades de dano até então observadas no plano fático, conforme observam GUIMARÃES e SILVA (2019):

Nesse sentido, a característica comunicativa e transfronteiriça do dano em ambiente digital permite que ele se estabeleça de modo distinto das hipóteses de dano até então verificado, uma vez que a internet permite maior difusão das informações veiculadas, de modo que, o dano apresenta-se de maneira mais gravosa nesse ambiente. Neste cenário, as Fake News como fenômeno digital contemporâneo de falsidade das notícias veiculadas na internet, se inserem como um novo elemento causador de dano (GUIMARÃES; SILVA, 2019, p. 106).

Verifica-se, ainda, conforme assevera ANDRADE (2018), que a prevenção se torna muito mais dificultosa no ambiente digital, se dando o controle quase sempre posteriormente à propagação das notícias danosas, o que, conforme já exposto, tem pouca ou nenhuma eficiência.

Emerge nesse contexto, inclusive, o chamado dano social, como sendo aquele que atinge a sociedade em sua integralidade e reduz a qualidade de vida de todos seus integrantes (GUIMARÃES; SILVA, 2019).

Outra dificuldade para a imputação de responsabilidade aos propagadores de notícias falsas é a inexistência de leis que regulamentem de forma específica a matéria, o que dificulta a classificação da conduta danosa como antijurídica (LIMA, 2019).

Não obstante, é necessário ter o cuidado de não permitir que a regulamentação do combate às *fake news* não entre em rota de colisão com a liberdade de expressão, direito também garantido constitucionalmente (GOMES, 2018).



CONCLUSÃO:

Ao longo do presente trabalho foi possível verificar que as chamadas *fake news*, embora não sejam um fenômeno recente, ganharam singular força de ação e notoriedade com a ascensão da tecnologia e das redes sociais.

Mesmo o advento tecnológico se mostrando um mecanismo garantidor da liberdade de expressão e de imprensa, ao possibilitar o aumento vultoso da disseminação de informações, o fenômeno deu às *fake news* força suficiente para que se constituíssem em uma fonte de violação dos direitos e garantias individuais e coletivas.

As *fake news* são poderosas causadoras de dano não só à vítima que tem sua imagem, por vezes, distorcida e depreciada com sua propagação, mas à coletividade como um todo, haja vista que causam uma violação coletiva do direito constitucional ao acesso a informações corretas e livre de distorções e, por conseqüente acarretam a diminuição da qualidade de vida dos indivíduos, conforme observou-se no período eleitoral e durante períodos de crise acentuada, como é o caso da pandemia do coronavírus.

Neste contexto, observa-se que o instituto da Responsabilidade Civil, dadas as duas finalidades de prevenir e reparar a ocorrência de danos ao ser humano, deve ser aplicado à matéria, uma vez que, dada a ocorrência de dano decorrente da propagação das *fake news*, encontram-se presentes todos os requisitos necessários para que se caracterize o dever de indenizar.

Entretanto, muitas são as dificuldades de aplicação do referido instituto, dada a atualidade do fenômeno, seja pela dificuldade do controle prévio da propagação das referidas notícias, seja pela escassa legislação específica que cuide do tema.

Não obstante, é ainda necessário observar que há uma linha tênue entre o combate da disseminação de informações enganosas e o tolhimento da liberdade de expressão dos indivíduos que se encontram em rede e, por vezes propagando opiniões fundadas em notícias que recebem, sem a possibilidade de verificação da fonte e sua idoneidade, a qual, não pode ser transposta sob pena de gerar mais danos que aqueles que pretende combater.

REFERÊNCIAS:

ANDRADE, Campos Renato. Os danos causados pelas Fake News. 11. abr. 2018. Disponível em: <<https://domtotal.com/noticia/1247948/2018/04/os-danos-causados-pelas->



[fake-news/](#)>. Acesso em: 11. Set. 2021.

ARAUJO, Felipe Molenda. **As fake news e os desafios da liberdade de expressão**. 95 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina – Curso de Direito, Florianópolis – SC, 2018. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/192590>>. Acesso em 06. jul. 2021.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Curso de direito civil II: teoria geral das obrigações e responsabilidade civil**. 13. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. 4. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.

BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 10. set. 2021.

BRASIL, Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de defesa do consumidor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm>. Acesso em 06. jul. 2021.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 15. ed. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2017.

GOMES, Nicolly Luana Carneiro. **Uma análise acerca do fenômeno das fake news no processo eleitoral e suas interfaces com o direito fundamental à liberdade de expressão**. 58 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal da Paraíba – Curso de Direito, João Pessoa – PB, 2018. Disponível em: <https://repositorio.ufpb.br/jspui/handle/123456789/12855?locale=pt_BR>. Acesso em: 05. jul. 2021.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito das obrigações: parte especial: responsabilidade civil**. 14. ed. v. 6. t. II. São Paulo: Saraiva, 2017.

GONÇALVES, Junia; LEMOS JUNIOR, Eloy Pereira. Fake news e covid-19. I **Encontro Virtual do Compedi: Teorias da Democracia, Direitos Políticos e Filosofia do Estado I**. p. 47-64. Florianópolis, 2020. Disponível em: <<http://conpedi.danielolr.info/publicacoes/olpbq8u9/cs3x651j/Q88HiHVxZQj9Of1w.pdf>>. Acesso em: 13. set. 2021.

GUIMARÃES, Glayder Daywerth Pereira; SILVA, Michel Cesar. Fake News à luz da responsabilidade civil digital: o surgimento de um novo dano social. **Revista Jurídica da FA7**. Centro Universitário 7 de Setembro, Fortaleza, v. XVI, n. 2, p. 99-114, jul./dez., 2019. Disponível em: <<https://periodicos.uni7.edu.br/index.php/revistajuridica/issue/view/42/ano2019-2>>. Acesso em: 05. jul. 2021.



LIMA, Lincoln Dias Veras. **A tênue fronteira entre a tipificação das fake news e o cerceamento à liberdade de expressão.** 56 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal de Roraima – Curso de Direito, Boa Vista – RR, 2019.

LUZ, Victor Augusto Saraiva. Infodemia: soberania, violações de direitos, xenofobia e as fake news na pandemia do coronavírus. **Congresso Internacional de Direito e Inteligência Artificial: Os Direitos Humanos na Era Tecnológica IV.** p. 33-40. Belo Horizonte, 2020. Disponível em: <<http://site.conpedi.org.br/publicacoes/x2c7701f/mk4448k9/kqOX12064M1fZRwC.pdf>>. Acesso em: 13. set. 2021.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil: responsabilidade civil.** v. 7. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

OLIVEIRA, Giovana Coimbra de. **A propagação de notícias falsas via internet e suas implicações jurídicas.** 66 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Tocantins – Curso de Direito, Palmas – TO, 2019.

PEREIRA, Caio Mário da Silva; TEPEDINO, Gustavo. **Responsabilidade civil.** 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

'Pós-verdade' é eleita a palavra do ano pelo Dicionário Oxford. G1, 2016. Disponível em: <<https://g1.globo.com/educacao/noticia/pos-verdade-e-eleita-a-palavra-do-ano-pelo-dicionario-oxford.ghtml>>. Acesso em 06. jul. 2021.

QUEIROZ, Rita de Cássia Ribeiro de. **A filologia e a documentação manuscrita.** 2004, Disponível em: < <http://www.filologia.org.br/revista/32/02.pdf>>. Acesso em: 05. Jul. 2021.

SALOMON, Eve; MENDEL, Toby. **O ambiente regulatório para a radiodifusão: uma pesquisa de melhores práticas para os atores-chave brasileiros.** Série Debates CI Unesco, 7, 2011. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0019/001916/191622por.pdf>>. Acesso em: 23. jul. 2021. p.10.

SANTOS, Thalyta dos. **A liberdade de expressão na República Federativa do Brasil:** aspectos destacados acerca da ratificação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos pelo Brasil. 2016. Disponível em: <<file:///C:/Users/pc/Downloads/2276-9129-1-PB.pdf>>. Acesso em: 05. jul. 2021.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil.** 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 92.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; NUNES, Danilo Henrique. Conflitos digitais: cidadania e responsabilidade civil no âmbito das lides cibernéticas. **Revista Jurídica da FA7.** Centro Universitário 7 de Setembro, Fortaleza, v. XV, n. 2, 2018, p. 127-138, jul./dez., 2018, Disponível em: <<https://periodicos.uni7.edu.br/index.php/revistajuridica/issue/view/36/ano2018-2>>. Acesso em: 05. jul. 2021.



SOBRAL, Cristiano. A responsabilidade civil dos provedores e de terceiros pelas fake news. **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2018-out-27/cristiano-sobral-responsabilidade-civil-provedores-fake-news#top>>. Acesso em: 05. jul. 2021.

TEFFÉ, Chiara Spadaccini de; SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. Fake News: Como garantir liberdades e conter notícias falsas na internet. In: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra de. **Autonomia Privada, Liberdade Existencial e Direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 525-543.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Comentários ao Novo Código Civil**. 1. ed. v. III. t. II. Rio de Janeiro: Forense, 2003.



FALÊNCIA DO SISTEMA PRISIONAL: CRIMINALIZAÇÃO E POBREZA

BANKRUPTCY OF THE PRISON SYSTEM: CRIMINALIZATION AND POVERTY

Cristian Rodrigues Tenório⁷¹
Mariana de Santana Medeiros⁷²

RESUMO: A presente dissertação dedica-se a desvendar a natureza da criminalidade por meio de teorias constituídas ao longo dos estudos sociológicos, bem como as consequências dos estigmas do crime que contribuem para a falência do sistema prisional e a pobreza que por consequência torna-se a realidade desse sistema. A partir de métodos de pesquisa realizado por doutrinarias, artigos científicos e publicações sobre o tema, a análise percorre desde as primeiras punições de um sistema punitivo aplicado pelo próprio homem a chegar ao Estado penal, sua aplicabilidade e a quem seria aplicado sanções que por finalidade tem a manter a ordem e harmonia social.

Palavras-chave: Criminalização. Desvio. Sistema penal.

ABSTRACT OU RESUMEN: This dissertation is dedicated to unraveling the nature of criminality through theories constituted throughout sociological studies, as well as the consequences of the stigmas of crime that contribute to the failure of the prison system and the poverty that consequently becomes the reality of that system. Based on research methods carried out by doctrinaires, scientific articles and publications on the subject, the analysis ranges from the first punishments of a punitive system applied by man himself to reach the penal State, its applicability and to whom would be applied sanctions that by purpose has to maintain order and social harmony.

Keywords: Criminaization. Detour. Penal system.

INTRODUÇÃO:

Este trabalho pretende discutir a sistemática do sistema prisional, que por finalidade em tese tem como ponto específico a ressocialização. Entretanto, o mesmo tende constantemente a fracassar diante dos problemas existentes em sua própria estrutura social e institucional. O Estado, detentor do poder de punição exerce função simbólica a reprimir condutas impróprias a fim de estabelecer controle em todas as esferas sociais.

No primeiro momento, a abordagem de como se visualizava a justiça nos tempos primitivos dava-se a aplicação de penas cruéis e desumanas a punir os infratores e reprimir possíveis ações de outros pertencentes a sociedade, a esse período se nomeou como vingança divina e vingança privada. A regulamentação estabelecida por órgão próprio havia de punir o infrator a igualar à ofensa por ele cometida.

⁷¹ Mestre em Direito pelo Unicesumar. Professor da Unifatecie. Advogado. e-mail: cristian.tenorio@fatecie.edu.br

⁷² Aluna do curso de graduação em Direito da UNIFATECIE. Endereço eletrônico: sant.mede@outlook.com.br



O fortalecimento do Estado legitimou a intervenção estatal nos conflitos sociais com aplicação de pena pública. O gerenciamento desse sistema parte das instâncias oficiais de controle que detêm a responsabilidade da efetividade da lei, a elevar certos comportamentos à categoria de infração penal, aplicando sanções estabelecidas pela norma jurídica.

É sob estudo da sociologia jurídico penal, a criminologia ciência empírica investiga de maneira causal explicativa as raízes do crime, a pessoa do criminoso e o comportamento da sociedade. A luz das primeiras teorias o crime se dava por meio do agente desviante que, como parte de sua natureza cometeria delito para satisfazer suas próprias vontades, ao modo que as teorias foram sendo melhores analisadas, as prerrogativas do “algo a mais”, que consistia nos elementos extrínsecos, haveriam de ser notados, em estudos mais restritos os agentes rotulados como desviantes estavam relacionadas as pessoas detentoras de menor poder econômico, periféricas, identificadas pela sociedade como elemento negativo e defeituoso.

É sabido que tais estigmas rotulam a imagem e atribui a sua personalidade, a essa distinção a seletividade social reflete diretamente na atuação da instancias oficiais, que reforçam ainda mais a marginalização desses grupos vulneráveis, identificando como agentes principais do crime. Nesse sentido, entende-se que a pobreza como fator externo é expressão das desigualdades dentre os estratos social, tem grande efeito a seletividade do próprio sistema por consequência a exclusão total desses indivíduos em seu meio. Realidade essa clara aos dias atuais, que propagam as diferenças socioeconômicas de um capitalismo social, descartando alguns e evidenciando outros. Logo, o resultado se manifesta na criminalidade e violência, de um lado a instabilidade de segurança e liberdade, de outro, o retrato de uma realidade sem oportunidades, invisível e restrita que levaram a um só caminho.

Por fim, as referências bibliográficas que compuseram o embasamento ao estudo realizado.

2. DA PENA

2.1 Breve Histórico da Pena

Desde o princípio da humanidade o homem busca meios de se adaptar e conviver no ambiente em que se encontra, se apropriando de bens, poder, influencia e conhecimento, da mesma forma que surge a necessidade de estabelecer regras de convívio para social e moral a todos aqueles que fazem parte da população. A



obediência as normas contribuíam para a harmonia do ambiente como um todo, estas não poderiam ser violadas, se quer contrariadas, acarretando punições aos que infringirem e causarem transtorno a ordem social.

A punição era o castigo aos que contrariavam a moral e os costumes, a religião possuía grande influência, esse período ficou conhecido como “vingança divina”, o direito penal advindo de variadas fontes dentro do critério de razoabilidade se origina com a superstição religiosa, sendo a pena origem sagrada. Sintetiza PIERANGELLI (1992, p. 03), assim, sobre as ações dos indivíduos, atribuindo poderes divinos aos homens e capacidade para jurisdição de punir os infratores.

As penas acarretavam consigo enorme demasia de crueldade, como penas de morte, açoite, mutilação, trabalho forçado, pois acreditavam que somente assim alcançariam a purificação da alma. Posteriormente a justiça privada passou a fazer parte da nova realidade, a chamada justiça com as próprias mãos, permitiu que a vítima ou seus familiares aplicassem a pena ao ofensor ainda que desproporcionalmente à ofensa.

O vínculo totêmico (ligação entre os indivíduos pela mística e mágica) deu lugar ao vínculo de sangue, que implicava na reunião dos sujeitos que possuíam a mesma descendência. Vislumbrando a tendência destruidora da vingança privada, adveio o que se convencionou denominar de vingança pública, quando o chefe da tribo ou clã assumiu a tarefa punitiva. (NUCCI, 2014)

Se o ofensor fizesse parte do mesmo grupo (tribo), poderia ser banido, passando a ficar sujeito a punição que outros não pertencentes ao seu grupo destinassem a infração cometida. Quando o infrator era pertencente a outro grupo, a reação da tribo ofendida gerava grande conflito até conseguir liminar o ofensor, que por muito, conseqüentemente tornava-se um transtorno a toda tribo, instaurando assim, uma batalha para eliminar o grupo adversário.

Ainda nesse período pode-se dizer que com a chamada Lei de Talião, houve uma evolução, ainda que superficial relacionada ao conceito proporcionalidade, começaram a distinguir um moderador da aplicação da pena que fosse correspondente a punição equivalente o mal causado, traduziam um conceito de justiça, embora estando atrelada a vingança privada. (GRECO, 2015.)

Na idade Média, o sistema penal gerou grande instabilidade social, as punições determinadas ficavam a cargo de autoridades que não possuíam quaisquer limites ao tomar decisões, podendo aplicar a mesma pena a crimes de graus diferentes, logo,



seu veredito se baseava ao que acreditava ser compatível ao cometido, esse período ficou conhecido por tamanha crueldade das penas impostas, que muito não havia qualquer princípio de legalidade e humanidade.

O processo de modernização do direito penal teve sua modificação no início do século XIX, a partir de contribuições e movimentos de filósofos houve-se uma preocupação com a racionalização da pena, esta não deveria se destinar apenas ao banimento punitivo. O Estado passa a ministrar a tarefa de prevenir delitos, não apenas punir os que comentem, a prisão-pena por finalidade continha obstar a liberdade do indivíduo em casas de detenção para sua correção e forma de ressocialização.

2.2 O Sistema Penal

A partir das mudanças advindas historicamente o sistema penal se consolidou de normas jurídicas estabelecidas por lei, compostas de regras obrigatórias a toda sociedade. Este engloba todo conjunto de regras que se vinculam ao delito, desde as análises jurídicas, políticas e criminológicas, a fim de compreender os eventos que se voltam a cerca das infrações penais.

O sistema penal em regra compreende-se como forma de conter as vontades subjetivas de ações consideradas negativas, retraindo e advertindo condutas consideradas inaceitáveis socialmente.

O entendimento do direito penal conceituado por Nucci:

É o conjunto de normas jurídicas voltado à fixação dos limites do poder punitivo do Estado, instituindo infrações penais e as sanções correspondentes, bem como regras atinentes à sua aplicação. Embora a sua definição se concentre nos limites do poder punitivo, significando um enfoque voltado ao Direito Penal Democrático, não se há de olvidar constituir o ramo mais rígido do Direito prevendo-se as mais graves sanções viáveis para o ser humano, como é o caso da privação da liberdade. (NUCCI, p. 48, 2021)

A ideia de que o Estado é o único capaz de almejar a harmonia social, faz com que este determine condutas regulares a serem obedecidas por meio de regras até sua aplicação. Assim, o Estado como titular passa a exercer exclusivamente o direito de punir, ainda que se utilize uso da violência ou coerção, está autorizado a tomar medidas que por finalidade tendem a controlar e harmonizar toda esfera social, impedindo condutas negativas que causem transtornos a segurança da sociedade.

Nesse sentido, o sistema penal destina-se a infrações penais que se valem de sanções estabelecidas pelo ordenamento jurídico, ameaça com ações repressivas



condutas indesejáveis, por meio de penas ou medidas de segurança, afim de manter um controle social e “castigar” aqueles que desobedecem.

Ao que se nota, a efetivação deste controle por muito acaba se tornando uma frustração punitiva ainda que comprometido com o justo e proteção da dignidade, em sua operabilidade traz consigo métodos insensível, que acabam por se torna ineficaz diante da seletividade e forma que a punição é destinada, também pela falta de desenvolvimento de métodos de ressocialização as que infringiram a ordem e que posteriormente voltaram ao convivo social.

3. A sociologia como vertente de estudo da criminologia

3.1 A Sociologia jurídica

A sociologia jurídica consiste em caráter observatório diante dos acontecimentos existentes dentro do meio social. Seu estudo analisa as relações dos indivíduos e os comportamentos presentes diante as normas estipuladas a serem seguidas, desde sua aplicabilidade ao desempenho acerca da efetividade e a conexão que possui com o direito, ou seja, seu estudo se constitui por meio de normas, leis, a partir das crenças e descrenças de grupos, dentro das estruturas jurídicas na validade do direito direcionada as condutas humanas. (SILVA, 2012, p. 21-22).

O objeto da sociologia jurídica é, por um lado, a relação entre mecanismos de ordenação do direito e da comunidade, e por outro lado, a relação entre o direito e outros setores da ordem social.
(BARATTA, 2018)

É observando o sistema jurídico e suas regras, a forma de organização das instituições, a sociologia jurídica evidencia com maior domínio os comportamentos característicos a aceitação ou a desobediência as regras impostas, a interação das culturas, questões e a realidade em que se encontra, juntamente com as consequências que geram efeito nas relações interpessoais e na organização harmônica do ambiente social.

Se faz também presente a reflexões das ações diretas ou indiretas de determinados grupos tanto na aplicação do direito, tanto no desenvolvimento de comportamentos diversos existentes.

A observação dos fatos tem revelado, de longa data, que nem sempre os fenômenos sociais são perfeitamente compreendidos e tratados pelo Direito, gerando, muitas vezes, erros de julgamento, distorcendo ou evitando concretamente a efetivação da justiça. Incontáveis vezes casos concretos entram em flagrante contraposição com as leis, e não raro isso se deve a



preconceitos de interpretação da lei e dos textos legais. Então, ou a lei é despropositada, ou inócua, ou ela não é aplicada a contento pelo jurista. Seja como for, o que fica claro é que as formações sociais e seus acontecimentos – “*fenômenos sociais*” – estão acima, e antes, dos códigos legislativos e de sua formalização num sistema positivo. (ROCHA, 2019)

Portanto, a sociologia jurídica se impõe de preceitos que visam desdobrar de maneira clara os fenômenos sociais, compreendendo de que modo se cabe ao direito, tendo em vista sua importância para dos fatos existentes que acarretam em um sistema.

3.2 A Sociologia Jurídico Penal

O estudo da sociologia jurídico penal, volta-se aos fatores condicionantes em que os indivíduos se encontram sujeitos dentro da realidade que estão inseridos. A estrutura econômica, social e familiar, assim como, os feitos gerados a partir dessas condições que acabam por favorecer comportamentos distintos e implicam na estrutural harmônica do seu meio, gerando ações reacionais de comportamento desviante.

O objetivo que se tem por desvendar as causas ante o comportamento criminológico considerando aspectos contribuintes, também evidencia as esferas institucionais que criam leis e regras sobre a atuação do comportamento correto e por consequência a aprovação social.

É a ciência que se volta ao estudo do crime, como fenômeno social, bem como do criminoso, como agente do ato ilícito, em visão ampla e aberta, não se cingindo à análise da norma penal e seus efeitos, mas, **sobretudo, às causas que levam à delinquência**, possibilitando, pois, o aperfeiçoamento dogmático do sistema penal. (NUCCI, 2021)

3.3 Criminologia Positiva

A escola positivista surgiu no final do século XIX, fundada por grandes pensadores sendo seus principais da escola Italiana, Lombroso, Ferri e Garófalo. Sua origem como finalidade buscava explorar os fatores que contribuíam a criminologia e as causas em que se desenvolviam, ao desvendar comportamentos questionáveis motivados por fatores desconhecidos internos e externos do homem. Como consequência do de seus estudos apresentariam respostas a sociedade, à cooperação para com o Estado, de modo a manter a ordem e o equilíbrio no progresso da organização social.

Os estudos se voltavam a análises psicológicas, biológicas e antropológicas, a



observar não o crime, mas os comportamentos desviantes que concorrem com a criminalidade do agente delituoso, o que consistia em uma observação clínica aqueles que se encontravam em manicômios e presídios, passando a ser observados diferentemente das pessoas “comuns” a fim de consolidar bases de sua teoria.

Os sujeitos que observava clinicamente para construir a teoria das causas da criminalidade eram indivíduos caídos na engrenagem judiciária e administrativa da justiça penal, sobretudo os clientes do cárcere e do manicômio judiciário, indivíduos selecionados daquele complexo sistema de filtros sucessivos que é o sistema penal. (BARATTA, 2019)

O determinismo defendido em suas teorias, ou seja, elementos hereditários, anatômicos e psicológicos, se desenvolviam de uma forma diferente nos delinquentes, Cesare Lombroso e Erico Ferrir denominaram os chamados criminosos natos, estes possuíam a ação delitiva como algo natural a sua personalidade, assim estaria predestinado a cometer crimes a satisfazer suas vontades.

A responsabilidade penal do criminoso baseia-se em sua responsabilidade moral, e se sustenta pelo livre arbítrio, que é inerente ao ser humano. [...]. Para os clássicos, o livre arbítrio existe em todos os homens psicologicamente desenvolvidos e são. Possuindo tal faculdade podem escolher entre motivos diversos e contrários e são moralmente responsáveis por terem a vontade livre e imperadora. O criminoso é totalmente responsável porque tem a responsabilidade moral, e é moralmente responsável porque possui livre arbítrio.
(NASCIMENTO, 2003)

Dentre as vertentes da teoria examinada, Ferrir ampliou seus estudos ao abranger outras questões possíveis a serem ligadas a criminalidade, orientando a busca científica de suas causas (GOMES, MOLINA, p.195), para ele o ser humano ainda que deseje agir como pensa, acaba por agir como sente, por esse motivo ele sofreria influência constante de diversos fatores, tanto os antropológicos, físicos e sociais, o crime havia de se conduzir ao determinismo do qual o homem está inserido, de modo que seu comportamento se tornava apenas uma reação de expressão, logo, haveria de ser considerada a diversidade do criminoso.

A concepção de pena agregava ao sistema penal todo o sistema de meios preventivos de defesa social

O Estado deve criar, numa concepção de defesa social, uma rede de proteção da sociedade contra ações criminais; essa forma de realização parte de um conjunto de medidas extrapenais, tendentes a neutralizar o delinquente, valendo-se de métodos curativos ou educativos; prima-se pela prevenção individual com enfoque no tratamento e na ressocialização.
(GOMES, 2020.)



Ao mesmo tempo que a pena estava ligada a ressocialização do delinquente, seu critério temporal era desconsiderado, ou seja, a pena de reclusão não haveria de determinar tempo estipulado, de maneira que o indivíduo se manteria recluso o tempo necessário até que se constasse definitivamente a cura de seu problema, só assim, poderia retornar ao convívio social sem apresentar riscos a sociedade.

A criminologia expressão criada por Raffaele Garófalo, compreendia uma visão de ciência mais técnica, como ciência da criminalidade, da pena e as três espécies de criminosos.

O criminoso nato, sendo aquele que age pelo seu próprio instinto, o criminoso fortuito, como o delinquente que age conforme a ocasião e o criminoso pelo defeito moral especial, este haveria de incluir os assassinos e bandidos mais perigosos.

Sua visão considerava o modo que o delito se encontrava dentro de cada pessoa e pôr fim a maneira que se manifestava externamente no momento que se degenerassem.

3.4 Ideologia de Defesa Social

A teoria da ideologia de defesa social entende-se como junção de valores e interesses que buscam construir um modelo “perfeito” de sociedade, entretanto suas concepções surtem efeitos abstratos, pois, sua visão geral do ambiente desconsidera que sua efetividade dentro do sistema não se concretiza com a realidade existente.

Alessandro Baratta em seu livro *Criminologia crítica e crítica do direito penal*, enfatiza com clareza os princípios que abrangem essa ideologia.

a) Princípio de legitimidade. O Estado, como expressão da sociedade, está legitimado para reprimir a criminalidade da qual são responsáveis determinados indivíduos. Isto se dá através de instâncias oficiais de controle do delito (legislação, polícia, magistratura, instituições penitenciária). Elas representam a legítima reação da sociedade, ou a grande parte delas, dirigida tanto à desaprovação e condenação do comportamento individual, assim também como à reafirmação dos valores e normas sociais. (BARATTA, 2002).

b) Princípio do bem e do mal. A criminalidade é um mal a sociedade, logo é necessário um controle de defesa contra o delito praticado (atuação do bem). O delinquente é um elemento negativo e disfuncional do sistema social. (BARATTA, 2002).

c) Princípio de culpabilidade. A ação delituosa é a expressão interior reprovável, porque contraria os valores e normas mesmo antes de serem sancionadas pelo legislador. (BARATTA, 2002).

d) Princípio do fim ou da prevenção. A pena não tem unicamente a função de retribuir o delito, mas preveni-lo. Como sanção abstrata prevista em lei, tem a função de criar uma justa e adequada contra motivação ao



comportamento criminoso. (Prevenção da ação negativa). Por fim, como sanção concreta, tem como função a ressocialização do delinquente. (BARATTA, 2002).

e) Princípio de igualdade. A lei é para todos, assim como a reação penal se aplica de modo igual a todos os autores de delitos. A criminalidade significa a violação da lei, e como tal, é o comportamento de uma minoria desviante. (BARATTA, 2002).

f) Princípio do interesse social e do delito natural. Nos centros das civilizações se encontra ofensas a interesses fundamentais a existência de toda sociedade. O direito penal tem consigo a proteção dos interesses comuns a todos. Apenas uma parte dos delitos apresenta violações de determinados ordenamentos políticos e econômicos, é punida em função da consolidação destes (delitos artificiais). (BARATTA, 2002).

A construção desses princípios e apenas sua observação, ludibriava e desenvolvia a idealização de uma sociedade sem criminalidade, pois as penas os amedrontariam, e o receio de cometer algum crime, no fim acabaria ressocializando o indivíduo.

3.5 O Princípio do Bem e do Mal

Os elementos que conduzem a racionalização do princípio do bem e do mal, possuem respaldo nas diversas formas possíveis de controle de defesa instituídos para combater a criminalidade, a atuação do bem a conter um elemento disfuncional ao sistema disporia intervenções necessárias a anular o elemento negativo.

O dualismo do indivíduo em sociedade tanto para fins culturais, tanto para o acesso de meio institucionais integram a percepção da anomia na integralidade de seu estudo. Robert King Merton em meados do século XX, interpreta a anomia como um produto estrutural social, absolutamente normal como comportamento regido diante das regras impostas.

Estrutura social não tem somente um efeito repressivo, mas também, e sobretudo, um efeito estimulante sobre o comportamento individual. A estrutura social produz novas motivações, que não se deixam reconduzir a tendências inatas. (BARATTA, 2002 p. 62)

A teoria sociológica funcionalista da anomia de Merton se desenvolve com os ensinamentos de Émile Durkheim, em sua concepção o desvio é naturalista, como parte da natureza do homem os anseios de desejar sempre mais, voltando-se a busca do sucesso e a satisfação completa, razão pela qual se tornam naturalmente insaciáveis.

Merton, em seu estudo da anomia destaca a estratificação social e estrutura cultural como papel de primária importância nas relações individuais e sociais e a possibilidade de desenvolvimento a atingir suas metas. Ao expor que o comportamento do sujeito em grande parte está condicionado ao desequilíbrio entre essas duas estruturas, ainda que, um modelo de comportamento adequado fosse o



ideal a todos, a apreensão social impõe conseqüentemente diferentes meios de respostas individuais que se somam justamente com os meios que cada um deles se inserem no corpo social.

A desproporção que pode existir entre os fins culturalmente reconhecidos como válidos e os meios legítimos, à disposição do indivíduo para alcançá-los, está na origem dos comportamentos desviantes. Esta desproporção, contudo, não é um fenômeno anormal ou patológico, mas, dentro de certos limites quantitativos em que não atinge o nível crítico da anomia, um elemento funcional ineliminável da estrutura social. (BARATTA, 2002, p. 62)

Os padrões ditos como normais dos quais se tinha a distinguir dos comportamentos desviantes, estão ligados a produto da própria estrutura da sociedade, de um lado o estímulo ao crescimento, consumismo, ascensão social, o êxito econômico e o alcance de metas socialmente desejáveis, por outro, conjunto de meios e modos de alcançar a legitimidade para atingir objetivos. Por assim dizer, ainda que os meios legítimos fossem suficientes para alvejar as expectativas de sucesso, que estariam ao alcance de todos que usufríssem de virtudes necessárias ainda que sob sacrifícios, a desproporção entre a estrutura social de grupos inferiores tornava-se seletiva e desigual na medida em que os meios lícitos, por serem escassos, tenderiam ao fracasso. (Revista da ESMAL, nº6, 2017).

Conseqüentemente, comportamentos tanto conformistas como desviantes surgiriam no ambiente social. Tanto para a maior quanto para a menor possibilidade de tornar-se criminoso, como para atingir os graus mais elevados da "pirâmide de instrução", não são decisivas as características bio-psicológicas dos indivíduos, mas sim a pertinência a um ou a outro setor da sociedade. (BARATTA, p. 65, 2002).

O descompasso entre os fins sugeridos a todos e insistentemente estimulados e os recursos oferecidos pela sociedade para alcançar aqueles objetivos. Esse desequilíbrio entre os meios e as metas ocasionaria o comportamento de desvio individual (ou em grupo), pois o indivíduo, no empenho de alcançar as metas que lhe foram sugeridas, mas não dispondo de meios para tal, buscaria outros meios, mesmo que contrários aos interesses sociais, podendo até mesmo praticar infrações penais. (GOMES, 2020).

Para sistematizar e destacar os pontos mais importantes de sua teoria, o sociólogo a partir de sua reflexão indagou o questionamento de como os indivíduos passavam a lidar com o desequilíbrio entre os meios, as frustrações, que por fim contribuem para a desarmonia entre as estruturas, o alcance as metas tidas como fins essenciais, sucesso, poder, e a desigualdade social como parte de sua realidade.



O combinado de fins culturais e meios institucionalizados gerou a observação de cinco pontos importantes para responder seus questionamentos e entender os modelos titulados por ele como “adequação individual”. (BARATTA, Alessandro, 2002 p. 64).

- 1) Conformidade – resposta positiva, (tipo mais comum), o aceitamento dos meios institucionalizados, adequação total as metas socioculturais estabelecidas, atitude típica de uma massa de indivíduos que constituem uma sociedade. (BARATTA, 2002)
- 2) Inovação – Aceitação as metas culturais estabelecidas, mas não se limitam o respeito aos meios institucionais. (Busca dos meios mais fáceis, impulso para o comportamento desviante). (BARATTA, 2002)
- 3) Ritualismo – Respeito formal aos meios institucionais, sem a ambição de atingir todas as metas culturais. Renunciam às metas culturais preestabelecidas por entender que são incapazes de alcançá-las, numa clara alusão ao comportamento depressivo de que elas são elevadas demais para a sua capacidade diminuída, restando apenas fugir delas e viver no seu mundo ínfimo e sem maiores pretensões. (GOMES, p. 109, 2020.)
- 4) Apatia ou evasão - Corresponde a negação das metas culturais e dos meios institucionalizados.
- 5) Rebelião – Inconformismo pelas metas e meios estabelecidos, se afirmando da necessidade de fins alternativos, criação de novos paradigmas, aqueles que pugnam por novos modelos de pensar, almejando uma revolução social de todas metas culturais existentes, impondo-se uma nova era. (GOMES, p. 110, 2020).

3.6 Teoria de Labeling Approach criminologia crítica

Grandes conflitos passaram a surgir na década de 60 nos Estados Unidos, gerado por crises de diversos grupos sociais para contestar algumas ciências que já



possuíam consolidação na sociedade, (SHECAIRA, p.243, 2014). Há o surgimento de movimentos feministas e estudantis por direitos civis e liberdade, movimentos contra o consumismo exacerbado, período de grande mudança de pensamento dos americanos, em meio a toda essa movimentação críticas acontecia o surgiu a teoria de *Labeling Approach* que por meio de novos aspectos buscava explicações para o fenômeno criminoso. Difundida por vários autores, em especial Erving Goffman, Edwin Lemert e Howard Becker (PENEDO FILHO, pag. 92, 2012). Diferentemente do abordado até então, seus questionamentos seriam a respeito dos pontos observáveis que poderiam dar resultados satisfatórios a explicação do crime. Diante disso, as perguntas realizadas se tratavam:

Quem é definido como desviante? ”, “que efeito decorre dessa definição sobre o indivíduo? ”, “em que condições este indivíduo pode ser tornar objeto de uma definição? ” “Quem define quem? ”, a direção para conduzir tal estudo se estabelece na análise de formação de “identidade”, por consequência definir o “desvio secundário” o que consiste no etiquetamento do “criminoso”, por fim, a definição que constitui o desvio como qualidade imposta aos comportamentos e aos indivíduos, tem como poder de definição a este as agências de controle social. (BARATTA, Alessandro p88-89 2002).

É necessário considerar para fins de melhor compressão que a teoria de *Labeling Approach* se ocupa, principalmente, das relações de instancias oficiais de controle social (juízes, policia, instituições penitenciarias) como se regem a partir de normas, ação e função constitutiva em face da criminalidade do sistema penal. (BARATTA, Alessandro pág. 86).

O comportamento rotulado como criminoso se dava na distinção da identidade desviante:

Criminalização primária é o ato e o efeito de sancionar de uma lei primária material, que incrimina ou permite a punição de determinadas pessoas. Trata-se de um ato formal, fundamentalmente programático, pois, quando se estabelece que uma conduta deve ser punida, enuncia-se um programa, o qual deve ser cumprido pelos entes estatais (polícias, Ministério Público, Poder Judiciário, etc.).

Criminalização secundária é a ação punitiva exercida sobre pessoas concretas. Verifica-se quando os órgãos estatais detectam um indivíduo, a quem se atribui a prática de um ato primariamente criminalizado, sobre ele recaindo a perseguição penal. (DANTAS apud MASSON 2014).

Tendo a rotulação como principal ponto dessa teoria, Penedo Filho:

Sustenta-se que a criminalização primária produz a etiqueta ou rótulo, que por sua vez produz a criminalização secundária (reincidência). A etiqueta ou rótulo (materializados em atestado de antecedentes, folha corrida criminal, divulgação de jornais sensacionalistas etc.) acaba por impregnar o indivíduo,



causando a expectativa social de que a conduta venha a ser praticada, perpetuando o comportamento delinquente e aproximando os indivíduos rotulados uns dos outros. (PENEDO Filho, Nestor Sampaio p. 93.)

A criminalidade se determina principalmente do status atribuído ao indivíduo mediante a processos de definição, se refere a conduta criminal a definição do crime e a etiqueta que seleciona como criminoso todos aqueles que praticam tal conduta. (ANDRADE, Vera Regina Pereira).

Essa conduta segundo a teoria do etiquetamento expõe que o rotulo dado ao criminoso consiste de acordo com os fins culturais e a intervenção do sistema penal na consolidação da identidade desviante, isto por que, a criminalidade advém de uma seletividade, resultado de mecanismo sobre a estratificação social, que lhe atribuiria um rotulo criminoso.

A ação do indivíduo as mudanças decorrentes do ambiente em que se vive, ainda que não apresente diretamente uma ligação ao comportamento oposto do aceitável, quando rotulado como parte negativa da sociedade e taxativamente imposto um status desviante tende a permanecer dentro do papel ao qual foi anteriormente atribuído.

Para entendermos os processos de criminalização, não basta apenas entender o crime e o comportamento desviante como produto da reação social, é fundamental pensá-lo conectado com toda realidade estrutural – social, política e econômica. Pois, se afirmarmos que o delinquente se faz apenas pelo processo de criminalização, estaremos negligenciando o fato de a ação desviante ser primeiramente expressão de um conflito social. (XAVIER, 2019, p. 276)

Em síntese a teoria evidencia que os processos sociais de definição em uma sociedade capitalista se relacionam diretamente com os resultados da estratificação social. É relato e claro a importância que a sociedade possui em segmentar estereótipo cada indivíduo nela presente, a essa divisão as condições socioeconômicas tem grande importância, os chamados “invisíveis”, isto é, pessoas que devida sua realidade de vulnerabilidade consequentemente já são marginalizados por suas condições, apenas recebem um olhar mais evidente para serem enquadrados novamente em um status criminoso.

Ao passo que o direito penal continuamente volta-se a reger normas, a punir igualmente todos que infringem a lei, em sua pratica tende a penalizar a partir de um aspecto relativo ou fragmentar seu modo de operar em determinadas circunstancias, participando da seletividade existente que reproduz nas relações de desigualdade.

A personalidade do agente se referenciará no papel desviado ainda que ele se defina como não desviado. As dificuldades são ainda mais pronunciadas quando o agente, embora negue o papel desviado, é, cada vez, identificado por terceiros pela conduta classificada como desviada. Surgirá uma espécie de subcultura delinquente facilitadora da imersão do agente em um processo em espiral que traga o desviante cada vez mais para a reincidência. (SHECAIRA, p. 294).



Ao contar desta primeira interpretação levando em conta aspectos relativos, a conduta propriamente dita não é observada de maneira isolada, pois o fator que se destaca é o agente realizador de tal conduta que por consequência se classifica o crime. A essa interpretação os estigmas que o agente carrega contribuem para o “algo a mais” (poder aquisitivo, escala social, gênero, etnia, cor, escolaridade), que se acumula ao índice que compõe a marginalização, ainda que não possuem natureza criminal. Por tanto, quanto mais próximo o sujeito estiver da área de índice de margem social, junto aos estigmas que carrega consigo maior será sua probabilidade de atribuição ao estigma desviante. Nesse sentido o sistema penal atribui, mas rótulos criminosos aqueles que já são socialmente marginalizados do que atuam na função de combater o crime. (SELL, César Sandro, 2007.)

4. Falência no sistema prisional: aspectos sociais que levam a criminalização

4.1 A seletividade do sistema Penal

É evidente que características estruturais de uma sociedade que historicamente de desenvolve a partir de relações de interesse sobre os que teriam maior poder e possibilidade de ofertar bens, ganhariam destaque com grande importância no meio social e prestígio. Se torna inequívoco pensar que não haveria uma desigualdade sobre os que nada poderiam oferecer pois nada tinham. A essa desagregação de classes em razão do poder econômico que detinham resultou-se no surgimento de grupos subdesenvolvidos que seletivamente seriam ofuscados pela própria sociedade.

Em meio a essas distinções o sistema penal surge afim de manter a ordem social, o equilíbrio nas relações entre os indivíduos que nela existem de forma justa e igual a todos. A pergunta que se faz aqui, é como um sistema punitivo que surge através de divisões de categorias e desigualdade consegue ser totalmente imparcial e justo?

O sistema penal é apresentado como igualitário, atingindo igualmente as pessoas em função de suas condutas, quando na verdade seu funcionamento é seletivo, atingindo apenas determinadas pessoas, integrantes de determinados grupos sociais, a pretexto de suas condutas. (BATISTA apud Zaffaroni p. 25-26)

Pode-se dizer que o sistema punitivo sempre se orienta seletivamente (Sica, Leonardo 2002), falamos “função oculta do sistema penal” a madeira como este é seletivo de forma velada (SICA, Leonardo apud Batista, Vera p.35)



O processo de seleção surge desde o instante em que a lei penal é editada. Valores de determinados grupos sociais, tidos como dominantes, prevalecem em detrimento da classe dominada. Em seguida, já quando a lei penal, surge novo processo de seleção. Quem deverá ser punido? A resposta a essa indagação deveria ser simples, ou seja, todos aqueles que descumprirem a lei penal, afrontando a autoridade do Estado/Administração. Conduto, sabemos que isso não acontece. O Direito Penal tem cheiro, cor, raça, classe social; enfim há um grupo de escolhidos, sobre os quais haverá a manifestação da força do Estado. (GRECO, 2015, p. 155).

As instancias de agencia de controle determinam mecanismos de punição aos que se negão realizar o papel que é exigido, não se apresentando conforme o esperado. Contudo, a mesma que espera um comportamento adequado do indivíduo ao ambiente, indiretamente pressupõe que alguns não conseguem desempenhar tal papel, por serem menos comprometidos ou possuírem uma tendência de desvio que posteriormente haveria de se expressar dentro da criminalidade. Não existe o delito, apenas existem os atos, estes muitas vezes recebem diferentes significados dentro de diversos contextos sociais (Araújo, Fernanda apud Castro p.107).

A realidade acaba sendo bem clara quanto a seletividade existente, é evidente que os olhares de juízo tanto sociais, quanto do próprio sistema se volta as camadas inferiores, são esses vulneráveis, o negro, pobre, de baixa escolaridade, predominantemente integram com evidencia o elemento negativo do sistema do qual há maior rigor em punir e repreender suas ações.

Quando os outros meios de controle social fracassam, o sistema não tem dúvida em criminalizar pessoas dos próprios setores hegemônicos, para que estes sejam mantidos e reafirmados no seu rol, e não desenvolvam condutas prejudiciais à hegemonia dos grupos a que pertencem (classe alta) ainda que tal fenômeno seja menos frequente. (ZAFFARONI, PIERANGELI, 2004, p.76).

O olhar estereotipado a esses indivíduos associam características de comportamentos desviantes, ao exemplificar o entendimento, ao passo que um crime de furto foi realizado, imediatamente a ideia que se produz já está ligada a um pobre, a quem diga um favelado, negro, que não se preocupou em ter uma vida honesta e se associou ao crime, Vera Regina conceitual tal ideia:

E uma vez que os estereótipos de criminosos são tecidos por variáveis (status social, cor, condição familiar), majoritariamente associadas a atributos pertencentes a pessoas dos baixos estratos sociais, torna-os extremamente vulneráveis, além de outros fatores concorrentes, a uma maior criminalização. (ANDRADE, 1997, p.269-270).



Nesse sentido, ainda que o sistema tem como objetivo a aplicabilidade da lei justa, sem distinções, ele tende a distinguir os elementos que o cercam, a essa atuação acaba por validar as divisões já existentes.

4.2 A pobreza como fator dominante

O Estado não tem como objetivo fortalecer laços ou reduzir a desigualdade em grande escala, mas no máximo aliviar a miséria mais gritante (Wacquant, Loic p.20, 2003). As forças que operam na sociedade são também as mesmas responsáveis pela descriminalização de grupo pertencente aos baixos estratos sociais.

O discurso da exclusão revela o sintoma grave de uma mudança social que vem transformando, rapidamente, uma imensa maioria em seres humanos descartáveis e parte de uma sociedade paralela, que é incluída do ponto de vista econômico e excluída do ponto de vista social, moral e até político. (RAICHELIS, 2006, p. 17)

Ao deslumbrar civilização das grandes metrópoles o que se vê nos guetos é a concentração de instrumentos de vigilância a fiscalizar os habitantes dessa população. A marginalização se estende ainda mais quando partes desse grupo encontram dificuldades diariamente lidar com o trabalho, ganhando pouco e sobrevivendo com quase nada. Além da dificuldade de prover seu próprio sustento necessita lidar criminalização atribuída a sua classe.

Eu sei, cansa..
Quem morre ao fim do mês, nossa grana ou nossa esperança?
Delírio é
Equilíbrio entre nosso martírio e nossa fé,
Foi difícil contar migalha nos escombros
Lona preta esticada, as enxada no ombro e nada vim
Nada enfim, recria
Sozim, com alma cheia de mágoa e as panela vazia.
- Levanta e anda – Emicida.

As exclusões das camadas periféricas contribuem para a acessão do crime. A transformação do gueto se torna a nova prisão do jovem, limitado a educação, saúde, trabalho, sem chances de oportunidades tende a decidir entre sonhar ou sobreviver. Diante das restrições alternativas diante da pobreza, a falta de referência social e expectativas de futuro, as limitações materiais e interação com outros espaços, empobrecem a percepção de realidade social.



Não há dúvida de que as principais explicações para os processos de longo prazo de exclusão-inclusão são econômicas, mas em forte associação com instituições políticas e elementos sociais e culturais. (SCHWARTZMAN SIMON, p. 33)

O mundo do crime se torna a maneira mais fácil, por muito a única opção para solucionar seus problemas.

CONCLUSÃO

O objetivo principal da pesquisa foi analisar os pontos relevantes da criminalização da pobreza, quem seria o agente criminoso e como este haveria de ser identificado. Nota-se que a criminalidade e a pobreza estão ligadas diretamente com os reflexos de um sistema ineficiente e falido.

O agente delituoso, ainda que invisível aos olhos da sociedade e do Estado ganha ênfase quando recebe a identificação de personalidade desviante, isto se dá devido todo histórico de má distribuição de bens, onde as classes menos abastecidas sofrem com a marginalização e exclusão social. O primeiro passo para possíveis soluções é enxergar que o problema existe e sua consequência sempre se volta ao crime, logo a prisão, e no fim a reincidência.

A educação transforma o mundo, é a partir de pequenas ações se constrói as grandes diferenças. É preciso que o Estado articule mecanismos de integração, educação, programas de cidadania e capacitação, juntamente com eventos políticos e sociais que atuam no enfrentamento aos processos de descriminalização, estimulação a participar de espaços relevantes fora das periferias. Há necessidade de oportunidade de interação entre os meios, só assim possuirá direito de conquistar dignamente seu reconhecimento, sem desistir de acreditar na superação da pobreza.

Em relação a falência do sistema prisional: criminalização e pobreza, por se tratar de um problema social existente, se faz necessário que seja feita pesquisas aprofundadas sobre a estrutura desse sistema, por conta disso, é se suma importância a continuidade de pesquisas voltadas a essa área científica.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Do paradigma de reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no sendo comum.** Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v4, n.14, p.276-287, br/jun.



1996 p.280).

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência a violência do controle penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

Araújo, Fernanda Carolina Disponível em:

<<https://pdfs.semanticscholar.org/6ddb/ed263e1fc1282adfe647638dc153602b1eb4.pdf>>. Acesso em 8 set. 2021.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. p.62. 3Edição, Rio de Janeiro: Revan, 2002.

Batista, Nilo Introdução crítica ao direito penal brasileiro/Nilo Batista. Rio de Janeiro: Revan, 11 edições, março de 2007.

DANTAS, Esdras. **Criminalização primária e criminalização secundária.**

Seletividade e vulnerabilidade do Direito Penal. Disponível:

<<http://esdrasdantas.blogspot.com.br/2014/12/criminalizacao-primaria-e.html>>
Acesso em: 20 ago 2021.

Emicida – Levanta de anda (feat. Rael) 2013. Letra Disponível:

<https://www.vagalume.com.br/emicida/levanta-e-anda-part-rael-da-rima.html> acesso em: 06 set 2021.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antônio; FLÁVIO GOMES, Luiz. **Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos; introdução as bases criminológicas da Lei 9.099/95; Lei dos Juizados Especiais Criminais**. 8ª. ed. rev. e atual: São Paulo: Revistas dos Tribunais,2002. Disponível:

<<https://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/19308/Monografia.pdf>> acesso em:31 jul 2021.

Greco, Rogerio. **Curso de Direito Penal**. Ed 17. Vol. I Rio de Janeiro. Editora Impetus,2015.Disponível



<<https://direitouniversitarioblog.files.wordpress.com/2017/02/greco-rogc3a9rio-curso-de-direito-penal-vol-1.pdf>> acesso: 17 ago 2021.

Gomes, Christiano G. **Manual de Criminologia**. Editora Saraiva, 2020.

NASCIMENTO, José Flávio Braga. **Curso de Criminologia**. Pag.69, São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. Grupo GEN, 2021. Editora Forense.

Olhar criminológico / Associação Brasileira de Criminologia. Vol, 1, ano 4 2020. Quixadá (CE): ABC. Disponível <<http://abcriminologia.com.br/revistaoc/arquivos/revista-oc-iv.pdf#page=9>>. Acesso em: 24 Ago 2021

Penteado Filho, Nestor Sampaio Manual esquemático de criminologia / Nestor Sampaio Penteado Filho. – 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012. Bibliografia. 1. Criminologia I. Título

RAICHELIS, R. **Gestão pública e a questão social na grande cidade**. Lua Nova, São Paulo, 69, p. 13-48, 2006.

Revista da Esmal, Alagoas – AL, 2017 p.43 nº6. Disponível: <<http://revistadaesmal.tjal.jus.br/index.php/revistaEletronicaEsmal/article/viewFile/78/24>> <<http://revistadaesmal.tjal.jus.br/index.php/revistaEletronicaEsmal/article/viewFile/78/24>> - <<http://revistadaesmal.tjal.jus.br>>. Acesso em: 27 ago 2021

Sacadura, ROCHA, José Manuel D. Sociologia Jurídica, 6ª edição. Grupo GEN, 2019.

Sell, César Sandro, 2007. Título do artigo Disponível:<<https://jus.com.br/artigos/10290/a-etiqueta-do-crime>> acesso em: 26 ago 2021.

Shecaira, Sergio Salomão, Criminologia, 6 edi. ver. e atual – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

Sica, Leonardo. Direito penal de emergência e alternativas à prisão/ Leonardo Sica – São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2002.

Silva, Enio Waldir da. Sociologia Jurídica Ijuí: Ed. Unijuí, 2012. – 304 p. – (Coleção direito, política e cidadania35). Disponível: <<https://bibliodigital.unijui.edu.br:8443/xmlui/bitstream/handle/123456789/966/Sociologia%20Jur%C3%ADica.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> acesso em:26 ago 2021.



Schwartzman, Simon. **As causas da pobreza**. Book. 2018. Disponível:
https://www.researchgate.net/profile/Simon-Schwartzman/publication/224771519_As_causas_da_pobreza/links/5be1b73d4585150b2ba2e506/As-causas-da-pobreza.pdf acesso em: 08. Set 2021.

Wacquant, Loic. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos* – Rio de Janeiro: f. Bastos, 2001, Reven, 2003.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 4 edições. Editora Revista dos Tribunais.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.



INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

Laila Abdallah⁷³

Camila Viríssimo Rodrigues da Silva Moreira⁷⁴

RESUMO: A lei de interceptação telefônica, que trata da Lei 9.296 de 1996, entrou no ordenamento para regulamentar uma norma já existente na constituição Federal, em que traz uma exceção a norma e permite o uso da interceptação como meio de provas, respeitados certos requisitos. As novas normas incluídas no ordenamento jurídico, pelo pacote anticrime introduzidas pela lei 13.964 de 2019, também trouxeram alterações na lei da Interceptação telefônica. Os pontos mais relevantes em relação a interceptação são os direitos fundamentais da intimidade e a vida privada, que em certos pontos se confrontam, contudo, em busca da melhor face da justiça, deve-se analisar o caso em concreto, a prevalência dos direitos da coletividade e preservar direitos fundamentais. O método utilizado para o levantamento de pesquisa é o bibliográfico em conformidade com os entendimentos jurisprudências. A norma regulamentadora é dividida em doze artigos e seus parágrafos e tem a finalidade de utilizá-la em investigações criminais ou instrução processual penal. É de grande relevância a diferenciação entre interceptação telefônica, quebra de sigilo, escuta telefônica e gravação clandestina, já que se tratam de conceitos distintos da interceptação e não são abrangidos por uma mesma lei. A legitimidade e os requisitos para interpor a interceptação e para o deferimento do pedido, são taxativos, como também a forma de se utilizar as provas obtidas, para que possam incorporar a sua licitude.

PALAVRAS-CHAVE: Interceptação. Provas. Privacidade.

ABSTRACT OU RESUMEN: The law of telephone interception, which is the Law 9.296 of 1996, came into the legal system to regulate an existing norm in the Federal Constitution, it brings an exception to the norm and allows the use of interception as a means of evidence, subject to certain requirements. The new norms included in the legal system by the anti-crime package, that was introduced by the law 13,964 of 2019, also brought changes in the law of telephone interception. The most relevant points in relation to interceptions are the fundamental rights of intimacy and private life, which in certain situations confront each other, however, in pursuit of the best facet of justice, one must analyze the concrete case, the prevalence of the collective rights and preserve fundamental rights. The method used for the research data gathering is the bibliographical method according to the jurisprudential understandings. The regulatory norm is divided into twelve articles and its paragraphs and has the purpose of being used in criminal investigations or criminal law instruction. It is very important to differentiate telephone interception, breach of secrecy, wiretapping and clandestine recording, since they are distinct concepts of interception and are not covered by the same law. The legitimacy and the requirements to interfere in interceptions and grant such requests are limited, as well as the way to use the evidence obtained, so that they may embody its lawfulness.

KEYWORDS OU PALABRAS-CLAVE: Interception. Evidence. Privacy

INTRODUÇÃO:

Os meios de provas possíveis a serem colhidas e utilizadas em um processo penal pela interceptação telefônica é de extrema importância, sendo necessário a pesquisa para apresentar todos os meios de requisitos essenciais para que isso ocorra dentro da lei, a norma é trazida como uma exceção à regra na Constituição

⁷³ Graduanda de direito, turma 2018-2022, Unifatecie, lailaabdallah@outlook.com

⁷⁴ Graduação em Direito- Faculdades Nobel (2005). Especialização na área de Direito Penal e Processo Penal - Universidade Estadual de Londrina (2008). Mestrado em Ciências Jurídicas - Centro Universitário de Maringá (2013), Professora, Unifatecie, camila.moreira@fatecie.edu.br



Federal de 1988, para tanto, foi criada uma lei específica para regulamentá-la.

Para tanto, o tema aborda a criação da norma, a sua história e como deixou de se tornar uma inviolabilidade e passou a ser aceito, permitindo que alguns direitos fundamentais, como a intimidade e a privacidade, fossem corrompidos, sem, portanto, ser inconstitucional.

Foram definidos conceitos, objetivos e finalidades da norma, observada a lei 9.296 de 1996, que regulamentou a interceptação telefônica, bem como seus requisitos, que são de grande relevância. Da mesma forma, foi ressaltado a diferenciação entre quebra de sigilo, escuta telefônica e gravação clandestina, de importante tema, já que seu significado traz mais clareza para chegar a um conceito próprio sobre a interceptação telefônica e para que possa distingui-los.

A interceptação não é uma regra, mas sim uma exceção, devendo ser utilizada em último caso e quando não há outra possibilidade de obter provas, devendo a lei determinar a forma de sua captação, como devem ser utilizadas as provas já obtidas e o que deve ser feito com as gravações que não são necessárias, de quem tem a legitimidade, o acesso e o sigilo.

Por fim, foi abordado sobre os direitos à intimidade e a privacidade, como também, aos desiguais preceitos do instituto da interceptação telefônica. Contudo, deve ser analisado a sua necessidade em cada caso em concreto, uma vez que nenhum direito fundamental é inviolável, como também o direito da coletividade se sobrepõe ao direito individual.

1 PONTOS RELEVANTES DA HISTÓRIA DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

A Constituição Federal de 1969 foi clara ao trazer em seu texto normativo a inviolabilidade do sigilo telefônico, descritos em seu art. 153, parágrafo 9º, não sendo possível abranger nenhuma exceção:

Art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 9º É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas. (BRASIL, 1969)

Embora constasse a inviolabilidade da norma no ordenamento jurídico



brasileiro, ela não era respeitada no período na ditadura militar, onde ocorreram abusos de poder, violação do regramento jurídico e direitos fundamentais, um atentado à democracia, a liberdade, a intimidade e a privacidade, vivenciados por muitos anos até o fim da ditadura em 1985, como relata Borges:

Dentre os atos, destaca-se o Ato Institucional 5, pelo qual o presidente passava a deter poderes de fechar o Congresso Nacional quando julgasse oportuno, permitia as demissões sumárias, cassações de mandatos, suspensões de direitos políticos.

O ato também suspendia os direitos constitucionais da liberdade de expressão e de reunião por meio da censura; permitia a proibição ao cidadão do exercício de sua profissão; e interrompia a garantia de *habeas corpus* aos acusados de crimes contra a segurança nacional. Por tudo isso, o Ato Institucional 5 “era a ditadura sem disfarces”. (BORGES, 2012, p.63)

Quando foi criada a nova Constituição Federal de 1988, legisladores optaram por manter e recepcionar essa norma, mas trouxeram com ela uma exceção, em seu art. 5º, inciso XII, fizeram uma ressalva, que, por ordem judicial, seria possível a violação das comunicações telefônicas para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, desde então foi permitido, com certos requisitos, o instituto da violação da interceptação telefônica como meio de prova, respeitados uma série de critérios:

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:

XII - e inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal; (Vide Lei nº 9.296, de 1996) (BRASIL, 1988)

Para repudiar os abusos e não dar brecha para novas interpretações, a constituição de 1988 trouxe na norma a exigência da regulamentação por lei daquele instituto. Ainda assim, houveram várias controvérsias e posições divergentes, pois existia um Código Brasileiro das Telecomunicações, a Lei 4.117/62, art. 57, que autorizava a inviolabilidade da interceptação telefônica desde que autorizado por um juiz competente, porém havia uma discussão se esse código havia sido recepcionado ou não pela nova constituição.

O entendimento majoritário prevaleceu e a decisão foi proferida pelo STF em 1993, de que se tornava inconstitucional as provas coletadas por meio de



interceptação telefônica e que só seria aceito a sua violabilidade desde que fosse criada uma lei específica a fim de regulamentá-la, e sem esse requisito, os meios de provas colhidas seriam considerados ilícitas e ilegais.

Instaurou-se, com a promulgação da nova Carta Magna, nova polêmica, quanto a ter sido recepcionado ou não o artigo 57 do Código Brasileiro de Telecomunicações, ou se haveria a necessidade de norma específica regulamentadora da matéria. Encerrando a polêmica doutrinária e jurisprudencial criada, manifestou-se a Suprema Corte no sentido da impossibilidade de pronunciamento judicial pela quebra do sigilo telefônico enquanto não fosse editada lei específica de regulamentação da matéria, sendo, conseqüentemente, consideradas ilícitas as interceptações obtidas em desacordo com este entendimento – STF, HC n. 69.912-0 RS, Plenário, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, maioria (10x1), decisão de 30.6.93, anulada e depois substituída pela de 16.12.93, DJU: 25/03/1994, p. 6012. (GRINOVER, 1997)

Com essa decisão, foi criada a Lei 9.296 de 1996, para que pudesse ser regulamentada e de fato ser efetivada. A sua regulamentação propiciou maior segurança jurídica e eficácia da norma, trazendo requisitos específicos para a sua utilização, a fim de proteger os direitos fundamentais e conter os abusos do poder estatal, mas também, combater práticas ilícitas, conforme afirma Moraes:

Apesar de a exceção constitucional expressa referir-se somente à interceptação telefônica, entende-se que nenhuma liberdade individual é absoluta, sendo possível, respeitados certos parâmetros, a interceptação das correspondências e comunicações telegráficas e de dados sempre que as liberdades públicas estiverem sendo utilizadas como instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas. (MORAES, 2002, p.84 - 86)

Desta forma, legisladores tiveram que sobrepesar e equilibrar as normas, a fim de proteger os direitos a liberdade, privacidade, intimidade e ao mesmo tempo impedir e coibir práticas ilícitas, de forma a proteger o cidadão, mas também a sociedade como um todo e o próprio ordenamento jurídico.

2 CONCEITOS, OBJETIVOS, FINALIDADES E PRINCIPAIS FUNDAMENTOS DA LEI 9.296/1996.

A interceptação telefônica como meio de provas foi permitida na Constituição Federal de 1988, no seu art. 5º, inciso XII, trouxe uma exceção à regra, e, precisou ser regulamentada pela Lei 9.296 de 1996, ou seja, após oito anos da norma entrar no ordenamento jurídico é que realmente teve a devida eficácia.



A interceptação telefônica tem como objetivo a coleta de provas e como finalidade sua utilização em investigações criminais ou instrução processual penal. É importante destacar que somente poderá ser utilizada como prova criminal, já que algum direito fundamental será corrompido, portanto só fará o uso da interceptação, quando: a) a lei estabelecer, b) houver decisão judicial por um juízo competente, c) tiver finalidade de investigação criminal ou processual penal.

Art. 1º A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigredo de justiça. (BRASIL, 1996)

Conceitua NUCCI (2020) a interceptação em sentido estrito “interceptar algo significa interromper, cortar ou impedir.” O que se equivoca na interpretação de se ter uma conversa interrompida entre duas ou mais pessoas, já no sentido amplo, que se dá o sentido real do termo, NUCCI (2020) afirma que se caracteriza na forma de “imiscuir-se ou intrometer-se em comunicação alheia.” Neste sentido a interceptação caracteriza-se por uma interferência da comunicação entre os interlocutores.

A lei de Interceptação telefônica consiste na permissão da quebra de sigilo de comunicação telefônica para que possa ser utilizado como prova no âmbito Penal e Processual Penal, desde que observados certos requisitos.

Essa intervenção é feita por um terceiro, que, com permissão antecipada do juízo competente, pode ouvir a conversa telefônica entre duas pessoas, neste instituto o terceiro não faz parte da conversa. A interceptação não pode ser feita de forma corriqueira, utilizando-a banalmente como meio de prova. Somente será possível recorrer a esta ferramenta quando for necessária e puder ser aproveitada, conforme Gomes e Maciel:

Desde logo cabe enfatizar que o objetivo final da interceptação, reiterado no diploma legal em questão, é a constituição de uma “prova”. Prova que deve versar sobre uma infração penal e sua autoria. Se essa prova pode ser obtida “por outros meios”, não deve o juiz determinar a interceptação telefônica, que é medida de ultima ratio, extremada, excepcional, mesmo porque, por vontade do legislador constituinte, a regra é a preservação da intimidade. (GOMES, 2014, p.93)

Deste modo, qualquer medida que puder ser tomada antes da interceptação deve ser feita, a fim de utilizá-la em último caso, já que se trata de uma medida extrema e afronta certos direitos fundamentais.



3 DIFERENÇAS ENTRE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA, QUEBRA DE SIGILO, ESCUTA TELEFÔNICA E GRAVAÇÃO CLANDESTINA

O Ordenamento jurídico brasileiro traz várias formas possíveis de se conseguir provas, como também várias proibições, desta forma é importante especificar alguns termos nominativos para diferenciar certas nomenclaturas, que ainda causam muita confusão entre leigos, e, às vezes, até mesmo entre os juristas.

Com intuito de falar especificamente da interceptação telefônica, é necessário fazer a distinção de outros termos, como: da quebra de sigilo, escuta telefônica e da gravação clandestina, que embora não pareça, tem significados bem específicos e próprios para cada instituto.

A interceptação telefônica se dá quando um terceiro tem acesso a conversa telefônica entre duas pessoas, o terceiro não participa da conversa e os comunicadores não sabem que estão sendo gravados, apenas um juiz competente pode autorizar essa gravação, segundo Renato Brasileiro de Lima:

A interceptação ocorre sem o conhecimento dos interlocutores, ou seja, nenhum deles tem consciência de que o conteúdo da comunicação está sendo captado por um terceiro. (LIMA, 2015, p.138)

Na quebra de sigilo telefônico, também utilizado como meio de provas, o terceiro tem acesso aos registros das ligações decorrentes de um telefone, mas não tem acesso ao conteúdo das conversas, a quebra serve para a verificação de ligações recebidas e realizadas por um determinado período, como também sobre os dados cadastrais do assinante, data da chamada, horário, número do telefone chamado, duração do uso, valor da chamada, etc. (MASSON, 2015)

A escuta telefônica pode ser subdividida de duas formas: a escuta telefônica e escuta ambiental. Na telefônica, a conversa entre os interlocutores pode ser ouvida e gravada por um terceiro, desde que autorizada por um dos comunicadores. Na escuta ambiental, a conversa ocorre sem a interferência de uma comunicação telefônica, ocorre em um ambiente, em qualquer recinto, e é ouvida por um terceiro com ciência de um dos interlocutores. Não se trata de interceptação, pois existe a permissão de um dos participantes do diálogo. (CABETE, 2015)

E, por fim, na gravação clandestina, um dos interlocutores grava a conversa,



sem o conhecimento do outro comunicador e sem a interferência de um terceiro. Desde que a conversa não seja expressamente sigilosa, não se configura um delito, podendo utilizá-la como uma prova lícita, afirma César Dario Mariano da Silva:

A gravação clandestina consiste no ato de registro de conversação própria por um de seus interlocutores e sub-repticiamente feita por intermédio de aparelho eletrônico ou telefônico (gravação clandestina propriamente dita) ou no ambiente da conversação (gravações ambientais). (SILVA, 2001, p.49)

Assim, a gravação clandestina não necessita de autorização prévia, pois é o próprio interlocutor que está fazendo a gravação, sem a intervenção de terceiros, isso ocorre muitas vezes quando um dos comunicadores sente a necessidade de se salvar e utilizá-la como prova futuramente.

4 LEGITIMIDADE PARA DETERMINAR O USO DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

A legitimidade para determinar o uso da interceptação telefônica traz expresso no texto normativo, na Lei 9.296/1996, em seu artigo 3º, conforme infracitado:

Art. 3º A interceptação das comunicações telefônicas poderá ser determinada pelo juiz, de ofício ou a requerimento:
I - da autoridade policial, na investigação criminal;
II - do representante do Ministério Público, na investigação criminal e na instrução processual penal. (BRASIL, 1996)

Entende-se assim que o legitimado é exclusivamente o juiz, não podendo sê-lo feito por qualquer outra autoridade, nem mesmo em casos de urgência. Assim a legislação optou por fazer uma verificação prévia da legalidade e legitimidade para utilização da interceptação, evitando cometer uma infração em relação a sua permissibilidade, assim destaca Parizatto:

Somente o juiz da área criminal terá competência para deferir o pedido de interceptação, sendo defeso ao juiz do cível tomar tal providência, eis que a prova a ser produzida com base em tal interceptação servirá à investigação criminal ou à instrução processual penal. (PARIZZATO, 1996, p.16)

Já sabemos que a determinação da interceptação telefônica é do magistrado, mas a lei ainda traz quem são as autoridades competentes para solicitar ao juiz o meio de utilização de coleta de provas, que são: a) autoridade policial, por meio de representação (fase investigatória); b) representante do ministério público (fase investigatória e judicial). (LIMA, 2015)



O requerimento da interceptação telefônica ainda nos traz outra figura, a do advogado de defesa, que em busca de comprovar a inocência do acusado, com garantia inegável no direito constitucional do princípio da ampla defesa, tem a possibilidade de requerer a interceptação em busca de comprovar a verdade real, admitindo assim que o defensor tenha idêntica oportunidade de requerer a diligência, vejamos o art 5º, LV, CF/88:

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)

O defensor pode solicitar a interceptação tanto para encontrar um terceiro acusado, quanto para requerer a interceptação de outro que ainda não tenha sido requerido, no intuito de defender o então suspeito. Desta forma o advogado de defesa deve requerer ao juiz competente a solicitação da interceptação telefônica, como direito garantido da ampla defesa. (CAPEZ, 2020)

Devemos também elencar aqui a figura do querelante, ou seja, titular do polo passivo da demanda, de ação privada exclusiva ou subsidiária pública, que se equipara ao ministério público e, portanto, legitimado a requerer a interceptação diretamente ao juiz competente.

Importante destacar também que a interceptação não é possível na esfera civil, na quebra de sigilo na instrução de processo, nem mesmo na fase investigatória, como em casos de adultério, utilizados muitas vezes por detetives particulares, para grampeamento telefônicos, já que a interceptação só é autorizada para investigação criminal e instrução de processo penal.

4.1 REQUISITOS PARA O DEFERIMENTO DO PEDIDO

O art. 2º da Lei 9.296 de 1996 traz as hipóteses em que não será admitida interceptação telefônica, vejamos:

Art. 2º Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses:

I - não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal;

II - a prova puder ser feita por outros meios disponíveis;

III - o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena



de detenção.

Parágrafo único. Em qualquer hipótese deve ser descrita com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada. (BRASIL, 1996)

O inciso I, diz sobre os indícios razoáveis de autoria e participação, o que significa que precisa de indícios suficientes para requerer a interceptação, não sendo possível determinar se esses indícios são o suficiente antes de um inquérito policial para investigar se houve ou não a infração penal.

Em alguns casos o Ministério público buscou pelo deferimento da interceptação apenas por meio de denúncia anônima, sem que fosse cumprido outros requisitos para sua legitimidade, acarretando algumas jurisprudências, dessa forma, foi necessário que o Tribunal decidisse sobre esses casos, concluindo que não seria possível a interceptação sem outros meios legais que legitimassem o pedido, como aponta ementa do Supremo Tribunal Federal:

EMENTA Habeas corpus. Constitucional e processual penal. Possibilidade de denúncia anônima, desde que acompanhada de demais elementos colhidos a partir dela. Instauração de inquérito. Quebra de sigilo telefônico. Trancamento do inquérito. Denúncia recebida. Inexistência de constrangimento ilegal. (HC nº 84.827/TO, Relator o Ministro Marco Aurélio, DJ de 23/11/07)

Identificando a infração e vendo a necessidade, pode ser possível a sua requisição, desde que não seja possível por outros meios, como descrito no inciso II, para isso é necessário demonstrar o *periculum*, isto é, o perigo de perder a prova sem a interceptação, conforme CAPEZ (2020). Pela proteção dos direitos fundamentais da intimidade e liberdade de comunicação, o juiz deverá analisar cada caso em concreto e ver se é realmente indispensável a interceptação, que só será feito em último caso, se não houver outra forma de captação de provas, devendo demonstrar fundamentadamente a necessidade.

Já no inciso III, ocorre a proibição do uso da interceptação em infrações que a pena seja no máximo de detenção, ou seja, apenas poderá ser autorizado a interceptação para crimes cometidos com pena de detenção. Há discussões sobre esse tema, já que a norma deixa de fora crimes como ameaça, ou até mesmo contravenções como jogo do bicho.

Devemos destacar também o art. 4º, da Lei 9.296 de 1996, que vem como uma complementação do art. 2º da referida Lei:

Art. 4º O pedido de interceptação de comunicação telefônica conterá a demonstração de que a sua realização é necessária à apuração de infração



penal, com indicação dos meios a serem empregados.

§ 1º Excepcionalmente, o juiz poderá admitir que o pedido seja formulado verbalmente, desde que estejam presentes os pressupostos que autorizem a interceptação, caso em que a concessão será condicionada à sua redução a termo.

§ 2º O juiz, no prazo máximo de vinte e quatro horas, decidirá sobre o pedido. (BRASIL, 1996)

O artigo 4º reforça a necessidade de que seja identificado a infração penal para requerer a interceptação telefônica, o juiz ainda poderá receber o pedido verbalmente, desde que presentes requisitos legais, desta forma presume-se a celeridade do pedido, devendo ser reduzido a termo para que possa ocorrer a autorização judicial. O juiz deverá decidir no prazo máximo de 24 horas, o que caracteriza a sua urgência. Enfim, no artigo 6º, fala sobre o deferimento do pedido, vejamos:

Art. 6º Deferido o pedido, a autoridade policial conduzirá os procedimentos de interceptação, dando ciência ao Ministério Público, que poderá acompanhar a sua realização.

§ 1º No caso de a diligência possibilitar a gravação da comunicação interceptada, será determinada a sua transcrição.

§ 2º Cumprida a diligência, a autoridade policial encaminhará o resultado da interceptação ao juiz, acompanhado de auto circunstanciado, que deverá conter o resumo das operações realizadas.

§ 3º Recebidos esses elementos, o juiz determinará a providência do art. 8º, ciente o Ministério Público. (BRASIL, 1996)

O legislador trouxe na norma um preceito natural do Ministério Público, pois este tem a função de fiscalizar a autoridade policial e é o titular da ação penal, bem como tem o poder de afastar a autoridade policial quando esta é alvo de investigação. O juiz tem a função exclusiva de decidir e julgar. Assim, após deferida a interceptação, será feita a sua transcrição, só neste momento que poderá abrir prazo para defesa, já que a diligência é feita em caráter sigiloso, para que não frustre a investigação, de acordo com o artigo 8º, da mesma Lei.

Art. 8º A interceptação de comunicação telefônica, de qualquer natureza, ocorrerá em autos apartados, apensados aos autos do inquérito policial ou do processo criminal, preservando-se o sigilo das diligências, gravações e transcrições respectivas.

Parágrafo único. A apensação somente poderá ser realizada imediatamente antes do relatório da autoridade, quando se tratar de inquérito policial (Código de Processo Penal, art.10, § 1º) ou na conclusão do processo ao juiz para o despacho decorrente do disposto nos arts. 407, 502 ou 538 do Código de Processo Penal. (BRASIL, 1996)

O legislador trouxe recentemente o artigo 8º-A, incluída pela Lei 13.964 de 2019, que se trata da Lei do pacote anticrime, proposta por Sérgio Moro, que na época



fazia parte do Ministério da Justiça e segurança pública, e que entrou em vigência em 2020, veja o que diz o referido artigo:

Art. 8º-A. Para investigação ou instrução criminal, poderá ser autorizada pelo juiz, a requerimento da autoridade policial ou do Ministério Público, a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos, quando: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

I - a prova não puder ser feita por outros meios disponíveis e igualmente eficazes; e

II - houver elementos probatórios razoáveis de autoria e participação em infrações criminais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos ou em infrações penais conexas.

§ 1º O requerimento deverá descrever circunstanciadamente o local e a forma de instalação do dispositivo de captação ambiental.

§ 2º VETADO

§ 3º A captação ambiental não poderá exceder o prazo de 15 (quinze) dias, renovável por decisão judicial por iguais períodos, se comprovada a indispensabilidade do meio de prova e quando presente atividade criminal permanente, habitual ou continuada.

§ 4º VETADO

§ 5º Aplicam-se subsidiariamente à captação ambiental as regras previstas na legislação específica para a interceptação telefônica e telemática. (BRASIL, 1996)

O legislador fez referência da captação de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos, da mesma forma, pode ser requerido por autoridade policial ou pelo Ministério Público e autorizado por um juiz, mas a lei ainda trouxe dois requisitos cumulativos, do qual só poderá ser feito: I) se for o único meio de captação de provas e não puder ser feito de outra forma; II) as infrações tem que ter pena máxima superior a quatro anos ou ser crimes conexos.

Juntamente com os incisos, o legislador trouxe cinco parágrafos, dos quais dois foram vetados. O § 1º pede o detalhamento do local e a forma da instalação a ser captada, se trata de um requerimento objetivo e detalhado a ser autorizado pelo juiz. No § 3º, trata-se do prazo quando a atividade criminal é continuada, sendo possível exercer a captação não superior ao prazo de 15 dias, sendo necessário a renovação pelo juiz competente, desde que a atividade criminal seja permanente, habitual ou continuada, e, por fim o § 5º, a lei da interceptação telefônica e telemática pode complementar a captação ambiental quando esta for insuficiente.

4.2 PROVAS OBTIDAS COM A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

Sobre as provas obtidas com a utilização da interceptação telefônica podemos citar o art. 9º da Lei 9.296 de 1996:



Art. 9º A gravação que não interessar à prova será inutilizada por decisão judicial, durante o inquérito, a instrução processual ou após esta, em virtude de requerimento do Ministério Público ou da parte interessada.

Parágrafo único. O incidente de inutilização será assistido pelo Ministério Público, sendo facultada a presença do acusado ou de seu representante legal. (BRASIL, 1996)

A captação feita através da interceptação telefônica pode durar vários dias até que as autoridades consigam coletar provas suficientes para ingressar com uma ação, em muitos dos casos pode ocorrer a gravação de conversas que não são pertinentes à investigação. Para preservar a intimidade do suspeito, relativos a assuntos pessoais que não interferem na investigação, e de terceiros, o juiz poderá determinar a exclusão de conversas não relativas ao caso, essas conversas paralelas são chamadas de *incidentes de inutilização*, que conforme NUCCI explica, é uma situação acessória, e secundária a uma outra, considerada principal. (NUCCI, 2020)

Assim, a conversa que não interessar será inutilizada, ocorrerá a destruição da gravação, por decisão judicial, com a presença do Ministério Público e, facultativamente do acusado e da defesa, nesse sentido, foi dado a decisão do HC 26.704/2009 RJ, relator Ministro Marco Aurélio Bellize, que diz:

[...] Não compete a autoridade policial filtrar os diálogos a serem gravados, mas sim executar a ordem judicial, o que evita a conveniência da colheita da prova, ficar ao arbítrio da polícia, devendo o magistrado, diante de eventual captação de conversa protegida pelo manto da inviolabilidade, separá-la dos demais elementos probatórios, mantendo o restante da diligência incólume, se não maculada pela irregularidade detectada, como é o caso dos autos. (BRASIL, 2009)

Das provas lícitas e pertinentes ao caso, serão feitas as transcrições dos diálogos úteis e encaminhados ao juiz, ao qual irá decidir sobre a sua utilização ou integração no inquérito policial ou processo criminal. (AVENA, 2017)

Em relação a descoberta causal, ou também conhecido como fenômeno de serendipidade ou conhecimento fortuito, trata-se de quando, na investigação por uso da interceptação telefônica, se descobre por acaso, outro crime sendo praticado ou a participação de terceiros, neste caso, não se utiliza a teoria dos frutos da árvore envenenada, pois os tribunais superiores entendem que não se trata de uma prova ilícita. (NUCCI, 2020)

Há discussões ainda sobre as provas captadas quando o outro interlocutor é o advogado do suspeito, e dessas controvérsias, chegam a um entendimento, do qual o advogado goza do benefício da inviolabilidade, como consta no Estatuto da Ordem dos Advogados, apenas quando estiver no exercício de sua função, ou seja, se este



estiver como partícipe ou coautor no crime, também poderá ser alvo de investigação, conforme citado abaixo:

Art. 7º - São direitos do advogado: II – a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, bem como de seus instrumentos de trabalho, de sua correspondência escrita, eletrônica, telefônica e telemática, desde que relativas ao exercício da advocacia. (BRASIL, 1994)

Neste sentido, o advogado só terá direito ao sigilo de suas conversas se estiver atuando no exercício de sua função, caso contrário, poderá ser investigado e ter a violação de sua intimidade, podendo ter a sua conversa captada e utilizada em um inquérito policial ou processo criminal se assim for o entendimento do magistrado, assim diz Bonfim:

É certo que o sigilo profissional do advogado deve ser preservado, não sendo permitida a utilização, como prova, das conversas obtidas por meio de interceptação telefônica entre o cliente e o advogado. Todavia, tal garantia não tem caráter absoluto, não se estendendo aos casos como o dos autos, no qual se constatou, ao longo das investigações, que o advogado, ao que parece, excedeu o exercício regular de seu munus e passou a atuar como coautor na prática dos crimes descritos. (BONFIM, 2017, p.207)

Como já dito anteriormente, nenhum direito fundamental é absoluto, cabendo a quebra de sigilo mesmo entre advogado e cliente, desde que este não siga as normas regidas em nosso ordenamento jurídico.

5 DIREITO A INTIMIDADE E A VIDA PRIVADA X INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

Um assunto importante a ser abordado referente ao tema desse trabalho, é sobre o direito fundamental à intimidade, um princípio integrante no ordenamento jurídico brasileiro, presente no art. 5º, da Constituição Federal de 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:

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; (BRASIL, 1988)

O direito a intimidade corresponde a necessidade em que o indivíduo tem de se resguardar em seu íntimo, refere-se a sua própria vivência, a sua esfera mais íntima de relacionamento, com seus amigos e familiares, de que cada ser humano tem o



direito de manter em sigilo os segredos de sua vida íntima e a reserva de não expor as informações de sua privacidade, podemos ver em um trecho que Masson destaca melhor sobre a intimidade:

Não é simples distinguir a vida privada da intimidade, razão pela qual alguns autores entendem que ambas designam a mesma coisa: "vida privada é a mesma coisa que vida íntima ou vida interior, sendo inviolável nos termos da Constituição" O poder constituinte originário, contudo, deu destaque individualizado a cada uma, o que nos permite concluir que há diferença entre as expressões. Assim, a vida privada é mais abrangente e contém a intimidade, pois abarca as relações pessoais, familiares, negociais ou afetivas, do indivíduo, incluindo seus momentos de lazer, seus hábitos e seus dados pessoais, como os bancários e os fiscais. Notas e que a tutela à vida privada não busca proteger segredos ou particularidades confidenciais de ninguém, tarefa que fica a cargo da tutela da intimidade. (MASSON, 2015, p.219)

Já na vida privada, é o modo que a pessoa vive em sociedade, na esfera social, privada e individual, relacionamento em seu trabalho, em sua comunidade e em grupos sociais, assim como explica Moraes:

[...] Intimidade relaciona-se às relações subjetivas e de trato íntimo da pessoa, suas relações familiares e de amizade, enquanto vida privada envolve todos os demais relacionamentos humanos, inclusive os objetivos, tais como relações comerciais, de trabalho, de estudo, etc. (MORAES, 2021, p.90)

A carta magna assegura o direito ao sigilo do indivíduo em relação a sua vida íntima e privada, mas como todo direito fundamental, estes também não são absolutos, cuja a quebra é condicionada a decisão judicial, requerida por autoridade competente.

De todo modo, após vários anos de discussão, a permissibilidade da quebra do sigilo e a intromissão na vida íntima de uma pessoa foi aprovado e com entendimento majoritário de que o indivíduo tem o seu direito resguardado até o momento em que não fira os direitos de uma sociedade e se permita ficar impune.

Ainda assim, a lei determina cautela e prudência para determinar a ruptura do direito fundamental, permitidos apenas em casos de extrema gravidade, por autoridade competente, expressamente exposto em lei e cumprido vários requisitos.

Os direitos fundamentais tem tanta importância no nosso ordenamento jurídico, que ele foi incluído na constituição como cláusula pétrea em seu artigo 60:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

[...]

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;



- II - o voto direto, secreto, universal e periódico;
- III - a separação dos Poderes;
- IV - os direitos e garantias individuais. (BRASIL, 1988)

Apesar dos direitos individuais estarem no rol da mais importante da norma, que serve como base para todo ordenamento jurídico, a lei da interceptação permite-se sobressair quando um direito do Estado é infringido, pois este tem o dever de proteger todos os outros indivíduos, como também, tem o dever de punir.

É importante ressaltar que o direito fundamental não é absoluto, como por exemplo, quando o Estado prende um indivíduo, este perde o direito de liberdade, em prol de uma coletividade, a mesma coisa acontece na quebra do sigilo em busca de provas, respeitadas a lei de interceptação telefônica. (CAPEZ, 2020)

Quando se trata sobre cláusula pétrea, fica a impressão que a norma é intocável, mas na realidade, ela entrou no ordenamento jurídico com um fundamento, que o Estado não pudesse ter a soberania absoluta sobre as pessoas e impor a sua autoridade sem motivos e justificativas, como ocorreu na ditadura militar.

Quando a regra foi incluída na carta magna, o país havia passado por um período de recessão e a norma foi introduzida justamente para proteger o indivíduo da imposição do Estado. Mas na realidade, a cláusula pétrea pode sim ser modificada, a sua proibição é em relação a sua abolição, esta sim só seria possível com uma nova constituição.

Contudo, para máxima proteção da norma, as provas obtidas na quebra do sigilo não serão expostas ou publicadas, terão acesso apenas os interessados ao processo, e, aproveitas apenas as provas pertinentes ao processo, preservando ao máximo a intimidade e privacidade do indivíduo.

CONCLUSÃO:

O Brasil é um país onde a criminalidade se torna cada vez mais frequente, abrindo precedentes para que os legisladores atuem em busca de meios legais para estabelecer uma coerência entre a lei e a realidade atual, da mesma forma como é imprescindível que a justiça trabalhe para que as leis sejam cumpridas.

Crimes como tráfico ilícito e corrupção fazem parte do dia a dia dos brasileiros, e em maior parte das vezes, ocorrem por transações telefônicas e outros meios de comunicação, corroborando a importância da lei de interceptação telefônica, pois, sem essa norma, a punição no Brasil seria ainda menor, visto que vários crimes passariam



despercebidos ou com provas insuficientes para sua devida punição.

Apesar da interceptação telefônica ter grande relevância para a punição de criminosos, não se pode deixar de ressaltar a importância do direito a intimidade e a vida privada, como um direito fundamental e essencial para a vida das pessoas, que devem ser preservados ao máximo, desde que para isso, não seja ferido a proteção da coletividade.

Nos dias atuais, é possível observar cada dia a mais o avanço da tecnologia, e com ela, a facilidade de investigar a vida íntima de indivíduos e interferir em sua privacidade, desta forma, vê-se a necessidade de que seja cumprido os critérios e requisitos que a lei estabelece, com a máxima proteção da norma, evitando que provas sejam colhidas pela ilegalidade e evitar que irregularidades aconteçam.

Assim, conclui-se que o Estado deve preservar os direitos fundamentais dos cidadãos, permitir que o indivíduo mantenha o sigilo de sua vida privada e sua intimidade e proteger a sociedade dos abusos de poder. Da mesma forma, o Estado tem o dever de punir e fazer o uso devido da lei, bem como tem a obrigação de que a façam cumpri-la, como forma de proteger a sociedade da criminalização.

REFERÊNCIAS:

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. *Processo Penal*. 9.^a ed. ver. E atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

BONFIM, Edilson Mougnot. *Curso de processo penal*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 207.

BORGES, Bruno Barbosa. **Justiça de transição**: a transição inconclusa e suas consequências na democracia brasileira. Curitiba: Juruá, 2012.p.63.

BRASIL. Constituição (1969). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1969. Disponível em: > acesso 15 de jul. 2021.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm > acesso 24 de jul.



2021.

BRASIL. Lei 8.906, de 04 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm > acesso em: 23 jul. 2021.

BRASIL. Lei 9.296, de 24 de julho de 1996. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9296.htm > acesso em: 20 jul. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 26704. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Rio de Janeiro, 08 de setembro de 2009. Disponível em:

https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.2&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=200901698819. Acesso em: 21 de fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 84.827. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Tocantins, 23 de novembro de 2007. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=495536>.

Acesso em 24 de fev. 2021.

CABETE, Eduardo Luiz Santos. *Interceptação Telefônica*. 3 ed. Saraiva. São Paulo: Saraiva, 2015.

CAPEZ, Fernando. **CURSO DE DIREITO PENAL 4: Legislação Penal Especial**. 15ª edição. 2020. p. 593, 617.

GOMES, Luiz Flávio; MACIEL Silvio. *Interceptação Telefônica*. Revista dos tribunais, 2014. p. 93.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O regime brasileiro das interceptações telefônicas**. 1997. Disponível em: <www.cjf.gov.br/revista/numero3> – na Revista do Conselho da Justiça Federal nº 03. Acesso em: 20 de julho de 2021.



LIMA, Renato Brasileiro. Legislação Criminal Especial Comentada. 3ª ed. Bahia: Editora Juspodivm, 2015. p. 138.

MASSON, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. 3ª ed. Bahia: Editora Juspodivm, 2015. p. 219.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 12 ed., São Paulo, Atlas, 2002. Págs. 84 – 86.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 37º ed., São Paulo, Atlas 2021. p.90.

NUCCI, Guilherme de Souza. Leis penais e processuais penais comentadas – vol. 1, 13º edição.2020. p.585, 586, 610.

PARIZZATO, João Roberto. Comentários à lei n. 9.296, de 24-07-96: interceptação de comunicações telefônicas. Ed. Led. São Paulo, 1996. p.16.

SILVA, César Dario Mariano da. Provas Ilícitas: Teoria da Proporcionalidade. São Paulo: Liv. E Ed. Universitária de Direito, 2001. p. 49.



LEI MARIA DA PENHA – POLÍTICAS PÚBLICAS COMO MEDIDAS PROTETIVAS ÀS VÍTIMAS DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

Mariana Correia Fortunato⁷⁵

Camila Virissimo Rodrigues da Silva Moreira⁷⁶

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo traçar uma breve linha do tempo acerca das violências sofridas pelas mulheres, bem como sua origem, de um contexto patriarcal, mostrando o quanto a violência doméstica estava presente desde os primórdios da civilização, perdurando até os dias atuais. Eis que, de mais um episódio de violência doméstica contra uma mulher, surge a Lei Maria da Penha, a qual elencou medidas protetivas às vítimas e enrijeceu medidas punitivas aos agressores. Ocorre que, ainda que haja uma lei específica, com diversas medidas protetivas, as estatísticas brasileiras da violência contra a mulher são assustadoras, sendo a aplicabilidade da legislação ineficaz, faltando o devido suporte legal à vítima, a qual por tantas vezes tem a violência continuada pelo sistema, sendo negligenciada, ensejando na necessidade de políticas públicas como medidas protetivas à vítima da violência doméstica, com enfoque na conscientização, amparo e efetividade da lei.

PALAVRAS-CHAVE: Penal. Femicídio. Enfrentamento.

ABSTRACT: This article aims to tell a brief timeline about the violence suffered by women, as well as its origin, in a patriarchal context, showing how much domestic violence was present since the dawn of civilization, lasting until the present day. Behold, from one episode of domestic violence against a woman, the Maria da Penha Law was created, which listed protective measures for victims and tightened punitive measures for aggressors. It turns out that, even though there is a specific law, with several protective measures, the Brazilian statistics on violence against women are frightening, being the applicability of the legislation ineffective, lacking the proper legal support to the victim, who so often has the violence continued by the system, being neglected, giving rise to the need for public policies as protective measures for victims of domestic violence, focusing in awareness, support and effectiveness of the law.

KEYWORDS: Criminal. Femicide. Confrontation.

INTRODUÇÃO

A violência doméstica contra a mulher se encontra presente desde os primórdios das civilizações, pautada no machismo decorrente do patriarcado, e que, embora secular, é extremamente atual, afetando diariamente milhares de mulheres, de todas as classes sociais e raciais, por todo o mundo.

Ainda que a problemática tenha resultado em uma lei específica de combate à

⁷⁵ Aluna do curso de graduação em Direito da UNICESUMAR. maricfortunato@outlook.com.

⁷⁶ Graduação em Direito- Faculdades Nobel (2005). Especialização na área de Direito Penal e Processo Penal - Universidade Estadual de Londrina (2008). Mestrado em Ciências Jurídicas - Centro Universitário de Maringá (2013), Professora, Unicesumar. camilavrs@hotmail.com.



violência doméstica, a Lei Maria da Penha, da qual constam medidas protetivas e punitivas, não há de se falar em efetividade quanto à sua aplicação prática, tampouco quanto ao suporte que a vítima encontra ao recorrer à legislação, não bastando uma lei que elenque medidas necessárias à proteção das vítimas da violência doméstica, mas não se preocupe com sua efetividade.

Uma abordagem à problemática seria através de políticas públicas, as quais poderiam complementar as medidas protetivas elencadas pela Lei Maria da Penha, reafirmando-as, dispondo dos meios necessários à sua efetividade, desde a conscientização da população num geral, quanto através da criação de oportunidades que ensejem na independência da mulher – seja psicologicamente ou financeiramente, para que possa se sentir segura para denunciar e abandonar o ambiente agressivo o qual está inserida.

2. DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER

O mundo está inserido no contexto patriarcal, há tanto tempo, que a ideia de um modelo social onde a mulher não seja inferiorizada, parece utópico. O machismo assola as sociedades antes mesmo do conceito de sociedade ser definido, sendo a mulher acometida pelos mais diversos tipos de violência desde o início dos tempos, pelo simples fato de ser mulher.

2.1 BREVE HISTÓRICO DO CONTEXTO PATRIARCAL

Existem sociedades com sistemas matrilineares prósperos, onde a descendência se dá em linha materna, como por exemplo o grupo étnico Minangkabau, composto por 4 (quatro) milhões de habitantes, localizado na Indonésia, que é considerado a maior sociedade matrilinear do mundo, segundo METJE (1995, pág. 23).

Entretanto, a existência de um sistema matrilinear não pressupõe a ausência do patriarcado, tampouco exclui a inferiorização da mulher, visto que, mesmo em sociedades matrilineares, as mulheres não ocupam a mesma posição que os homens ocupam nas sociedades patrilineares e patriarcais, sendo um exemplo o grupo citado, Minangkabau, onde as mulheres são donas de todas as propriedades, que são passadas de mãe para filha, todavia os homens cuidam da política, e são os líderes



dos clãs (SANKARI, 2016).

Ainda, em paralelo ao sistema matrilinear, existem teorias acerca da existência de sociedades pré-históricas matriarcais, onde a mulher era vista como detentora de autoridade e do poder familiar, vez que era ela quem gerava vida em seu ventre, sendo considerada abençoada pelos deuses, e idolatrada por sua tribo. Para o jurista suíço, Johann Bachofen (1815-1887)⁷⁷, as mulheres teriam utilizado o “mistério” da maternidade para organizar a tribo.

Com o passar do tempo, para o subsídio das tribos, houve a necessidade de se recorrer à pesca e à caça, atividade que foi designada ao homem, considerado o mais forte fisicamente, sendo a mulher alocada em outras atividades, de um modo geral, caseiras, momento em que o homem passou a garantir o sustento da tribo e deter o poder familiar, cabendo à mulher tão somente ser reprodutora, sendo a maternidade desmistificada (PATOUMATHIS, 2020).

O primeiro a ter revertido a ordem sexual não foi a mulher, e sim o homem, quando colocou fim ao mundo misto – no qual os direitos e as liberdades das mulheres eram bem mais estendidos e em que o feminino era respeitado e divinizado – para construir um mundo novo, o mundo viriarcal (baseado na virilidade), no qual a mulher viria a ser inferiorizada, presa e desprovida de todos os seus poderes. No alvorecer dessa nova civilização, começou o grande relato da superioridade viril, que viria a ser consolidada, século após século, pela mitologia (pela imagem e pelo símbolo), pela metafísica (pelo conceito), pela religião (pela lei divina) e pela ciência (pela fisiologia). (GAZALÉ, 2017, pág. 16).

O período pré-histórico elucida o início da violência contra as mulheres, onde se encontram as raízes do patriarcado, no momento em que o homem se colocou em um papel de superioridade, pela sua fisiologia, sendo a mulher inferiorizada por não ter a mesma força física do homem, e passou a ser tratada somente como objeto reprodutor, de propriedade do homem.

Com a evolução da sociedade, a violência contra a mulher restou cada vez mais evidente, sendo comprovada através de escrituras antigas, desde Códigos, como por exemplo o Código de Hamurabi, encontrado na Mesopotâmia 1.700 a.C., o qual dispõe em seu artigo 132 que: “se contra a mulher de um homem livre é proferida difamação por causa de outro homem, mas não é ela encontrada em contato com outro, ela deverá saltar no rio por seu marido” (SOZZO & MIRANDA, 2010, pág. 5),

⁷⁷ Johann foi o primeiro homem a ocupar a posição de que houve uma fase na história da humanidade em que as mulheres eram o gênero predominante. Ele chamou esta fase de “Mother Right”.



até mesmo à Bíblia, que consolida o patriarcado na Idade Média e é respaldo para o machismo na atualidade, ficando claro que a mulher deve se sujeitar ao marido e ser submissa a ele:

As mulheres sejam submissas ao seu próprio marido, como ao Senhor, porque o marido é o cabeça da mulher, como também Cristo é o cabeça da Igreja. (...) Como, porém, a igreja está sujeita a Cristo, assim também as mulheres sejam em tudo submissas ao seu marido. (Ef 5, 22-33).

Bem como Gênesis (Gên 3, 1) reafirma a objetificação da mulher: “Multiplicarei grandemente a tua dor, e a tua concepção; com dor darás à luz filhos; e o teu desejo será para o teu marido, e ele te governará”.

A religiosidade, pautada no patriarcado e no machismo, foi um marco para a violência contra as mulheres na Idade Média, com o período da Inquisição, onde ocorreu a conhecida caça às bruxas, momento em que a Igreja liderou uma grande investida contra as mulheres que, de alguma forma, feriram as expectativas sociais, políticas ou religiosas, seja por conquistarem sua própria liberdade, ou irem contra as normas sociais da época, se posicionando contra o patriarcado, sendo vistas como uma ameaça ao teocentrismo⁷⁸ (ANGELIN, 2016).

Segundo Eherenreich & English (1984, pág. 10), as bruxas não surgiram espontaneamente, mas foram fruto de uma campanha de terror realizada pela classe dominante. Poucas dessas mulheres realmente pertenciam à bruxaria, porém, criou-se uma histeria generalizada na população, de forma que muitas das mulheres acusadas passavam a acreditar que eram mesmo bruxas.

Milhares de mulheres foram queimadas em fogueiras, em praças públicas, pelo simples fato de serem mulheres, e livres. A consolidação do patriarcado se deu ao longo dos séculos, de forma tão concreta, que perdura até os dias atuais, em uma eterna caça às bruxas.

2.1 CONCEITO E TIPIFICAÇÃO DA VIOLÊNCIA

A violência doméstica contra a mulher – cis, ou trans – é aquela cometida dentro do contexto familiar, seja de pai para filha, irmão para irmã, marido para mulher, ou

⁷⁸ Doutrina ou crença que considera Deus como o centro de tudo.



até mesmo namorado para namorada, em um contexto afetivo, não havendo a necessidade de que a vítima e o agressor vivam sob o mesmo teto, apenas que mantenham ou já tenham mantido algum vínculo familiar, sendo sempre a vítima uma mulher, independente do sujeito passivo, o qual pode ser homem ou mulher (Lei Maria da Penha, nº 11.340/2006, Artigo 5º).

A incidência da Lei nº 11.340/2006 reclama situação de violência praticada contra a mulher, em contexto caracterizado por relação de poder e submissão, praticada por homem ou mulher sobre mulher em situação de vulnerabilidade (STJ, 2013, HC 175.816/RS)

Além de atingir vínculos familiares e afetivos, a violência doméstica alcança até mesmo situações de coabitação, onde não há vínculo algum familiar ou afetivo, mas sim de subordinação, como por exemplo, empregada doméstica com domicílio na residência em que trabalha.

Segundo a Lei nº 11.340/2006 – Lei Maria da Penha, em seu art. 5º, violência doméstica e familiar contra a mulher é “qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial”.

Para a psicóloga e bacharel em Direito, Paula Dias (2019, pág. 29): “A violência doméstica é um fenômeno social que atinge as mais diversas camadas sociais. Não escolhe nível socioeconômico ou cultural, atinge mulheres de países ricos e pobres e aparece tanto na esfera pública quanto na privada.”

A violência contra a mulher é o resultado de uma construção social patriarcal e viril, onde a mulher é silenciada e submetida ao controle dos homens, sendo um fenômeno antigo, mas um problema social atual, enfrentado diariamente por milhares de mulheres.

Em consonância com o disposto na Lei Maria da Penha (art. 7º, incisos I, II, III, IV e V), há cinco tipos de violência contra a mulher, sendo a violência física, psicológica, moral, sexual e patrimonial, normalmente sendo acometidas em conjunto, e não de forma isolada, ferindo, acima de tudo, a dignidade humana da vítima.

Na violência física, encontra-se qualquer ato de ofensa à integridade ou saúde corporal da vítima, provocada por espancamentos, tortura, beliscões, sacodes, lesões, e em casos drásticos, levando à morte – feminicídio (ALMEIDA, 2020, pág. 51). A ação pública para esse caso específico de lesão corporal, resultante da violência doméstica, é incondicionada, conforme disposição da Súmula 542, do STJ, não



havendo a necessidade de a mulher representar contra o agressor.

Já os casos de violência psicológica são caracterizados por qualquer conduta que cause danos emocionais à vítima, através de ataques frequentes à identidade e a traços físicos ou de sua personalidade, de forma a desqualificá-la e destruir a sua autoestima (ALMEIDA, 2020, pág. 31), sendo a modalidade de violência mais recorrente e menos identificada nos relacionamentos, sendo a vítima conduzida pelo parceiro abusivo a situações psicológicas tão degradantes que dificilmente identifica o contexto em que está inserida.

Quanto à violência moral, tipifica-se por conduta que configure calúnia, difamação ou injúria, seja através de xingamentos, exposição de intimidades, ou desvalorização da mulher. O intuito do agressor é degradar a imagem da vítima, inferiorizando-a (INSTITUTO MARIA DA PENHA, 2018).

Os casos de violência sexual são aqueles em que o sujeito obriga a mulher a praticar atividades ou atos sexuais sem o seu consentimento, seja através do uso da força física ou de ameaças, estupro, forçando gravidez, forçando a mulher a abortar, ou ainda impedindo o uso de métodos contraceptivos. A mulher é objetificada, reduzida ao prazer do homem (ALMEIDA, 2020, pág. 43/44).

Por fim, a violência patrimonial resulta em danos, perdas, subtrações e retenção de objetos, ou documentos pessoais, bem como bens da mulher. Esta forma de violência pode ser visualizada através de situações como quebrar móveis ou eletrodomésticos, rasgar roupas e documentos, ferir ou matar animais de estimação, tomar imóveis e dinheiro, ou até mesmo não pagar pensão alimentícia.

A violência contra as mulheres é, talvez, a mais vergonhosa entre todas as violações dos direitos humanos. Enquanto ela prosseguir, não poderemos dizer que progredimos efetivamente em direção à igualdade, ao desenvolvimento e à paz. (ANNAN, 1999).

As mulheres são violentadas diariamente, de tantas formas, que, na maioria das vezes, sequer estão condicionadas a identificar a problemática em que se encontram.

3. DA LEI MARIA DA PENHA

A mulher sofreu violências, em suas variadas formas, ao longo dos séculos, devido a forma que a sociedade foi moldada culturalmente, todavia, a cultura está



sendo modificada gradativamente, quebrando ciclos, sendo a Lei Maria da Penha a maior representatividade dessa mudança.

3.1 ORIGEM E EVOLUÇÃO DA LEI

Maria da Penha foi mais uma mulher que foi conquistada por um homem generoso e amável, o qual passou a ter comportamentos explosivos assim que se casaram e o mesmo se estabilizou profissional e economicamente.

No ano de 1983, Maria da Penha foi vítima de dupla tentativa de feminicídio por parte de Marco Antonio Heredia Viveros, seu marido, levando um tiro em suas costas enquanto dormia, ficando paraplégica. Quatro meses depois, quando Maria da Penha voltou para casa – após duas cirurgias, internações e tratamentos –, ele a manteve em cárcere privado durante 15 dias e tentou eletrocutá-la durante o banho, momento em que, com o apoio de amigos e familiares, denunciou seu marido e refugiou-se longe do mesmo (INSTITUTO MARIA DA PENHA, 2018⁷⁹).

As violências contra Maria da Penha não cessaram com a saída do lar do agressor, sendo continuada pelo sistema, vez que além de lutar por sua sobrevivência, para conviver com diversos traumas, tanto físicos quanto psicológicos, teve que aguardar anos por um julgamento, sendo o seu direito negligenciado, omitido, e havendo por parte do Estado uma enorme tolerância em relação à violência doméstica.

Ao ver que a história de Maria da Penha não se tratava de um caso isolado, e ao receber diversas denúncias, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (OEA, 2001) deu recomendações ao Estado Brasileiro para que houvesse o devido processo legal, e que inclusive indenizassem Maria, tanto material quanto simbolicamente.

Após toda a situação, em 2002, várias ONGs e especialistas feministas, indignadas com o descaso do Estado diante da violência doméstica e de toda impunidade conferida aos agressores, se juntaram na elaboração de uma lei de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher, sendo o Projeto de Lei nº 4.559/2004, que da Câmara dos Deputados chegou ao Senado Federal, como Projeto

⁷⁹ Instituto criado em atenção à Maria da Penha Maia Fernandes – acometida por caso gravíssimo de violência doméstica, o qual chamou atenção internacional, ensejando na criação da Lei nº 11.340/2006 – A Lei Maria da Penha.



de Lei de Câmara nº 37/2006, e foi aprovado por unanimidade em ambas as Casas, sendo, em 7 de agosto de 2006, sancionada a Lei nº 11.340 (INSTITUTO MARIA DA PENHA, 2018).

A Lei nº 11.340, Lei Maria da Penha, teve como objetivo satisfazer as expectativas das entidades de defesa dos direitos das mulheres, visando eliminar todas as formas de discriminação, prevenindo, punindo e erradicando a violência contra a mulher, fazendo valer inclusive o disposto no § 8º do art. 226 da Constituição Federal:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações. (CONSTITUIÇÃO FEDERAL/1988, ART. 226).

Além de com sua promulgação a Lei ter enrijecido as medidas punitivas contra os agressores, e disponibilizado medidas protetivas para as vítimas, a partir de 2017 começou a ter atualizações ainda mais humanizadas.

Com a Lei nº 13.505/17, houve a determinação que o atendimento à vítima de violência doméstica deveria ser prestado, preferencialmente, por servidoras do sexo feminino previamente capacitadas, priorizando a saúde psicológica e emocional da mulher, e evitando questionamentos sucessivos sobre o mesmo fato em diferentes fases do processo, além da inclusão de novas diretrizes quanto ao local do atendimento e registro dos depoimentos, devendo ser especializados.

Já no ano de 2018, com o advento das Leis nº 13.772 e 13.641, a violação da intimidade da mulher passou a constituir forma de violência psicológica, bem como houve a inclusão de um tipo penal específico para o agente que descumprir a medida protetiva a ele imposta.

Descumprir decisão judicial que defere medidas protetivas de urgência previstas nesta Lei: Pena – detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos.

§ 1º A configuração do crime independe da competência civil ou criminal do juiz que deferiu as medidas.

§ 2º Na hipótese de prisão em flagrante, apenas a autoridade judicial poderá conceder fiança.

§ 3º O disposto neste artigo não exclui a aplicação de outras sanções cabíveis. (LEI Nº 11.340/2006, ART. 24-A).



exemplo a Lei nº 13.894, que trouxe a possibilidade do juiz encaminhar a vítima à assistência judiciária, e diante do recebimento de medida protetiva de urgência requerida pela vítima, o dever de decisão em 48 (quarenta e oito) horas, bem como atribuiu ao Delegado de Polícia o dever de informar à ofendida os direitos a ela conferidos e os serviços a ela disponíveis, inclusive os de assistência judiciária para os eventuais ajuizamentos de ações de separação judicial, divórcio, anulação de casamento ou dissolução de união estável.

Ainda, em 2019, a Lei nº 13.880 instituiu a apreensão de arma de fogo sob posse de agressor em casos de violência doméstica, evitando que o agressor a utilize para qualquer finalidade e que a arma possa ser periciada e utilizada como prova no processo, suspendendo sua posse.

Das alterações acrescentadas à Lei Maria da Penha, a mais recente alteração se deu através da Lei nº 13.984, de 2020, a qual surgiu para estabelecer como medidas protetivas de urgência a frequência do agressor a centro de educação e de reabilitação e acompanhamento psicossocial.

A Lei Maria da Penha, embora atual, segue se remodelando, visto que o maior empecilho a ser superado é o seu alcance à todas as mulheres, em níveis de conscientização e efetividade.

3.1 ESTATÍSTICAS BRASILEIRAS DA VIOLÊNCIA

Ainda que exista a Lei Maria da Penha, os números exorbitantes de casos de violência doméstica contra a mulher em nosso país são uma realidade. O Brasil ocupa o 5º lugar no ranking mundial de Femicídio, segundo o Alto Comissariado das Nações Unidas dos Direitos Humanos (ACNUDHO, 2017).

Segundo o Atlas da Violência (FÓRUM DE SEGURANÇA, 2020), entre 2008 e 2018, o Brasil teve um aumento de 4,2% nos assassinatos de mulheres. Em alguns estados, a taxa de homicídios em 2018 mais do que dobrou em relação a 2008: é o caso do Ceará, cujos homicídios de mulheres aumentaram 278,6%; de Roraima, que teve um crescimento de 186,8%; e do Acre, onde o aumento foi de 126,6%.

Ainda, percebe-se que a violência doméstica assola em sua maioria mulheres negras e pobres, onde não tem o mesmo acesso à informação, e estando também diretamente ligado a fatores econômicos, vezes em que a mulher se submete a situações de violência por não ter independência financeira.



Em 2018 (FÓRUM DE SEGURANÇA, 2020), 68% das mulheres assassinadas no Brasil eram negras. Enquanto entre as mulheres não negras a taxa de mortalidade por homicídios no último ano foi de 2,8 por 100 mil, entre as negras a taxa chegou a 5,2 por 100 mil, praticamente o dobro.

No ano seguinte, em 2019 (FÓRUM DE SEGURANÇA, 2021), 3.737 mulheres foram assassinadas no Brasil, bastante abaixo dos 4.519 homicídios femininos registrados em 2018, com uma redução de 17,3% nos números absolutos.

A notícia aparentemente positiva de redução da violência letal que atinge as mulheres precisa, no entanto, como já tratado acima, ser matizada pelo crescimento expressivo dos registros de Mortes Violentas por Causa Indeterminada, que tiveram incremento de 35,2% de 2018 para 2019, um total de 16.648 casos no último ano (FÓRUM DE SEGURANÇA, 2021).

As estatísticas de violência doméstica no Brasil são preocupantes, ainda mais alarmante é o fato de que são inúmeras as mulheres que estão à margem das estatísticas, seja por não reconhecerem a situação de violência em que se encontram, medo ou vergonha.

4. DAS MEDIDAS PROTETIVAS

As medidas protetivas são advenços da Lei Maria da Penha, sendo o mecanismo encontrado para proteger as vítimas da violência doméstica, bem como amparar seus direitos, conservando a dignidade devida à mulher, sendo aplicadas sempre após a denúncia da agressão à Delegacia, mediante despacho de juiz em até 48 (quarenta e oito) horas (LEI Nº 11.340/2006, ARTIGOS 12, III e 18, I), devido ao caráter de urgência que possuem, havendo, além da proteção à ofendida, obrigações ao agressor.

Com o recebimento da denúncia pelo juiz, a vítima pode ser reconduzida ao seu domicílio, com o afastamento do agressor, bem como pode ser encaminhada à programas de proteção, a depender da gravidade do caso, ou ainda ser afastada de seu lar, nesses casos, sem prejuízo algum dos seus direitos relativos a bens, guarda dos filhos e alimentos, podendo ainda o juiz determinar a separação de corpos, e determinar a matrícula de seus dependentes em instituição de educação básica mais próxima do seu domicílio, ou a transferência deles para essa instituição, independentemente da existência de vaga (LEI Nº 11.340/2006, ART. 23).



Além de medidas protetivas humanizadas que interferem diretamente no estado em que a vítima se encontra, há aquelas que alcançam o seu patrimônio, podendo o juiz determinar a restituição de bem que tenha sido indevidamente subtraído pelo agressor, proibir atos contratuais relacionados a propriedades que possuam em comum, suspender procurações que a vítima tenha outorgado ao agressor, ou ainda prestação de caução provisória, mediante depósito judicial, por perdas e danos materiais decorrentes da prática da violência doméstica (LEI Nº 11.340/2006, ART. 24).

Dentre as medidas protetivas de urgência que obrigam o agressor, podemos ter a suspensão da posse ou restrição do porte de arma, o afastamento do convívio com a vítima, a proibição de aproximação ou contato com a ofendida, familiares, ou testemunhas, bem como a proibição de que o agressor frequente determinados lugares, a fim de preservar a mulher, restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, prestação de alimentos, e, ainda, inclusos recentemente pela Lei nº 13.984/2020, o comparecimento do agressor a programas de recuperação e reeducação, além de acompanhamento psicossocial do mesmo (LEI Nº 11.340/2006, ART. 22), podendo até mesmo ser decretada sua prisão preventiva, caso descumpra as disposições legais (LEI Nº 11.340/2006, ART. 313, III).

A aplicação das medidas protetivas merece destaque e maior atenção, vez que, a aplicação eficaz de uma medida protetiva pode salvar a vida de uma mulher, evitando que a violência que a acomete, evolua para algo pior, como o feminicídio, que infelizmente é uma realidade gritante no Brasil.

Marcel de Alexandre Coelho (2010) ressalta que, infelizmente, a concessão das medidas protetivas de urgência, não significam a proteção efetiva da mulher, visto que não há ainda programas estatais estruturados para atendê-las e meios eficientes para impedir novos atos de violência.

4.1 DA (IN) EFICÁCIA NA APLICABILIDADE DA LEI MARIA DA PENHA

Assim como na maioria do ordenamento jurídico brasileiro, há uma enorme discrepância entre a legislação e sua efetividade prática, havendo na Lei Maria da Penha medidas protetivas e punitivas que, levadas em consideração, amparam a vítima, mantém o agressor afastado, e até mesmo ressocializado.

Ocorre que, a realidade enfrentada é paralela à lei, onde a mulher, além de em

Anais Eletrônico III CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS E NOVOS PARADIGMAS 424
UniFatecie – Centro Universitário Fatecie



muitos casos não estar conscientizada do poder da utilização da lei, quando consegue realizar a denúncia, ultrapassando barreiras de medo e vergonha, não tem o devido acolhimento no ato denúncia, e ainda, nos casos de concessão de medidas protetivas, na realidade fática se depara com a impossibilidade da efetivação das mesmas, devido à falta de fiscalização.

Temos a Lei Maria da Penha? Temos. É ótima? É, maravilhosa, mas só a lei não funciona. Pertinho da sua casa deve ter uma mulher sendo assassinada nesse momento e você nem vai saber. (CAMARDELLA, 2010).

De nada adianta tantas disposições focadas na proteção da mulher, se na prática não há programas que incentivem a vítima a buscar ajuda, se não há uma fiscalização efetiva que transmita a segurança no cumprimento das medidas protetivas, se a violência é continuada pelo sistema, que deveria protegê-la.

Não é como se não houvessem sanções ao descumprimento das medidas protetivas, o problema é a falta de fiscalização para verificar esse descumprimento, sendo tarde demais para a vítima denunciá-lo em alguns casos, não havendo suporte estatal que se adeque a legislação, não conseguindo realizar um acompanhamento efetivo da vítima e do agressor.

4.2 DESPREPARO INSTITUCIONAL – FALTA DO DEVIDO SUPORTE À VÍTIMA

A vítima da violência doméstica não se encontra em situação diferente quando decide denunciar o agressor, sendo a violência continuada ao se deparar com instituições despreparadas para receber sua denúncia, lhe acolher e dar o devido suporte, e o que ocorre é que quem deveria garantir um tratamento humanizado à vítima, passa a ser seu agressor.

Não basta a existência de leis que amparem a mulher, sendo necessário sua aplicabilidade, em conjunto com profissionais capacitados e políticas públicas de prevenção e proteção. Um grande exemplo da falta do devido suporte à vítima é a falta das Delegacias Especializadas no Atendimento à Mulher:

O Brasil possui 5.560 municípios, 268 DEAMs e 71 casas-abrigo; ou seja, a demanda reprimida desses serviços é muito grande, e pode ser observada no dia-a-dia dos atendimentos. São inúmeros os relatos da falta desse serviço, por parte de ONGs que realizam o atendimento direto. Quando este existe, constantemente faltam vagas para o



atendimento dos casos. Ou seja, é a concretização do tem, mas está em falta! (MASSULA, 2006, pág. 157).

As mulheres veem constantemente seus direitos serem negligenciados, por um Estado que em uma mão segura a Lei Maria da Penha, e em outra segura julgamentos que levam anos para efetivar uma medida punitiva contra o agressor.

5. POLÍTICAS PÚBLICAS COMO MEDIDAS PROTETIVAS

Resta mais que evidente a precarização do devido suporte à vítima da violência doméstica, não havendo conscientização de muitas mulheres acerca da violência que as acomete, tampouco a disponibilização de meios que possibilitem a saída da situação em que se encontram. Ainda, mais do que amparar uma vítima de violência doméstica, é necessário a conscientização social para que a mulher sequer chegue a ser violentada.

O primeiro passo no combate à violência doméstica é o reconhecimento de que a luta das mulheres é um direito humano, mínimo, e fundamental, que o esperado é uma sociedade igualitária, e que o enfoque é o gênero feminino, visto que não há sequer como fazer um comparativo às violências sofridas pelos homens, que jamais foram violentados pelo fato único e exclusivo de serem homens.

As políticas públicas têm um papel importante para a aplicação dos mecanismos da Lei Maria da Penha, ao passo que o conjunto de ações é que produzirá efeitos a um longo prazo, por intermédio de políticas educacionais para estudos de gênero, para a desconstrução das formas de opressão arraigadas nas estruturas da sociedade, ou seja, a partir de uma maior conscientização social e, com esta, da busca por uma maior igualdade entre os gêneros de forma efetiva. (SANTOS E WITECK, 2016, pág. 15).

As políticas públicas são necessárias para conscientizar as mulheres de que não precisam, nem devem se submeter a qualquer tipo de violência, bem como dar meios para a saída da situação de violência, seja gerando oportunidades de emprego para vítimas que não se desprendem de seu agressor por dependência financeira, seja a maior implementação de Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher, para aquebrantar a vergonha ou medo no ato da denúncia, dando um suporte efetivo à vítima.

À mulher deve haver a garantia de prevenção, através de ações com informação quanto às espécies de violência, os direitos que lhe são assegurados, com



enfoque na igualdade de gênero, quebrando o paradigma de submissão feminina, bem como a devida assistência, fortalecendo e capacitando os meios institucionais que tem o primeiro contato com a vítima, além do enfrentamento à violência por meio de ações que garantam a efetividade da legislação.

Políticas públicas podem salvar vidas, seja através da conscientização ou amparo à vítima, contribuindo para uma sociedade onde em briga de marido e mulher, se meta sim a colher!

CONCLUSÃO

Conclui-se com o presente trabalho que, ainda que a sociedade esteja inserida em um contexto patriarcal, a qual consolidou a violência doméstica contra a mulher, há sinais de evolução social com a luta das mulheres, sendo o primeiro grande feito a criação da Lei Maria da Penha.

De um episódio grave de violência doméstica, continuada por um sistema violento, o qual não prestou o devido suporte à vítima, e se mostrou habitualmente favorável aos agressores domésticos, surgiu a Lei nº 11.340/2006, a Lei Maria da Penha, após grande comoção internacional e de ONGs feministas, sendo a criação da legislação necessária a fim de evitar maior repercussão negativa ao país.

A Lei Maria da Penha inovou o ordenamento jurídico, enrijecendo medidas punitivas aos agressores, concedendo medidas protetivas às vítimas, e se humanizando ao longo dos anos, ainda que seja uma lei recente, focando na proteção da mulher.

Ainda que haja uma lei específica para a proteção da vítima da violência doméstica, a melhor solução, acima das medidas protetivas amparadas pela legislação, são as políticas públicas, garantindo informação às mulheres, para que possivelmente identifiquem o contexto em que estão inseridas, bem como políticas que contribuam com a independência da vítima, seja financeira, ou psicológica, podendo assim sair da situação de agressão em que se encontra. O engajamento social, através de políticas públicas, pode salvar vidas!

REFERÊNCIAS:

ALMEIDA, Dulcielly, PERLIN, Giovana, VOGEL, Luiz e WATANABE, Alessandra. **Violência contra a mulher**. Câmara dos Deputados. Edições Câmara, Brasília/DF,



2020.

ATLAS DA VIOLÊNCIA, 2020/2021. Instituto de Economia Aplicada. Governo Federal. São Paulo/SP. Disponível: <https://www.fórumsegurança.org>. Atualizado em 31 de agosto de 2021.

BACHOFEN, JOHANN, 1992, Mother Right – Mito, Religião e Direito Materno, apud MARYLÈNE PATOU-MATHIS. **O homem pré-histórico também é uma mulher – uma história da invisibilidade das mulheres.** Disponível: <https://www.diplomatique.org>. Atualizado 1 de outubro de 2020.

Bíblia Sagrada Cristã. São Paulo/SP, Paulinas, 2007.

BRASIL. LEI Nº 3.689. **Código de Processo Penal.** Decretado pelo Congresso Nacional e sancionado pela Presidência da República. Diário Oficial da União, Brasília, em 03 de outubro de 1941.

BRASIL. LEI Nº 11.340. **Lei Maria da Penha.** Decretada pelo Congresso Nacional e sancionada pela Presidência da República. Diário Oficial da União, Brasília, em 07 de agosto de 2006.

BRASIL. **Relatório n.º 54/2001, Caso 12.051,** Maria da Penha Maia Fernandes. COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS/ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 4 de abril de 2001.

BRASIL. STJ, HC nº 175.816, de 2013 apud DAMÁSIO DE JESUS, **Violência Contra a Mulher.** São Paulo/SP, Editora Saraiva, 2ª Edição, 2015.

BRASIL. SÚMULAS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

COELHO, Marcel de Alexandre. **Breves considerações sobre a Lei nº. 11.340/2006: a razão de ser conhecida como "Lei Maria da Penha".** Conteúdo Jurídico, Brasília/DF, 2010. Atualizado em 26 de junho de 2010.



DA PENHA, Maria. **História e Vida.** Disponível:
<https://www.institutomariadapenha.org.br>, 2018.

DELEGADA CAMARDELLA, Maria dos Anjos. **Silêncio das Inocentes.**
Documentário, 2010.

EHRENREICH, Barbara & ENGLISH, Deirdre, 1984. Hexen, Hebammen und Krankenschwestern apud ROSÂNGELA ANGELIN. **A “caça às bruxas”:** uma **interpretação feminista.** Revista Espaço Acadêmico. Atualizado em 31 de outubro de 2016. Disponível em: <https://www.catarinas.info>.

GAZALÉ, OLIVIA, O mito da Virilidade, 2017, apud MARYLÈNE PATOU-MATHIS. **O homem pré-histórico também é uma mulher – uma história da invisibilidade das mulheres.** Disponível: <http://www.diplomatique.org>, 2020.

KOFI ANNAN. **Um mundo livre da violência contra as mulheres,** 1999.

MASSULA, Letícia. **A violência e o acesso das mulheres à justiça.** Coletivo Feminista Sexualidade e Saúde. São Paulo/SP, 2006, p. 157.

METJE, U. M., 1995, FRANKFURT/NEW YORK apud ALEXANDER STARK. **The Matrilineal System of the Minangkabau and its Persistence Throughout History: A Structural Perspective.** Southeast Asia: A Multidisciplinary Journal, Volume 13, 2013.

PAULA DIAS MOREIRA PENNA. **Mulheres em Situação de Violência Doméstica.** Curitiba/PR, Juruá Editora, 2019.

SANTOS, Ana e WITECK, Guilherme. **Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher.** Seminário Internacional UNISC. Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea, 2016.

SANKARI, RATHINA. World’s largest matrilineal society. Atualizado em 22 de setembro de 2016. Disponível em: <https://www.bbc.com>.



SOZZO & MIRANDA, 2010, p.5, apud PAULA DIAS MOREIRA PENNA. **Mulheres em Situação de Violência Doméstica**. Curitiba/PR, Juruá Editora, 2019.



MISTANÁSIA: A MORTE INFELIZ DOS ESQUECIDOS OU DEIXADOS MORRER

Roberta Simões dos Santos⁸⁰

Jônatas Antonio Dias⁸¹

Luiz Geraldo do Carmo Gomes⁸²

RESUMO: O presente trabalho retrata discussões acerca do fim da vida e da iminência da morte. O fenômeno pouco conhecido da mistánasia, abordando sua definição real, refletindo sobre vários prismas: o religioso, ético, histórico e por fim a bioética. A morte é um desconhecido, que impõe medo na grande parte da população, mas faz parte da evolução num ciclo de vida o qual nascemos, crescemos e morremos. O Direito a vida é garantido a todos pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, então quando nos deparamos com a mistanásia, (palavra de origem grega mys = infeliz; thanathos = morte, "morte infeliz"), a morte miserável, em que, por falta assistência, por incompetência ou insuficiência de atendimento na área da saúde um cidadão brasileiro perde a sua vida. Um estado paternalista, que oferece para sua população um Sistema Único de Saúde, tem a obrigação de garantir a assistência adequada a toda sua gente, presando pela dignidade da pessoa humana, sendo que, um atendimento adequado é algo mais que esperado, vivenciamos diariamente uma realidade bem mais complexa, com hospitais públicos lotados, falta de medicamentos e atendimentos especializados, sem contar os inúmeros erros médico noticiados constantemente. Quantos casos de mistanásia vivenciamos recentemente em Manaus, em que, a ineficiência do sistema, levou a falta de oxigênio e conseqüentemente, a mortes precoces, mortes infelizes. Através do método teórico, utilizando de pesquisas bibliográficas vamos detalhar mais o tema.

PALAVRAS-CHAVE: Mistanásia. Direito a Vida. Dignidade Humana.

ABSTRACT OU RESUMEN: The present work portrays discussions about the end of life and the imminence of death. The little-known phenomenon of mythanasia, approaching its real definition, reflecting on several prisms: the religious, ethical, historical and finally bioethics. Death is an unknown, which imposes fear on a large part of the population, but it is part of evolution in a life cycle in which we are born, grow and die. The right to life is guaranteed to everyone by the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988, so when we are faced with mythanasia, (Greek word mys = unhappy; thanathos = death, "unfortunate death"), the miserable death, in that, due to lack of assistance, incompetence or insufficient care in the health area, a Brazilian citizen loses his life. A paternalistic state, which offers its population a Unified Health System, has the obligation to ensure adequate care to all its people, taking care of the dignity of the human person, and adequate care is something more than expected, we experience a daily a much more complex reality, with overcrowded public hospitals, lack of medication and specialized care, not to mention the numerous medical errors constantly reported. How many cases of mythanasia have we experienced recently in Manaus, in which the inefficiency of the system led to lack of oxygen and, consequently, to early deaths, unfortunate deaths. Through the theoretical method, using bibliographical research, we will detail the theme in more detail.

KEYWORDS OU PALABRAS-CLAVE: Mythanasia. Right to life. Human dignity.

INTRODUÇÃO:

80 Aluno do curso de graduação em Direito da UNIFATECIE. Endereço eletrônico: roberta.34831@fatecie.edu.br

81 Aluno do curso de graduação em Direito da UNIFATECIE. Endereço eletrônico: jonatas.33987@fatecie.edu.br

82 Orientador. Pós doutor em Ciência Jurídica UENP, Doutor em Função Social do Direito. Endereço eletrônico: Luiz@Lgcmgomes.com



A discussão sobre a morte e a vida sempre será um tema recheado de problematizações, principalmente numa sociedade paternalista que evoluiu cientificamente, mas socialmente se encontra parada em muitos momentos. A morte antes do tempo, algo que se busca muitas vezes mascarar para não demonstrar a falência de alguns setores, é apresentada no dia a dia, quando um hospital público lotado não oferece o atendimento adequado ao paciente, quando médicos sobrecarregados muitas vezes cometem erros, e estes são fatais, ou então quando o sistema falha e “falta” oxigênio para uma população, vem à tona milhares de mortes miseráveis.

O caso das mortes por mistanásia em Manaus tornou-se conhecido, pois a mídia acompanhou bem de perto todo o colapso que ocorreu, mas muitos casos das “Marias” ou “Josés”, que falecem diariamente no Sistema Único de Saúde, casos estes não divulgados, que muitas vezes podem parecer estar tudo bem, que temos um sistema que não falha.

A dignidade da pessoa humana, algo tão bonito na teoria, mas que necessita ser preservado a todo o momento, pois não importa a raça, cor ou sexo, todos têm os mesmos direitos previstos na Constituição Federal de 1988, e o direito a saúde, é algo conquistado, porém muitas vezes não realizado. Como pode-se dizer que temos direito a saúde quando, ao buscar-se atendimento médico em um hospital, deparar-se com corredores lotados, onde um diagnóstico ineficiente coloca em dúvida todo o resultado final.

Quando o Estado oferece um Sistema Único de Saúde, o mesmo deve garantir assistência a todos, dentro do limite de dignidade. É sabido que a insuficiência financeira é real, contudo, observa-se através dos meios de comunicação o quanto de dinheiro público é utilizado de forma displicente enquanto mortes miseráveis acontecem por tão pouco. O Estado quando falha, não o faz com apenas uma pessoa, este cidadão tem familiares, amigos e uma comunidade da qual faz parte, que sofre com esta perda da sua presença. Esta omissão do Estado por inúmeros fatores recai como uma responsabilidade civil, gerando a obrigação de indenizar os prejudicados.

O tema é polêmico e muitas vezes omitido da sociedade, mas é necessário conhecer o assunto, e somente assim, capaz de formar opinião e buscar caminhos que possam amenizar esta realidade social. Partindo de pesquisas utilizando métodos teóricos, pesquisas bibliográficas, buscando fundamentar o tema proposto, discutir-



se-á sobre este assunto.

DESENVOLVIMENTO

1. O DIREITO A VIDA PREVISTO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.

O Direito à vida, previsto na Constituição Federal de 1988, garante à população os direitos civis, políticos e sociais. De acordo com Jaime Pinsky (2014) ser cidadão é ter direitos civis, tais como direito à vida, à liberdade; ter direitos políticos, ou seja, votar e ser votado; e ter direitos sociais, como os direitos à educação e à saúde.

Definir o direito à vida, é caracterizar o espaço de tempo entre o nascimento e a morte, garantia que a Carta Magna concedeu a todos os cidadãos. Na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, caput, ressalta o direito à vida a todos os brasileiros e estrangeiros que aqui residem: *in verbis* “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.”

A garantia do direito à vida é o princípio mais importante da nossa constituição, de extrema importância para todos os cidadãos, pois engloba todo o necessário para que o mesmo possa viver, e o fazer com dignidade, com as condições necessárias, sendo dever do estado essa garantia desses direitos fundamentais.

Ingo Wolfgang Sarlet conceitua direitos fundamentais da seguinte forma:

Todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera da disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal, (aqui considerada a abertura material do catálogo). (SARLET, 2015. p.78).

Sabendo que o direito à vida é o mais importante para todo cidadão, Cunha Junior (2010) destaca “o direito à vida é o direito legítimo de defender a própria existência e de existir com dignidade, salvo de qualquer violação, tortura ou tratamento desumano ou degradante”. Tal autor presa pela garantia da vida em todo momento sendo fundamentalmente contrário a interrupção da mesma de forma



artificial, contrariando o curso natural da vida.

Branco, em seu livro *Direito Constitucional*, diz:

A existência humana é o pressuposto elementar de todos os demais direitos e liberdades disposto na constituição e que esses direitos têm nos marcos da vida de cada indivíduo os limites máximos de sua extensão concreta. O direito a vida é a premissa dos direitos proclamados pelo constituinte; não faria sentido declarar qualquer outro se, antes, não fosse assegurado o próprio direito estar vivo para usufruí-lo. O seu peso abstrato, inerente à sua capital relevância, é superior a todo outro interesse (BRANCO, 2010).

A dignidade da pessoa humana garante a todos, independente da etnia, raça ou cor que tenha todos os seus direitos respeitados, essencialmente o direito à vida, e todo o necessário para uma vida minimamente de qualidade. Segundo Moraes, o direito humano fundamental à vida deve ser compreendido como direito a um nível de vida adequado a condição humana, ou seja, direito à alimentação, vestuário, assistência médica-odontológica, educação, cultura, lazer e demais condições vitais. Sendo este, o Estado deve preservá-los de forma condizente com a realidade de cada população, presando por oferecer o melhor a toda população.

Sendo o direito à vida o mais importante de todos os direitos, haja vista que a existências de todos os outros depende da garantia do mesmo. Neste sentido, Piovesan relata:

A dignidade da pessoa humana está erigida como princípio matriz da Constituição, imprimindo-lhe unidade de sentido, condicionando a interpretação das suas normas e revelando-se, ao lado dos Direitos e garantias Fundamentais, como cânone constitucional que incorpora as exigências, de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro.

Diz ainda a autora:

É no valor da dignidade da pessoa humana que a ordem jurídica encontra seu próprio sentido, sendo seu ponto de partida e seu ponto de chegada, na tarefa da interpretação normativa. Consagra-se assim, dignidade da pessoa humana como verdadeiro super princípio a orientar o Direito Internacional e o Interno. (PIOVESAN, 2004).

Desta forma, não se pode pensar em garantia da vida humana sem que esta seja garantida com dignidade, analisando a forma como a mesma é vivida, buscando cada vez mais se chegar a um denominador comum para todos do que seja uma vida digna.

Falar de direito à vida traz consigo o falar sobre o direito à saúde, caracterizado como preceito fundamental na Carta Magna de 1988, que institui em seu preâmbulo um Estado Democrático de direito é “[...] destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem estar [...]”.



Com base nesta condição fica claro que a saúde da população perpassa pela realidade que cada povo passa, devendo o Estado buscar um equilíbrio entre políticas públicas de serviços setoriais, possibilidade de acesso aos serviços de saúde visando um atendimento amplo que possibilite o desenvolvimento do ser humano.

A VIII Conferência Nacional de Saúde define saúde da seguinte forma:

Em seu sentido mais abrangente, a saúde é a resultante das condições de alimentação, habitação, educação, renda, meio-ambiente, acesso e posse da terra e acesso a serviços da saúde. É, assim, antes de tudo, o resultado das formas de organização social da produção, as quais podem gerar grandes desigualdades nos níveis de vida. (Brasil, 1986:4).

Considerando esta previsão surgiu a necessidade do Estado organizar-se, visando propiciar um modelo de saúde pública que atenda a todos de forma igualitária, onde a saúde é um direito da população e dever do Estado, surgindo assim o Sistema Único de Saúde (SUS) através da Constituição Federal de 1988 e a Lei nº 8080, respectivamente, que dispõe:

CF 1988 - Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (Constituição Federal de 1988).

Lei 8.080/90 - Art. 4º O conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde (SUS). (Lei 8080).

O SUS visa garantir o direito à vida e com dignidade para todos em que almeja uma equidade de atendimento, mesmo que considerando o Brasil um país tão grande e repleto de particularidades e diferenças sociais, onde temos um modelo de atendimento nos grandes centros e outro nas localidades mais afastadas, locais estes em que o desenvolvimento ainda não chegou com a eficácia necessária. Um dos pilares do SUS é a descentralização em que as esferas federais, estaduais e municipais devem dar sua contribuição visando sempre um melhor cenário para a saúde pública no Brasil.

A legislação do SUS e suas normas operacionais (NOB-SUS) norteiam as competências da União, Estados e Municípios e Distrito Federal, elencando as



responsabilidades de cada um:

Ao tempo em que aperfeiçoa a gestão do SUS, esta NOB aponta para uma reordenação do modelo de saúde, na medida em que redefine: a) os papéis de cada esfera de governo e, em especial, no tocante à direção única; b) os instrumentos gerenciais para que municípios e estados superem o papel exclusivo de prestadores de serviços e assumam seus respectivos papéis de gestores do SUS; c) os mecanismos e fluxos de financiamento, reduzindo progressiva e continuamente a remuneração por produção de serviços e ampliando as transferências de caráter global, fundo a fundo, com base em programações ascendentes, pactuantes e integradas; d) a prática do acompanhamento, controle e avaliação do SUS, superando os mecanismos tradicionais, centrados no faturamento de serviços produzidos, e valorizando os resultados advindos de programações com critérios epidemiológicos e desempenham com qualidade; e os vínculos de serviços com seus usuários, privilegiando os núcleos familiares e comunitários, criando, assim, condições para uma efetiva participação e controle social. (Brasil, 1996: 162-163).

A descentralização do poder entre Federação, Estados e Municípios, não permite minimizar a responsabilidade da União, que é a grande responsável pela divisão de recursos entre Estados e Municípios, visando garantir a sustentação do SUS. Diante da garantia a saúde, cabe aos responsáveis assegurar à todos os brasileiros um atendimento único e humanizado, facilitando o acesso da população aos serviços, garantindo que todos tenham o mesmo direito não importa a localização. Neste sentido fica clara a importância do bem estar social de todos, conforme citação a seguir:

A Constituição do Brasil proclama o cuidado com a saúde como dever do Estado e direito do cidadão brasileiro. Dever do Estado em seus três níveis de funcionamento: municipal, estadual e federal. Donde se pode depreender que os cuidados com a saúde (e não apenas a assistência médica) são tarefas tipicamente estatais, qualidade expressamente assentada no mandamento constitucional. (Miranda-Sá, 2013, p.235).

Assim, de maneira explícita, a obrigação do Estado em garantir o direito a saúde, implantando políticas que visem o bem estar da população, em todas as classes, fazendo cumprir todo o previsto na Constituição Federal de 1988, presando pelo direito à vida.

2. MISTANÁSIA – A MORTE INFELIZ



A dignidade da pessoa humana consiste em direito fundamental, desta forma José Afonso da Silva estabelece a mesma como valor supremo de ordem jurídica:

a dignidade da pessoa humana não é uma criação constitucional, pois ela é um desses conceitos a priori, um dado preexistente a toda experiência especulativa, tal como a própria pessoa humana. A Constituição, reconhecendo a sua existência e a sua eminência, transformou-a num valor supremo da ordem jurídica, quando a declara como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil constituído em Estado democrático de Direito. (SILVA, 1998, p. 91).

O Estado como responsável por garantir um direito previsto na Constituição Federal de 1988, começa a falhar quando não atinge os objetivos necessários a tal fato, não propiciando aos seus a garantia da prevenção, promoção e tratamento de doenças, retirando de sua população o direito à saúde. Toda vez que ocorre uma falha da realização deste direito vem à tona os muitos casos de mistanásia.

Uma expressão pouco conhecida com esta denominação, mas muito vivenciada por muitos brasileiros no dia a dia, sendo esta de origem grega (mys – infeliz; thanathos – morte; “morte infeliz”), surgiu em 1989, sendo criada pelo bioético brasileiro Márcio Fabri dos Anjos, que caracterizava a eutanásia como morte feliz, e o seu oposto a mistanásia, como morte dolorosa e infeliz de inúmeras pessoas, sendo, portanto, a morte social/coletiva (ANJOS, 1989). Em conformidade com Anjos, Siqueira e Lazaretti, definem que a mistanásia não é uma hipótese legítima de eutanásia, pois esta não tem como objetivo a efetivação da boa morte ao doente terminal, mas se consubstancia no tipo penal de homicídio qualificado por motivo torpe.

A mistanásia surgiu tendo em vista a desigualdade social e a situação de abandono socioeconômico, violência e negligência política, em que, as pessoas que não tinham a vida valorizada eram submetidas, sendo, portanto, considerada como a morte evitável, precoce e infeliz. (PESSINI; RICCI, 2017).

Sidnei Ferreira (2019) define mistanásia como a “morte miserável, precoce e evitável”. Em suma a mistanásia é o resultado da ineficácia ou falência do Estado com suas responsabilidades, ou seja, quando o responsável por garantir a vida proporciona uma morte miserável e precoce a cidadãos que não conseguem o atendimento que necessitam.



Pessini e Ricci (2017) caracterizam a mistanásia como resultante das desigualdades causadas pela cultura da morte, que gera a exposição à morte invisível e subtraída do olhar. Uma morte social, dos esquecidos da sociedade, que não conseguem a manutenção dos seus direitos previstos na Constituição Federal de 1988.

A mistanásia, segundo Elias Jacob de Menezes Neto e Tiago José de Souza Lima Bezerra, corresponde à morte social que ocorre de forma oculta, silenciosa e não oficial, ou seja, de forma indireta, que por gerar uma situação de desigualdade, iniquidade e negligência, acaba levando o indivíduo à morte física. A morte surge como fato resultante daquela fila sem atendimento nas unidades de saúde, das pessoas que aguardam anos por uma cirurgia ou até mesmo pelos erros médicos.

Vale salientar que a mistanásia não está apenas ligada à morte pela falta de atendimento ou falha na realização do mesmo, indo além. Conforme destaca Neto e Bezerra quando se fala em uma grande parte da população que vive numa zona de vulnerabilidade:

Também abrange todas as situações atuais ou potenciais, que são capazes de gerar a morte (primeiro, social; depois, física) de pessoas em situação de vulnerabilidade, que são esquecidas pelo sistema e estruturas hegemônicas, sendo-lhes negado não somente o direito a saúde, mas também à dignidade, à vida, à igualdade, e à alimentação, como é comum ocorrer com moradores de rua; presos; garotas(9os) de programa; travestis e transexuais expulsas de casa; mulheres vítimas de violência doméstica que não recebem medidas protetivas adequadas, dependentes químicos; crianças e adolescentes abandonados; pessoas que passam fome; pessoas com transtornos e doenças mentais que não recebem tratamento psiquiátrico adequado; pessoas que não tem acesso à água potável; entre outros. (NETO e BEZERRA, 2018, p.476).

Assim sendo, se a dignidade é um valor supremo, como explicar um sistema que não oferece o atendimento para qual foi criado? A saúde tornou-se reconhecida como direito fundamental após a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, estabelecendo que o Estado deva garantir a mesma por meio de ações políticas e públicas que permitam que todos tenham acesso a um atendimento totalitário, o qual possa sanar todas as necessidades da população, juntamente a uma distribuição de



renda eficaz que possa atender as necessidades básicas da população mais necessitada, somada ao combate a corrupção, poderá ser o caminho para uma diminuição dos casos de mistanásia por omissão dos governantes.

Vale destacar que o morrer e todo o processo que envolve a morte são tratados pela bioética, que objetiva buscar uma morte digna, sendo, portanto, a mistanásia uma das categorias relacionadas ao fim da vida estudadas pela bioética, por ser um termo diretamente ligado à morte. (LIMA, 2017). A bioética, traz em um dos seus princípios a autonomia, que está ligada ao respeito pelo profissional da saúde à vontade do paciente, preservando suas convicções existenciais como a religião, valores morais e intimidade. (MABTUM e MARCHETTO, 2015).

A autonomia está ligada à autodeterminação ou autogoverno, ou seja, ao resguardo da liberdade de cada ser humano, porém, é preciso lembrar que a autodeterminação se relaciona com ações que não gerem danos para outras pessoas, portanto, a violação da autonomia só é aceitável quando o bem público se sobrepõe ao bem individual. (KOERICH *et al.*, 2005).

A bioética ainda traz consigo o princípio da Justiça, que consiste em tratar a todos como iguais, com imparcialidade e proporcionalidade na distribuição de tratamento, ou seja, está ligado à distribuição coerente e adequada de benefícios e deveres sociais. (MABTUM e MARCHETTO, 2015). Uma distribuição igualitária de direitos em que não existe diferenciação de classes, tão pouco, de atendimento, sendo que todos são iguais perante um sistema cujo objetivo seja um atendimento coerente a necessidade de cada pessoa.

Ferreira retrata a mistanásia como uma prática comum aos governantes, e comprova através de fatos tal ato considerado como omissão do Poder Público diante do que prevê um Estado paternalista:

A diminuição sistemática do financiamento a saúde, do não uso do dinheiro disponível no orçamento, do fechamento de leitos, serviços e unidades de saúde, da abertura indiscriminada de escolas médicas, do desprezo e desvalorização do médico e demais profissionais, efetivados pelos gestores, da falta de compromisso dos três poderes, com a vida da população, corroídos pela corrupção, incompetência e desumanidade [...].

Os governos pensam que tocar uma campanha na hora certa resolve todos os problemas. Não resolve. A campanha toca, não toca ou toca atrasada. Mas as pessoas continuam morando em áreas de risco, as construções ilegais se multiplicando, assim como as mortes. Se reinventam as desculpas esfarrapadas. A impunidade impera. As portas das unidades de saúde estão abertas à população, com equipes incompletas, cansadas, estressadas, doentes, mas fazendo o melhor



possível. Seja bem-vindo, o próximo ano é mais um ano eleitoral. Portas abertas e carência de tudo que possa ajudar os nossos irmãos. Do básico ao complexo, de vergonha, de planejamento, de dignidade por parte dos responsáveis pelo cuidar do nosso povo. De nossa parte, continuaremos lutando. (FERREIRA, 2019, p.5).

A mistanásia consiste na omissão ou descaso do Poder Público, como entidade responsável por garantir o direito a saúde, por consequência, a vida a todos os cidadãos, onde a corrupção, a má distribuição de recursos, incompetência de gestores, e cruelmente falando a desumanização perante uma sociedade de pede por socorro. Pessoas sendo esquecidas em filas, sendo que, em muitos casos, um atendimento mínimo poderia salvar uma vida, o recurso desviado da finalidade poderia garantir um equipamento que não foi realizado a devida manutenção ou um maior número de funcionários bem como a compra equipamentos e insumos necessários. Quantas vidas se perdem diariamente sem que sejam contadas, sem assistência, de forma prematura, de forma infeliz onde a manutenção da vida foi ineficaz por responsabilidades de terceiros?

A dignidade da pessoa humana, algo tão bonito na teoria, mas que necessita ser preservado a todo o momento, pois não importa a raça, cor ou sexo, todos têm os mesmos direitos previstos na Constituição Federal de 1988 e o direito a saúde é algo conquistado, porém muitas vezes não realizado. Como pode-se dizer que temos direito a saúde quando se depara com um hospital com corredores lotados, onde um atendimento ineficiente coloca em risco todo o resultado final.

Segundo Léo Pessini, a mistanásia faz referência à morte prematura, ou seja, a morte antes de completar todos os ciclos de vida. Para o autor, a mistanásia nos países pobres está relacionada com as políticas públicas de saúde inadequadas e iníquas, com pouco investimento em recursos e que geram a morte de milhares de pessoas. Desta forma, tem relação direta com a história, a cultura e a tecnologia disponível.

Segundo Sidnei Ferreira e Dara Porto, a gestão da saúde e seu financiamento, estão diretamente relacionadas com a mistanásia, ou seja, relacionando vida e morte, observe:

A diminuição sistemática do financiamento da saúde, o mau uso do dinheiro disponível no orçamento, o fechamento de leitos, serviços e unidades de saúde, a abertura indiscriminada de escolas médicas, o desprezo e desvalorização dos gestores pelo médico e demais funcionários da área, a falta de compromisso dos três poderes com a vida da população, corroídos pela corrupção, incompetência e desumanidade, são facetas da mistanásia que condicionam a vida e a morte, aumentando a vulnerabilidade dos mais necessitados.



(FERREIRA; PORTO, 2019, p.193).

O autor João Cabral de Melo Neto descreveu a mistanásia no seu livro *Morte e Vida Severina* muito antes da morte miserável ganhar este nome:

E se somos Severinos
Iguais em tudo na vida
Morremos de morte igual
Mesma morte Severina:
Que é a morte de que se morre
De velhice antes dos trinta,
De emboscada antes dos vinte,
De fome um pouco por dia
(de fraqueza e de doença
É que a morte Severina
Atava em qualquer idade,
E até gente não nascida).

O trecho acima descrito descreve muito bem a realidade de muitas pessoas, muitas vidas que poderiam ser preservadas e a morte miserável ser evitada se o sistema funcionasse realmente, se houvesse a responsabilidade e comprometimento de todos os envolvidos. Ao aprofundarmos o tema podemos destacar a mistanásia sobre três prismas:

a morte das pessoas que sequer se tornam pacientes pois não conseguem ser atendidas pelo sistema de saúde pública disponível; a morte dos pacientes que, embora atendidas pelo sistema de saúde, sofrem alguma forma de erro médico/hospitalar; a morte de pacientes que são vítimas de práticas de má gestão, ou questões econômicas, científicas ou sociopolíticas. (MISTANÁSIA E PANDEMIA: A MORTE DOS QUE FORAM DEIXADOS MORRER (2021)

A mistanásia pode ser dividida ainda em duas classificações: a ativa e a passiva. A mistanásia ativa é aquela que resulta da maldade humana e a mistanásia passiva é aquela que advém da má prática médica ou institucional. Walber Cunha Lima, defende que a mistanásia pode ser dividida em omissiva e comissiva, sendo a omissiva constatada quando a morte coletiva advém da inanição, ausência de intervenção/condução/atuação, e a comissiva quando a morte social ocorre de forma ativa e intencionalmente provocada.



A mistanásia ativa ou comissiva pode ser considerada um dos atos mais cruéis possíveis, uma forma de “erradicar” um problema social, em que pessoas que estão à margem da sociedade, muitas vezes, somente “causando problema”, são deixadas a margem por pessoas que detém o poder.

3. MISTANÁSIA E A PANDEMIA NO BRASIL

No livro “A mulher dos pés descalços” de Scholastique Mukasonga, escritora de Ruanda, inicia sua história narrando o desejo de sua mãe, de que, quando morresse, suas filhas mulheres cobrissem seu corpo. Em um tom de súplica e desespero, a mãe de Scholastique, implorava que ninguém deveria ver seu corpo descoberto depois de morto. Infelizmente, não pode cumprir o pedido da mãe, tentando salvar sua vida. O texto abaixo, escrito com dor e sofrimento, pode parecer uma realidade um tanto quanto distante, mas se observarmos com atenção, é a realidade de milhares de brasileiros nestes últimos meses.

“Mãezinha, eu não estava lá para cobrir o seu corpo, e tenho apenas palavras – palavras de uma língua que você não entendia - para realizar aquilo que você me pediu. E estou sozinha com minhas pobres palavras e com minhas frases, na página do caderno, tecendo e retecendo a mortalha de seu corpo ausente” (MUKASONGA, 2017, p.7).

O mundo atingido em toda a sua estrutura pela pandemia do Sar-Cov-2, o qual pertencente ao grupo dos coronavírus que em seres humanos causam doenças respiratórias (Covi-19) e em casos mais graves pode levar a morte. Segundo a Organização Mundial de Saúde, pandemia é a disseminação mundial de uma nova doença e o termo passa a ser usado quando uma epidemia, surto que afeta uma região, se espalha por diferentes continentes com transmissão sustentada de pessoa para pessoa. “A OMS tem tratado da disseminação em uma escala de tempo muito curta, e estamos muito preocupados com os níveis alarmantes de contaminação. Por essa razão, consideramos que o Covid-19 pode ser caracterizado como uma pandemia,” afirmou o diretor-geral da entidade, Tedros Adhanom.

O impacto da pandemia sobre um sistema único de saúde já precária, surgiu como uma bomba de alto alcance. A economia também sofre as consequências, resultando na redução do financiamento do SUS, e claro tudo isso somado a uma má



distribuição do dinheiro público, a falta de estrutura e profissionais, falta de insumos, e a desumanidade muitas vezes, escancarou a realidade da mistanásia acontecendo ao nosso lado, muitas vezes na nossa família. O reflexo desta situação está sendo exibido a todo instante com a superlotação dos leitos dos hospitais públicos e particulares.

O Conselho Federal de Medicina disponibilizou canais de denúncias e os dados são alarmantes, a situação vivida pelos profissionais muitas vezes é desumana, o problema vai desde a falta de máscaras e outros equipamentos de proteção individual, de materiais para exames, porém, o mais preocupante e assustador é a falta de itens de higienização, como álcool gel, papel toalha e sabonete líquido.

Uma situação ganhou destaque em toda a mídia, o Estado do Amazonas, em sua capital, Manaus, devido à falta de oxigênio. A população acompanhou todo o drama vivenciado pelos casos de mistanásia ocasionados pela falta de distribuição de oxigênio aos hospitais, fazendo com que muitas pessoas fossem privadas de algo tão simples no nosso cotidiano, mas acarretou toda a diferença naquele cenário pandêmico. Pessoas morreram asfixiadas, sendo causadas não somente pela falta de oxigênio, mas sim, pela má administração do dinheiro público e demais agravantes, levou-se a pessoas morrerem sufocadas: a União falhou, o Estado falhou, Município falhou, enfim, todos falharam.

O sindicato dos Médicos do Estado do Amazonas (SIMEAM) relata a utilização de morfina em bombas de infusão às vítimas de Covid-19, “racionando o oxigênio a tais pacientes até entrar em coma e falecer, ter uma parada cardiorrespiratória”. O Presidente do Sindicato, Raul Canal, diz que, “o caos que se instalou em Manaus, e no Estado do Amazonas como um todo, com mais de 40% de pacientes na fila de espera para internação, tem exposto os profissionais de saúde, o elo mais fraco e vulnerável dessa corrente, deixando-os à mercê dessas condutas atípicas do ponto de vista médico, mas praticamente tipificadas no âmbito penal” (SINDICATO DO MÉDICOS DO AMAZONAS).

Um repensar de direitos sociais é necessário, pois a população está morrendo miseravelmente todos os dias nos corredores dos hospitais ou fora deles, sem a assistência garantida por lei a todos. A morte por mistanásia é uma mácula em toda a sociedade pois famílias choram suas percas constantemente, ocasionadas por negligência, insuficiência de um sistema que deveria ofertar a todos as mesmas possibilidades de sobrevivência.



A Bioética choca com temas polêmicos, ocasionados pelo avanço da ciência e da tecnologia, em relação à ética. A discussão do certo ou errado, frente as opiniões formadas, porém pouco consegue-se dissertar além do achismo natural da humanidade.

A mistanásia nada mais é do que deixar morrer uma vida que poderia ser salva. Se todos os responsáveis levassem seu dever a sério, com certeza, muitas vidas seriam salvas diariamente. A desigualdade social em que pessoas são deixadas a morrer todos os dias, mortes noticiadas ou não, vidas perdidas de forma cruel e fria, mostrando o quanto o país pode ser desigual, quando o direito à vida passa a ser apenas de alguns.

CONCLUSÃO:

O Direito a Saúde, previsto na Carta Magna deve ser resguardado a todo cidadão, por meio de políticas públicas que atendam de forma igualitária. O problema está muito distante de ser solucionado, mas não se pode fazer de conta que não existe, pois, todas as vidas são muito importantes.

Cabe aos governantes um olhar mais atento a realidade da saúde pública, assumindo as responsabilidades que lhes são cabíveis. Uma distribuição de recursos justa atrelada a responsabilidade de utilização dos mesmos pode ser o início de uma luta grande pela garantia de vida a muitos que sofrem na classe marginalizada da saúde.

No decorrer do estudo observou-se a mistanásia como uma realidade perversa, que vai na contramão da dignidade humana, onde a adoção de políticas públicas eficientes torna-se cada vez mais urgente, propiciando a todos condições dignas de saúde e bem estar social onde vidas são preservadas através de um sistema que realmente possa atender a todos com a eficiência prevista na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

REFERÊNCIAS:

A questão da eutanásia no Brasil. Disponível em: <https://www.crmpr.org.br/A-questao-da-eutanasia-no-Brasil-13-669.shtml>. Acesso em 19 de Agosto de 2021.



Brasil. *Constituição Federal de 1988.* disponível em:
<http://www4.planalto.gov.br/legislacao>. Acesso em: 20 de Agosto de 2021.

GOMES, Luiz Geraldo do Carmo; CONCHON, Kellin Cris Vacari. *Direito a vida: matar ou deixar morrer? Democracia e direitos fundamentais.* 1. ed. Maringá, Pr: IDDM, 2017.

MARTIN, Leonard. *Eutanásia e Distanásia.* Disponível em:
http://www.portalmedico.org.br/biblioteca_virtual/bioetica/ParteIIIeutanasia.htm.
Acesso em 19 de Agosto de 2021.

MELO NETO, João Cabral de. *Morte e vida Severina.* Rio de Janeiro: Objetiva, 2007, p.92.

Mistanásia: a responsabilidade civil do estado pela falha ou omissão na prestação do serviço público de saúde. Disponível em:
<http://rdu.unicesumar.edu.br/bitstream/123456789/8975/1/LAIS%20MORAES%20GIL%20NERY.pdf>. Acesso em 19 de Agosto de 2021.

Mistanásia ou eutanásia social: a morte infeliz no SUS e a violação do principio da dignidade da pessoa humana. Disponível em:
<https://periodicos.set.edu.br/cadernohumanas/article/view/8541/4160>. Acesso em 19 de Agosto de 2021.

Mistanásia: a morte precoce, miserável e evitável como consequência da violação do direito à saúde no Brasil. Disponível em:
<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/biodireito/mistanasia-a-morte-precoce-miseravel-e-evitavel-como-consequencia-da-violacao-do-direito-a-saude-no-brasil/>.
Acesso em 19 de Agosto de 2021.



O ASSÉDIO MORAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Lucas Da Cunha Oliveira⁸³

Aline de Menezes Gonçalves⁸⁴

RESUMO: A referente pesquisa trata-se de um trabalho acadêmico em formato de artigo científico. Tem como objetivo dispor de um maior entendimento sobre o direito do trabalho, tendo maior ênfase no fenômeno conhecido como assédio moral no ambiente de trabalho, estudo feito por meio de doutrinas e entendimentos de tribunais superiores. Iniciando por uma análise histórica de como o trabalho e o direito do trabalho surgiram e foram evoluindo no mundo e dentro do Brasil. Buscando analisar e conceituar o assédio moral no ambiente de trabalho, contrapondo suas características e exemplificando quais as suas vertentes, abordando decisões de tribunais superiores a fim de entender como a legislação brasileira funciona sobre a perspectiva do assédio moral e ressaltando a importância da prova em casos de assédio. Por fim, se colocará em evidência um entendimento conclusivo sobre a abordagem do tema e também as referências bibliográficas utilizadas para o desenvolvimento do presente trabalho.

PALAVRAS-CHAVE: Assédio moral; Direito do Trabalho; Ambiente de trabalho.

ABSTRACT: The currently search is based in an academic work in format of a Scientific Paper. Its objective is to have a greater understanding of labor law, with greater emphasis on the phenomenon known as psychological harassment in the workplace, a study carried out through doctrines and understandings of higher courts. Starting with a historical analysis of how work and labor law emerged and evolved in the world and within Brazil. Seeking to analyze and conceptualize psychological harassment in the work environment, contrasting its characteristics and exemplifying its aspects, addressing decisions of higher courts in order to understand how Brazilian Legislation works from the perspective of psychological harassment and highlighting the importance the proves of in cases of harassment. At last, it is going to be put on evidence a conclude consensus and also the bibliographical references applied to development of this current study.

KEY WORDS: Psychological harassment; Labor's Law; Work Place.

INTRODUÇÃO:

O assunto assédio moral tem sido muito frequente nas relações de trabalho. Por não possuir uma previsão legal dentro do Direito do Trabalho, o tema causa uma divisão de opiniões e decisões no nosso ordenamento jurídico.

Na presente pesquisa, em primeiro plano será abordada de maneira breve a evolução histórica do direito do trabalho, partindo de seus conceitos e marcos, corroborando com o desenvolvimento do direito do trabalho no Brasil.

⁸³ Acadêmico do curso de graduação em Direito, cursando o 4º ANO no Centro Universitário Unifatecie em Paranavaí – PR.
Email: lucasescritoriogl@outlook.com

⁸⁴ Professora do curso de Direito no Centro Universitário Unifatecie e Advogada na comarca da cidade de Maringá – PR.
Email: aline.menezes@fatecie.edu.br



Além de toda essa parte histórica citada, será tratado de que maneira o assédio moral surgiu nas relações de trabalho, entendendo suas características e definindo o que pode ser considerado assédio e o que não. Expor como o assédio moral se enquadra na legislação brasileira, da importância da fase probatória, trazendo de forma clara algumas decisões de tribunais a fim de maximizar o tema.

2. O DIREITO DO TRABALHO E A SUA EVOLUÇÃO

O trabalho está presente em nosso meio há muitos e muitos anos. O ato de trabalhar para prover o sustento, moradia, entre outras garantias está nos primórdios das relações humanas. O que se diferencia, é que a origem do trabalho se baseou na violência e brutalidade. Demandou muitos anos para que a forma de trabalho, pudesse ser modificada e assim se caracterizar conforme é atualmente.

Tendo esse embasamento acerca das primeiras relações de trabalho, Gleibe Pretti, analisa:

A história do trabalho leva-nos primeiramente a uma história de terror vivenciada pela escravidão existente há mais de 5.000 anos. Nela o escravo era considerado um ser que, trabalhando incessantemente e sem qualquer direito, podia ser torturado, mutilado, sofrer amputações e receber os mais diversos. Seu trabalho não respeitava horário ou esforço, e sua vida era mera mercadoria, dependendo apenas do desejo de seu senhor. (Gleibe, Pretti, 2012, p.01)

Seguindo essa narrativa, entende-se que o primeiro ponto de trabalho, foi desenvolvido ainda no período de escravidão. Ainda que, a forma de trabalhar nessa época, fosse uma totalmente violenta, degradante e humilhante. Há resquícios de uma relação de trabalho.

Ainda de acordo com Gleibe Pretti (2012, p. 4) com a sociedade evoluindo, a escravidão vai sendo abolida e aos poucos vai dando espaço a novas formas de trabalho, como a servidão. E posteriormente com o surgimento do mercantilismo, o artesanato também ganha força, como uma nova forma de trabalho.

Há de se notar, que as primeiras relações de trabalho eram fundamentadas sob total subordinação. Por mais que no período de servidão, a forma de trabalho não era mediante violência como na escravidão, os trabalhadores dessa época trabalhavam em troca de sustento, cuidando das terras. Essa característica foi perdendo a força com a chegada do artesanato.

De acordo com (Carlos Henrique, 2019; Gleibe Pretti, 2012) houve um marco



muito importante e inquestionável para o alavancar do direito do trabalho: a Revolução Industrial, no século XVIII. Devido a esse movimento, foi-se desenvolvendo as relações de empregado e empregador, que acabaram ocasionando uma a necessidade de uma intervenção estatal nessas relações.

Por todas as características já existentes nas relações de trabalho, como a subordinação, a remuneração e a jornada de trabalho. A Revolução Industrial é considerada um grande estopim para a evolução do direito do trabalho, pois foi nesse momento em que o trabalhador passa a reivindicar seus direitos como trabalhador e devido a isso, o Estado precisa buscar mecanismos para a resolução desses conflitos.

A primeira lei que se atentava ao trabalho, nasceu em 1802 na Inglaterra, intitulada como a Lei de Peel, limitando a jornada de trabalho em até 12 horas, sendo que deveria ser iniciada a partir das 6 horas e se encerrasse às 21 horas, trouxe também algumas regulamentações acerca da educação e da higiene. Gleibe Pretti (2012 p.8)

Já no ano de 1813, foi a vez da França reger suas relações de trabalho, o país proibiu o trabalho de menores em minas e posteriormente em 1814, ocorre a proibição do trabalho aos domingos e feriados. Os menores de 9 anos foram proibidos de trabalhar e a jornada de trabalho foi alterada para 10 horas para os menores de 16 anos. Gleibe Pretti (2012 p. 8)

É importante ressaltar que mesmo já existentes leis referentes ao trabalho, foi apenas no ano de 1917, no México, que foi promulgada a primeira Constituição que tinha obtinha devidamente direitos trabalhistas.

Seguindo este fundamento, Carlos Henrique Bezerra Leite complementa:

Coube ao México editar, em 1917, a primeira Constituição contendo direitos trabalhistas, como jornada diária máxima de oito horas, jornada noturna de sete horas, proibição do trabalho do menor de 12 anos, limitação da jornada do menor de 16 anos a seis horas, descanso semanal, salário mínimo, igualdade salarial, direito de sindicalização, de greve, indenização de dispensa etc. (art. 123). (Carlos Henrique Bezerra Leite, 2019 p.8).

Em 1919, a Constituição de Weimar estabeleceu formas de criar seguros sociais aos trabalhadores e maneiras de possibilitar que o empregado e o empregador pudessem se organizar e fixar o salário, a jornada de trabalho e as condições. Anos depois, em 1927, foi a vez da Itália, com a Carta del Lavoro, estabelecer, reger e



organizar as suas relações de trabalho. Gleibe Pretti (2012, p.9)

No ano de 1948, houve então a Declaração Universal dos Direitos dos Homens e do Cidadão e com isso os direitos trabalhistas passaram a ter ainda mais efetividade. Alguns dos exemplos acrescidos por essa declaração aparece o direito de férias remuneradas, o descanso, entre outros. Gleibe Pretti (2012, p. 10, 11)

Conforme os fatos, é possível notar que o trabalho passou por diferentes e incontáveis marcos e fundamentações até chegar nos dias atuais. Cada constituição, declarações e leis se fomentaram de maneira conjunta com extrema importância para que o Direito do Trabalho passasse a possuir nos dias atuais um caráter de maior proteção e mais regulamentador nas relações de trabalho.

2.1 A EVOLUÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO NO BRASIL

O processo de evolução do direito do trabalho dentro do nosso País, foi de certa maneira lento. O Brasil precisou se basear em modelos europeus para que esse processo pudesse ir se desenvolvendo. Apenas no ano de 1930, na tão conhecida Era Vargas, que o País passou a criar meios significativos para que o direito do trabalho fosse alavancado.

O Brasil foi evoluindo aos poucos e com o passar do tempo algumas leis foram sendo promulgadas, como aconteceu com a tentativa de regulamentar o trabalho de menores no ano de 1891, e em 1903 com a organização dos sindicatos rurais e posteriormente em 1907 com a organização dos sindicatos urbanos. Gleibe Pretti (2012 p. 11, 12)

O primeiro Ministério do Trabalho brasileiro foi criado em 1930, pelo então presidente Getúlio Vargas, com o intuito de regularizar as normas trabalhistas.

No ano de 1934, se dá então um grande passo em relação aos direitos trabalhistas: foi criada a liberdade sindical, a isonomia salarial, o salário mínimo, regulamentou a jornada de trabalho de oito horas, regularizou a proteção do trabalho de mulheres e menores e instituiu o descanso semanal e as férias remuneradas e ainda deu margem para a negociação coletiva. Gleibe Pretti (2012 p. 12)

Ainda de acordo com (Gleibe Pretti, 2012, p. 12; André Luiz, 2019, p.29) um dos grandes marcos dentro do âmbito das relações de trabalho no Brasil e também para todo o ordenamento jurídico brasileiro, sucedeu no ano de 1943 a criação da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) que tinha como principal objetivo regularizar quaisquer relações de trabalho, sendo ela individual ou coletiva.



A Consolidação das Leis Trabalhistas possui um caráter extremamente importante para as relações de trabalho. Visto que possibilitou ao trabalhador muitas conquistas em sua atividade laboral, além de ser uma forma de regulamentar e garantir os direitos trabalhistas do empregado.

Dentre momentos importantes para a evolução do Direito do Trabalho, a Constituição de 1988 acrescentou ainda mais mudanças significativas, sendo elas: a jornada de trabalho em 44 horas semanais, a possibilidade da negociação coletiva, instituiu a indenização quando ocorrida dispensas arbitrárias, o abono de 1/3 das férias, a licença para as gestantes, licença maternidade, entre outras mudanças positivas, que são mantidas até os dias atuais. Gleibe Pretti (2012, p. 15, 16)

Denotasse que a Era Vargas, foi a mais importante para o direito do trabalho brasileiro. Por mais que Getúlio Vargas tenha feito esses movimentos sociais com uma finalidade extremamente política. Foi nesse período que o País passou mais expandiu os direitos trabalhistas e passou regulamentar sob as relações de trabalho. O trabalhador pôde enfim ter seus direitos e garantias reconhecidos, fatos que antes eram inimagináveis.

3. A ORIGEM DO ASSÉDIO MORAL

O assunto assédio é um termo que vêm sendo discutido com frequência nas relações de trabalho e no mundo jurídico. Para que se possa exemplificar o tema, é necessário entender o seu surgimento, estudos realizados e quais são as atitudes que podem caracterizar ou não, o assédio moral dentro das relações de trabalho.

Conforme cita Nordson Gonçalves (2009, p.53) o assédio moral está em nosso meio há muitos e muitos anos. O ato de agredir psicologicamente está evidente em nosso meio familiar e também em nosso social. No âmbito social, é notável que a busca insaciável pelo poder fez com que as pessoas perdessem a medida daquilo que é ético ou não. Conseqüentemente tendo atitudes que humilham e desestabilizam o outro, apenas para conseguir aquilo que é almejado. É caracterizado por inúmeras atitudes voltadas para desestabilizar o outro, com a finalidade de eliminar a vítima do ambiente de trabalho. É importante ressaltar que o assédio moral é uma realidade que transcende fronteiras. É um tema recorrente que assola as relações de trabalho no mundo inteiro.

As primeiras pesquisas referentes ao assédio moral, partiu de Heinz



Leymann, na década de 1980, com diversos estudos que avaliavam as causas, condutas e as consequências que essas atitudes de assédio poderiam causar à saúde dos trabalhadores. Gonçalves de Carvalho (2009 p. 41)

Seguindo essa linha, é fundamentado:

Na França, a psicanalista e vitimóloga Marie-France Hirigoyen foi quem, de modo pioneiro, alertou acerca do assédio moral nas relações trabalhistas, mediante a publicação de sua obra “Assédio moral: a violência perversa do cotidiano”.

Em seu conceito, Marie-France Hirigoyen
POR ASSÉDIO EM UM LOCAL DE TRABALHO TEMOS QUE
entender total e qualquer conduta abusiva, manifestando-
se sobretudo por comportamentos, palavras, atos, gestos, escritos que
possam trazer dano à personalidade, à dignidade ou à integridade física ou
psíquica de uma pessoa, pôr em perigo seu emprego ou degradar o
ambiente de trabalho. (Hirigoyen, France Marie, 2000 apud ALOIZIO
APOLIANO CARDOZO FILHO, 2017, p. 7)

Importante analisar que as primeiras pesquisas sobre o assédio moral partiram de Heinz. No entanto, a primeira obra que enfatizava o assunto, suas características e abordagens, foi publicada por Marie-France Hirigoyen, no ano 2000. Devido a isso, Marie é considerada uma das pioneiras no que diz respeito ao tema assédio moral.

O primeiro país a se posicionar e adotar uma medida contra a prática do bullying no ambiente de trabalho foi a Suécia, que instituiu uma legislação específica no ano de 1994 que tinha como finalidade cessar essas práticas. Dentro dessa resolução, a Suécia entendeu que era de responsabilidade do empregador analisar se a prática do bullying estava ocorrendo dentro do ambiente do trabalho. Competia ao empregador também, em casos constatados da prática desses atos, apoiar e agir de maneira solidária com aquele trabalhador que tenha sido vítima de tais atitudes. Podendo fornecer as melhores condições para que esse empregado se reestabeleça da melhor forma possível. Nordson Gonçalves (2009, p. 41)

Segundo Nordson Gonçalves (2009, p.41, 42) dentro do ordenamento jurídico Sueco, o “mobbing” era caracterizado como um crime. Ou seja, a prática desse ato seja por parte do empregador ou de um empregado, o mesmo seria responsabilizado por tal delito, onde se aplicava as regras do direito penal.

No ano de 1998, foi realizado na Itália um estudo referente ao “mobbing” no qual foi constatado, que cerca de um milhão de trabalhadores sofriam ataques em seu ambiente de trabalho. No entanto, a Itália não instaurou uma legislação específica



para o assédio, mas, foi criando por meio de jurisprudências e por meio da doutrina, entendimentos que representam formas de reprimir o assédio moral. Em uma disposição de seu Código Civil, o Art. 2043 cita: “aquele que causar a outrem dano injusto, estará obrigado a reparar o dano praticado.” Nordson Gonçalves (2009, p.43)

Seguindo essa tratativa, a Itália define que todo o assédio praticado e todo o dano causado por meio deste, deverá ser reparado. Seguindo a mesma linha da legislação Sueca, a Itália, dentro de seu sistema jurídico, posicionou que o empregador também tinha a obrigação de analisar, prevenir e reprimir para que o bullying não ocorresse dentro de sua organização. E aquele empregador que não seguir essas regulamentações, ele poderia ser responsabilizado conjuntamente com aquele que praticou o assédio. Nordson Gonçalves (2009, p.43, 44)

A exemplo da Suécia, a França foi a segunda a adotar uma legislação específica contra o assédio moral. Foi homologado em janeiro de 2002, a lei francesa que continha toda uma seção que buscava combater o terror psicológico. O ordenamento jurídico francês ainda garante ao assediante o ônus da prova. Ademais, a legislação francesa, possui diversas medidas a fim de prevenir o assédio moral no trabalho. Instituiu ainda, em seu Código Penal, no Art. (222.32.2) o crime configurado como assédio moral. Tendo como pena 1 ano de reclusão ou uma multa estipulada em 15.000 euros. Nordson Gonçalves (2009, p.48)

A Bélgica, assim como a Suécia e França, também dispõe de uma lei específica contra o assédio moral. É denominada como a “Lei Relativa à Proteção Contra Violência e o Assédio Moral ou Sexual no Trabalho” e que passou a ser vigente em julho de 2002. No entanto, se aprofundarmos o assunto, pode ser analisado que o País já deixava explícito uma forma de proteção relacionada a prática do assédio, pois em seu Código Penal de 1998 já possuía pena e/ou multa para aquele que cometesse o ato de assediar ou ter virtude que pudesse afetar diretamente a tranquilidade da vítima. Nordson Gonçalves (2009, p.49)

É possível observar que os países acima, ao se depararem com a forte consequência que o assédio moral carrega, buscaram formas para que o mesmo fosse erradicado dentro das organizações de trabalho.

No Brasil, a pioneira em tratar do assunto foi a Juíza do Trabalho Márcia Novaes Guedes, que produziu uma obra no de 2008 denominada como: “Terror Psicológico no Trabalho”. E após essa obra, o tema passou a ser estudado diariamente e analisado por diversos profissionais e pesquisadores, como médicos e



psicólogos, que buscam entender esse fenômeno. Apoliano Cardozo (2017, p.7)

É importante frisar, por mais que o livro citado acima tenha sido o primeiro referente ao assédio moral. O Brasil, já possuía na CLT, em seu art. 483 já regulamentava a possibilidade de rescisão indireta do contrato de trabalho por parte do trabalhador, caso o mesmo passasse a sofrer assédio dentro do ambiente de trabalho.

3.1. A CARACTERIZAÇÃO DO ASSÉDIO MORAL

De forma mais simplória, pode ser analisado que o assédio moral seja apenas o ato de humilhar o outro dentro do ambiente de trabalho. No entanto, o assunto vai além. Há de se analisar como essa conduta pode ser caracterizada e qual outra modalidade pode corroborar com o tema em questão. O assédio possui fundamentações e conceitos próprios.

É importante esclarecer, que nem toda discussão no ambiente de trabalho, seja ela entre superior e subordinado ou entre colegas da mesma posição hierárquica pode ser caracterizada como assédio moral. Conflitos que possuem início, meio e fim, ou seja, conflitos que não possuam caráter perseverante, não são designados como assédio moral. Nordson Gonçalves (2009 p.62)

Seguindo esta linha Nordson Gonçalves (2009, p.62) compreende que para que o assédio moral seja caracterizado, a solução do conflito passe a ser inviável e o mesmo vire incessante. Culminando então, em um embate entre os indivíduos, com resquícios de violência e agressão psicológica. O que diferencia o assédio moral, para um conflito comum é que em um assédio, o sujeito passa a agir de maneira perversa, não dando chances a outrem de defesa. Fazendo que todas as suas ações e atitudes dentro do ambiente de trabalho, tenha como finalidade a eliminação dessa vítima dessa organização.

É relevante ressaltar que o assédio moral tem dentro de suas particularidades, dois pontos: a intencionalidade e também a habitualidade. (Pamplona, Rodolfo; Claiz Gunça, 2020, p.57, 58)

Basicamente, a intencionalidade se baseia em agir com a intenção de humilhar, desestabilizar o colega de trabalho. A habitualidade, é definida em como essas atitudes ocorrem, se são diárias, é caracterizada com a frequência que essas ações acontecem.



Dois importantes aspectos podem ser analisados a respeito do assédio moral no ambiente de trabalho.

Um é entendido como o abuso de poder ou o desrespeito à pessoa do trabalhador. Tem como conceito, a relação entre subordinado e aquele que possui o poder, seja para mandar ou para fazer a gestão organizacional. Normalmente, é o ato de humilhar o trabalhador pelo simples fato de ter o poder ou encarregá-lo de atividades vexatórias. Nordson Gonçalves (2009, p.63)

O outro é designado como a manipulação perversa, diferente do abuso de poder, esse assédio é mais complexo de se detectar, em virtude de que o mesmo ocorre de maneira gradativa e insidiosa. É caracterizada pelo fato de começar com “brincadeiras” e formas de humilhações, que passam a ser cada dia mais frequentes. Nordson Gonçalves (2009, p.64)

No primeiro aspecto, é possível observar que a sua definição se baseia no poder. O ato de tê-lo, faz com que o indivíduo que o detém, aja de forma que busque menosprezar e abalar o outro. Atitudes como essas podem ser avistadas muitas vezes em relações entre um gerente ou encarregado e um simples empregado.

O segundo aspecto, é desencadeado pelo fato de atitudes com o intuito de manipular o outro. Normalmente, por meio de “brincadeiras” e atitudes constrangedoras. A manipulação tem como caráter principal, induzir a pessoa a ter atitudes que normalmente ela não teria, com a finalidade de trazer benefícios para àquele que pratica.

Ambos pormenores situam o que é o assédio moral e suas condutas. É possível destacar que o assédio moral não é caracterizado por apenas uma modalidade de ação. Tanto a conduta abusiva como a forma de manipulação, são atitudes que podem estar explícitas em nosso dia-a-dia e muitas vezes, não se é possível enxergar. É indispensável se atentar as maneiras de agir, falas e ações, para que o assédio moral não passe despercebido.

3.2 A TIPOLOGIA DO ASSÉDIO MORAL

O assédio moral não se define apenas na relação de subordinação, no fato de um patrão humilhar um empregado. O assédio ocorre independente de grau hierárquico, qualquer trabalhador pode exercê-lo. Diante disso, o assédio moral possui uma tipologia e cada uma dessas possui a sua própria especificação.



O ASSÉDIO MORAL VERTICAL DESCENDENTE

Essa classificação de assédio moral é a mais comum dentre as relações de trabalho. A mesma é caracterizada unicamente pela designação de hierarquia, de poder. É evidente que o trabalhador é a parte mais frágil dentro das organizações e em virtude disso, o empregador ou alguns superiores na relação hierárquica (diretor, gerentes, encarregados, supervisores) passem a praticar assédio contra esse empregado. Nordson Gonçalves (2009, p.65)

Ainda dentro desta perspectiva, Nordson Gonçalves (2009, p.65) salienta que essas atitudes são desencadeadas por buscas desmedidas por lucros e metas ou em maioria, possui a finalidade de eliminação desse indivíduo do ambiente de trabalho. Um outro ponto que pode ocasionar a prática do assédio moral, é o fato desse superior enxergar no referido empregado um ponto de risco, com a prerrogativa de que esse trabalhador passe a ocupar a sua posição hierárquica.

Assim, nota-se que a prática do assédio moral vertical descendente é o de maior expressão em meio as relações trabalhistas. Dentre os motivos citados acima, a busca pela eliminação do trabalhador da organização é um grande fator que desencadeia o assédio. Muitos empregadores ou superiores hierárquicos, passam a ter comportamentos vexatórios, buscando desestabilizar e menosprezar o empregado, em muitos casos, designando a ele atividades humilhantes, com a finalidade que ele desista e peça as contas, o que ao bolso do empregador, é um bom ponto, pois a justa causa o exime de certos pagamentos trabalhistas.

No entanto, para Nordson Gonçalves de Carvalho (2009, p.66) o empregado, ao se deparar com essas atitudes destacadas acima, pode arguir uma rescisão indireta do contrato de trabalho, conforme é regulamentado no art. 483 da CLT.

Podendo ainda, além da rescisão indireta do contrato:

Poderá o empregador, responder por danos morais em relação ao empregado assediado por qualquer um de seus prepostos, nos termos dos art's. 933 (responsabilidade objetiva, ou seja, independentemente de culpa do empregador) e 932, III e parágrafo único do art. 942 (responsabilidade solidária do empregador) do atual Código Civil. (Carvalho, Nordson Gonçalves de, 2009 p. 66, 67)

ASSÉDIO MORAL VERTICAL ASCENDENTE

Essa modalidade é considerada uma das mais incomuns dentre todas as

Anais Eletrônico III CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS E NOVOS PARADIGMAS 455
UniFatecie – Centro Universitário Fatecie



modalidades. É assim considerada, pois a sua caracterização é dada pela ação de subordinados, que vão contra um superior hierárquico. Rodolfo Pamplona e Claiz Gunça (2020, p.63)

As situações apresentadas nessa modalidade, são configuradas geralmente em razão de promoções. Pode ser ocasionado pelo fato de um colega do ambiente de trabalho ser promovido e os demais não compactuarem com a decisão, seja por acreditarem em uma insuficiência para desempenhar a função ou por não serem adeptos de tal sujeito. Um outro ponto que pode incitar essa modalidade, é o fato de a organização contratar uma pessoa de fora para exercer uma função de superioridade, ocasionando então uma indignação por parte dos trabalhadores, fazendo com que passem a agir de maneira a desestabilizar esse indivíduo. (Pamplona, Rodolfo, e Claiz Gunça, 2020, p.63)

Desta forma (Pamplona, Rodolfo, e Claiz Gunça, 2020, p. 63) analisa que no assédio ascendente, a vítima tende a sofrer em silêncio. Pelo motivo no qual, por ser um superior, buscará relevar essas condutas, a fim de evitar problemas para a empresa e para que não seja visto como incapaz de exercer a função que lhe foi designada.

ASSÉDIO MORAL HORIZONTAL

No que tange a essa modalidade, é o fato de que a mesma ocorre entre colegas de trabalho com a mesma hierarquia. Ou seja, não tem a ver com hierarquia e subordinação. Acontece entre simples colegas de trabalho, muitas vezes por meio de brincadeiras maliciosas, falas indiscretas, piadas de mau gosto entre outros. Nordson Gonçalves (2009 p.67)

Um fator que colabora para essa prática é a competitividade por promoções. Aquele indivíduo que está buscando ser promovido, passa a ter atitudes desestabilizadoras e discriminatórias, podendo ser contra um colega ou contra vários. Tendo a finalidade de desestabilizar os demais fazendo com que essa eventual promoção venha a ficar mais facilitada. Nordson Gonçalves (2009 p.67)

Por fim, é notório que o assédio moral horizontal, possui um caráter mais comum nas relações de trabalho. A busca insaciável por uma melhoria salarial, melhoria de cargo, pode levar colegas de trabalho a terem atitudes completamente imorais e estúpidas. Muitas vezes para mostrar ao empregador que é o melhor, ora para mostrar aos colegas de trabalho o seu “poder”. Dentre outros fatores, é possível



citar também o preconceito como forte desencadeador dessa ação. O fato de um grupo não aceitar determinado indivíduo, pode resultar nessa modalidade dentro da organização.

ASSÉDIO MORAL MISTO

A respeito do assédio moral misto, o próprio nome já menciona as suas características. É o fenômeno da junção das duas modalidades: o assédio moral vertical com o assédio moral horizontal.

É importante mencionar, que para o nível hierárquico ser enquadrado nessa ação, ele não precisa necessariamente atentar diretamente contra a vítima. O fato dele incentivar o assédio, ou apenas ter noção da conduta praticada e diante disso, não se manifestar, se manter omissivo. Já o enquadra junto com os demais vilões.

Rodolfo Pamplona; Claiz Gunça (2020, p. 64).

4. A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA ACERCA DO ASSÉDIO MORAL

Ao analisar o assédio no Brasil, é de claro entendimento que o tema é frequente nas relações de trabalho. No entanto, ao contrário da necessidade de uma norma de âmbito nacional e na contramão de alguns países europeus, o Brasil ainda não possui uma lei federal específica que atente contra o assédio moral. Causa grande estranhamento se deparar com um assunto tão assíduo nas relações de trabalho e que ainda não possui a nível nacional, uma lei que possa regulamentar o assédio moral.

Segundo Nordson Gonçalves (2009 p.108)

A legislação específica acerca do assédio moral no ambiente de trabalho, em nosso ordenamento jurídico, limita-se aos órgãos da Administração Pública Direta e Indireta, no âmbito municipal e estadual. (Nordson Gonçalves de Carvalho, 2009 p.108)

Em conformidade, Freitas, Heloani e Barreto (2008, p. 83) salienta que por mais que não exista uma lei federal, existem alguns projetos de lei estacionados para



aprovação. Os Estados e municípios têm buscado criar suas próprias legislações que possam versar sobre o assédio moral. Quando se trata em âmbito estadual, o primeiro Estado a criar uma legislação própria foi o Rio de Janeiro no ano de 2002.

No tocante aos municípios, é possível observar que muitos possuem uma legislação que trata com especificidade do tema. Alguns exemplos de municípios que possuem lei própria: Iracemápolis (SP) no ano de 2001, Americana e Campinas, ambas de São Paulo, aprovaram suas leis no ano de 2002. No Paraná, a cidade de Maringá aprovou lei própria em 2002. Possui ainda legislação específica nesse âmbito, a cidade de Porto Alegre (RS) e no Estado de Mato Grosso, as cidades Sidrolândia e São Gabriel do Oeste. (Freitas, Heloani e Barreto, 2008, p. 84, 85)

Por mais que o Brasil não possua uma lei federal específica sobre o assédio, é notável que os Estados e municípios já se posicionam há muitos anos acerca do tema. Esse posicionamento é fundamental, pois além de fazer com que as relações de trabalho desses lugares estejam protegidas desse malefício, continua a indagar a ideia da real necessidade de o País ter uma lei específica e regulamentadora.

No entanto, o fato de não existir uma regulamentação federal, não corrobora com o entendimento de que os trabalhadores estejam desamparados frente ao assédio. É possível buscar dentro da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) em seu Art. 483, a possibilidade de uma rescisão indireta, mais precisamente nos incisos B e o E que se trata do assunto em questão.

b) for tratado pelo empregador ou por seus superiores hierárquicos com rigor excessivo;

e) praticar o empregador ou seus prepostos, contra ele ou pessoas de sua família, ato lesivo da honra e boa fama;

Além do tratado acima, Menezes (2002) afirma que a não existência de uma previsão legal, não se torna parâmetro justificativo. Indagando-se que a Constituição Federal em seu Art. 5º, V assegura o respeito à dignidade humana, princípio presente em qualquer relação e que de maneira alguma, deve ser violado.

Seguindo essa máxima, podemos analisar uma decisão do TRT 17º Região dando parecer favorável a reclamante:

DISCRIMINAÇÃO DA EMPREGADA PELA SUPERVISORA. XINGAMENTO. DANOS MORAIS. DEVIDOS. Restando incontroversa a ocorrência do fato narrado pela autora através dos documentos acostados ao processo e da prova testemunhal, configurada está a hipótese de



indenização por danos morais. No entanto, o valor arbitrado tal título não é razoável, por isso, forçosa a sua majoração, devendo a sentença de origem ser reformada no aspecto. RECURSO ADESIVO. NÃO CONHECIMENTO FACE A EXTEMPORAIDADE. Em verdade, o Recurso Adesivo da obreira encontra-se extemporâneo nos termos do art. 500 do CPC, tendo em vista haver sido interposto antes mesmo da obreira ter sido notificada para apresentar contrarrazões em face da interposição do Recurso Ordinário da empresa. (TRT-11 00000620130051100, Relator: Lairto José Veloso)

Diante dos fatos, é notório que o trabalhador não está desprotegido nas relações de trabalho. A ausência de uma lei regulamentadora é de fato, um vazio inenarrável dentro de nosso ordenamento jurídico, sendo que a prática do assédio moral se configura extremamente danosa ao empregado. Contudo, o trabalhador brasileiro não está desamparado, para aquele que vêm sofrendo este mal, pode além de requerer uma rescisão indireta, solicitar uma indenização por parte do empregador, como é notável na decisão acima. Dado que, se o dano for de fato provado, poderá o empregador ser enquadrado no Art. 927 do Código Civil.

5. DAS PROVAS DO ASSÉDIO

Por fim, é de claro entendimento que a fase probatória é crucial dentro de um processo, independente de qual área seja ele. O fato de ter uma prova eficaz possibilita um maior sucesso na lide. O Código de Processo Civil atenta que o ônus da prova é do autor, ou no caso em questão, do reclamante. Por obter um caráter de extrema complexidade, o reclamante deve angariar todas as provas possíveis, para que então seja provado o assédio moral e o empregador seja penalizado.

Para Stocco (2004 apud Sonia Mascaro, 2015, p. 152) o fato de a prova ser imaterial, torna-se inviável a exteriorização do efetivo prejuízo do dano para aquele que sofreu. Ou seja, após comprovado o assédio, o dano moral deveria ser presumido. Com o intuito de reparar todo o evento danoso em decorrência do assédio.

No mesmo viés, Apoliano Cardozo (2013, p. 79) ressalta que a comprovação do assédio moral é de fato, de extrema dificuldade. Dentre os impasses mais comuns para a prova, pode ser apresentada a falta de testemunha por parte da vítima, visto que muitos não se propõe a ser parte por receio de perder o emprego. Um outro grande fator, é o fato da vítima por estar bem fragilizada, não se atentar em colher todas as provas possíveis.

A prova, é de fato, um grande imbróglio no processo trabalhista. A dificuldade



para provar seu nexos causal, faz com que o processo se torne ainda mais extenso e dificultoso do que se é normal. Pode ser analisado, que muitos trabalhadores que sofram este mal, ao se depararem com tamanhos embaraços, preferem se calar e continuar na empresa, ou apenas se desligarem da organização. Tendo então, a decisão de desistir de ingressar no judiciário, pois se têm o entendimento de que a complexidade será enorme e ainda com o risco iminente de sair derrotado.

Sonia Mascaro (2015, p. 157) salienta, que mesmo que não exista uma decisão uniforme a respeito do assédio moral, dentre jurisprudências e doutrinas, o sentimento de dor e da humilhação é intangível para cada um. Podendo até resultar em algo extremamente danoso ao empregado, como o desenvolvimento de doenças psíquicas e emocionais. Neste caso, a prova do ano não se torna indispensável, visto que no decorrer do processo já poderá ser presumido a existência do dano.

Mas para que se possa entender o quão importante é o ato da prova, abaixo há uma decisão que foi julgada improvida, por falta de provas.

ASSÉDIO MORAL. NÃO CONFIGURADO. O reconhecimento do assédio moral nesta Justiça Obreira demanda a presença de seus elementos caracterizadores do direito à indenização, ou seja, violência psicológica, constrangimento e humilhação. Não se desincumbindo o autor desse ônus, não há como deferir a pretensão obreira. Recurso conhecido e provido.

(TRT-11 00181320100181100, Relator: Maria das Graças Alecrim Marinho)

Ao analisar a decisão, entende-se então que a prova é a grande chave do processo. A fase probatória possui esse caráter de extrema complexidade em virtude de que o magistrado não pode analisar de forma pífia o litígio e decida erroneamente. Então, é de extrema necessidade que o trabalhador busque todas as provas viáveis, caso não consiga prova testemunhal, que possa angariar todas as provas documentais e se for aceito, prova de áudio e vídeo também.

6. CONCLUSÃO

Com o presente artigo, chega-se a algumas considerações a respeito do assédio moral no ambiente de trabalho. O assunto que mesmo não tendo caráter recente, ainda encontra certas implicações para que seja fundamentado legalmente dentro do País. O assédio moral tem sido bem assíduo dentro das relações de



trabalho, o que tem resultado em ambientes de trabalho hostis e o mais danoso dentro de tudo isso, que são as doenças psicológicas que podem ser desencadeadas na vítima.

É de extrema importância que o indivíduo se atente nas relações de trabalho, para aqueles que entendem estar vivendo por estes momentos sombrios, é fator primordial que ele busque entender o que é o assédio moral e quais atitudes e ações podem caracteriza-lo. Para que esse entendimento possa ser mais claro e a vítima seja devidamente auxiliada, é importante que ela busque uma ajuda competente, seja a Justiça do Trabalho, seja um advogado (a).

Apesar do assunto ser de grande complexidade e não se dispor de uma uniformidade de decisões, ainda mais quando se trata da parte probatória. O trabalhador não está desprotegido dentro das relações de trabalho, o nosso ordenamento jurídico busca dar todo o apoio e sentenciar de forma justa e precisa àqueles que são enquadrados praticando o assédio moral.

REFERÊNCIAS:

Almeida, André Luiz Paes de. *Direito do Trabalho: material, processual e legislação especial*/ André Luiz Paes de Almeida. – 17. ed. São Paulo : Rideel 2016
Carvalho, Nordson Gonçalves de. *Assédio Moral na relação de trabalho* / Nordson Gonçalves de Carvalho. – 1. ed. – São Paulo : Rideel, 2009.

Freitas, MED; Heloan, R.; Barreto, M. *Assédio Moral no Trabalho - Coleção Debates em Administração*. São Paulo: Cengage Learning Brasil, 2012.

Gleibe, Pretii. *História e Princípios do Direito do Trabalho* / Gleibe Pretti. – 1.ed. Clube de Autores, 2012.

Leite, Carlos Henrique B. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo, (11th edição). Editora Saraiva, 2018.

Pamplona, R. Gunça, C. *Assédio moral organizacional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2020.

Nascimento, Sônia Mascaro. *Assédio moral e dano moral no trabalho* / Sônia Mascaro Nascimento. — 3. ed. — São Paulo: LTr, 2015.

Menezes, Cláudio Armando Couce de. *Assédio moral e seus efeitos jurídicos*. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Porto Alegre, RS, v. 68, n. 3, p. 189-195, jul/dez. 2002.



O AUMENTO DOS CRIMES SEXUAIS DURANTE A PANDEMIA POTENCIALIZADOS COM O DISTANCIAMENTO E ISOLAMENTO SOCIAL

Cristian Tenorio⁸⁵

Ana Paula Barbosa de Oliveira⁸⁶

RESUMO: o presente trabalho tem como objetivo apresentar estatísticas e compreender o porquê do aumento da violência sexual contra a mulher durante o período da pandemia da Covid-19 no Brasil e por que os lares das mulheres acabam se tornando um lugar hostil e perigoso, além disto no artigo é possível perceber com mais clareza quais são tipos mais comuns crimes que são praticados contra a mulher, sendo possível também saber qual é o perfil da mulher que sofre violência, quais as marcas que elas carregam por passar por esta situação, qual a motivação e o crime que é mais cometido. Através deste estudo será possível traçar um plano de ação para que haja um declínio nos números alarmantes de violência contra a mulher brasileira, buscando medias sócias e fontes de apoio psicológico para que a mesma se sinta segura a fazer uma denúncia e assim poder ter uma esperança para estar recomeçando sua vida.

PALAVRAS-CHAVE: Isolamento. Violência contra a mulher. Insegurança

ABSTRACT OU RESUMEN: The present work aims to present statistics and understand why the increase in sexual violence against women during the period of the Covid-19 pandemic in Brazil and why women's homes turn out to be a hostile and dangerous place, in addition to this in the article, it is possible to see more clearly which are the most common types of crimes that are committed against women, it is also possible to know the profile of women who suffer violence, what brands do they carry for going through this situation, what is the motivation and the crime that is most committed. Through this study it will be possible to outline an action plan so that there is a decline in the alarming numbers of violence against Brazilian women, they seek social networks and sources of psychological support so that they feel safe to file a complaint and thus have hope of starting life over.

KEYWORDS OU PALABRAS-CLAVE: isolation. violence against women. insecurity

INTRODUÇÃO: Com a cegada da Covid-19 no Brasil no ano de 2020 nos fez refletir sobre vários assuntos não apenas pela gravidade da doença e suas consequências ou o impacto que causaria o isolamento social para toda a população trabalhadora e economia do país, mas sim sobre qual seria as consequências na vida

⁸⁵ Aluno do curso de graduação em Direito da UNIFATECIE. Endereço eletrônico: aluno1@...

⁸⁶ Professor Mestre pelo Unicesumar em Direitos da Personalidade. Membro do corpo docente de graduação em Direito da UNIFATECIE. Endereço eletrônico: cristian.tenorio@fatecie.edu.br



das pessoas que tem que ficar insolada em casa com seus familiares, conhecidos ou amigos.

Será que todo tem um bom convívio e estão lidando bem com isso? A resposta é que não, uma grande porcentagem de mulheres acabam sofrendo algum tipo de violência física ou sexual em seu ambiente familiar, e com a chegada da corona vírus isso se intensificou, porém o número de denúncias não tem crescido de acordo com o aumento da violência.

A justificativa da escolha do tema deste artigo foi escolhida através de pesquisa na internet e nos jornais onde mostra números significativos no aumento da violência sexual que se deu com a pandemia da covid-19 e o isolamento social, onde por conta disto estudo mostram maior número de violência e menor número de denúncias, aqui temos como objetivo descobrir o motivo para estar acontecendo isto e tentar encontrar uma solução para mudar esta situação, através de pesquisas.

2. DELITOS SEXUAIS EM GERAL E EM ESPECÍFICO.

2.1 Crimes sexuais e a mulher (crimes contra a liberdade sexual)

O Código Penal Brasileiro, no Título VI da Parte Especial do diploma legal que, com a nova redação dada pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, passou a prever os intitulados “Crimes Contra a Dignidade Sexual”, antigamente denominados de “Crimes Contra os Costumes”.

Esta nova nomeação ao título tem como bem jurídico tutelado proteger a dignidade sexual da vítima, que vai além disso junto com a liberdade de expor do próprio corpo, a liberdade sexual “o foco da proteção já não era mais a forma como as pessoas deveriam se comportar sexualmente perante a sociedade do século XXI, mas sim a tutela da sua dignidade sexual”. (GRECO, 2011, p. 611).

A violência sexual não engloba exclusivamente o crime de estupro, mas o assédio sexual, a importunação sexual e a exploração sexual e tráfico de pessoas para fim de exploração sexual, todavia é importante ressaltar que o ato da violência



sexual não é apenas a penetração forçada, mas vai além disso como por exemplo: Toques indesejados nos órgãos sexuais; Ser forçada a tocar órgãos sexuais de outra pessoa; Ser obrigada a fazer sexo oral; Beijos e carícias forçadas: Ser obrigada a assistir conteúdo pornográfico ou participar; Ser forçada a se prostituir.

Com tudo o estupro ainda continua sendo o crime que mais ocorre com frequência, equivalendo a 180 casos por dia, caso que será melhor explicado no decorrer deste artigo.

A lei, portanto, tutela o direito de liberdade que qualquer pessoa tem de dispor sobre o próprio corpo, no que diz respeito aos atos sexuais. O estupro, atingindo a liberdade sexual, agride, simultaneamente, a dignidade do ser humano, que se vê humilhado com o ato sexual. (GRECCO, 2011, p. 616).

Eis a importância da tutela sobre a liberdade sexual e suas variações.

2.2 estupro

O Dizer cultura do Estupro teve sua origem durante a segunda onda do feminismo nos Estados Unidos, na década de 70. Tal expressão é utilizada para afrontar comportamentos, sejam sutis ou meramente explícitos, que buscam silenciar ou relativizam a violência sexual contra mulheres.

O termo cultura do estupro é utilizado para tratar a maneira que o povo e a sociedade neutralizam o comportamento agressivo dos homens se tratando de crimes sexuais, passando toda culpa da violência à vítima com base em estereótipos de gênero e sexualidade apontados para as mulheres.

Entende-se, portanto, que a cultura do estupro, apesar de condenar e ser tipificado o crime de estupro, algumas violações sexuais são entendidas por legítimas e justificáveis com referências em estereótipos e papéis de gênero, causando assim sempre a ideia de suposta culpa indiretamente da mulher, vítima de estupro, normalmente identificado no imaginário da sociedade mediante a existência de questionamentos sobre sua conduta, legalmente relacionadas à sua vida sexual, amorosa e familiar, removendo assim o foco do agressor, o termo “Cultura” vem para intensificar que tais comportamentos não podem ser considerados normais, como algo biológico ou natural, mas sim tal feito como uma cultura. De acordo com a Liana Cirne Lins, professora da Faculdade de Direito do Recife e do Programa de Pós-Graduação



em Direitos Humanos da Universidade Federal de Pernambuco, em entrevista concedida à Revista Jurídica Consulex35, ressalta que a ideia da cultura do estupro “não é enaltecer a figura do estuprador, elogiar ou incentivar de modo direto ou explícito o estupro, mas criar e reproduzir um conjunto de ideias e noções que levarão a sociedade a perguntar se o estupro não foi culpa da vítima”. (FERREIRA, 2016).

Atualmente no Brasil é registrado 1 caso de estupro a cada 8 minutos, sendo 85% das vítimas mulheres e em 70% dos casos a vítima é crianças ou vulneráveis, números esse que sustentam a famosa “cultura do estupro” pôr na maioria das vezes o estuprador acaba sendo alguém conhecido ou próximo a vítima, trazendo assim o pensamento do ideal passivo feminino, que na cultura brasileira vem do momento em que a mulher ira deixar de aderir valores que para a sociedade são considerados essenciais, assim o sistema cultural machista e patriarcal toma conta e a violência sexual acaba sendo tolerada na sociedade.

O primeiro recurso é a culpabilização da vítima: a mulher estuprada presumivelmente teria agido de modo a provocar sua própria agressão, seja pelas roupas que trajava, seja pela sua atitude imprudente, indecente e despuorada — ora pusilânime, colaborativa ou instigadora –, seja pela inadequação dos lugares que frequentava, do horário em que saía de casa, da atitude que tomava... O artifício de inversão da culpa traz à tona a reafirmação dos estereótipos de gênero: do recato, da fragilidade, da docilidade, da castidade, da virtude femininas. Agindo de forma contrária a esses predicados, estaria a mulher autorizando (a legitimidade de) sua própria vitimação. E o homem, recebendo por delegação a competência de disciplinar o comportamento adequado da mulher, estaria autorizado a usurpar sua autonomia e, paternalisticamente, decidir em nome dela. (FERREIRA, 2016, p. 2-3)

Isto quer supor que basicamente a culpa das agressões que acontecem são culpas das mulheres pela forma que se comportam e se vestem, perdendo o próprio domínio do próprio corpo e o livre direito de exercício de sua sexualidade, mantendo o pensamento antigo que já perdura a anos de que o homem seja um animal controlador e cheio de instintos e desejos que agem de tal maneira para provar a sua masculinidade.

“Os homens do mundo patriarcal devem pautar-se de forma sexualmente livre – e até libertina – devido à posição de superioridade e independência que lhes cabe. Devem ser, portanto, rígidos, másculos e dominadores. Por sua vez, às mulheres resta a necessidade de resguardar sua moral sexual, agindo de forma efetivamente recatada. Suas vestimentas, seus diálogos e seus comportamentos devem revestir-se da cautela necessária a ensejar o respeito do seio social. Seu corpo não é considerado sua propriedade, senão verdadeiro objeto de controle da sociedade”. (LIMA, 2012, p. 09, grifo nosso).



Deste modo é possível entender de que a Cultura do Estupro vem pautada dentro da representação machista e da forma que é tratada a diferença de gêneros, tornando assim o crime de estupro não apenas como um crime sexual, mas sim um instrumento que irá fazer a manutenção desta desigualdade.

O crime de estupro encontra – se tipificado no artigo 213 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso:

Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

§ 1º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos.

§ 2º Se da conduta resulta morte:

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos” do Código Penal Brasileiro

Através do caput do artigo 213 é possível ver sua estrutura que são os elementos: constrangimento a título de violência ou grave ameaça, dirigido a qualquer pessoa e para que tenha a conjunção carnal ou que seja feita com que a vítima algum ato libidinoso, tendo como elemento subjetivo o dolo no crime de estupro, assim não tem como haver a modalidade culposa diante da falta de dispositivos legais, de acordo com o exemplo de GRECCO (2011, p. 617), se o agente de forma imprudente, correndo pela praia, se desequilibra e cai com o rosto sobre as nádegas da vítima, que ali se encontrava deitada tomando banho de sol, o mesmo não poderá ser culpabilizado pelo delito em estudo, uma vez que não se admite o estupro culposo.

2.3 importunações sexual

Sabe-se que o Brasil ainda é uma país que ainda enfrenta diversos desafios ao tratar da liberdade sexual, principalmente nos casos que se referem as mulheres que ainda são a maioria das que sofrem com a importunação sexual vinda de terceiros, dados disponibilizados pelo Disque 180 mostram que cerca de 45 mil denúncias de importunação sexual foram realizadas no primeiro semestre de 2019. Isso mostra como o Brasil ainda tem uma deficiência para estar tratando deste assunto, mas a final o que é importunação sexual?



A importunação sexual hoje é considerada crime estando tipificada no Código Penal Brasileiro:

Art. 215-A. Praticar contra alguém e sem a sua anuência ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou um terceiro: (Incluído pela Lei 13.718/18)

Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o ato não constitui o crime mais grave

Importunação sexual é basicamente qualquer prática de relação sexual sem o consentimento da vítima. Vale a pena diferenciar ato obsceno de Importunação sexual. Para Ato obsceno basta que haja uma conotação sexual, que pode ser entendido como um ato que sugere o sexo. Não necessita haver a intenção de ofender, apenas o dolo de realizar o ato.

Já o crime de Importunação sexual é construído pela realização de um ato libidinoso na presença de alguém e sem sua anuência. Crime cometido em locais públicos como a rua e o transporte coletivo, onde diariamente são presenciados e causam repercussão em dispositivos de comunicação.

2.3 assédio e outros crimes

O assédio sexual é definido de forma geral como o crime que acontece em ambiente de trabalho, onde o agente usa da sua superioridade hierárquica ou de sua influência no local para que de cunho sexual consiga constranger a vítima e assim estar conseguindo o que deseja, pesquisas mostram que essa prática é comum de acontecer e que no ano de 2019 foram registrados mais de 4.786 processos sobre este tema na Justiça do Trabalho e que de acordo com pesquisas do Tribunal Superior do Trabalho somente no primeiro semestre de 2021 houve aumento de processos de assédio sexual em 21%.

Este crime encontra-se tipificado no Código Penal Brasileiro, onde neste ano de 2021 a Lei 10.224/2001 que tipificou o assédio sexual como crime completa 20 anos, segundo a líder da bancada feminista no senado Simone Tebet (MDB – MS), afirma que esta lei veio como um grande avanço para o Brasil:

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.

Vale ressaltar que agora em 2021 foram sancionadas novas leis importantes que juntas podem ajudar a prevenir com mais eficiência essa violência no âmbito do trabalho que são elas: Lei 14.132 de 31 de março de 2021 que alterou o Código Penal assim prevendo o crime de perseguição e a Lei 14.188 de 28 de julho de 2021 trazendo como crime a violência psicológica contra mulher e no dia 25 junho entrou em vigor também o Primeiro Tratado Internacional sobre Violência e Assédio no Mundo do Trabalho, pela Convenção 190 da Organização Internacional do Trabalho.

"O assédio sexual, portanto, é uma conduta que expõe um caráter malicioso de ordem erótica, que é indesejada pela vítima, e que repercute negativamente sobre a vida laboral desta. Como comportamento, pode se efetivar de diversas maneiras, através de palavras, mediante chantagens, toque e, em situações mais extrema, até violência física". Segundo Marcelo Ribeiro Uchôa

Para a doutrina o assédio sexual tem duas interpretações, que são elas: Assédio por intimação: é aquele em que a vítima sofre perturbações sexuais impróprias para o ambiente de trabalho, podendo assim ser lesada e passar por uma situação humilhante.

Assédio por chantagem: é aquele que os assediadores impõem o sexo como forma do funcionário subir na empresa ou ganhar um aumento, em busca de satisfazer seus desejos.

Em ambas interpretações o objetivo do abusador é conquistar o que deseja não importando qual seja o meio utilizando tanto de cunho sexual, ameaças de perda de emprego entre outros meios na maioria das vezes quando a vítima não consegue denunciar ela acaba saindo como lesada da situação.

Para evitar casos como esses é fundamental que o empregador cuide da saúde do ambiente de trabalho para que haja um melhor funcionamento e assim conseguir evitar que isso aconteça, criando fontes de denúncias seguras garantindo o sigilo da vítima e a punição devida ao agressor.

3. violência doméstica e pandemia

Com a chegada da Covid-19 no Brasil no início de 2020 medidas tiveram que ser tomadas para conter o seu avanço e amenizar os seus impactos assim veio o isolamento social e com isso a diminuição de denúncias contra violência sexual e



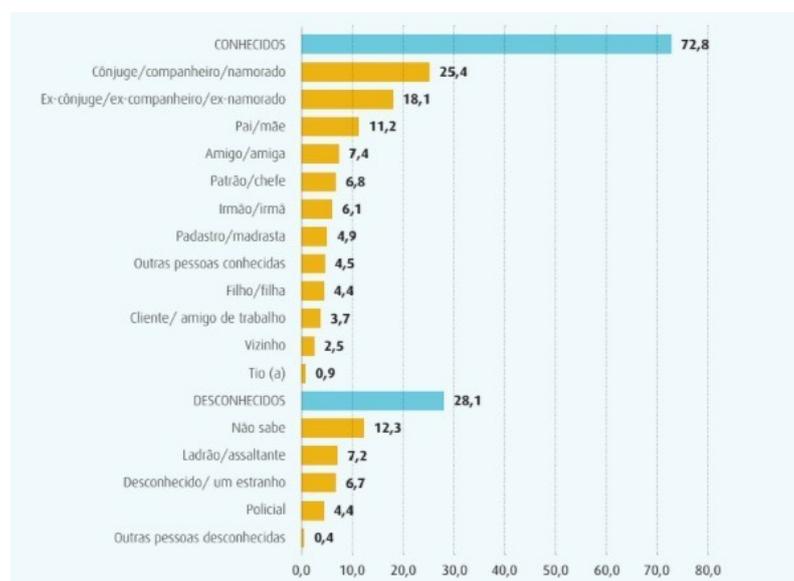
doméstica, mas isso significa que os abusos diminuíram, mas na verdade esse número aumentou.

Não é apenas no Brasil que teve este aumento, mas sim no mundo onde segundo a ONU Mulheres no ano de 2020 países relataram aumento em casos de violência durante os primeiros meses da chegada da Covid-19 como por exemplo: Estados Unidos, França, Espanha, Canadá, Reino Unido e Alemanha, e também registro por ligações solicitando ajuda nos países da Argentina, Austrália, Singapura e Chipre, dentre todos esses países citados a mulher continua sendo o principal alvo, é importante ressaltar que a queda dos registros policiais sobre lesão corporal dolosa, ameaça, estupro de vulnerável contra mulheres, mas em contra mão foi detectado um aumento de violência letal que é o feminicídio e o homicídio em tempos de pandemia.

Indícios mostram que o possa estar impossibilitando as mulheres de se expressarem e fazerem uma denúncia é o aumento do convívio da mesma com o agressor por conta do isolamento social e as restrições importas por conta da pandemia da Covid – 19, assim evitando o deslocamento da vítima a uma delegacia, instituição de apoio e redes de proteção.

Na maioria dos casos a violência acontece dentro da própria casa tornando-o assim um ambiente hostil, sendo 73% dos agressores pessoas próximas e intimas da vítima, como podemos ver no gráfico a baixo.

3.1 Autores de violência em 2021 no Brasil.

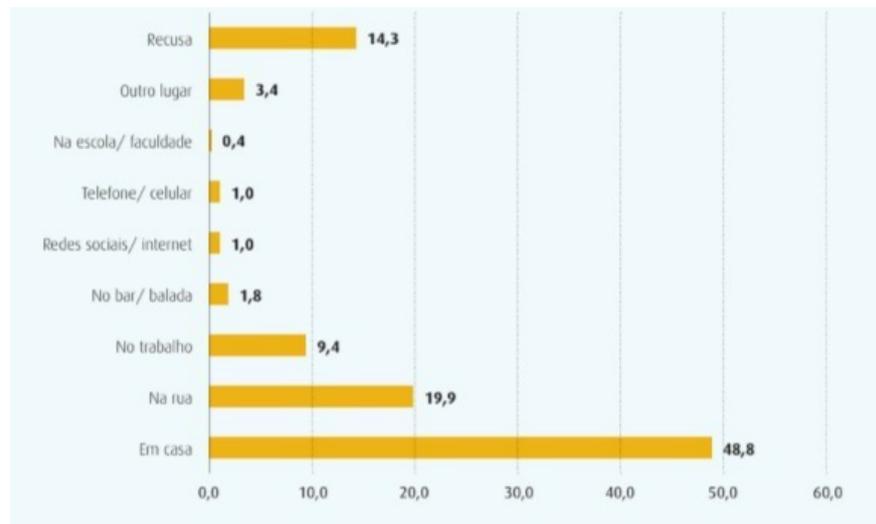




Fonte: Fórum Brasileiro de Segurança Pública; Instituto Datafolha. Pesquisa Visível e Invisível: a vitimização de mulheres no Brasil, edição 3, 2021. Apenas mulheres, resposta espontânea e múltipla, em %.

“A violência cometida por parceiros e a violência sexual causam sérios problemas para a saúde física, mental, sexual e reprodutiva a curto e a longo prazo para sobreviventes e seus filhos, e levam a altos custos sociais e econômicos. A violência contra as mulheres pode ter consequências mortais, como o homicídio ou o suicídio. Além disso, pode provocar lesões: 42% das mulheres vítimas de violência por parte do parceiro relatam lesões como consequência da violência” Leia mais na matéria https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=5669:folha-informativa-violencia-contras-as-mulheres&Itemid=820

Em decorrência da Covid-19 as casas das pessoas se tornaram se tornou um lugar seguro para se refugiar do vírus, mas infelizmente para muitas mulheres brasileiras o seu lar se tornou um lugar de insegurança e medo, de acordo um o gráfico a baixo que mostra os locais aonde mais acontece violência.



Fonte: Fórum Brasileiro de Segurança Pública; Instituto Datafolha. Pesquisa Visível e Invisível: a vitimização de mulheres no Brasil, edição 3, 2021. Apenas mulheres, resposta espontânea e única, em %.

O perfil das mulheres vítimas de violência no Brasil durante o período da pandemia da Covid-19 é de: sua faixa etária de 16 a 24 anos que equivale a 73,0%, uma a cada quatro mulheres acima de 16 anos de idade, alega ter sofrido algum tipo de violência ou agressão no ano de 2020, isso quer dizer que 17 milhões de mulheres foram vítimas, e o perfil racial é de 52,2% são de mulheres pretas e 40,6% mulheres



pardas, dados divulgados pela matéria Visíveis e Invisíveis: A Vitimização da Mulher no Brasil – 3 edição 2021.

3.2 vulnerabilidades da mulher em casa

Ao falar de vulnerabilidade automaticamente ligamos o assunto a questões como raça, gênero ou classe social e sim tem relação a vulnerabilidade, mas podemos definir como a falta de acesso de um determinado grupo que seja marginalizado as oportunidades da sociedade, sofrendo assim diversos riscos e intolerâncias.

A concepção de vulnerabilidade denota a multideterminação de sua gênese não estritamente condicionada à ausência ou precariedade no acesso à renda, mas atrelada também às fragilidades de vínculos afetivo-relacionais e desigualdade de acesso a bens e serviços públicos. Não obstante as críticas em torno de sua indefinição conceitual, bastante amalgamada à noção de risco, a adoção de tal categoria, ao mesmo tempo em que buscou definir o objeto próprio e específico da assistência social, se contrapondo ao esvaziamento teórico-metodológico de suas entregas, aproximou-se de uma solução terminológica típica de correntes neoliberais e orientações de organismos internacionais. O que imprimiu nas ações da política um pressuposto ético-político individualizante, de focalização na parcela mais pauperizada da população. (CARMO; GUIZARDI, 2018, p. 2).

Deste modo ao tratar de vulnerabilidade podemos notar que a mulher é a que mais sofre em relação a este assunto, onde dados estatísticos mostram que as mulheres se encontram em estado de mais vulnerabilidade para serem vítimas de violência doméstica, para adquirirem doenças sexualmente transmissível, e com a taxa de mortalidade por feminicídios.

Este pensamento de que a mulher é mais vulnerável perante a sociedade, vem e um pensamento histórico antigo e machista, onde a mulher não podia ser considerada melhor que o homem, assim se tornando inferior e vulnerável as suas vontade de desejos, as mulheres pobres que acabam fazendo parte de um grupo 2 vezes mais vulnerável inserida em uma sociedade onde a cultura dominante é masculina e da elite econômica. Desta forma, este grupo sofre com os efeitos de submissão a partir de duas categorias que se relacionam: gênero e classe.

Com isso se faz necessárias que haja políticas públicas e sociais para amenizem essas desigualdades na sociedade, mas não seja apenas em relação à renda, pois a sociedade de risco não é apenas uma sociedade de classes. Consequentemente são necessárias políticas de reconhecimento cultural que possam fazer o deslocamento da visão de mundo da sociedade androcêntrica e assim promover



maior participação social, econômica e política feminina para que um dia a igualdade possa ser alcançada.

3.3 pandemias e isolamento social

A palavra pandemia que nos tempos de hoje é tão falada tem sua origem no grego “pan-demia” que significa “todo o povo”, neste caso esta se tratando de uma disseminação de doença que seja infecciosa e contagiosa que se alastra de um ponto de uma região sendo considerada epidemia e se espalha de maneira globalmente atingindo todo o planeta, assim sendo denominada como uma pandemia.

Foi isto que ocorreu com o vírus da SARS-CoV-2 denominado de covid-19, onde deu início como uma epidemia em dezembro de 2019 na cidade de Wuhan, e de maneira rápida se espalhou por vários países do mundo, o primeiro caso que foi confirmado no Brasil pelo Ministério da Saúde foi em uma quarta – feira 26 de fevereiro 2020, homem de 61 anos de idade que tinha dado entrada no Hospital Israelita Albert Einstein após retornar de uma viagem na região da Itália.

Através desta maneira rápida e mundial de contaminação do novo coronavírus no dia 11 de março de 2020 a Organização Mundial da Saúde (OMS) levou o nível de contaminação da doença para um estado de pandemia, a princípio não foi pela gravidade da doença, mas sim por sua disseminação ser bastante rápida e atingir diversos continentes e países.

Uma das medidas impostas que foram tomadas para manter o controle do espalhamento do vírus foi o isolamento social, que pode ser vertical onde apenas a pessoa contaminada se mantém em isolamento afastada das pessoas que não estão, e o isolamento horizontal onde o as pessoas que tiveram contado com alguém contaminada será isolada da mesma maneira como forma de prevenção. Mas como o agravamento da doença outa forma de isolamento foi imposta também onde os governantes decidem qual a melhor forma de prevenção e a escolhida foi a do isolamento da população, restrições nos horários de funcionamento do comercio, bares e lanchonetes, suspensão das aulas e eventos que pudesse reunir um elevado número de pessoas e limitação da quantidade de pessoas em supermercados.



Apesar de inúmeras medidas de prevenção o contágio da covid-19 foi devastador trazendo consequências tanto para os que estavam doentes e faleceram, os que ficaram com sequelas e a população geral que teve que acatar as medidas como forma de segurança.

Impactos foram sentidos em ambas as áreas, na economia onde empresas grandes e comércios pequenos fecharam suas portas deixando assim várias famílias desempregadas. "A conjuntura é de crise econômica e de restrições provocadas pela pandemia de Covid. Esse é o pior momento para o mercado de trabalho ao longo da pandemia", afirmou a analista da pesquisa, Adriana Beringuy.

Com esta situação inúmeras pessoas se viram forçadas a permanecer em casa já que não tinham mais empregos e com isso a crise familiar aumentou, já que os casais foram forçados a permanecerem mais tempos juntos com seus filhos desta maneira o stress foi tomando conta dos lares brasileiros, pois aquela mulher que já vinha sofrendo com um histórico de agressões passou a ser de forma constante, onde pesquisas mostram números maiores de agressão contra a mulher durante o período de pandemia e isolamento social. Dados apontam que 25,1% das mulheres que sofreram violência doméstica durante a pandemia relataram que um dos motivos foi a falta de emprego consequentemente gerando assim a perda da renda familiar, outro 21,8% indagam que o maior convívio com o agressor intensificou as violências, dados divulgados pela matéria Visíveis e Invisíveis: A Vitimização da Mulher no Brasil – 3 edição 2021.

3.3 crimes nos lares

No primeiro semestre do ano de 2020 o crime de feminicídio teve um aumento de 2% no Brasil em relação à mesmo período do anos passa, de acordo com o Anuário Brasileiro de Segurança Pública, com dados fornecidos pelas secretarias estaduais, isso que disser que cerca de 648 mulheres foram assassinadas no Brasil apenas de janeiro a julho, pelo simples fato de serem mulheres, crime esse que acontece já vindo de um histórico de agressão que a vítima sofria, assim combinando em um



assassinato quando a mesma não consegue sair desse ciclo vicioso. (CHAKIAN, 2020)

Quando falamos em violência doméstica e os seus dados no período da pandemia até parece que é incoerente disser que os registros diminuíram no primeiro semestre de 2020, mas que o feminicídio aumentou em 2% e as ligações em números de emergência aumentaram em 3,8% dados informados pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública. "É preciso tomar muito cuidado ao analisar esses dados, porque eles indicam claramente que houve um aumento da violência doméstica durante a pandemia, mas também um crescimento da subnotificação", orienta a promotora de Justiça na área de violência doméstica contra a mulher do Ministério Público de São Paulo Silvia Chakian.

Segundo Silvia a alta de feminicídios e ligações para a emergência demonstram que as agressões se intensificaram e de maneira mais grave, porém as notificações de boletim de ocorrência diminuíram apontando assim uma dificuldade da mulher em formalizar uma denúncia sobre violência doméstica, como espancamento, pressão psicológica e tentativas de homicídio.

Com as medidas de isolamento social, as mulheres em situação de violência ficaram confinadas com os agressores, sem possibilidade de sair de casa, e de circular para ir até uma delegacia. Além disso, a pandemia afetou também a polícia, com inúmeros casos de agentes afastados por doença, gerando uma alteração no atendimento das delegacias. (Silvia Chakian, 2020)

Diante desta realidade é possível notar a vulnerabilidade da mulher dentro de seu próprio lar, onde seria para ela se sentir segura e amparada se torna um local de medo e tensão, onde de acordo com dados divulgados pela matéria Visíveis e Invisíveis: A Vitimização da Mulher no Brasil – 3 edição 2021 a residência tem sido o espaço de maior risco para a mulher com 48,8% das vítimas afirmando que as violências mais graves ocorreram dentro de sua própria casa. (CHAKIAN, 2020)

Desta maneira uma medida que pode estar ajudando essas mulheres que passam por situações como esta é a possibilidade de estarem registrando um boletim de ocorrência de maneira online, o Estado de São Paulo aderiu esta possibilidade com a chegada da pandemia, mas infelizmente esta não é uma realidade que atinge todos os estados, é preciso que haja uma implementação de medidas e canais que possam estar facilitando a vida de quem é vítima de violência doméstica.



4. CONCLUSÃO:

Tendo em vista os aspectos observados desta forma podemos concluir que a pandemia da Covid-19 chegou ao Brasil não apenas como uma doença que pode levar a morte através de sua contaminação, mas sim com o desenvolvimento de vários problemas na sociedade e nos lares brasileiros.

A principal vítima destes problemas acaba sendo as mulheres, por estar perante a sociedade sempre em um estado de vulnerabilidade, e expostas a diversas situações em sua casa, dado isso como reflexo isolamento social, onde várias mulheres perderam seu empregos, e assim passaram a conviver mais tempo com seus agressores fazendo assim que as agressões aumentassem e o fato de não estarem mais em meio ao convívio social fez com que elas encontrassem dificuldades para estar denunciando o fato.

Muitas mulheres infelizmente nesse período tiveram suas vidas ceifadas por aquele que um dia falou um EU TE AMO, tirando delas a oportunidade de ter uma vida feliz ao lado de quem realmente se importa, assim durante o período de pandemia a taxa e feminicídio cresceu.

Aquelas mulheres que conseguiram manter seus empregos infelizmente também não estão livres de serem vítimas de violência como o assédio sexual, realidade triste que muitas mulheres enfrentam em seu ambiente de trabalho.

Diante de tantos fatos é possível perceber que a rede de proteção a mulher precisa melhorar, criando formas de denúncias que possam facilitar a vida da mulheres, podendo ser de maneira online, totalmente anônima para quem trabalha, prestando todo apoio psicológico e social as vítimas de violência tanto doméstica como sexual.

REFERÊNCIAS:

MINISTÉRIO PÚBLICO DO PARANÁ. MPPR. [S.l.]. MPPR, 2020. Disponível em: <https://comunicacao.mppr.mp.br/2020/10/23107/Crimes-sexuais.html> . Acesso em: 6 set. 2021.

STOCHERO Tahiane. G1 sp. [S.l.]. G1, 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2018/07/21/cremesp-apura-caso-de->



medico-condenado-por-violacao-sexual-de-paciente-conheca-outros-crimes-sexuais.ghtml. Acesso em: 1 set. 2021

CULTURA DO ESTUPRO: 85% DAS VÍTIMAS NO BRASIL SÃO MULHERES E 70% DOS CASOS ENVOLVEM CRIANÇAS OU VULNERÁVEIS. Humanista Jornalismo e Direitos Humanos. [S.l.]. Site, 2020. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/humanista/2020/12/17/cultura-do-estupro-85-das-vitimas-no-brasil-sao-mulheres-e-70-dos-casos-envolvem-criancas-ou-vulneraveis/>. Acesso em: 31 ago. 2021.

REGIA Vitória. Politize!. O que é importunação sexual?. [S.l.]. Site, 2021. Disponível em: <https://www.politize.com.br/importunacao-sexual/>. Acesso em: 31 ago. 2021.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. CNJ Serviço: o que é o crime de importunação sexual?. [S.l.]. Site, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/cnj-servico-o-que-e-o-crime-de-importunacao-sexual/>. Acesso em: 2 set. 2021.

VILELA PEDRO. Agencia Brasil. Denúncias de violência contra a mulher somam 105,6 mil em 2020. [S.l.]. Site, 2021. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2021-03/governo-registra-105-mil-denuncias-de-violencia-contramulher>. Acesso em: 7 set. 2021.

CALCINI RICARDO. consultor jurídico. Assédio sexual contra as mulheres nas relações de trabalho. [S.l.]. Site, 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-set-09/pratica-trabalhista-assedio-sexual-mulheres-relacoes-trabalho>. Acesso em: 9 set. 2021.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTIÇA. justiça do trabalho. Entenda o que é uma pandemia e as diferenças entre surto, epidemia e endemia. [S.l.]. Site, 2013. Disponível em: <https://www.tst.jus.br/assedio-sexual>. Acesso em: 4 set. 2021.

GONÇALVES ELIANE. Radioagência Nacional. Violência Doméstica: pandemia tornou lar ambiente ainda mais hostil. [S.l.]. Site, 2021. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/radioagencia-nacional/direitos-humanos/audio/2021-06/violencia-domestica-pandemia-tornou-o-lar-ambiente-ainda-mais-hostil>. Acesso em: 9 set. 2021.

VIEIRA PAMELA, GARCIA LEILA, MACIEL ETHEL. SciELO - Brasil. Isolamento social e o aumento da violência doméstica: o que isso nos revela?. [S.l.]. Site, 2021. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbepid/a/tqcyvQhqQyjtQM3hXRywsTn/?lang=pt>. Acesso em: 6 set. 2021.

ASCOM SE/UNA-SUS. UNA-SUS. Coronavírus: Brasil confirma primeiro caso da doença. [S.l.]. Site, 2020. Disponível em: <https://www.unasus.gov.br/noticia/coronavirus-brasil-confirma-primeiro-caso-da-doenca>. Acesso em: 3 set. 2021.

INSTITUTO BUTANTAN. INSTITUTO BUTANTAN A SERVIÇO DA VIDA. Entenda o que é uma pandemia e as diferenças entre surto, epidemia e endemia. [S.l.]. Site,



2021. Disponível em: <https://butantan.gov.br/covid/butantan-tira-duvida/tira-duvida-noticias/entenda-o-que-e-uma-pandemia-e-as-diferencas-entre-surto-epidemia-e-endemia>. Acesso em: 4 set. 2021.

MACHADO LEANDRO. BBC NEW BRASIL. Menos roubos e mais feminicídios: como a pandemia influenciou a violência no Brasil. [S.l.]. Site, 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-54587404>. Acesso em: 3 set. 2021.

UNICF. UNICEF. Pandemia dificulta denúncia de violência sexual contra crianças e adolescentes no Estado de São Paulo, revela relatório. [S.l.]. Site, 2020. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/comunicados-de-imprensa/pandemia-dificulta-denuncia-de-violencia-sexual-contras-criancas-e-adolescentes-em-sp>. Acesso em: 3 set. 2021.



O MERCADO DE CRIPTOMEDAS E A FALTA DE REGULAMENTAÇÃO NO BRASIL, TRAZEM UM ALERTA PARA O POSSÍVEL CRIME DE ESTELIONATO E LAVAGEM DE DINHEIRO.

Ricardo Silveira e Silva⁸⁷

Henrique de Oliveira Assoni⁸⁸

RESUMO: O presente trabalho tem como cerne entender o que são Criptomoedas e Bitcoin e a falta de regulamentação que as mesmas possuem, abrindo possibilidades para diversos crimes com estelionato e lavagem de dinheiro. Tal foco dá-se pelo alto crescimento do uso das criptomoedas, bem como pela sua elevada valorização. Desta feita, faz-se uma análise do que é bitcoin e criptomoedas e suas diferenças para as moedas tradicionais, após faz-se uma abordagem completa acerca das criptomoedas, descrevendo seu conceito e funcionamento através da tecnologia blockchain. E também um debate sobre seu conceito e sua natureza jurídica e o que ela pode trazer de benefícios e malefícios para as pessoas. Ainda mais que nos tempos de hoje vivemos em uma sociedade completamente influenciada pela era digital. Por fim pode-se entender que cada vez mais e com o passar dos anos as pessoas são mais influenciadas pela Internet fazendo com que criminosos especialistas em crimes virtuais pratiquem seus golpes roubando dados pessoais, dinheiro e as criptomoedas que eles utilizam para a lavagem de dinheiro e o crime de estelionato. Empregou-se o método teórico bibliográfico, consistente na análise de obras e artigos científicos que versam sobre o tema.

PALAVRAS-CHAVE: Falta de regulamentação. Estelionato e lavagem de dinheiro. Moeda Digital.

ABSTRACT OU RESUMEN: This work aims to understand what cryptocurrencies and Bitcoin are and the lack of regulation they have, opening possibilities for various crimes how embezzlement and money laundering, This focus is due to the high growth in the use of cryptocurrencies, as well as for its high value. Therefore, an analysis is made of what bitcoins and cryptocurrencies are and their differences in relation to traditional currencies, after that, a complete approach is made about cryptocurrencies, describing their concept and functioning through blockchain technology. And also a debate about its concept and its legal nature and what can bring benefits and harm to people. Even more so that nowadays we live in a society completely influenced by the digital age. Finally, it can be understood that more and more, over the years, people are more influenced by the Internet, making cybercrime specialists criminals practice their scams by stealing personal data, money and the cryptocurrencies they use for money laundering and the crime of embezzlement. The bibliographical theoretical method was used, consisting in the analysis of scientific works and articles that deal with the theme.

KEYWORDS OU PALABRAS-CLAVE: Lack of regular. Embezzlement and money laundering. Digital Currency.

INTRODUÇÃO:

Sabe-se que o Bitcoin vem se valorizando em grande proporção nos últimos

⁸⁷ Professor dos cursos de graduação em Direito da UNIFATECIE, UNIFCV e UNICESUMAR. Professor/Advogado do Núcleo de Práticas Jurídicas da UNIFATECIE. Professor da pós-graduação da UNIFCV. Mestre em direitos da personalidade. Especialista em tecnologias aplicadas ao ensino. Graduado em Direito. Advogada. Endereço eletrônico: bellasalmaesilva@gmail.com.

⁸⁸ Aluno do curso de graduação em Direito da UNIFATECIE. Endereço eletrônico: henrique0702@outlook.com...



anos, despertando então o interesse de grandes investidores e também de especialistas em crimes virtuais, portanto neste trabalho abordar-se-á os principais aspectos sobre crimes de lavagem de dinheiro com Bitcoin e também a regulamentação das criptomoedas no Brasil.

A Internet hoje, pode ser considerada um poderoso meio de transações de criptomoedas em geral, mas com certeza a que mais vem crescendo e despertando interesse de inúmeros criminosos é a Bitcoin. Para entender melhor precisamos começar entendendo o que é uma criptomoeda e suas diferenças para as moedas regulares que estamos acostumados.

Dentro deste cenário a evolução das criptomoedas vem acontecendo com extrema rapidez, um grande paradigma para os tempos atuais. Por isso as criptomoedas e em especial a bitcoin, está diretamente ligada ao blockchain para que haja a possibilidade de ter um controle sobre ela e como é feita suas transações no mercado financeiro.

A cada momento que passa, precisamos nos inteirar ainda mais sobre o que é bitcoin e como ele irá se fazer ainda mais presente nos próximos anos. Com seu crescimento em larga escala os criptoativos, que ignoram as barreiras físicas e o atual modelo de fluxo de capital, inclusive para fins de tributação, demandam uma regulamentação para que se tornem instrumentos concretos para os direitos fundamentais, fazendo assim com que sejam inseridos na economia formal.

Diante das intempéries do mercado, as criptomoedas que no atual momento ainda são cercadas de incertezas, decerto pela regulação tradicional que não tem obtido resultados na consecução dos ganhos sociais, tendo em vista sempre a concretização da dignidade da pessoa humana que, num viés otimista pode ser obtida pelos criptoativos.

A técnica de pesquisa foi essencialmente bibliográfica, com fundamento em referenciais teóricos extraídos de livros, revistas e na Internet. Assim, no presente estudo será analisado o conceito de bitcoins, e seus elementos apresentados por doutrinas de modo a compreender o que é uma criptomoeda para a população tecnológica mundial para futuramente buscar a natureza jurídica das bitcoins. A frente será feita uma breve análise sobre a blockchain ou cadeia de blocos, criada para garantir segurança nas transações em bitcoins, e por fim, será analisado o objetivo principal do trabalho, que consiste em entender como são cometidos os crimes de estelionato e lavagem de dinheiro com criptomoedas e seu âmbito jurídico.



Empregou-se o método teórico bibliográfico, consistente na análise de obras e artigos científicos que versam sobre o tema.

1. O QUE É UMA CRIPTOMOEDA

Basicamente criptomoedas nada mais são do que moedas virtuais, usadas para realizar pagamentos em transações de valores. Portanto possuem a mesma função de uma moeda comum, (comprar e vender mercadorias e serviços) como REAL e Dólar.

1.1 Diferença das criptomoedas para as moedas regulares:

Para começar claramente a principal diferença entre elas é que a criptomoedas é um objeto virtual diferente das moedas que estamos acostumados. Mas ainda existem mais três diferenças entre elas que são a (descentralização, o anonimato, custo zero de transação).

Criptoativos podem ser definidos como ativos ou tokens digitais criados para possibilitar transação de valores, funcionando como meio de pagamento e/ou reserva de valor, utilizando criptografia como base da segurança das transações e controle de sua emissão. No entanto, definir sua natureza jurídica não é tarefa das mais fáceis. (CAMPOS, 2018, p.20,21)

A descentralização pode significar que essas moedas independem de um Banco Central ou do Estado para que possa ser regulamentada. Portanto **suas oscilações de valor ocorrem de acordo com a própria economia por trás da moeda**, possuindo menor interferência do Estado do que uma moeda regular teria. Transações com moedas virtuais garantem ao usuário o anonimato, a grande maioria não exige nenhum tipo de informação pessoal para que possa começar a utilizar os serviços, o que leva as pessoas a pensarem que atividades ilegais e crimes como (Estelionato e lavagem de dinheiro) se tornam mais fáceis de serem praticados. Já para as transações com custo zero é mais uma grande diferença em seu serviço.

De acordo com Fernando Ulrich, autor do primeiro livro sobre Bitcoins em língua portuguesa:

[...] o Bitcoin é uma grande promessa de uma forma de reduzir os custos de transação aos pequenos comerciantes e remessas de dinheiro globais, aliviar a pobreza global pelo facilitado acesso ao capital, proteger indivíduos contra controles de capitais e censura, garantir privacidade financeira a grupos oprimidos e estimular inovação (dentro e acima do protocolo Bitcoin). Por outro lado, a natureza descentralizada do Bitcoin também apresenta oportunidades ao crime. (ULRICH, 2014. p.23)

No presente momento não existe nenhuma autoridade que interferiu impondo algum tipo de taxa para criptomoedas. As moedas tradicionais que sempre conhecemos normalmente são emitidas por Bancos Centrais ou instituições do



governo que sempre vem ligadas a impostos e taxas.

Na imaginação popular, porém, o termo “moeda de curso-legal” viu-se cercado por uma penumbra de ideias nebulosas a respeito da suposta necessidade de o estado estabelecer a moeda. Trata-se de um resquício da ideia medieval de que é o estado que, de alguma forma, confere ao dinheiro um valor que inexistiria sem a chancela oficial. Entretanto, isso só é verdadeiro na medida em que o governo pode forçarmos a aceitar o que bem entender em lugar daquilo que contratamos; nesse sentido, pode atribuir ao substituto o mesmo valor que o objeto original tinha para o credor. (HAYEK, 2011. p.44)

No entanto as Criptomoedas não possuem autoridade central, fazendo assim com que o custo das transações seja zero. Por isso as moedas virtuais vêm se tornando cada vez mais uma realidade em nosso dia a dia principalmente para transações internacionais que normalmente tem um custo elevadíssimo por meios regulares e tradicionais.

1.2 Rede bitcoin

Bitcoin nada, mas é do que uma coleção de conceitos e tecnologias que formalizam a base de um ecossistema de dinheiro digital, que inclui. Uma rede descentralizada ponto a ponto- (habilitada pelo protocolo bitcoin).

A rede bitcoin global é de livre acesso que resiste a censura, que foi criada para autorizar transações de valores diretamente entre pessoas sem intermediários, de maneira segura.

As moedas regulares geralmente são emitidas por bancos centrais ou instituições governamentais, e todo o aparato por trás das transações entre indivíduos está vinculado à taxas definidas pelo governo e bancos onde se realiza a transação. No caso das criptomoedas não existe uma autoridade central, portanto o custo das transações é zero. Por este motivo, as criptomoedas se tornaram uma alternativa viável principalmente para transações internacionais, em que as taxas podem ser bastante altas se realizadas por meios regulares. (MARR

Igual a própria internet isso é um protocolo e seu token nativo ou moeda virtual. É a bitcoin com letra minúscula quando se referir a moeda e não a rede. Quanto a sua terminologia, é bem normal e comum vermos a utilização de várias denominações diferentes para seus Tokens digitais com base na criptografia, sendo as mais comuns moedas virtuais, ou criptomoeda.

1.3 O QUE SÃO AS BITCOINS

Por volta de 2009 esta história começa a ser escrita, e deixa de ser uma ideia para ser algo revolucionário no futuro através de seu criador Satoshi Nakamoto. Pouco



se sabe sobre a identidade de Nakamoto, porém o Blockchain, tecnologia por ele desenvolvida, modernizou o sistema por trás das criptomoedas e possibilitou expansão de seu uso.

O Bitcoin não foi a primeira tentativa de se criar uma moeda digital. Nick Szabo já tinha feito um experimento nesse sentido com o Bit Gold22, em 1998, e o Bitcoin se utilizou de vários fundamentos do Bit Gold na sua configuração. Mas o grande desafio da criação de uma moeda para utilização no mundo digital, onde tudo é, em princípio, copiável, era impedir o gasto duplo, ou seja, a utilização da mesma moeda para duas transações diferentes, e o Bitcoin foi o primeiro protocolo que superou esse problema. (CAMPOS, 2018, p.33)

Bitcoin foi a primeira criptomoeda que aderiu ao uso do Blockchain, que teve grande participação em seu sucesso por conta de seu forte sistema de segurança, após isso começou a surgir criptomoedas alternativas adotando ao mesmo sistema do Blockchain que nos dias atuais é o sistema adotado pela maioria das criptomoedas. Nos últimos anos, o termo bitcoin tornou – se famoso assim sendo notícia em todo o mundo por diversos motivos, que são eles: sua grande valorização ou desvalorização que acontece rápido, relatos de pessoas que ficaram milionárias fazendo investimentos em bitcoin e os casos de quem perdeu tudo. Mas **o que é bitcoin** e como funciona essa moeda virtual? A melhor forma de definição é utilizar o conceito em relação à moeda. Segundo as lições de BARROSSI-FILHO e SZTAJN:

Não há dúvidas que a moeda seja um produto de conveniência muito antigo. Entretanto, artefato seguro, indiscutivelmente aceito sempre por todos e em todos os sentidos, é muito ocasional, para não dizer recente. Este aspecto está intimamente ligado ao desenvolvimento do capitalismo, a partir do final do século XVIII, e à sofisticação dos instrumentos de troca daí originados. Enquanto conveniência de uso, a moeda foi capaz de subsistir por mais de quatro mil anos, porém a segurança desejada e sua aceitação plena foram adquiridas nos últimos duzentos anos. (BARROSSI-FILHO, SZTAJN, 2013. p. 252).

Independentemente de suas vantagens e desvantagens, a bitcoin vem com um crescimento considerável nos últimos anos, por mas que vários governos não regularizam seu uso, havendo aqueles que são totalmente contra a criptomoeda a esse tipo de prática, como a exemplo da Rússia. Já em território brasileiro com o atual crescimento da criptomoeda alternativa (que é vista oficialmente como um tipo de ação, e não como moeda propriamente dita), possui um estudo para fornecer que elas sejam colocadas no sistema de declaração do imposto de renda.

1.4 Diferença entre Bitcoin e Blockchain

Blockchain é como um sistema que é possível rastrear o envio e recebimento de alguns tipos de informação pela Internet. São partes de códigos gerados online que carregam



informações conectadas como blocos de dados que formam uma corrente daí o nome. Mesmos estando de modo direto relacionado com a bitcoin, o blockchain não se trata apenas de disso, ela vai além das demais criptomoedas, o blockchain tem como ser usado também transações financeiras, validação de documento, por exemplo contratos e trocas de ações e muito mais que isso. Transações realizadas em rede Bitcoin são processadas e registadas em um banco de dados que basicamente é um livro contábil virtual que é o blockchain, todos os componentes da rede possuem uma cópia em seu computador que forma uma rede distribuída, conforme Ana Carolina Custódio em *Criptomoedas: O Que São e Como Funcionam?* (2019).

Assim aduz o autor: As transações realizadas na Rede Bitcoin são processadas e registradas em um banco de dados semelhante a um livro contábil virtual, contínuo, que é o Blockchain, e que cada componente da rede possui uma cópia em seu computador, formando uma rede distribuída. Assim, no Blockchain da Rede Bitcoin é possível verificar todas as transações já realizadas, desde a primeira em 2009, pois os registros são contínuos, públicos e rastreáveis. (CAMPOS, 2018, p.20,21)

Portanto no Blockchain e Rede Bitcoin, é possível verificar todas as transações já realizadas desde a primeira que aconteceu em 2009, pois os registros são contínuos, públicos e rastreáveis assim aduz a autora:

Comumente denominado como "a tecnologia por trás do Bitcoin", o white paper do Satoshi Naka moto em nenhum momento menciona a palavra blockchain, não obstante descreva a base de dados onde são registradas as transações como "uma rede que marca o tempo das transações, colocando-as em uma cadeia contínua no 'hash', formando um registro que não pode ser alterado sem refazer todo o trabalho". Assim, o uso do termo Blockchain veio com o tempo, não foi definido especificamente no white paper da Rede Bitcoin. (CAMPOS, 2018, p.21)

Bitcoin é o token nativo da rede, e Blockchain é o banco de dados onde são realizadas e registradas as transações realizadas, por pessoas que realizam atividade de validação das transações feitas na rede Bitcoin, são denominados de mineradores de rede. O que são esses mineradores? Conforme explica Emília Campos.

Quem realiza a atividade de validação das transações realizadas na Rede Bitcoin, em blocos, são os chamados mineradores da rede. E quem são esses mineradores? São participantes da Rede que possuem um equipamento apropriado, realizam o download de uma versão específica do software do Bitcoin e se conectam com os outros participantes da Rede. Os computadores interligados nessa rede distribuída servem como os nós, ou "nodes" do sistema, sendo responsáveis por validar as informações e transações e garantir a segurança no compartilhamento de dados. Nesse formato, a Rede consegue funcionar de forma segura, sem depender de um órgão centralizador. (CAMPOS, 2018, p.22)

O único elemento central existente no processo é o sistema Blockchain (cadeia de blocos, em tradução literal), uma espécie de livro eletrônico que contabiliza todas



as transações realizadas. Os registros das transações são armazenados por uma grande comunidade de usuários espalhados ao redor do mundo, e não em local único. Isso permite acesso à verificação pública e rápida no banco de dados, além de dificultar a ação de hackers. A complexa tecnologia de dados por detrás do Blockchain é que garante que as transações sejam confiáveis. Conforme Ana Carolina Custódio em *Criptomoedas: O Que São e Como Funcionam?* (2019)

A própria descrição da Rede como "a peer-to-peer eletronic cash system" deixa claro que o objetivo da Rede Bitcoin é reproduzir no mundo digital as mesmas características das transações com dinheiro em espécie, o "cash", em inglês, ou seja, privacidade, ir reversibilidade e desnecessidade de intermediários. (CAMPOS, 2018, p.23)

São pessoas que participam da rede que possuem um equipamento de ponta apropriado para isto, realizam download de uma versão específica do protocolo Bitcoin e estão conectados com os outros participantes da rede.

No entanto, o blockchain não foi inventado para nos manter ocupados com discussões sobre seus conceitos tecnológicos, mas, sim, para ser usado no mundo real. (DRESCHER, 2018, p. 244)

Apesar da grande expectativa em volta da blockchain, ainda não é certeza que ela será mesmo incorporada ao nosso dia a dia. Mas é sempre bom ficar de olho nas mudanças que podem ocorrer em breve.

1.5 Importância tecnológica do blockchain

É importante frisar que Bitcoin e Blockchain são coisas distintas, Bitcoin é um criptoativo da rede Bitcoin, já o blockchain pertence ao banco de dados distribuído onde são processadas e registradas.

Assim aduz o autor: Bitcoin e Blockchain são coisas diferentes. Bitcoin é o criptoativo, ou token nativo, da Rede Bitcoin e Blockchain é o banco de dados distribuído onde são processadas e registradas, de forma permanente, as operações realizadas em bitcoins. (CAMPOS, 2018, p.37)

Todas as criptomoedas possuem uma blockchain, com características parecidas definidas no ato de suas criações. Blockchain é utilizado como uma espécie de um grande livro contábil virtual, capaz de registrar todas as movimentações de Bitcoins desde a primeira realizada em 2009, é mantido por um método de consenso entre todos os participantes de forma colaborativa, de acordo com Daniel Pereira em *Movimentação de 50 Bitcoins de 2009 Assusta O Mercado Preço Cai 5%* (2020)

O objetivo do Blockchain é ser uma prova permanente de todas as transações e prevenir o chamado "gasto duplo", ou seja, a duplicação ou utilização dupla de um mesmo Bitcoin. O Blockchain é organizado em blocos conectados entre si, que, por conta de características trazidas pelas especificações do protocolo



da Rede Bitcoin, é capaz de garantir segurança, imutabilidade e a rastreabilidade das transações. (CAMPOS, 2018. p.37)

Assim o blockchain é de suma importância por ser uma prova permanente das transações que acontecem, para prevenir o famoso (gasto duplo), que nada mais é que a duplicação ou a utilização dupla de um mesmo Bitcoin. O que fez o Blockchain ser tão popular é pelo simples fato de algumas características conforme Por que a tecnologia blockchain está ganhando importância para as empresas (2021).

Segurança: é o grande diferencial da tecnologia, que vai impactar o futuro;
Transparência: com todos seus dados mais seguros a transparência ganha força pois garante que os dados cheguem sempre de A para B; Redução de custos: A Comodidade da retirada de intermediários é um ponto muito importante do Blockchain aplicadas para empresas, pois assim reduz os custos de logística de proteção de dados e outros setores. Assim aduz o autor: DRESCHER, (2018. p.68), "Blockchain é ser uma prova permanente de todas as transações e prevenir o chamado "gasto duplo", ou seja, a duplicação ou utilização dupla de um mesmo Bitcoin".

Se faz necessário hoje compreender o potencial do blockchain e conhecer o denominado modelo de "contratos inteligentes" que são os que formam as regras de funcionamento por códigos e assim executam a troca de dados. DRESCHER continua dizendo que "os contratos inteligentes podem reduzir os custos de ter pessoas calculando resultados complexos, o que viabiliza contratos que antes não eram possíveis". Assim podemos dizer que isso é um benefício para as empresas que acabam fazendo transferências de bens entre países, o blockchain chega para agilizar esse processo, já para as organizações financeiras fazer contratos inteligentes dá a possibilidade de ser mais transparentes com os dados financeiros, assim fazendo um melhor relatório e diminuindo custos.

O Bitcoin é uma grande promessa de uma forma de reduzir os custos de transação aos pequenos comerciantes e remessas de dinheiro globais, aliviar a pobreza global pelo facilitado acesso ao capital, proteger indivíduos contra controles de capitais e censura, garantir privacidade financeira a grupos oprimidos e estimular inovação (dentro e acima do protocolo Bitcoin). Por outro lado, a natureza descentralizada do Bitcoin também apresenta oportunidades ao crime. O desafio, então, é desenvolver processos que reduzam as oportunidades para criminalidade enquanto mantêm-se os benefícios que Bitcoin oferece. (ULRICH, 2021. p.23)

Entende-se então que a importância tecnológica é de suma importância para as moedas e transações digitais, oferecendo uma vasta tecnologia de segurança para transações entre A e B.



1.6 Crimes e Bitcoin

As criptomoedas tem o poder de atrair as organizações criminosas, por não ser uma artefato que está sujeito a fiscalização e a regularização de nenhum órgão do mundo. De acordo com estudos feitos por Jessica Hübler onde foi publicado no site Correio do Povo em 14 de fevereiro de 2021, as criptomoedas são uma inovação ao crime de lavagem de dinheiro e oferecem grandes chances para que isso ocorra cada vez mais, especialistas também dizem que o maior problema no combate à lavagem de dinheiro através das criptomoedas é a omissão regulatória, que liga a falta de conhecimento dos agentes investigativos. Polícia / receita federal existem muitos casos de pessoas que investem em bitcoin e acabam lesadas e com prejuízos consideráveis. Impactada fortemente pela falta de regulamentação e pela falta de informações sobre criptomoedas acabam complicando o acesso a formas seguras de investimentos, como para compra e venda de bitcoin e outras criptomoedas. Dizem que os problemas não é a bitcoin ou outras moedas virtuais em si, mas sim os criminosos que se aproveitam da movimentação crescente em torno desses investimentos. Augusto Eduardo de Souza Rossini, entende como tem conceito de delito informático, por FELICIANO (2000):

A denominação “delitos informáticos”, abarca crimes e contravenções penais, alcançando não somente aquelas condutas praticadas no âmbito da Internet, mas toda e qualquer conduta em que haja relação com sistemas informáticos, quer de meio, quer de fim, de modo que essa denominação abrangeria, inclusive, delitos em que o computador seria uma mera ferramenta, sem a imprescindível “conexão” à Rede Mundial de Computadores, ou a qualquer outro ambiente telemático. Ou seja, uma fraude em que o computador é usado como instrumento do crime, fora da internet, também seria alcançada pelo que se denominou “delitos informáticos”. Mais, para o autor, “delito informático” é gênero, do qual “delito telemático” é espécie, dada a peculiaridade de ocorrer no e a partir do inter-relacionamento entre os computadores em rede telemática usados na prática delitiva

A pessoas devem estar ligadas notoriamente com as ofertas de rentabilidade muito alta. No site da CVM é possível encontrar informações sobre investimentos. Se as pessoas estiverem com suspeitas de fraude devem procurar os órgãos que possam analisar a situação, como a própria CVM, e a Polícia Federal ou Civil.

2. As transações com Bitcoins

A transferência de bitcoins na rede se dá através de transações entre o endereço e o destinatário. Normalmente esses endereços são de pessoas diferentes, mas é possível que



um usuário crie um destinatário para si mesmo para que possa ser feito um auto-transferência de bitcoin. O processo envolve apenas três partes, conforme mencionado na matéria (Transação de Bitcoin: tudo que você precisa saber), publicada em 02 de março de 2020 no site Mercado Bitcoin: recebimento do endereço, destinatário, criação da transação. O usuário que possivelmente irá fazer o pagamento precisa do endereço do destinatário, quem recebera o pagamento o pode informar através de alguma fonte de texto. Ou também pode ser utilizado um QR code que poderá ser escaneados pelo dispositivo do pagador. No caso do Bitcoins, FACHINI, (2017, p. 02) defende: “Os Bitcoins são moedas digitais descentralizadas, que não pertencem a nenhum país específico, é universal.” Podendo desta maneira o bitcoin ser denominado como uma moeda virtual criptografada conforme alude LOPES (2014, p .03):

“Funciona como uma unidade monetária criptografada que é utilizada para realizar pagamentos e transferências de forma totalmente digital e operadas diretamente pelos usuários, sem a necessidade de um intermediário nas transações” LOPES (2014, p .03):

Uma transação de bitcoin pode ser muito positiva, certamente quando comparadas às alternativas tradicionais em termos de taxas e cobranças. No entanto, também requer cuidados. Alguns requisitos foram adicionadas às transações de bitcoin para que a rede pudesse funcionar de maneira descentralizada e autônoma por qualquer pessoa.

2.1 Extrema valorização de criptomoedas

Criptomoedas crescem de forma bastante acelerada. No dia 12 de maio de 2019, o valor das cripto era de US 215 bilhões. Dois anos depois chegou a marca de 2,5 trilhões, valor que teve uma variação 1062,8%. Nos últimos 12 meses os dois maiores ativos dessa classe - Bitcoin e Ether, obtiveram uma valorização em dólar de 559% e 2.142% ambos. Recentemente a fabricante de veículos Tesla que é comandada por uma das pessoas mais ricas do mundo, estamos falando de Elon Musk, ele e sua empresa foram responsáveis por apostar na bitcoin. Em fevereiro, a empresa veio a público e anunciou a com de US\$ 1,5 bilhão da criptomoeda. Sem perder tempo outra empresa também muito conhecida mundialmente que é o Mercado Livre seguiu esta tendência e anunciou no seu balanço de 5 de maio a compra de US\$ 7,8 milhões em Bitcoin, assim informado por Luiz Felipe em O Que Explica O Fenômeno da Valorização das Criptomoedas em 2021 (2021)

De acordo com a Coinmarketcap, no atual momento existem por volta de 9.742 criptomoedas. A primeira a criada em meados da crise de 2008, o Bitcoin continua no topo e liderando o mercado, sabe-se disso com um indicador que é chamado de



“Dominância do Bitcoin”, isso é importantíssimo para quem acompanha o mercado, principalmente possíveis investidores. Não precisa pensar muito para saber o porquê as criptomoedas estão se valorizando cada vez mais e atraindo investimentos de grandes empresas consagradas, essa é uma grande tendência para os próximos anos fazendo assim que o valor das criptos cresça gerando bons lucros futuros, assim informado por Luiz Felipe em *O Que Explica O Fenômeno da Valorização das Criptomoedas em 2021* (2021)

2.2 Lavagem de dinheiro com Bitcoins

Golpes de criptomoedas, hacks e outras coisas ilegais no mundo todo recorrem a cinco serviços de Exchange não especificadas. São operadas por apenas 270 endereços de carteiras digitais para lavar seus fundos ilícitos. Tudo isso acontece quando fazem a conversão das moedas digitais adquiridas de maneira ilegal para dinheiro convencional, sem possuir dados pessoais dos usuários, conforme citado por Bruno Ignacio em *Lavagem de dinheiro em criptomoeda é concentrada em 270 endereços* (2021)

Cartéis de drogas usam bitcoins para prática de lavagem de dinheiro: A parte mais difícil da produção da droga é a sua venda, transformar algo ilícito em capital, e algo que é possível armazenar em contas bancárias, livre de riscos ou suspeitas. Basicamente lavagem de dinheiro é isso, transformar frutos do crime em empresas, imóveis, serviços, etc.

Tudo isso ficou mais fácil de ser rastreado graças ao acesso à informação que temos hoje em dia, movimentações de grandes valores disparam alertas nos órgãos de fiscalizações. Por esses motivos o Bitcoin vem se tornando moeda de interesse de narcotraficantes, ex: México.

O tráfico de drogas tem o poder de gerar muito lucro, para enganar as autoridades e ter lucro, o dinheiro é dividido em centenas de contas diferentes e também fazem o uso de malas de dinheiro, ou seja, dois polos bem distintos, pois um é fácil rastrear e um difícil transportar. Por isso o Bitcoin vem sendo muito almejado entre narcotraficantes, pois ele oferece a vantagem de fazer transferência de valor não detectáveis, até o presente momento é um recurso que não está sujeito a fiscalização de estados, conforme citado por Bruno Ignacio em *Lavagem de dinheiro em criptomoeda é concentrada em 270 endereços* (2021)

O Bitcoin é uma moeda digital, ou seja, não há presença física do dinheiro, portanto ele é representado por sequência de números codificados de maneira digital.



Foi criado para que possa ser feita troca de bens virtualmente, utilizando de criptografia que permite o anonimato entre ambas as partes. Para que haja uma menor possibilidade de serem detectados os criminosos realizam as transações de Bitcoin na dark web, é um lugar não catalogado na Internet, portanto não aparece em buscas comuns como no (GOOGLE), por exemplo. Dark Web é um ambiente muito estranho, pois possui um círculo comercial dentro da deep web, no qual pode ser encontradas páginas que podem vender de tudo por exemplo: (órgãos humanos, substâncias proibidas, armas, entre outros), esta site está protegido por várias camadas codificadas, portanto para alguém invadir torna-se muito mais complicado, ou seja há uma dificuldade muito grande de serem rastreados fazendo assim que os criminoso utilizem desse método para fazerem as transações de dinheiro e Bitcoins em conformidade com Tipologia: o uso de criptomoedas em crimes de lavagem de dinheiro (2020).

A câmara dos deputados está revisando a lei de lavagem de dinheiro, e muito provavelmente que logo ela passe a abranger o Bitcoin, de acordo com Projeto de Lei número: [2234/2021](#)⁸⁹.

As redes mundiais de computadores normalmente são formadas por três camadas. A primeira dela e também a mais conhecida é onde navegamos conhecida como Surface (superfície), com todos os sites acessíveis ao grande público por meio dos motores de busca, em conformidade com Tipologia: o uso de criptomoedas em crimes de lavagem de dinheiro (2020).

Já a Deep Web é um setor que não está indexada pelos canais de busca, mas ainda existe a possibilidade de ser encontrada por pessoas que utilizam softwares de navegação que usam e redes que possuem criptografia e ocultam a identidade do internauta.

E por fim existe a Dark Web que basicamente é a internet secreta, é a região mais difícil de ser acessada, faz o uso de criptografias complexas e que pode exigir até uma alteração de hardware para que seja permitida a entrada do internauta. É nessa parte que ocorre o compartilhamento de dados e informações ilegais e crimes, como venda de drogas, lavagem de dinheiro, assassinos e vários outros crimes ilegais, assim um advogado criminalista refere-se a lavagem de dinheiro não apenas

⁸⁹ Altera a redação da Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, para aumentar a pena do crime de lavagem de dinheiro praticado por meio da utilização de criptomoedas ou por intermédio de organização terrorista, entre outras providências.



com criptomoedas, mas sim com qualquer outra coisa só que com as criptomoedas traz uma facilidade maior na hora de fazer ocultação de bens

Há muitas questões quanto à ausência de regulamentação e suas implicações. Há um justificável temor de que as moedas digitais tornem mais fáceis os crimes como lavagem de dinheiro, pirâmides financeiras, invasão de sistemas bancários, evasão de divisas, estelionato e demais delitos relacionados ao uso ilícito da tecnologia. As facilidades de acesso às transações via bitcoins podem atrair usuários que pretendem transgredir no ambiente real limites estabelecidos pelo que a lei ainda prevê apenas no mundo real. (ANDRADE, 2017, p.44-60)

Por outro lado, já há movimentação para acompanhar determinadas negociações realizadas no ambiente digital. Em maio de 2019, a Receita Federal publicou a Instrução Normativa nº 1.888, que obriga a prestação de informações por parte de pessoas físicas e jurídicas que negociarem, em um mês, mais de R\$ 30 mil no mercado paralelo (peer-to-peer ou P2P) ou em exchange domiciliada fora do Brasil. A mesma instrução também obriga as exchanges a informar uma série de informações para cada operação realizada, conforme citado em Tipologia: o uso de criptomoedas em crimes de lavagem de dinheiro (2020).

3. Regulamentação das Criptomoedas no Brasil

Para começar é importante ressaltar que mesmo elas sendo possíveis serem trocadas por mercadorias em alguns estabelecimentos que a aceitam, a cripto moeda não é considerada de forma legal uma moeda no Brasil e também não faz parte do sistema brasileiro de pagamento, é necessário mencionar que existe no Brasil um projeto de lei de 2015(PL 2303/15) com o estudo na câmara dos deputados, que pretendem regulamentar as moedas virtuais, como forma de pagamento.

Vale ressaltar ainda que o Presidente da Câmara dos Deputados Arthur Lira do (PP-AL) solicitou que fosse feita uma unificação dos projetos de Lei 2060/2019 que tem como tema as fraudes envolvendo os criptoativos e a Lei 2303/2015 que discorre sobre a integração das criptomoedas ao arranjo de pagamento do Banco Central, assim ambas as Leis tratam da regulamentação dos criptoativos e ambas as leis criadas com autoria do deputado Aureo Ribeiro do (Solidariedade-RJ), Regulando Criptoativos no Brasil: uma análise do projeto de lei na Câmara dos Deputados (2019)

Acredita-se que tanto o Banco Central quanto o conselho de controle de atividades financeiras e órgãos do consumidor, possuem competência para fiscalizar e regulamentar as moedas virtuais, portanto com a regulamentação deixaria o assunto



mais acessível e de fácil entendimento.

Assim aduz o autor: é importante mencionar que existe no Brasil um Projeto de Lei 2 de 2015 em estudo na Câmara dos Deputados, que pretende regulamentar as "moedas virtuais" como arranjo de pagamento, equiparado à milhagem aérea, sob a supervisão do Banco Central. Em sua exposição de motivos, o Projeto menciona que acredita que tanto o Banco Central, como o Conselho de Controle de Atividades Financeiras e os órgãos do consumidor, já têm competência para fiscalizar e regular moedas virtuais, mas que a regulação deixaria o assunto mais claro. (CAMPOS, 2018, p.55, 56)

A bitcoin não tem regulamentação especificada no país, mas não é ilegal, os brasileiros não só podem possuir e negociar criptomoedas no mercado, como também tem o dever de declarar os ganhos com o investimento dependendo da renda mensal movimentado em sua conta. No ano de 2021 a receita federal, criou códigos específicos para utilizar na declaração de imposto de renda para estabelecer distinções entre o Bitcoin e stablecoins criptomoedas com valor fixado ao preço de uma moeda fiduciária, como o real, mencionado Bitcoin é legal? Saiba mais sobre a regulamentação das criptomoedas (2021).

3.1 Regulamentação das Criptomoedas ao Redor do Mundo

Milhares de países já estão regulamentando o uso de criptomoedas, outros ainda não fizeram, apesar de não proibirem o uso, e também possuem aqueles que consideram ilegal o uso de criptomoedas. A regulamentação ao redor do mundo está ligada diretamente ao grau de liberdade financeira que os governos garantem as pessoas.

De com a matéria (El Salvador adota bitcoin como moeda oficial. Como funciona a criptomoeda) publicada no site da Nubank. Recentemente o primeiro País a adotar a Bitcoin como moeda oficial foi El Salvador, um pequeno país da América central. Isso significa que o criptoativo passa a ser aceito em qualquer transação no país, incluindo o pagamento de bens e serviços, se tratando ao pé da letra, as pessoas poderão usar a bitcoin no seu dia a dia como se fosse uma moeda simples.

Mas como El Salvador adotou a criptomoeda? Esse movimento teve seu início em 09 de julho de 2021, quando o poder legislativo de El Salvador aprovou um projeto que permite e estabelece a bitcoin como moeda oficial para qualquer transação seja entre pessoas físicas, entre pessoas físicas e jurídicas, ou entre pessoas jurídicas. O governo de El salvador justifica isso dizendo que isso vai ajudar a bancarizar a população do país. Pessoas e entidades importantes como Banco mundial, criticam a medida alegando a instabilidade da bitcoin. Um detalhe importante é que, mesmo aderindo a bitcoin como moeda oficial



Como um dos pilares da bitcoin é a criptografia, uma camada de segurança online que dificulta bastante qualquer tipo de fraude, a bitcoin é considerado muito seguro. O que pode acontecer, entretanto, é as carteiras digitais ou corretoras de bitcoin serem roubadas. (LEITE, 2021)

El Salvador não irá intervir na cotação da bitcoin. Ou seja, seu valor vai continuar variando de acordo com o movimento de mercado, a bitcoin, assim como outros criptoativos não é regulado por nenhum banco central, de acordo com Vitor Leite em El Salvador Adota Bitcoin Como Moeda Oficial. Como funciona A Criptomoeda (2021)

CONCLUSÃO:

Desprende-se do presente trabalho que as moedas digitais estão cada dia mais presentes em nosso dia a dia, tendo como perspectiva de que poderá e está se manifestando como principal meio de troca no mercado.

Não se enxerga mais moedas como papel, cartão ou cheque. A segurança e facilidade combinado com agilidade que as criptomoedas estão oferecendo, fazem com que atualmente sejam utilizadas em transações e investimentos por todo o mundo.

A alegação de que as criptomoedas são usadas para lavagem de dinheiro e financiamento de tráfico de drogas não são sustentáveis como únicas justificativas para a ausência de uma regulamentação.

O mercado a cada dia que passa se mostra mais propenso a utilizar as modas digitais não só para investimentos, mas também como moeda de troca; conforme foi demonstrado ao logo deste trabalho. Situando-se ainda mais os dados fornecidos pela Receita Federal quanto ao número de pessoas que sempre prestaram suas informações de suas operações com moedas digitais no último ano de 2020.

No atual momento existem bons projetos de lei que possuem uma atenção especial em seu trâmite, não da regulamentação das moedas digitais, mas sim da criação da moeda digital centraliza da pelo banco central.

O Bitcoin é neutro, podendo assim como as notas de dólar de papel, ser utilizada para transações não legais, ou seja, atos ilícitos seria de bom senso colocar os benéficos acima dos malefícios ilegítimos. Alguma tentativa de diminuir o uso de Bitcoins acarretara em algo prejudicial para que faz o uso de maneira legal.

Proibir a utilização de Bitcoin é se colocar em posição de desvantagem competitiva internacionalmente falando, pois estará atrasando o desenvolvimento de uso de pagamentos da próxima geração. Pois uma coisa que é certa é que



provavelmente muitos países não proibam seu uso.

Nos tempos de hoje a moeda digital não se encaixa perfeitamente em qualquer classificação ou definição jurídica. Não é nem um bem tradicional nem uma moeda estrangeira, nem uma rede de pagamentos.

Por assim dizer é possível que o crescimento das criptomoedas se perdue por vários fatores, como o aumento de uso da Internet e meios de pagamentos virtuais, maior privacidade e anonimato, sem falar dos custos de transações bem mais baixo que o normal entre outros. Pessoas que possuem o poder de criar e revisar leis deveriam considerar a moeda virtual como uma nova categoria, deixando que ela se desenvolva naturalmente. Desta maneira o Bitcoin poderá mostrar a quão inovadora pode ser ou não. Mas isso ainda não temos total certeza, nos resta aguardar para futuras decisões.

REFERÊNCIAS:

ANDRADE, Mariana Dionísio de. Tratamento jurídico das criptomoedas: a dinâmica dos bitcoins e o crime de lavagem de dinheiro. Revista Brasileira de Políticas Públicas. Brasília, v. 7, n.03, p. 44-60, Dez 2017. Disponível em <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/viewFile/4897/3645>. Acesso em 25 de Maio de 2021 às 14h49.

MARR, Bernard. A Short History Of Bitcoin And Crypto Currency Everyone Should Read 2017. Forbes. Disponível em: <<https://www.forbes.com/sites/bernardmarr/2017/12/06/a-short-history-of-bitcoin-and-crypto-currency-everyone-should-read/#7dc6e98f3f27>>. Acesso em: 28 out. 2018.

PENHA, Anselmo. O que esperar do futuro do blockchain. 2018. Época Negócios. Disponível em: . Acesso em: 02 set. 2021.

MARTUCCI, Brian. O que é criptomoeda - como funciona, alternativas de história e bitcoin. 2018. Disponível em:<<https://www.moneycrashers.com/cryptocurrency-history-bitcoin-alternatives/>>. Acesso em: 07 set. 2021.

LOPPS, Jameson. Bitcoin e a ascensão dos Cypherpunks. 2016. Disponível em: <<https://www.coindesk.com/the-rise-of-the-cypherpunks/>>. Acesso em: 07 set. 2021.

SICHEL, Ricardo Luiz; CALIXTO, Sidney Rodrigues. Criptomoedas. Impactos na economia global. Perspectivas. Revista de Direito da Cidade, [s.l.], v. 10, n. 3, p.1622-1641, 25 jul. 2018. Universidade de Estado do Rio de Janeiro.. Disponível em:. Acesso em: 01 set. 2021.

BRITO, Sabrina. Cartéis de drogas usam bitcoins para lavar dinheiro. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/economia/carteis-de-drogas-usam-bitcoins-para-lavar-dinheiro/> Acesso em: 10 ago 2021.

BERMEJO, Manuel, O uso de criptomoedas e crimes de lavagem de dinheiro Disponível em: <https://www.ipld.com.br/serie/tipologia-o-uso-de-criptomoedas-em-crimes-de-lavagem-de->



[dinheiro-parte-1/](#) Acesso em: 09 ago 2021.

IGNACIO, Bruno, Lavagem de dinheiro em criptomoeda é encontrada em 270 endereços, Disponível em: <https://tecnoblog.net/413169/lavagem-de-dinheiro-em-criptomoeda-e-concentrada-em-270-enderecos/> Acesso em: 08 ago 2021.

FELIPE, Luiz, O que explica o fenômeno da valorização das criptomoedas em 2021. Disponível em: <https://einvestidor.estadao.com.br/investimentos/criptomoedas-valorizacao-2021> Acesso em: 09 ago 2021.

KLEINA, Nilton. Contra crise, criptomoeda 'petro' agora é a base da economia da Venezuela. 2018. Disponível em: <<https://www.tecmundo.com.br/mercado/133421-crise-criptomoeda-petro-base-economia-da-venezuela.htm>>. Acesso em: 28 ago. 2021.

GOMES, Ezequiel. Blockchain: a tecnologia que vai substituir os bancos no futuro. 2018. Guia do Bitcoin. Disponível em: . Acesso em: 28 ago. 2021.

AGNER, Marco. Bitcoin para Programadores. [S. l.]: ITS, [2020]. Disponível em: <https://github.com/marcoagner/bitcoin-para-programadores/releases/tag/v1.1-pdf>. Acesso em: 15 set. 2021.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. Apontamentos do Presidente Roberto Campos Neto no evento "Open Banking: entenda o que é e como poderá ajudar na sua vida financeira". Brasília: BCB, 2021. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/detalhenoticia/17308/nota>. Acesso em: 16 set. 2021.

SILVA, Luiz Gustavo Doles. A regulação do uso de criptomoedas no Brasil. 2017. 124 f. Dissertação (Direito Político e Econômico) — Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2021.

SOUZA, Thiago Barra de. Definição da Natureza Jurídica do Bitcoin e suas Repercussões Tributárias. 2018. 104 f. Trabalho de Conclusão de Curso (graduação em Direito) — Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2021.

MALPIGHI, Caio. O Fato Social da Bitcoin e sua Dimensão Jurídica Tributária. 2017. Disponível em: <https://caiomalpighi.jusbrasil.com.br/artigos/423328639/o-fato-social-da-bitcoin-e-sua-dimensao-juridica-tributaria> . Acesso em: 07. set 2021.

BITCOIN.ORG. Perguntas Frequentes-Bitcoin.org. 2017. Disponível em: https://bitcoin.org/pt_BR/faq . Acesso em: 17 set. 2021

SILVA, Patrícia de Moura. Blockchain e Moedas digitais: A revolução e os impactos nas transações, nos contratos, nas obrigações e seu cunho ideológico. Disponível em: https://patriciamourasilva.jusbrasil.com.br/artigos/395301188/blockchain-e-moedas-digitais-a-revolucao-e-os-impactos-nas-transacoes-nos-contratos-nas-obrigacoes-e-seu-cunho-ideologico?ref=topic_feed . Acesso em: 01 de set de 2021.

ULRICH, Fernando. Bitcoin: a moeda na era digital. 2014. Disponível em:



<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td163> . Acesso em: 01 de ago de 2021.



PANORAMAS GERAIS ACERCA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

Helena de Oliveira dos Santos ¹⁹⁰

Camila Veríssimo Rodrigues da Silva Moreira ²⁹¹

RESUMO: O Princípio da Insignificância, também conhecido como bagatela, que possui o objetivo de afastar a tipicidade penal de um delito cometido, mais especificamente o princípio afasta a tipicidade material da conduta, realizando uma análise de valoração. Explicaremos o princípio realizando uma breve abordagem de sua origem, havendo discordâncias entre alguns autores sobre sua origem e adaptações que sofreu ao longo de sua evolução, seu âmbito de aplicação, seus requisitos de acordo com decisões do Supremo Tribunal Federal e seus efeitos, sua relação com outros princípios, especialmente o princípio chamado de intervenção mínima, ou seja, do Direito Penal Mínimo, devendo ser de aplicação subsidiária, bem como sua relação com situações específicas como a reincidência bem como os requisitos e quais são as suas aplicações, com análise de jurisprudências, doutrinas e artigos, inclusive casos em que não são aplicáveis ao princípio da insignificância como crimes contra a administração pública, por menor que seja a ofensividade, considerando a seriedade e relevância do patrimônio público, crimes que envolvam violência contra a pessoa como no caso de crime de roubo, além disso não se admite a aplicação do princípio nos delitos previstos na lei de drogas. Havendo também o entendimento de não aplicação do princípio nos delitos cometidos por militares por ofender as instituições militares, violando os princípios de hierarquia e disciplina.

PALAVRAS-CHAVE: Insignificância. Tipicidade. Intervenção Mínima.

ABSTRACT OU RESUMEN: The Insignificance Principle, also known as trifle, which has the objective of removing the criminal typicality of a committed offense, more specifically the principle removes the material typicality of the conduct, carrying out a valuation analysis. We will explain the principle by making a brief approach to its origin, with disagreements among some authors about its origin and adaptations it has undergone throughout its evolution, its scope of application, its requirements according to decisions of the Supreme Court and its effects, its relationship with other principles, especially the principle called minimum intervention, that is, the Minimum Criminal Law, which should be of subsidiary application, as well as its relationship with specific situations such as recidivism as well as the requirements and what are its applications, with analysis of jurisprudence, doctrines and articles. Including cases in which they are not applicable to the principle of insignificance as crimes against the public administration no matter how offensive considering the seriousness and relevance of public property crimes involving violence against the person as in the case of the crime, in addition in addition the application of the principle in the offenses provided for in the drug law is not permitted. There is also an understanding of non-application of the principle in crimes committed by the military for offending military institutions, violating the principles of hierarchy and discipline.

KEYWORDS OU PALABRAS-CLAVE: Insignificance. Typicality. Minimum Intervention.

INTRODUÇÃO

O artigo busca analisar o princípio da insignificância ou bagatela como é entendido por alguns doutrinadores, partindo de uma concepção do seu esboço histórico e as discussões doutrinárias a respeito do seu surgimento no ordenamento

⁹⁰ Graduanda em Direito pela UNIFATECIE. Endereço eletrônico: heleolivei@gmail.com

⁹¹ Graduação em Direito- Faculdades Nobel (2005). Especialização na área de Direito Penal e Processo Penal - Universidade Estadual de Londrina (2008). Mestrado em Ciências Jurídicas - Centro Universitário de Maringá (2013), Professora, Unifatecie, camila.moreira@fatecie.edu.br



jurídico Brasileiro, chegando dessa forma ao seu atual conceito sobre o que é considerado um delito insignificante no direito penal.

Para uma melhor compreensão acerca do tema se faz necessário uma discreta abordagem no que se refere a tipicidade penal subdivida em tipicidade formal e tipicidade material, sendo a primeira conceituada a partir do momento que o fato se adequa a letra da lei, um fato típico. Enquanto a segunda diz respeito a lesão ao bem jurídico em decorrência da conduta, e como deve ser analisado para a aplicação do princípio da insignificância sendo este utilizado como uma excludente da tipicidade.

O princípio da Insignificância possui relação com outros princípios do Direito, no discorrer no trabalho vamos tratar especialmente do Princípio da Intervenção Mínima, ou *ultima ratio*, sendo este um princípio implícito concernente a atuação do Estado, onde a intromissão deve se dar nos conflitos e litígios somente em último caso, quando há uma efetiva lesão ao bem jurídico tutelado, o princípio da intervenção mínima é entendido neste caso como uma forma de limitação do poder incriminador do Estado tendo relevante relação com o princípio da insignificância.

Além disso, é importante ressaltar os casos em que é inaplicável o princípio da insignificância, de acordo com as jurisprudências firmadas, como é o caso do crime de roubo, pois envolve violência contra a pessoa, mesmo que ínfimo o valor subtraído, crimes contra a administração pública, considerando a relevância do patrimônio público, e também delitos que estão previstos na lei de drogas por serem considerados de perigo à saúde, mesmo que pequena a quantidade do ilícito encontrado com o indivíduo. Nessa mesma linha de entendimento considera-se inaplicável a bagatela nos crimes cometidos por militares, por ofender o princípio da hierarquia e disciplina das instituições militares.

Para a consecução do artigo será utilizado não somente revisão bibliográfica de doutrinadores renomados, mas também jurisprudências e artigos publicados em revistas acadêmicas.

2 CONCEITO E ORIGEM DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

Para que se possa ter uma melhor compreensão do texto, Rangel (2020) afirma ser necessária a definição de sua palavra principal para se ter uma melhor interpretação do texto a seguir: “Princípio: o primeiro momento da existência (de algo), ou de uma ação ou processo; começo, início, base”. (RANGEL, 2020)

O princípio da insignificância em seu início, defende alguns doutrinadores que



era entendido de acordo com a adequação social da conduta, que buscava excluir a aplicação do direito penal as condutas socialmente adequadas. Com a conclusão de que se a conduta não for consideravelmente lesiva para ser punido deve-se então buscar outros meios para solucionar o conflito que não a aplicação da norma penal (RAIZMAM, 2020).

Quando se trata do princípio da insignificância no Brasil, por muitas vezes um assunto já muito debatido nas doutrinas majoritárias, porém há certas discordâncias quanto a sua origem. Com a evolução do sistema jurídico e adoção de modelos de outros países, se fazendo necessária a adaptação as normas do país, caba por ocorrer o que se diz uma ideia distorcida da primeira que foi aplicada, que se deu origem, passando por várias interpretações ao longo do tempo até se chegar a uma ideia totalmente diferente da original (CASTRO, 2019).

Ao se introduzir o chamado princípio da bagatela no Brasil, muitos doutrinadores se utilizaram de Claus Roxin como fonte primária do princípio, quando na verdade ele em sua obra se utilizou do princípio já como uma fonte secundária, para se referir a um determinado delito da época, que considerado insignificante, com essa interpretação foi introduzido no Brasil ao se adaptar para todas as condutas insignificantes levando em consideração requisitos para sua aplicabilidade. É de extrema importância o entendimento de que a fonte primária do direito penal é a própria constituição, trazendo assim fundamento para a intervenção punitiva do estado (NUCCI, 2021).

Dessa forma, conclui-se não ser possível, ou razoável, atribuir a Claus Roxin a origem da teoria do princípio da insignificância, sem sequer citar sua obra principal sobre tal assunto, assim, os estudiosos e doutrinadores se referem a exclusão do crime pela escassa lesividade ao bem jurídico como Princípio da insignificância, ou como também é conhecido, princípio da insignificância (NUCCI, 2021).

Os Princípios são a efetiva proteção da Dignidade da pessoa Humana, servindo-os de base para qualquer interpretação jurídica, elucida que há princípios explícitos no ordenamento jurídico e outros que estão de maneira implícita, assim também se encontram os chamados princípios constitucionais. É claro o entendimento de que o direito penal não deve se ocupar de bagatelas, como são chamadas as condutas insignificantes que não possuem uma efetiva lesão ao bem jurídico, não sendo então uma conduta típica (CAPEZ, 2021).

Para haver a análise e aplicabilidade do princípio da insignificância é



necessária uma certa e efetiva proporcionalidade, entre a gravidade da conduta praticada e a intervenção drástica do estado, pois se a conduta praticada não apresentar uma grave lesão ao bem jurídico, não se deve falar em punição estatal (BITENCOURT, 2020).

Ao analisar o Art. 98, I, da CF Bitencourt elucida que “o fato de determinada conduta tipificar uma infração penal de menor potencial ofensivo, não quer dizer que tal conduta configure por si só o princípio da insignificância”, afinal tais condutas podem já estar tipificadas no código penal. A insignificância é aplicada então quando ocorre a desproporcionalidade quando a conduta não é compatível com a punição prevista a ser aplicada.

Em sua obra, Luis Regis Prado conceitua o princípio da Insignificância se utilizando de Claus Roxim como referência, e da expressão mínima *non curat praeter*, para explicar a base do Princípio de bagatela, sendo este princípio uma regra contrária ao excesso do poder punitivo, é a possibilidade de se excluir a tipicidade de uma conduta por esta não possuir uma efetiva lesividade ao bem jurídico tutelado, ou seja, danos de pouca importância, desta forma, uma conduta pouco relevante não justificaria uma punição (PRADO, 2021).

Alguns autores fazem uma comparação entre o princípio da insignificância supostamente elaborado por Claus Roxim, e a chamada adequação social de Welzel, porém ambos os conceitos se diferenciam pelo critério da valoração social. E a partir dessa discussão surge a questão da insegurança jurídica causada pelo Princípio da insignificância, devendo este para ser aplicado, observar-se caso a caso, sendo assim seu limite, sua amplitude sempre discutível (PRADO, 2021). Dessa forma conclui-se com as doutrinas que a irrelevância da conduta afasta a tipicidade, sem lesão ao bem jurídico não há que se falar em punição.

A insignificância de forma mais resumida e compreensível possível é a ferramenta utilizada para a exclusão a tipicidade material por sua ausência, sendo utilizada pelo interprete da lei para analisar situações consideradas de bagatela (GRECO, 2019).

O princípio da insignificância em seu conceito traz a ideia de que o direito não deve se ocupar com condutas incapazes de lesar o bem jurídico tutelado, a conduta é tão ínfima que não se justifica a repressão, tais comportamentos devem ser considerados atípicos pelo julgador. Tal princípio também não está expresso do direito penal brasileiro, porém como passou a ser muito discutido e aplicado, o STF decidiu



por regulamenta-lo através das decisões, jurisprudências. Tendo sempre considerado o princípio da proporcionalidade na conduta praticada em cada caso (GONÇALVES, 2021).

2.1 TIPICIDADE PENAL E A INSIGNIFICÂNCIA COMO EXCLUDENTE

O Estado possui o dever de assegurar a ordem social, tal poder emana do Estado a partir do Direito, nascendo as diversas situações corriqueiras em que o Estado determina e se manifesta de acordo com cada situação, cada conduta é analisada como sendo permitida ou proibida no Direito, dando ou não lugar para o Estado se impor juridicamente, como nem sempre o ser Humano cumpre determinadas regras impostas pelo convívio em sociedade entra a figura do Estado com uma sanção, uma forma de correção, de medida reeducativa, dentre todas as sanções previstas o direito penal aplicado é considerado a mais importante, mesmo que devendo ser aplicado subsidiariamente (STEFAM, 2020).

Para que o direito penal a sanção seja aplicada o sujeito deve ter realizado uma conduta típica e antijurídica. A conduta típica deve se adequar exatamente a lei, pois não existe crime sem uma lei anterior que assim o diga ser. Chegamos então na tipicidade como um elemento do fato típico. A tipicidade é a correspondência do fato praticado com a lei propriamente dita (STEFAM, 2020). O tipo penal não deve ser confundido com o caso concreto que pode ocorrer diante da mais diversas circunstâncias.

Quanto a origem do termo tipicidade no Brasil, doutrinadores atribuem a um conceito criado em meados do século XVIII pela expressão da doutrina alemã *tatbestand*, só que sendo atribuído a ele todos os elementos de punibilidade, só então em 1906 é que tal teoria ganhou um conceito autônomo elaborado por Beling, dando impulso em uma revolução no direito penal, tornando a tipicidade independente da antijuridicidade e da culpabilidade (BITENCOURT, 2020).

É clara a ideia de que o direito penal não deve se ocupar de bagatelas, condutas insignificantes que não lesionam o bem jurídico. O direito penal deve ser entendido como *ultima ratio*, uma última medida para solucionar um conflito, e explica em sua obra três regras a serem observadas para a aplicação do princípio da insignificância como excludente da tipicidade, sendo elas:

Considerar insignificante um fato típico a reconhecer a completa ausência de lesividade em face da conduta praticada. Tendo em vista inexistirem os requisitos dessa excludente previstos em lei, o STF estabeleceu alguns: “a



presença cumulativa dos seguintes requisitos: a) a mínima ofensividade da conduta do agente; b) a nenhuma periculosidade social da ação; c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; e d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada”. (NUCCI, 2021; P.320 apud HC 90.977/MG, 1.ª T., rel. Cármen Lúcia, 08.05.2007, v.u., Informativo 466).

A insignificância da conduta no Direito Penal como uma excludente dessa tipicidade. Ao buscar o conceito de tipicidade fica clara a forma como os autores relacionam a tipicidade com os princípios da antijuridicidade, da legalidade, da subsidiariedade, bem como o princípio da insignificância (PACELLI, 2020).

A tipicidade se subdivide em formal e material, a formal é a perfeita adequação a letra da lei, enquanto a tipicidade material é a efetiva lesão ao bem jurídico, dadas essas informações, se faz necessário entender que não é possível que o legislador descreva todas as possíveis “coisas” passíveis de furto, sendo analisado então cada caso em concreto, pois há aqueles em que não há a lesão ao bem jurídico, excluindo assim a tipicidade material podendo ser considerado o princípio da insignificância (PACELLI, 2020).

Entende-se por Tipo a conduta descrita na lei, que sejam penalmente relevantes, o tipo descreve um comportamento punitivo. Para se caracterizar como tipo a conduta deve se enquadrar exatamente ao tipo descrito na lei. O tipo não pode ser considerado como crime em si, pois para analisar se a conduta é de fato um crime deve se observar primeiramente se a conduta é antijurídica e culpável, se ao fazer tal análise e esta for positiva estamos diante da tipicidade da conduta, mas se caso esta for negativa há que se falar de atipicidade sendo esta irrelevante para o direito penal, podendo se utilizar então da insignificância. Para ser mais exato, para ocorrer a tipicidade a conduta deve estar prescrita na lei (BITTENCOURT, 2020).

2.2 PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA RELACIONADO COM A INSIGNIFICÂNCIA

O limite do poder de punir do estado, ou intervenção mínima, é a medida da necessidade de salvação pública. Para que se tenha intervenção do estado, do direito penal é necessário que a conduta atinja um valor estimável a sociedade ultrapassando seu limite material, mas se colocando de maneira imprescindível, para a proteção do direito e a paz social. Sendo necessária uma interpretação do contexto histórico do momento em que se deu a situação e uma valoração da lesividade ao bem jurídico tutelado, entende-se por bem jurídico tutelado o interesse juridicamente reconhecido



(REALE,2020).

Uma conduta só pode ser considerada realmente criminosa, quando coloca em risco valores fundamentais para a sociedade, é de suma importância dar início a ideia de intervenção mínima com esse entendimento, e de que todos os princípios orientadores do Direito Penal nascem da dignidade (CAPEZ,2021).

O estado democrático de direito rege-se pela constituição e está pela dignidade da pessoa humana, a fim de preservar tais valores o direito penal se limita quando da aplicabilidade de princípios necessários para a valoração das condutas praticadas e a sua possível intervenção (REALE,2020).

Antes de se aplicar o direito penal a qualquer situação deve-se observar se outras áreas do direito não seriam capazes por si só de solucionar o problema, como por exemplo o direito civil. Pois o direito penal deve ser mínimo, ou seja, intervir o mínimo possível nas condutas da sociedade, sendo sempre aplicado de forma subsidiária (PASCHOAL,2021).

O princípio da intervenção mínima tem como objetivo afastar o excesso de intervenção do estado, vez que a lei penal deve ser considerada como *ultima ratio* para a resolução dos conflitos na sociedade, sendo então subsidiária a aplicação da lei penal, possuindo assim relação com o princípio da insignificância vez que esse afasta a tipicidade, afastando assim a atuação do Estado na conduta insignificante.

A intervenção mínima é entendida como a proibição do excesso do poder punitivo do Estado, devendo ser observado no campo de direito penal, devendo então as incriminações ocorrerem em apenas alguns bens tutelados, ou seja, de forma fragmentada, por se tratar de condutas com menor potencial ofensivo, possuindo assim a relação com o princípio da insignificância (PACELLI,2020).

Para Riazeman (2020) vivemos em uma constante busca de poder, que se exterioriza nas mais variadas fontes de aplicação do Direito penal, tendo de um lado o Estado e sua autoridade e de outro o indivíduo e sua liberdade.

O direito penal mínimo possui princípios basilares, sendo o primeiro e já comentado, subsidiariedade, se utilizando de todos os outros meios estatais. Outro princípio é o da fragmentariedade, que significa que mesmo que um bem tenha a proteção do Estado, não seria qualquer lesão a esse bem que ensejaria a intervenção Estatal e aplicação do direito penal, como exemplo para melhor entendimento é a gravidez proveniente de estupro, onde o ordenamento jurídico permite o aborto nesse caso específico, tem-se então a fragmentariedade, uma proteção penal fragmentada,



em partes (RIAZEMAN, 2020).

O princípio da ofensividade e da lesividade, assim como o princípio da insignificância estão relacionados a essa fragmentariedade, cabendo ao magistrado a análise do caso em concreto para se apurar a efetiva lesão ao bem jurídico tutelado e a intervenção ou não do Estado (PASCHOAL, 2015).

2.3 POSIÇÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO QUE DIZ RESPEITO A REINCIDÊNCIA

Ao se referir a reincidência é comum ter o pensamento de que se o sujeito voltar a praticar o furto, mesmo que de valor insignificante este deveria ser punido, como forma de repreendê-lo e evitar que o mesmo pratique novos furtos, porém o entendimento do supremo Tribunal Federal no que se refere reincidência no aspecto da insignificância é de que o fato do réu ser reincidente não impede a aplicação do princípio da insignificância, mas deixa claro que a análise é feita em cada caso concreto, entendimento adotado pela Ministra Rosa weber (CAPEZ,2021).

O Supremo Tribunal Federal tem observado para a aplicação do princípio da insignificância e deixado claro e pacífico nos julgados que a reincidência por si só não impede a aplicação do referido princípio. Quando se diz em aplicação do princípio da insignificância a maioria dos pensamentos estão relacionados somente a subtração de pequenos objetos móveis. Mas tal princípio pode abordar muito além, como cita Raizman (2020), é considerado a insignificância para os crimes contra a ordem tributária e descaminho, quando o tributo devido for menor do que o fixado pela lei 10.522/2002 (RIAZEMAN, 2020).

São inúmeros os réus dos tribunais em que se verifica a aplicação do princípio da insignificância diante das mais corriqueiras situações do dia a dia da sociedade, é importante frisar que em todos os casos são analisados os vetores, ou seja os requisitos para que se aplique referido princípio.

2.3 ENTENDIMENTOS DOS TRIBUNAIS SUPERIORES A CERCA DO PRINCIPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

O princípio da insignificância por muitas é visto como um empecilho a segurança jurídica, por se ter a dificuldade de estabelecer o que é insignificante ou não, sendo dessa forma um conceito amplo. O Supremo Tribunal Federal tem entendido as condutas de menor ou de nenhum potencial ofensivo, chamadas bagatelas, aplicando o princípio da insignificância por não lesividade ao bem jurídico



tutelado. Firmando em jurisprudências os requisitos necessários para que tal conduta seja considerada atípica aplicando o princípio da insignificância (RIAZEMAN, 2020).

Já é pacífico o entendimento de que a análise deve se levar em consideração todos os requisitos e de acordo com cada caso em concreto, não podendo de forma alguma se deixar confundir as condutas de bagatelas, com os crimes de menor potencial ofensivo. O furto por exemplo não é considerado uma bagatela, mas a subtração de algo insignificante como uma bala por exemplo sim, ou seja, a conduta se encaixa na tipicidade formal, conforme a letra da lei, mas não se enquadra por afastar a tipicidade material (CAPEZ, 2021).

Diante do exposto, temos vários julgados do Supremo Tribunal Federal em relação a condutas consideradas pelo Tribunal como insignificantes, como o exemplo elencado por Capez (2021), o HC 138/697 MG, que julgou insignificante a conduta de subtrair um aparelho celular avaliado em R\$90,00, considerando a inofensiva lesão ao bem jurídico e a desproporcionalidade da lei ao caso específico.

No enunciado 589 do STJ, traz a impossibilidade de aplicação do princípio aos crimes praticados contra a mulher no âmbito doméstico, neste mesmo sentido a sumula 599 exclui a insignificância no âmbito da administração pública.

Em um outro caso observa-se a aplicação do princípio da insignificância no caso em que se encontra munição em pequena quantidade desacompanhada de armamento, visto que a munição por si só não causaria uma lesão ao bem jurídico afastando a tipicidade material. Vejamos a decisão:

Penal e processo penal. Habeas corpus substitutivo de recurso próprio. Pedido de reconsideração recebido como agravo regimental. Paciente condenado por tráfico de drogas e porte ilegal de munições em concurso material. Ordem concedida de ofício para absolvê-lo da imputação prevista no art. 14, caput, da lei n. 10.826/2003. Crime de perigo abstrato. Aplicação do princípio da insignificância. Possibilidade. Pequena quantidade de munição desacompanhada de arma. Precedentes do stf e do stj. Entendimento que não pode levar à proteção deficiente do bem jurídico tutelado. Necessidade de análise do caso concreto e das condições pessoais do agente. Inexpressividade da lesão. Agravo regimental desprovido. – o delito de porte ilegal de munição de uso permitido é considerado crime de perigo abstrato, prescindindo da análise relativa à lesividade concreta da conduta, haja vista serem a segurança pública, a paz social e a incolumidade pública os objetos jurídicos tutelados. Desse modo, o porte de munição, mesmo que desacompanhado de arma de fogo ou da comprovação pericial do potencial ofensivo do artefato, é suficiente para ocasionar lesão aos referidos bens. – passou-se a admitir, no entanto, a incidência do [princípio da insignificância](#) quando se tratar de posse de pequena quantidade de munição, desacompanhada de armamento capaz de deflagrá-la, uma vez que ambas as circunstâncias conjugadas denotam a inexpressividade da lesão jurídica provocada. Precedentes do stf e do stj. – a situação em apreço apresenta a nota de excepcionalidade que autoriza a incidência do referido princípio, porquanto apreendidos oito cartuchos calibre .38, desacompanhados de arma



de fogo, ainda que no contexto de tráfico ilícito de entorpecentes, porquanto trata-se de paciente primário e de bons antecedentes, cuja dedicação às atividades criminosas – a qual justificou a negativa de incidência do tráfico privilegiado na fração máxima legal -, somente foi reconhecida, em virtude de ele possuir somente uma passagem pela vara da infância e da juventude (proc. N. 0002891-76.2014.8.26.0495), razão pela qual lhe foi aplicada uma medida socioeducativa de prestação de serviços à comunidade, cuja execução foi julgada extinta por sentença proferida em 15/10/2015 (e-stj, fl. 149). – nesses termos, entendo ser cabível a flexibilização do entendimento consolidado nesta corte de justiça para o reconhecimento do princípio da insignificância, ante as particularidades do caso concreto e das condições pessoais do paciente. – agravo regimental desprovido. (agrg no hc 534.279/sp, rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, quinta turma, julgado em 05/05/2020, dje 11/05/2020)

Com a análise da decisão acima é possível compreender de uma forma mais clara como cada caso em concreto é analisado e colocado frente aos requisitos de aplicabilidade do princípio, não sendo aplicado de forma genérica como alguns costumam pensar.

2.4 CASOS DE NÃO APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

Ainda que, o princípio da insignificância possa ser aplicado em qualquer infração penal, os Tribunais Superiores afastam a possibilidade de aplicabilidade nos casos de crimes quem envolvam violência contra a pessoa, como é o caso do crime de roubo, independente do valor do objeto subtraído, como afirma o Ministro Arnaldo Lima:

Penal. Recurso especial. Roubo circunstanciado. Aplicação do princípio da insignificância. Impossibilidade. Precedentes do STF e STJ. Recurso especial provido. 1. Em crimes praticados mediante violência ou grave ameaça a vítima, como ocorre no roubo, não há falar em aplicação do princípio da insignificância, não obstante o ínfimo valor da coisa subtraída. Precedentes do STF e do STJ. 2. Recurso especial provido para restabelecer a sentença. (BRASIL, STJ. RESP 1.159.735/MG, Rel. Arnaldo Esteves Lima, 2010).

Também não se admite referido princípio nos delitos previstos na lei de drogas conforme entendimento da Ministra Maria Thereza de Assis Moura:

De início, no tocante a aplicação do princípio da insignificância ao crime de tráfico, já decidiu essa corte não ser possível, porquanto trata-se de delito, de perigo abstrato, contra a saúde pública, daí porque a pequena quantidade de droga apreendida não se reveste de motivo bastante para a não incriminação. (BRASIL, STJ. HC 155.391/ES, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 2010).

Da mesma forma, é inaplicável o princípio em crimes contra a administração pública, (BRASIL, STJ. RESP 1.062.533/RS, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, 2009), traduzindo a seriedade e relevância do patrimônio público mesmo em delitos de menor potencial ofensivo.



CONCLUSÃO

É possível concluir que o princípio da insignificância foi inserido no Brasil de maneira equivocada quando comparado a aplicabilidade do princípio, mas com as diversas adaptações durante o decorrer do tempo se tornou um princípio muito comum e por várias vezes debatido. No que se refere a sua aplicabilidade e requisitos, não sendo considerado tão errônea a forma de atribuir o princípio do Brasil, pois por mais que não se encaixe exatamente como a aplicação dada citada por Claus Roxin, foi a partir dela que o princípio da insignificância foi se aperfeiçoando no Brasil e sofrendo inúmeras adaptações necessárias.

É importante entender a princípio, que a intervenção do Estado no âmbito do Direito penal deve ser mínima no estado democrático de direito, devendo ser utilizada de forma subsidiária e fragmentada, e então se relacionando com a chamada insignificância da conduta.

A análise do princípio da insignificância deve ser realizada minuciosamente a fim de afastar a tipicidade material do caso em concreto, vez que presente a tipicidade formal, ou seja, adequação do fato a lei, se afasta a tipicidade material no sentido de a conduta ser tão insignificante que não causou um dano grave a vítima, neste sentido foi colocado no decorrer do trabalho jurisprudências a esse respeito, sendo pacífico o entendimento dos tribunais, quanto a aplicação do mencionado princípio.

Vale ressaltar que a aplicabilidade de tal princípio não é, ou não deve ser, generalizada, é necessário a observância dos requisitos, dos quatro vetores, inclusive o caso de reincidência que deve ser analisado cada caso em concreto. Além disso há casos em que é regulamentado através das diversas decisões dos Tribunais casos em que é considerado incabível a aplicação do princípio da insignificância, como é o caso dos delitos contra a administração pública, por menor ofensividade que apresenta, a fim de exaltar a relevância do patrimônio, em delitos previstos na lei de drogas, e em crimes que envolvam violência contra a pessoa, como o crime de roubo, em delitos praticados por militares, por ofender a hierarquia e a disciplina das instituições, sendo assim é possível considerar que há sim exceções quando se fala na aplicabilidade do princípio.

O objetivo do chamado princípio de insignificância no Brasil é claro, afastar o excesso de punição quando se trata de coisas de menor valor, de condutas menos lesivas, mas não é aplicável a tudo e a todos como erroneamente buscam. É fazer valer o chamado Direito Penal Mínimo, quando de fato o grau de lesividade não for



considerável e afastar a tipicidade.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, C. R. **Tratado de direito penal 1 - parte geral**. [Digite o Local da Editora]: Editora Saraiva, 2020. 9788553616985. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553616985/>. Acesso em: 2021 set. 14.

Bitencourt, Cesar Roberti. **Tratado de Direito Penal – parte geral**, 26. Ed. São Paulo, Saraiva, 2020, v. 1.

Capez, F. *Curso de direito penal v 1 - parte geral*. [Digite o Local da Editora]: Editora Saraiva, 2020. 9788553619184. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553619184/>. Acesso em: 2021 set. 14.

Castro, de Alexander. **O princípio da insignificância e suas vicissitudes entre Alemanha e Brasil: análise de um caso de inadvertida criatividade jurídica (1964-2016)** *Rev. Fac. Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 74, pp. 39-64, jan./jun. 2019 Paschoal, Janaina Conceição.

ConJur - Princípio da insignificância se aplica mesmo em caso de reincidência stf-hc-rosa-weber-insignificancia.pdf (conjur.com.br) (Acesso em set. 14 2021).

Direito penal: **Parte Geral / Janaina Conceição Paschoal**. – 2. ed. – Barueri, SP: Manole, 2015.

Fundamentos de direito penal / Miguel Reale Júnior. – 5. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

GRECO, Rogério. **Direito Penal Estruturado**: Grupo GEN, 2019. 9788530985875. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530985875/>. Acesso em: 2021 set. 14.

Jesus, D. D.; Estefam, A. **Direito Penal 1 - parte geral**. Editora Saraiva, 2020. 9788553619849. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553619849/>. Acesso em: 2021 set. 14.

Manual de Direito Penal/ Guilherme de Souza Nucci. – 17. Ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2021

Manual de Direito Penal: parte geral/ Eugênio Pacelli, André Callegari. – 6. Ed./ São Paulo: Atlas, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal - Parte Geral - Vol. 1**. Grupo GEN, 2021. P.322 9788530993658. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530993658/>. Acesso em: 2021 set. 14.



PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro - Volume Único**. [Digite o Local da Editora]: Grupo GEN, 2021. 9788530994136. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530994136/>. Acesso em: 2021 set. 14.

REALE Jr., Miguel. **Fundamentos de Direito Penal**. Grupo GEN, 2020. 9788530991609. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530991609/>. Acesso em: 2021 set. 14.

STF, 2a T., HC 96.852, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 1o-2-2011; HC 136.958/RS, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 4-4-2017 (nos termos da jurisprudência deste Tribunal, **o princípio da insignificância deve ser aplicado ao delito de descaminho quando o valor sonegado for inferior ao estabelecido no art. 20 da Lei n. 10.522/2002**, atualizada pelas Portarias n. 75/2012 e n. 130/2012 do Ministério da Fazenda).

Gonçalves, V.E. R. **CURSO DE DIREITO PENAL V 1**. Editora Saraiva, 2021. 9786555595666. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555595666/>. Acesso em: 2021 set. 15.

Raizman, D. **Manual de Direito Penal - parte geral**.: Editora Saraiva, 2019. 9788553611379. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553611379/>. Acesso em: 2021 set. 15.

STJ: é aplicável o princípio da insignificância quando há pequena...
(canalcienciascriminais.com.br) ACESSO EM Set.15.2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processo: Recurso Especial 1.062.533/RS. Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima. Diário De Justiça Eletrônico, Brasília, 09 mar. 2009. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=200901960288&b=ACOR>. Acesso em: 2021 set. 19.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processo: Habeas Corpus 155391/ES 2009/02348819. Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura (1131). Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200902348819&dt_publicacao=27/09/2010. Acesso em: 2021 set. 19.



RECONHECIMENTO PESSOAL POR FOTOGRAFIA E AS FALSAS MEMÓRIAS

Andressa Paula de Andrade⁹²

Wesley Crystian Santos de Oliveira⁹³

RESUMO: O presente artigo analisa a influência das falsas memórias no reconhecimento pessoal por fotografias e seus impactos na produção de prova no processo penal. O reconhecimento de pessoas é uma prova muito frequente no processo penal, mas comumente realizado de forma pouco rigorosa, o que pode levar à condenação de inocentes. Ainda tem por objetivo esclarecer os procedimentos que devem, ou ao menos deveriam, serem adotados nos reconhecimentos por fotografias dos possíveis autores dos delitos, evitando um induzimento por meras características físicas, étnicas ou sociais com a finalidade de evitar a condenação de pessoas inocentes. Após análise de revisão bibliográfica pôde-se concluir que o reconhecimento pessoal por meio de fotografias não está previsto em lei, integrando o rol das provas inominadas e sua utilização deveria ser o último recurso do reconhecimento, pois apresenta várias particularidades no tocante as formas de apresentações das fotografias, impossibilidade de alteração dos vários suspeitos como vestimentas, cor dos cabelos, barbas, entre outras. As falsas memórias são formadas por recordações de situações que na verdade nunca ocorreram, podem ser geradas por imprecisões, novas informações ambíguas ou erradas, podem ser por processos internos ou externos. Esses erros por falsas memórias em reconhecimentos utilizados como prova em processos criminais podem gerar consequências decisivas na vida dos indivíduos, como uma condenação de uma pessoa inocente. Empregou-se o método teórico bibliográfico, consistente na análise de obras e artigos científicos que versam sobre o tema.

PALAVRAS-CHAVE: Reconhecimento. processo penal. falsas memórias.

ABSTRACT: This article analyzes the influence of false memories on personal recognition through photographs and their impact on the production of evidence in criminal proceedings. Recognition of persons is a very common test in criminal proceedings, but it is commonly performed in a less rigorous way, which can lead to the conviction of innocent people. It also aims to clarify the procedures that should, or at least should, be adopted in the recognition of photographs of possible perpetrators of crimes, avoiding an inducement due to mere physical, ethnic or social characteristics in order to avoid the conviction of innocent people. After analyzing a literature review, it was concluded that personal recognition through photographs is not provided for by law, integrating the list of unnamed evidence and its use should be the last resort for recognition, as it has several particularities regarding the forms of presentations from the photographs, the impossibility of altering the various suspects such as clothing, hair color, beards, among others. False memories are formed by memories of situations that never actually occurred, they can be generated by inaccuracies, new ambiguous or wrong information, they can be by internal or external processes. These errors due to false memories in recognitions used as evidence in criminal proceedings can generate decisive consequences in the lives of individuals, such as the conviction of an innocent person. The bibliographic theoretical method was used, consisting in the analysis of scientific works and articles that deal with the subject.

KEYWORDS: Recognition. criminal proceedings. false memories.

⁹² Doutoranda e Mestra em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Especialista em Ciências Penais e bacharela em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (UEM). Docente do curso de Direito da UNIFATECIE e da UNINGÁ. Advogada. Recebeu a Menção Honrosa na categoria Trabalhos Acadêmicos do 6º Prêmio AMAERJ Patrícia Acioli de Direitos Humanos no ano de 2017.

⁹³ Aluno do curso de graduação em Direito da UNIFATECIE e pós-graduado em Direito Militar pela UNINA. Endereço eletrônico: wesley_crystian@hotmail.com



1 INTRODUÇÃO

A utilização de fotografias em sede policial é popularizada pelos filmes, séries e novelas. São álbuns fotográficos prontos, com as fotos de vários rostos de pessoas que cometeram algum ilícito algum dia, ou encaminhados as delegacias para averiguações.

Porém, cabe salientar, que o reconhecimento fotográfico não está previsto em lei, pois o reconhecimento elencado no art. 226 do Código de Processo Penal é o reconhecimento pessoal de forma presencial. Pode-se dizer que o reconhecimento por meio de fotografias é elencado como prova inominada no processo penal.

A importância de seu estudo consiste na análise da fiel observância dos procedimentos para a realização do reconhecimento pessoal e fotográfico previsto no art. 226 do Código de Processo Penal com finalidade de uma garantia mínima para o acusado ou suspeito.

O reconhecimento depende excessivamente da memória da testemunha. o testemunho constitui-se nas lembranças que a pessoa conseguiu registrar e resgatar sobre os fatos que ocorreram e o reconhecimento de seus personagens. Quanto mais rica de detalhadas forem as lembranças melhor será o testemunho e maior a capacidade de realizar um reconhecimento da pessoa correta. A memória humana não funciona como uma máquina ela é frágil, manipulável e traiçoeira.

O estado psicológico e a velocidade das informações apresentadas as testemunhas fazem com que a memória não processe todas as informações corretamente e por sofrerem influências internas e/ou externas acabam apresentando as chamadas “Falsas memórias”.

As falsas memórias diferenciam-se das mentiras, pois as mentiras são atos conscientes onde as pessoas tem noção da sua criação e manipulação. Já nas falsas memórias a pessoa crê honestamente e fielmente naquilo que está relatando pois fora influenciada por processos internos ou externos.

A escolha do tema tem como objetivos aumentar os cuidados referente a sua fiel observância procedimental em acordo com as formalidades e não como “mera recomendação” do art. 226 do Código de Processo Penal. Divulgar as influências das falsas memórias na criação das provas pelas modalidades de reconhecimento pessoal e fotográfico, instruindo as partes do processo da implicação desses acontecimentos nas decretações de prisões por reconhecimentos equivocados.

Para o presente estudo empregou-se método teórico bibliográfico, consistente



na análise de obras e artigos científicos que versam sobre o tema.

2 Das provas no processo penal

O Processo Penal é um instrumento de reconstrução aproximativa de um determinado fato histórico. É por meio das reconstruções dos fatos que se propicia o conhecimento ao julgador, sendo através das provas que o processo pretende criar para que o juiz exerça sua atividade recognitiva.⁹⁴

Prova, segundo Capez (2021, p.143):

É o conjunto de atos praticados pelas partes, pelo juiz (CPP, arts. 156, I e II, 209 e 234) e por terceiros (p. ex., peritos), destinados a levar ao magistrado a convicção acerca da existência ou inexistência de um fato, da falsidade ou veracidade de uma afirmação. Trata-se, portanto, de todo e qualquer meio de percepção empregado pelo homem com a finalidade de comprovar a verdade de uma alegação.⁹⁵

A prova tem por finalidade convencer o juiz. Formar a convicção do julgador sobre os fatos que são apresentados pelas partes no processo, para que então ao final ele possa julgar a causa.⁹⁶

Conforme art. 155 do CPP:

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.⁹⁷

Existem vários sistemas de apreciação da prova, porém, o direito processual penal brasileiro, acolhe o sistema da livre convicção, ou sistema do livre convencimento motivado.

Para Nucci (2021, p. 452), o livre convencimento motivado é:

Permissão dada ao juiz para decidir a causa de acordo com seu livre convencimento, devendo, no entanto, cuidar de fundamentá-lo, nos autos, buscando persuadir as partes e a comunidade em abstrato.⁹⁸

⁹⁴ JUNIOR, Aury Celso Lima L. *Direito Processual Penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 153.

⁹⁵ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 28. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 143.

⁹⁶ Andreucci, Ricardo Antonio. *Curso básico de processo penal*. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 2015. p. 117.

⁹⁷ BRASIL, **Código de Processo Penal**. Brasília: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 05.09.2021.

⁹⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 452.



O juiz retira das provas produzidas por meios legais no processo a sua convicção, sem inserir depoimentos pessoais ou ideias.

Os meios de prova são todos os recursos, diretos ou indiretos, aplicados para se obter a verdade dos fatos que se busca no processo.⁹⁹

Os meios de prova admitidos pelo direito brasileiro estão relacionados nos artigos 158 a 250 do Código de Processo Penal, sendo eles os indícios, o exame pericial, o interrogatório, a confissão, o reconhecimento de pessoas e coisas, as declarações do ofendido, a inquirição de testemunhas e os documentos. Não havendo menção expressa ao reconhecimento fotográfico.

A doutrina e a jurisprudência são pacificadas em admitir que são meramente exemplificativos os meios de prova elencados no Código de Processo Penal, tendo-se a plena possibilidade de produção de outras provas distintas das constantes no código (meios de prova inominados).¹⁰⁰

3 Reconhecimento de pessoas e coisas

Reconhecimento é “o resultado de um juízo de identidade entre uma percepção presente e uma passada. Reconhece-se uma pessoa ou uma coisa quando, vendo-a, se recorda havê-la visto anteriormente”.¹⁰¹ Pode ocorrer tanto na fase pré-processual quanto em fase processual.

De acordo com o art. 6º, inciso VI do Código de Processo Penal, é dever da autoridade policial proceder o reconhecimento:

Art. 6º Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá:
VI - proceder a reconhecimento de pessoas e coisas e a acareações;¹⁰²

O reconhecimento é tido como meio de prova cuja forma de produção está estritamente definida, tendo sua previsão legal nos artigos 226 e parágrafos a 228 do Código de Processo Penal.

Conforme o art. 226 do CPP, as regras para o reconhecimento formal de pessoas são:

⁹⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 441.

¹⁰⁰ CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 27. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 156.

¹⁰¹ Psicologia judiciária, v. 1, p. 386.

¹⁰² BRASIL, **Código de Processo Penal**. Brasília: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 05 set. 2021.



Art. 226. Quando houver necessidade de fazer-se o reconhecimento de pessoa, proceder-se-á pela seguinte forma:

I - a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever a pessoa que deva ser reconhecida;

II - a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la;

III - se houver razão para recear que a pessoa chamada para o reconhecimento, por efeito de intimidação ou outra influência, não diga a verdade em face da pessoa que deve ser reconhecida, a autoridade providenciará para que esta não veja aquela;

IV - do ato de reconhecimento lavrar-se-á auto pormenorizado, subscrito pela autoridade, pela pessoa chamada para proceder ao reconhecimento e por duas testemunhas presenciais.

Parágrafo único. O disposto no nº III deste artigo não terá aplicação na fase da instrução criminal ou em plenário de julgamento.¹⁰³

Conforme ensinamentos de Nucci (2021, p. 548) “não se trata de um procedimento qualquer, a realizar-se conforme a arbitrária vontade do juiz ou da autoridade policial.”¹⁰⁴ A pessoa que fará o reconhecimento será convidada a descrever a pessoa a ser reconhecida, com o máximo de estereótipos analisados e memorizados por ela que forem possíveis. É uma fase importante para a análise do julgador a fim de verificar se o reconhecedor tem a mínima fixidez para proceder o reconhecimento, ou seja, guarda o núcleo central da imagem da pessoa que pretende identificar.¹⁰⁵

A próxima fase do reconhecimento é onde coloca-se a pessoa, cujo reconhecimento se pretende, ao lado de outras pessoas que com ela tenham semelhanças, convidando quem tenha que fazer o reconhecimento a aponta-la.¹⁰⁶

Essa fase se torna delicada, a começar pela expressão “se possível” descrita no art. 226, II, CPP, como “mera recomendação” de que se coloquem pessoas que guardem qualquer semelhança com a pessoa a ser reconhecida e não uma

¹⁰³ BRASIL, **Código de Processo Penal**. Brasília: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 05 set. 2021.

¹⁰⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 548.

¹⁰⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 548.

¹⁰⁶ BRASIL, **Código de Processo Penal**. Brasília: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 05 set. 2021.



obrigatoriedade. Para Aury Lopes Junior (2021, p. 215), a observância do inciso II do art. 226, “trata-se de uma prova cuja forma de produção está estritamente definida e, partindo da premissa de que – em matéria processual penal – forma é garantia, não há espaço para informalidades judiciais.”¹⁰⁷ A pessoa que irá fazer o reconhecimento usará o processo de comparação para buscar na memória a imagem da pessoa a quem ela viu cometendo o ilícito.

O Código de Processo Penal é omissivo no quesito número de pessoas necessárias para realizar o reconhecimento, porém a doutrina recomenda que o número não seja inferior a 5 pessoas para maior credibilidade do ato e menor probabilidade de erro.¹⁰⁸

A mera “recomendação procedimental” nas semelhanças físicas entre as pessoas que irão compor os reconhecimentos pode criar um cenário de elevado nível de indução a determinadas pessoas, uma das possibilidades de indução seria gerada pelo racismo. Motivo pelo qual, tanto em fase pré-processual quanto em fase processual, as autoridades encarregadas pelo reconhecimento devem se atentar para uma formação de reconhecimento com pessoas de características físicas similares como cor da pele, cor do cabelo, estatura, porte físico, entre outras características. As vestimentas também deverão ser observadas para que não ocorram contrastes absurdos entre os participantes.¹⁰⁹

Como etapa final, conforme inciso IV do art. 226 do CPP, lavra-se o auto pormenorizado sobre o reconhecimento por escrito, relatando as reações, observações e manifestações da pessoa que esteja fazendo o reconhecimento como forma de análise para que se chegue a conclusão de autoria ou não da pessoa reconhecida. O auto deverá ser assinado pelo reconhecedor, autoridade policial e por duas testemunhas que presenciaram o ato de reconhecimento, podendo essas testemunhas serem chamadas a depor em juízo para confirmar as informações contidas no auto.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem entendido que, tanto o reconhecimento pessoal realizado em desacordo com o constante no art. 226 do CPP, quanto o reconhecimento fotográfico configuram prova insuficiente para a

¹⁰⁷ JUNIOR, Aury Celso Lima L. *Direito Processual Penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 215.

¹⁰⁸ JUNIOR, Aury Celso Lima L. *Direito Processual Penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 215.

¹⁰⁹ JUNIOR, Aury Celso Lima L. *Direito Processual Penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 215.



condenação, portanto é imprescindível a sua confirmação por outras provas.¹¹⁰

Conforme ementa do HC 652.284 – SC:

Habeas corpus substitutivo de recurso próprio. roubo. Reconhecimento fotográfico e pessoal realizados em sede policial. Inobservância do procedimento previsto no art. 226 do CPP. Invalidez da prova. Mudança de entendimento jurisprudencial sobre o tema. Autoria estabelecida unicamente com base em reconhecimento efetuado pela vítima. absolvição. Habeas corpus concedido, de ofício. (STJ – HC: 652284 SC 2021/0076934-3, Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Data de Julgamento: 27/04/2021, T5 – Quinta Turma, Data de Publicação: DJe 03/05/2021)¹¹¹

Os entendimentos anteriores do STJ eram de que as formas contidas no art. 226 do CPP configurariam recomendação legal e não uma exigência procedimental, não configurando nulidade quando ato processual diverso da forma prevista em lei era praticado. Reconheciam-se ainda o reconhecimento fotográfico em sede policial, desde que tivesse sido ratificado em juízo, a constituição de meio idôneo de prova para fundamentação de uma condenação.

Porém, os julgamentos recentes do STJ estão concluindo que o reconhecimento presencial ou fotográfico não constitui evidência segura da autoria delitiva por motivos de falibilidade da memória humana podendo gerar falsas memórias, entre outros.

4 Reconhecimento Fotográfico

Os procedimentos elencados no art. 226 do Código de Processo Penal expressam que o reconhecimento de pessoas é efetuado de forma presencial. Sendo assim, o reconhecimento fotográfico surge como uma das provas inominadas.¹¹²

Esse tipo de reconhecimento tem sido admitido como prova, porém, verifica-se a necessidade de que seja observado os dispostos nos incisos I, II e IV do art. 226

¹¹⁰ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 28. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 176.

¹¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5 Turma). **Habeas-corpus nº 652.284 – SC**. Habeas corpus substitutivo de recurso próprio. roubo. Reconhecimento fotográfico e pessoal realizados em sede policial. Inobservância do procedimento previsto no art. 226 do CPP. Invalidez da prova. Mudança de entendimento jurisprudencial sobre o tema. Autoria estabelecida unicamente com base em reconhecimento efetuado pela vítima. absolvição. Habeas corpus concedido, de ofício. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, 27 de abril de 2021. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=125129142&num_registro=202100769343&data=20210503&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 16.09.2021.

¹¹² CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 27. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 477.



do CPP para que o processo de reconhecimento seja o mais confiável possível.¹¹³

No entanto, uma questão pouco exposta vem à tona. Como realizar esse reconhecimento fotográfico seguindo os dispostos nos incisos do art. 226 do CPP, já que os “álbuns fotográficos” das delegacias ou dos celulares dos policiais que investigam os casos estão impossibilitados de fazer alterações das características físicas, vestimentas, ou em outras posições. Outra problemática seria a aquisição de fotos de pessoas com maiores características possíveis com o suspeito, terem o mesmo tom de pele, todos com barba ou sem barba, os mesmos tipos de vestimenta e coloração aproximada.

São vários os desafios de um reconhecimento fotográfico quando observados os procedimentos dispostos nos incisos do art. 226 do CPP, porém necessários, tendo em vista que a mente humana tem suas particularidades e a prova por reconhecimento que a justiça irá dispor emana de uma memória, ou seja, das lembranças armazenadas pela testemunha.

Porém, o nosso ordenamento jurídico não leva em conta a relatividade do percebido, curva de esquecimento, pseudorrecorências, sugestionabilidade, falsas memórias.¹¹⁴

Conforme julgado pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), em 27 de outubro de 2020, HC 598.886-SC, onde concedera habeas corpus para absolver o paciente acusado pelo crime de roubo, tendo como base o reconhecimento fotográfico de pessoa, a decisão foi guiada, em alguns aspectos, por princípios científicos estudados pela psicologia do testemunho e possíveis falsos reconhecimentos.

Conforme ementa do referido HC:

HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO DE PESSOA REALIZADO NA FASE DO INQUÉRITO POLICIAL. INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 226 DO CPP. PROVA INVÁLIDA COMO FUNDAMENTO PARA A CONDENAÇÃO. RIGOR PROBATÓRIO. NECESSIDADE PARA EVITAR ERROS JUDICIÁRIOS. PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. O reconhecimento de pessoa, presencialmente ou por fotografia, realizado na fase do inquérito policial, apenas é apto, para identificar o réu e fixar a autoria

¹¹³ JUNIOR, Aury Celso Lima L. *Direito Processual Penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 216.

¹¹⁴ ÁVILA, Gustavo Noronha de; LAZARETTI, Bruna Furini; AMARAL, Mariana Moreno do. **Do campo das falsas memórias às falsas memórias do campo: impressões obtidas através do acompanhamento de oitivas policiais na região metropolitana de porto alegre**. Revista de Estudos Empíricos em Direito. Brazilian Journal of Empirical Legal Studies. vol. 5, n. 3, dez 2018, p. 96.



delitiva, quando observadas as formalidades previstas no art. 226 do Código de Processo Penal e quando corroborado por outras provas colhidas na fase judicial, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa. 2. Segundo estudos da Psicologia moderna, são comuns as falhas e os equívocos que podem advir da memória humana e da capacidade de armazenamento de informações. Isso porque a memória pode, ao longo do tempo, se fragmentar e, por fim, se tornar inacessível para a reconstrução do fato. O valor probatório do reconhecimento, portanto, possui considerável grau de subjetivismo, a potencializar falhas e distorções do ato e, conseqüentemente, causar erros judiciais de efeitos deletérios e muitas vezes irreversíveis.[...] (STJ – HC:598886 SC 2020/0179682-3, Relator: Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Data de Julgamento: 27/10/2020, T6 – SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 18/12/2020)¹¹⁵

A decisão do STJ nos afirma que o reconhecimento pessoal ou por fotografia, sendo único meio de prova, não é válido, devendo ser complementado com outros meios de prova colhidas em fase judicial. Salienta-se ainda a necessidade de ambas observarem as formalidades contidas no art. 226 do CPP.

5 Falsas memórias

Para sabermos o que são “falsas memórias” devemos primeiramente entender o que vem a ser a memória.

Segundo Izquierdo (2018, p. 1) o conceito de memória é:

“Memória” significa aquisição, formação, conservação e evocação de informações. A aquisição é também chamada de aprendizado ou aprendizagem: só se “grava” aquilo que foi aprendido. A evocação é também chamada de recordação, lembrança, recuperação. Só lembramos aquilo que gravamos, aquilo que foi aprendido.¹¹⁶

As memórias são compostas por células nervosas (neurônios) que se armazenam em redes e são recuperadas por essas mesmas redes de neurônios. Elas são articuladas pelas emoções, pelo nível de consciência e pelo estado de ânimo. A memória humana possui algumas deformações, ela descarta o que é banal, comum, corriqueiro e, às vezes, incorpora fatos irreais.¹¹⁷

¹¹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). **Habeas-corpus nº 598.886 – SC**. Habeas corpus. roubo majorado. Reconhecimento fotográfico de pessoa realizado na fase do inquérito policial. Inobservância do procedimento previsto no art. 226 do CPP. Prova inválida como fundamento para a condenação. Rigor probatório. Necessidade para evitar erros judiciais. Participação de menor importância. Não ocorrência. Ordem parcialmente concedida. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz, 27 de outubro de 2020. Brasília, 27 de outubro de 2020. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=202001796823&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>

¹¹⁶ IZQUIERDO, Ivan. Memória. 3. ed. Porto Alegre: Artmed, 2018. p. 1.

¹¹⁷ IZQUIERDO, Ivan. Memória. 3. ed. Porto Alegre: Artmed, 2018. p. 8.



No entanto, as falsas memórias são constituídas por recordações de situações que na verdade nunca ocorreram. As interpretações de maneiras errôneas sobre determinado acontecimento podem ocasionar as formações das falsas memórias.¹¹⁸

Elas podem ser formadas por diversos fatores, acontecimentos passados na vida da pessoa como imprecisões na percepção, novas informações ambíguas ou erradas, erros de atribuição e emoções. Também podem ser geradas fruto de processos internos ou a partir de processos externos, de forma acidental ou construída, de uma informação falsa.¹¹⁹

As falsas memórias são classificadas conforme a sua origem do processo de falsificação da memória, sendo denominadas de espontâneas ou sugeridas. De acordo com Stein (2010, p. 25) “as falsas memórias espontâneas são resultantes de distorções endógenas, autossugeridas, ocorrem quando a lembrança é alterada internamente sem uma interferência de uma fonte externa”. Por outro viés, falsas memórias sugeridas são aquelas que ocorrem de sugestões de falsas informações externas ao sujeito, pode ocorrer de forma acidental quanto de forma deliberada, com o intuito de prejudicar a memória.¹²⁰

As implicações dos estudos sobre falsa memórias se dão nas consequências decisivas que elas podem apresentar na vida dos indivíduos, assim como a literatura nos ensina em Stein (2010):

“A mesma memória que é responsável pela nossa qualidade de vida, uma vez que é a partir dela que nos constituímos como indivíduos, sabemos nossa história, reconhecemos nossos amigos, apresenta erros e distorções que podem mudar o curso de nossas ações e reações, e até mesmo ter implicações sobre a vida de outras pessoas.”¹²¹

A mesma literatura nos exemplifica com um caso real, onde ao apresentarem

¹¹⁸ ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Falsas memórias e sistema penal: a prova testemunhal em xeque**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 104.

¹¹⁹ ÁVILA, Gustavo Noronha de; LAZARETTI, Bruna Furini; AMARAL, Mariana Moreno do. **Do campo das falsas memórias às falsas memórias do campo: impressões obtidas através do acompanhamento de oitivas policiais na região metropolitana de porto alegre**. Revista de Estudos Empíricos em Direito. Brazilian Journal of Empirical Legal Studies. vol. 5, n. 3, dez 2018, p. 97.

¹²⁰ STEIN, Lilian Milnitsky et al. **Falsas memórias: Fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: Artmed, 2010. p. 26

¹²¹ STEIN, Lilian Milnitsky et al. **Falsas memórias: Fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: Artmed, 2010. p. 22.



fotografias de suspeitos para a vítima logo após o fato, mesmo não reconhecendo os suspeitos como sendo os autores do delito, mas em seu subconsciente foi criado uma falsa memória e quando realizado o reconhecimento formal na delegacia os indicados eram os mesmos das fotografias apresentadas. Porém os verdadeiros autores do delito foram presos e confessaram o ilícito meses depois (STEIN, 2010, p. 22).

“Chamado para fazer uma corrida, um taxista foi vítima de um assalto, no qual sofreu ferimentos, e foi levado ao hospital. O investigador do caso mostrou ao taxista, que ainda estava em fase de recuperação, duas fotografias de suspeitos. O taxista não reconheceu os homens apresentados nas fotos como sendo algum dos assaltantes. Passados alguns dias, quando foi à delegacia para realizar o reconhecimento dos suspeitos, ele identificou dois deles como sendo os autores do assalto. Os homens identificados positivamente eram aqueles mesmos das fotos mostradas no hospital. Os suspeitos foram presos e acusados pelo assalto. Ao ser questionado em juízo sobre seu grau de certeza de que os acusados eram mesmo os assaltantes, o taxista declarou: “eu tenho mais certeza que foram eles, do que meus filhos são meus filhos!”. Todavia, alguns meses depois, dois rapazes foram presos por assalto em uma cidade vizinha, quando interrogados, confessaram diversos delitos, incluindo o assalto ao taxista.”¹²²

As lembranças não reconstroem os fatos tais quais ocorreram em sua realidade, a memória apresenta uma síntese aproximativa do que foi percebido.¹²³

A memória humana está constantemente habilitada para desenvolver o aprendizado. Quando a testemunha/vítima reconhece um suspeito, sendo ele inocente ou culpado, a sua fisionomia passa a subscrever a lembrança do rosto original do indivíduo a ser devidamente reconhecido, pois o cérebro da pessoa que está fazendo o reconhecimento acredita estar aprendendo a fisionomia do verdadeiro autor do crime. Portanto, os próximos reconhecimentos não estarão acessando a memória original do fato, mas sim as memórias que tiveram por resultado todas as vezes em que a memória foi acessada nos reconhecimentos anteriores. Devido a esses fatos um reconhecimento formal, mesmo seguindo os ritos procedimentais

¹²² STEIN, Lilian Milnitsky et al. **Falsas memórias: Fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: Artmed, 2010. p. 22

¹²³ DI GESU, Cristina Carla. **Prova penal e falsas memórias**. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008, p. 255.



estará comprometido se a testemunha/vítima já realizou um reconhecimento informal, de forma prévia, sem os ritos processuais.¹²⁴

Ante ao exposto, comprova-se a importância dos procedimentos elencados no art. 226 do Código de Processo Penal, cujas formalidades constituem garantia mínima para quem se encontra na condição de suspeito da prática de um crime, deixando de ser uma mera recomendação procedimental evitando condenações de pessoas inocentes, haja visto quão frágil é a memória humana e sua capacidade de criação por meio de interferências internas e externas.

CONCLUSÃO:

O reconhecimento fotográfico é meio de prova amplamente aceito pela jurisprudência, inclusive pelos tribunais superiores, com a ressalva de que deve estar acompanhado de outros elementos de prova para ensejar na condenação do acusado.

No Brasil, os estudos sobre falsas memórias e suas influências ainda tem um diálogo com o ramo do direito bastante tímido. Existe a necessidade de instrução e formação, desde as áreas policiais que farão as primeiras perguntas do ocorrido as vítimas e testemunhas oculares, até os magistrados que irão analisar todas as várias fazes dos testemunhos, para que sejam capazes de não induzir por vias externas as memórias e que sejam hábeis a identificar as ocorrências das falsas memórias com a finalidade de não compactuar com a condenação de pessoas inocentes.

Existe a necessidade de treinamento especializado aos profissionais responsáveis, tanto pela condução do reconhecimento quanto, em especial, pela condução das entrevistas investigativas para coleta de depoimentos a fim da não interferência externa. As instruções às testemunhas/vítimas antes de iniciar o ato de reconhecimento diminuem as chances de um falso reconhecimento.

Nos crimes em que não existem evidências materiais uma prova consistente demanda uma entrevista que seja bem conduzida com a testemunha. Técnicas de entrevista baseadas nos conhecimentos científicos sobre o funcionamento da memória, são ferramentas importantes na coleta de informações detalhadas e fidedignas.

¹²⁴ Cecconello, William Weber; Stein, Lilian Milnistky; Ávila, Gustavo; Oronha de. Novos rumos para o reconhecimento de pessoas no Brasil? Perspectivas da Psicologia do Testemunho frente à decisão HC 598.886-SC. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. vol. 177. ano 29. p. 359-368. São Paulo: Ed. RT, mar. 2021. Disponível em: <<http://revistadostribunais.com.br/maf/app/document?stid=st-rtl& marg=DTR-2021-1978>>. Acesso em: 16.09.2021.



Nota-se uma carência de atualização de políticas públicas nacionais, à luz deste conhecimento das falsas memórias. É necessário conhecer as práticas adotadas pelo nosso sistema judiciário, coleta de depoimentos das testemunhas/vítimas, bem como os procedimentos utilizados para obtenção de reconhecimentos pessoais e fotográficos. As regras legislativas deveriam utilizar-se dos avanços científicos atualizados em relação ao reconhecimento.

É preciso amplo estudo dos preceitos científicos da psicologia do testemunho, cuja área do conhecimento visa entender os fatores que podem levar a um falso reconhecimento e quais os procedimentos podem impedir os erros de condenações de pessoas inocentes.

Não sendo possível a mudança no funcionamento da memória humana, devemos pensar em mudanças em nosso sistema de justiça que auxiliem na preservação dos meios de provas que dependam da memória, buscando uma maior efetividade da justiça e menos injustiças.

Podemos aprimorar os procedimentos utilizados para o reconhecimento de pessoas, levando em conta como a memória humana funciona, e quais procedimentos podem diminuir significativamente o risco de um falso reconhecimento.

REFERÊNCIAS:

ALTAVILLA, Enrico. **Psicologia judiciária**. 3. ed. Trad. Fernando de Miranda. Coimbra: Arménio Amado, 1981. v. 1 e 2.

Andreucci, Ricardo Antonio. **Curso básico de processo penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Falsas memórias e sistema penal: a prova testemunhal em xeque**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

ÁVILA, Gustavo Noronha de; LAZARETTI, Bruna Furini; AMARAL, Mariana Moreno do. Do campo das falsas memórias às falsas memórias do campo: impressões obtidas através do acompanhamento de oitivas policiais na região metropolitana de porto alegre. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**. Brazilian Journal of Empirical Legal Studies. vol. 5, n. 3, dez 2018, p. 93-117.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Brasília: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 05 set. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5 Turma). **Habeas-corpus nº 652.284 – SC**. Habeas corpus substitutivo de recurso próprio. roubo. Reconhecimento fotográfico e pessoal realizados em sede policial. Inobservância do procedimento previsto no art.



226 do CPP. Invalidez da prova. Mudança de entendimento jurisprudencial sobre o tema. Autoria estabelecida unicamente com base em reconhecimento efetuado pela vítima. absolvição. Habeas corpus concedido, de ofício. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, 27 de abril de 2021. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=125129142&num_registro=202100769343&data=20210503&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 16.09.2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). **Habeas-corpus nº 598.886 – SC**. Habeas corpus. roubo majorado. Reconhecimento fotográfico de pessoa realizado na fase do inquérito policial. Inobservância do procedimento previsto no art. 226 do CPP. Prova inválida como fundamento para a condenação. Rigor probatório. Necessidade para evitar erros judiciais. Participação de menor importância. Não ocorrência. Ordem parcialmente concedida. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz. Brasília, 27 de outubro de 2020. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=202001796823&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 16.09.2021.

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 27. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 28. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

Cecconello, William Weber; Stein, Lilian Milnistky; Ávila, Gustavo Noronha de. Novos rumos para o reconhecimento de pessoas no Brasil? Perspectivas da Psicologia do Testemunho frente à decisão HC 598.886-SC. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. vol. 177. ano 29. p. 359-368. São Paulo: Ed. RT, mar. 2021. Disponível em: <<http://revistadostribunais.com.br/maf/app/document?stid=st-rlq&marg=DTR-2021-1978>>. Acesso em: 16.09.2021.

DI GESU, Cristina Carla. **Prova penal e falsas memórias**. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008.

IZQUIERDO, Ivan. **Memória**. 3. ed. Porto Alegre: Artmed, 2018.

JUNIOR, Aury Celso Lima L. *Direito Processual Penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

STEIN, Lilian Milnistky; et al. **Falsas memórias: Fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: Artmed, 2010.



STALKING E A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA AS MULHERES

BEATRIZ STEPHANY ZANUELI ARNEIRO¹²⁵

RESUMO: O presente trabalho de curso visa apresentar um tema de bastante repercussão na atualidade que é a variedade de tipos de violência doméstica contra as mulheres, combinado com outro tema recém-inserido no Código Penal brasileiro que é o Stalking, conhecido como perseguição insistente a vítima, cuja a consequência a mesma é o bloqueio de sua liberdade individual, dentre tantas outras, deste modo tendo como objetivo de pesquisar ambos os assuntos e como se unem acerca das perseguições e violências cometidas contra as mesmas e quais as formas e métodos que a lei estabeleceu para que seja assegurada o seu direito ao bem violado que é sua liberdade individual em relação às repetidas ações do sujeito e quais as formas de se evitar tal ato, e analisar também como o agressor age perante a sociedade, e quais as formas de perseguição que o mesmo pode utilizar para configurar o novo tipo penal.

Palavras-chave: Stalking. Violência Doméstica. Lei Maria da Penha.

ABSTRACT: This course work aims to present a very important theme nowadays, which is the variety of types of domestic violence against women, combined with another theme recently inserted in the Brazilian Penal Code, which is stalking, known as persistent persecution of the victim, whose consequence is the blocking of her individual freedom, among many others, In this way, the objective of the research is to investigate both subjects and how they unite regarding the persecution and violence committed against them and which are the forms and methods that the law has established in order to assure their right to the violated good, which is their individual freedom, in relation to the repeated actions of the subject and which are the ways to avoid such an act, and also to analyze how the aggressor acts before society, and which forms of persecution he/she can use to configure the new.

Keywords: Stalking. Domestic Violence. Maria da Penha Law.

1. INTRODUÇÃO

Na presente situação em que vivemos na nossa sociedade se tornou comum presenciarmos mulheres em situações degradantes dentro de seu próprio lar, principalmente quando o responsável por fazer de sua casa um local seguro o transforma em um circo de horrores, é o que conhecemos como a Violência contra a Mulher, protegida pela famosa Lei Maria da Penha, cujo que deu nome à lei de proteção quase morreu em várias tentativas de homicídio de seu companheiro.

Desde o início dos tempos, mulheres são desvalorizadas quanto ao seu modo de viver, tanto quanto a sua mão de obra, se tornou comum e ao mesmo tempo normal vivenciarmos o gênero feminino não ter os privilégios que o gênero masculino, trabalhar em uma mesma função que o mesmo, mas receber uma porcentagem muito inferior ao valor que o homem recebe, ver mulheres sendo donas de casa porque seu companheiro não aceita que ela seja dona de si mesmo, o que a torna aos olhares

¹²⁵ Aluna do curso de graduação em Direito da UNIFATECIE. Endereço eletrônico: beatrizarneiro18@gmail.com



dele uma empregada, onde é necessário que ela faça tudo com perfeição, sem cometer erros e que essas mesmas coisas sejam suficientes para agrada-lo, é em casos assim que presenciamos as tantas agressões, tantas torturas de quem deveria ama-la e protege-la. A sociedade tem em seu inconsciente que a maioria das mulheres que sofrem abusos de todos os tipos de seus companheiros e seu ex's companheiros, não os relata para as autoridades competentes, e entende que muitas das vezes não o fazem por vários motivos, mas o mais comum é o medo, podemos dizer quem quase todas as mulheres que sofrem algum tipo de violência são manipuladas e chantageadas a não abrirem a boca, pois as consequências podem ver a serem piores do que os próprios ataques anteriores.

Além de que por se tratar de um tema não tão novo discutido pode-se associar a um novo tipo penal introduzido em nosso ordenamento jurídico nesse ano, o famoso Stalking, traduzindo "Perseguição insistente". A grande maioria das mulheres que sofreram ou sofrem algum tipo de violência são perseguidas por seus agressores, de tal modo que essa conduta a torne desconfortável para realizar qualquer ato de sua vida particular, a limitando de tudo inibindo-a de levar uma vida normal, a perseguição do tipo penal não envolve somente a perseguição física, ela pode ser realizada de várias maneiras, inclusive utilizando meios digitais como o ato de mandar mensagens insistentemente, fazer ligações de vários números diferentes para saber se a vítima se interessa em descobrir de quem é o mesmo, ou até mesmo divulgar informações e notícias falsas sobre a vítima, com o intuito de prejudica-la e fazer com que os que estão a sua volta comecem a ficar contra a mesma, duvidando de suas acusações quanto a pessoa do agressor e até mesmo de sua honra e boa-fama.

2. VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

Quando abordado o assunto "violência" é comum ter em mente a violência física, causado na maioria das vezes por comportamento violento de uma ou mais pessoas.

No ano de 2002 a Organização Mundial da Saúde (OMS) definiu violência como:

Uso intencional da força ou poder em uma forma de ameaça ou efetivamente, contra si mesmo, outra pessoa ou grupo ou comunidade, que ocasiona ou tem grandes probabilidades de ocasionar lesão, morte, dano psíquico, alterações do desenvolvimento ou privação (Krug et al., 2002).



Por outro lado, quando abordado o assunto “violência contra a mulher” se deve seguir uma linha cronológica para que possa ser compreendido da forma mais clara e breve possível o porquê de as mesmas possuírem tamanha vulnerabilidade em relação aos homens. Essa diferença entre o homem e a mulher foi e ainda é construída socialmente de acordo com os pensamentos e evolução da mesma, tendo como base utilizada a relação de poder, é comum ver que os homens são mais exaltados e contemplados em diversas áreas e funções simplesmente por serem do gênero masculino.

Os direitos humanos na sua proteção internacional visam à proteção igualitária de gêneros, raças, etnias entre outras, que foi marcada pela proteção geral e abstrata tendo como base uma igualdade formal, com o transcorrer do tempo, essa proteção de direitos tipificados se tornou insuficiente tratar todos com igualdade, tendo que ser modificado de modo que se possa diferenciar e especificar o sujeito de direito. Desse modo as mulheres são uma das consideradas categorias vulneráveis que foram necessárias à sua maior atenção, devendo assim ser criada uma nova forma em que para que se tenha a igualdade protegida, tenham que ser tratadas de forma desigual.

O Comitê CEDAW (Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher) de 1979 destaca que:

“A violência doméstica é uma das mais insidiosas formas de violência contra mulher. Prevalece em todas as sociedades. No âmbito das relações familiares, mulheres de todas as idades são vítimas de violência de todas as formas, incluindo o espancamento, o estupro e outras formas de abuso sexual, violência psíquica e outras, que se perpetuam por meio da tradição. A falta de independência econômica faz com que muitas mulheres permaneçam em relações violentas. (...) Estas formas de violência submetem mulheres a riscos de saúde e impedem a sua participação na vida familiar e na vida pública com base na igualdade.” (CEDAW, 1979)

Os direitos humanos das mulheres em relação a sua proteção internacional ponderam a todo o momento uma luta, um combate em relação às diversas causas buscadas pelas mesmas, lutando a todo o momento por sua igualdade e dignidade em relação aos demais gêneros.

Em 1994, foi aprovada pela OEA, a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, mais conhecida como a Convenção de Belém do Pará, o que foi um grande avanço, pois foi considerada grave violação dos direitos humanos a violência contra a mulher tanto em sua esfera pública como na privada.



No Estado brasileiro, os casos de impunidade e ineficiência contra a violência doméstica levou a uma petição conjunta de entidades CEJIL – Brasil a apresentar o caso a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (OEA) no ano de 1998, visto que o país não tomava qualquer conduta punitiva em relação às atrocidades cometidas em território nacional. Deste modo no ano de 2001, a OEA condena em o Estado brasileiro por sua inadvertência quanto ao famoso e emblemático caso de Maria da Penha que deu nome à lei que protege mulheres em situações de risco como a dela no país, dando voz a tantas outras que sofrem ou um dia sofrerão violência doméstica.

Após a condenação por parte da OEA, o Estado brasileiro precisou criar uma lei que fosse severamente mais punível para que a diminuição dos casos fosse uma realidade no país, pois não se poderiam fechar os olhos a atrocidade cometida com Maria da Penha que levou ao seu estado paraplégico, cometido por quem deveria lhe proteger, o seu próprio companheiro.

Dessa forma, podemos observar que essa violência é causada por uma herança patriarcal onde as mulheres sempre serão submissas aos homens, sejam quais forem às referências, desse modo conseqüentemente os números de violências aumentam, tendo em vista que com o passar do tempo essas mulheres sentem a necessidade de serem donas de si, de crescerem em sua determinada profissão e serem realizadas em algo que tanto almejam.

2.1. FORMAS DE VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER NA LEI MARIA DA PENHA

Na Lei 11.340/2006, conhecida como a Lei Maria da Penha, é tipificado cinco tipos de violência contra a mulher, especificamente no art. 7º, incisos I, II, III, IV e V, são elas:

A violência física expressa no inciso I, com redação:

” I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;” (LEI 11.340, 2006)

O inciso em questão é bem claro quanta sua definição, será considerado violência física qualquer ação praticada pelo agressor que venha causar ferimentos visíveis na vítima.

D'ANGELO, S.M.R.; (ORGS.), D.M.L. Violência Doméstica e a Cultura da Paz publicado no ano de 2013 expõe a história da Lei Maria da Penha contada pela



própria, onde ela relata uma das muitas violências físicas que sofreu de seu companheiro resultando na perda dos movimentos de seus membros inferiores, consequentemente deixando-a paraplégica:

Em maio de 1983, dia 29, fui atingida por um projétil de arma de fogo enquanto dormia e que me deixou paraplégica. Após quatro meses hospitalizados retornei para casa, mantida em cárcere privado e quase fui eletrocutada na hora de tomar banho. (D'ANGELO, S.M.R.; 2013)

É visível no depoimento da mesma o modo brutal em que foi violentada por quem deveria a todo custo e modo a proteger dentro de seu próprio lar, onde deveria se sentir segura.

No inciso II, se tem tipificado a violência psicológica:

II – “a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, violação de sua intimidade, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação; (Redação dada pela Lei nº 13.772, de 2018)” (LEI 11.340, 2006)

Sua definição é completa e bem clara, haverá a violência psicológica quando o agressor se utilizar de ameaças, constrangimento, manipulação, e demais atitudes que venha a causar danos morais a vítima, que a deixe desconfortável em relação a determinadas ações e que possa prejudicar seu desenvolvimento em razão da perturbação causada pelo mesmo.

Para Isadora Vier Machado em sua tese Da dor no corpo à dor na alma [tese]: uma leitura do conceito de violência psicológica da Lei Maria da Penha / Isadora Vier Machado; orientadora, Miriam Pillar Grossi; coorientadora, Mara Coelho de Souza Lago. - Florianópolis, SC, 2013. Violência psicológica é:

Sendo assim, para a chamada Lei Maria da Penha, as violências psicológicas são entendidas como todo tipo de conduta que provoque, em termos genéricos, prejuízo à saúde psicológica ou à autodeterminação; e, em termos específicos, dano emocional, diminuição da auto-estima, prejuízo ao pleno desenvolvimento, degradação ou controle. (ISADORA, p. 18, 2013)

A Lei Maria da Penha é de extrema importância na história da proteção contra as mulheres. Entretanto antes de ser legislada a Lei que protegeria as mulheres de todo o tipo de maus tratos a violência psicológica foi adicionada ao Código Penal em



1977, na lei de nº 9.455/1977 que é a Lei de Tortura, onde incluiu as violências psicológicas no conceito de tortura, embora o artigo não seja focado na proteção contra a violência doméstica ou familiar, teve grande importância na proteção contra vítimas de violências psicológicas até a criação da lei própria.

Art. 1º Constitui crime de tortura:

[...]

II – Submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo.

Pena – reclusão, de dois a oito anos. (LEI 9.455, 1977)

Pode ser denominada também como agressão emocional, trata-se de uma das formas de violência tipificada mais difícil de identificar, visto que seus danos não são visíveis a olho humano como o da violência física, desse modo fica difícil até mesmo para que a própria vítima perceba que está sendo afetada causando danos emocionais ou qualquer outra conduta que venha limitar ou controlar as ações da mesma.

Em 28 de Julho de 2021, passou a vigorar a Lei 14.188 que traz um novo artigo descrevendo e especificando algumas das ações causadas pelo agressor a qual configura a violência psicológica contra a mulher, tendo como redação:

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." (LEI 14.188, 2021)

Tipificada no inciso III, teremos a violência sexual:

III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos; (LEI 14.188, 2021)

Será atribuída a acusação contra o agressor quando houver uma conduta do agressor que envolva a sexualidade da vítima constrangendo-a à participar de atos sexuais contra sua vontade seja com ele ou com terceiro, todavia não se resume



somente a isso, poderá se considerar violência sexual quando o mesmo não aceitar, a impedindo de utilizar qualquer meio contraceptivo na relação, ou até mesmo forçá-la a se casar ou engravidar por meio de chantagem ou coação.

No livro de Cezar Roberto Bitencourt, Tratado de Direito Penal 4, de 2018, o doutrinador define liberdade sexual como:

Liberdade sexual da mulher significa o reconhecimento do direito de dispor livremente de suas necessidades sexuais, ou seja, a faculdade de comportar-se, no plano sexual, segundo suas aspirações carnis, sexuais ou eróticas, governada somente por sua *vontade consciente*, tanto sobre a relação em si como em relação a escolha de parceiros. Esse realce é importante, pois para o homem parece que sempre foi reconhecido esse direito. Em outros termos, se reconhece que homem e mulher têm o direito de negarem-se a se submeter à prática de atos lascivos ou voluptuosos, sexuais ou eróticos, que não queiram realizar, opondo-se a qualquer possível constrangimento contra

quem quer que seja, inclusive contra o próprio cônjuge, namorado(a) ou companheiro(a) (união estável); no exercício dessa liberdade podem, inclusive, escolher o momento, a parceria, o lugar, ou seja, onde, quando, como e com quem lhe interesse compartilhar seus desejos e manifestações sexuais. Em síntese, protege-se, acima de tudo, a *dignidade sexual individual*, de homem e mulher, indistintamente, consubstanciada na liberdade sexual de cada um e direito de escolha. (CEZAR, 2018)

Sendo um dos tipos de violência mais invasivos mediante as circunstâncias de como se pode ocorrer, o código penal traz como tutelado por ele a liberdade sexual que foi definida na citação acima, desse modo, temos o bem jurídico do próprio crime de estupro, que será citado a seguir.

Em sua doutrina Tratado de Direito Penal 4, de 2018, Cezar Roberto Bitencourt, delimita o bem jurídico tutelado no caso do estupro sendo:

O bem jurídico protegido, a partir da redação determinada pela Lei n. 12.015/2009, é a liberdade sexual da mulher e do homem, o direito de exercerem a sua sexualidade, ou seja, a faculdade que ambos têm de escolher livremente seus parceiros sexuais, podendo recusar inclusive o próprio cônjuge, se assim o desejarem. (CEZAR, 2018)

Mas abaixo, na mesma doutrina, Bitencourt, fala sobre o estupro sem o consentimento da vítima, mas uma vez evidenciando o bem jurídico tutelado:

Na realidade, também nos crimes sexuais, praticados sem o consentimento da vítima, o *bem jurídico* protegido continua sendo a *liberdade individual*, mas na sua expressão mais elementar: a *intimidade* e a *privacidade*, que são aspectos da *liberdade individual*; aliás, assumem dimensão superior quando se trata da *liberdade sexual*, atingindo sua plenitude ao tratar da *inviolabilidade carnal*, que deve ser respeitada inclusive pelo próprio cônjuge que, a nosso juízo, também pode ser sujeito ativo do crime de estupro. (CEZAR, 2018)



Além da forma mais comum de se ocorrer a violência sexual ser o ato forçado de ter relação com a vítima, não se pode somente dar atenção a essa única hipótese, visto que há várias outras formas de se consumir a violência em questão. Outra forma de se ocorrer a mesma, é o uso forçado de remédios abortivos, ou até mesmo o não uso da pílula, quando o parceiro não aceita que sua companheira tome o método contraceptivo, obrigando-a não fazer o uso, pode-se entrar nesse tipo de violência também quando o parceiro se recusa a utilizar contraceptivo, forçando assim sua vítima a ter relações sem proteção.

A violência sexual na Lei Maria da Penha será cometida por alguém do âmbito familiar da vítima e não por um desconhecido. A forma mais comum de se evidenciar o crime de violência sexual seria a forma de estupro tipificada no Código Penal Brasileiro. Há dificuldade em identificar o crime de estupro ou violência sexual contra a mulher devido ao seu agressor ser seu próprio companheiro.

A violência patrimonial tipificada no inciso IV emprega em sua seguinte redação:

IV - a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades; (LEI 11.340, 2006)

Considerará violência patrimonial, a conduta do agressor que acarretará em dano ou perda a vítima, podendo ser o controle sobre seus ganhos ou até mesmo a destruição de objetos pessoais propositalmente para se sentir superior a mesma.

E por fim, tem-se também na lei, no inciso V, a redação definindo a violência moral:

V – “a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.” (LEI 11.340, 2006)

Configurando tal violência através de boatos falsos espalhados da vítima, exposição da vida íntima da mesma, acusando de algo que não se tem prova a fim de emitir valores morais em cima.

Dentro da violência moral, pode-se usar para que se configure tal delito, a injúria, a difamação e a calúnia, conhecidos também como crimes contra a honra, que são delitos previstos no código penal nos artigos 138 a 140, visto que os mesmos são usados para que acabe com a reputação da vítima, podendo ser através de falsos relatos surgidos a partir de especulações, como também na propagação de assuntos



particulares da mesma.

A Injúria é quando alguém atribui adjetivos a outrem que fere sua honra e sua moral de forma que a desqualifique de sua real qualidade, sendo os mais comuns de se identificar os xingamentos para que a pessoa se sinta mal com aquilo que não é.

Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

§ 1º - O juiz pode deixar de aplicar a pena:

I - quando o ofendido, de forma reprovável, provocou diretamente a injúria;

II - no caso de retorsão imediata, que consista em outra injúria.

§ 2º - Se a injúria consiste em violência ou vias de fato, que, por sua natureza ou pelo meio empregado, se considerem aviltantes:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa, além da pena correspondente à violência.

~~§ 3º - Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião ou origem: (Incluído pela Lei nº 9.459, de 1997)~~

(Revogado)

§ 3º - Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência: (Redação dada pela Lei nº 10.741, de 2003)

Pena - reclusão de um a três anos e multa. (Incluído pela Lei nº 9.459, de 1997) (DECRETO-LEI 2.848, 1940)

Na injúria o bem tutelado é honra, como nos outros dois em questão, a diferença é que será a honra subjetiva a qual diz respeito à dignidade da pessoa, com o intuito de protegê-la, podendo ser ofendido neste caso o decoro ou a dignidade da vítima representando a moral, o físico e o intelectual da mesma.

Já a difamação ocorre quando alguém faz com que outras pessoas desacreditem da boa fama de outrem, atribuindo ao mesmo publicamente um fato específico mentiroso que não ocorreu só para acabar com os créditos dado a ele, é fazer com que acreditem em algo que não ocorreu, uma mentira.

Art. 139 - Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

Exceção da verdade

Parágrafo único - A exceção da verdade somente se admite se o ofendido é funcionário público e a ofensa é relativa ao exercício de suas funções. (DECRETO-LEI 2.848, 1940)

A calúnia por sua vez é atribuir a alguém um crime que o mesmo sabe que não ocorreu com o intuito de prejudicá-lo seja em sua vida profissional como sua vida particular.

Art. 138 - Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos, e multa.

§ 1º - Na mesma pena incorre quem, sabendo falsa a imputação, a propala ou divulga.



§ 2º - É punível a calúnia contra os mortos. (DECRETO-LEI 2.848, 1940)

O artigo que fala do crime de calúnia tem como objetivo a proteção do bem jurídico, a honra objetiva que diz respeito a reputação da vítima que o agente quer a qualquer custo destruir, sendo a honra um valor ideal, é o que os membros de uma determinada sociedade pensam a respeito da pessoa, é a imagem a qual os mesmo constroem de determinado individuo pelo modo em que o mesmo vive, ou age perante os mesmo.

3. DO CRIME DE STALKING

Este tópico se debruçará sobre o *novatio legis incriminadora* que inseriu o delito denominado *stalking*.

3.1 HISTÓRICO E CARACTERÍSTICAS

O Stalking é um novo assunto em meio a tantas desordens vivenciadas atualmente em nossa sociedade; É um termo em inglês o *stalk*, cujo sua tradução literal é perseguir e/ou vigiar insistentemente outrem, já no sentido jurídico Sydow o conceitua por um termo biológico do estudo de predadores, já que os animais realizam a perseguição para que se consiga o alimento, os grupos de animais stalker se utilizam de técnicas silenciosas para se aproximarem de suas vítimas.

Utilizando-se da mesma linha de raciocínio o termo em questão passou a ser utilizado para se referir a pessoas que de modo escondido, ou digital, persegue suas vítimas limitando-as fisicamente e psicologicamente.

Estará relacionado com o Direito Penal visto que ele abrange a proteção de todos os bens considerados jurídicos dentro da coletividade, e em questão do Stalking o bem lesado é a dignidade da pessoa humana, sendo assim, não apenas protegido pelo ramo penal como também estará interseccionada com outros ramos do direito.

É considerada uma pratica invasiva com relação aos danos que podem ser causados psicologicamente ou até mesmo fisicamente em sua vítima, uma vez que a perseguição incansável do stalker faz com que a mesma se retraia em relações as suas ações e vontades devido à pressão causada pela sua “sombra”. Todavia é de extrema dificuldade que a vítima consiga identificar que está sofrendo uma perseguição visto que há comportamentos inofensivos que não tipificam o crime em



questão, deste modo para que se possa ser considerado o Stalking essas mesmas práticas precisam se tornar abusivas e ilegais, ou seja, se tornam comum no dia a dia da vítima.

O sujeito ativo do crime é o stalker, ou seja, uma pessoa que causará medo em sua vítima através de diversas maneiras e ações perceptíveis ou não pela mesma, já o sujeito passivo, também identificado como a vítima, poderá ser qualquer pessoa, conhecida ou não por seu perseguidor, que tenha ou não um relacionamento com a mesmo.

Trata-se de uma conduta habitual e repetitiva dolosa, onde o stalker invade a privacidade da vítima, a deixando desconfortável e muitas das vezes presa em sua esfera, pois ela se sente incapacitada de resolver seus problemas do dia a dia, sendo impedida psicologicamente ou fisicamente por seu medo quando ao que o sujeito possa a vir realizar contra a mesma.

Em seu livro *Stalking e Cyberstalking*, edição 2021, Sydow e Ana Lara definem como curso de conduta do Stalking:

Curso de conduta, caracterizado pela insistência, impertinência e habitualidade, desenvolvido por qualquer meio de importunação, vigilância, perseguição ou assédio, e que acarrete à vítima temor mal injusto ou grave, ou resulte perda significativa da tranquilidade diante de violação a sua dignidade, privacidade, intimidade ou liberdade. (SIDOW E ANA LARA, p.44, 2021)

Grangreia e Matos, 2011. Em sua publicação: “Stalking: Boas práticas no apoio à vítima. Manual para profissionais” define o Stalking como:

Actualmente, o stalking define-se como uma forma particular de violência relacional (31-32). Pode ser definido como um padrão de comportamentos de assédio persistente, que se traduz em formas diversas de comunicação, contacto, vigilância e monitorização de uma pessoa-alvo(4). Estes comportamentos podem consistir em acções rotineiras e aparentemente inofensivas (ex. oferecer presentes, telefonar frequentemente, deixar mensagens escritas) ou em acções inequivocamente intimidatórias (ex. perseguição, mensagens ameaçadoras). O conjunto destes comportamentos, pela sua persistência e contexto de ocorrência, constitui-se como uma verdadeira campanha de assédio que, muitas vezes, afecta significativamente o bem-estar da vítima (33-34). Para, além disso, ao prolongarem-se no tempo, estes comportamentos tendem a escalar em frequência e severidade, podendo mesmo associar-se a outras formas de violência, tais como as ameaças e agressões psicológicas, físicas e/ou sexuais (31) (35). (GRANGREIA E MATOS, p. 17, 2011)

Para que o delito em questão possa ser penalizado, ele necessariamente precisa apresentar determinadas características, sendo a mais importante para se



considerar a conduta a prática reiterada da mesma, sendo ela por meio presencial, ou digital, apresentando ameaças que afete psicologicamente ou fisicamente sua vítima, podendo restringir ou invadir a esfera de liberdade da mesma.

Damásio E. de Jesus em seu artigo publicado em 2008 já conceituava o tema em questão:

Não é raro que alguém, por amor ou desamor, por vingança ou inveja ou por outro motivo qualquer, passe a perseguir uma pessoa com habitualidade incansável. Repetidas cartas apaixonadas, e-mails, telegramas, bilhetes, mensagens na secretária eletrônica, recados por interposta pessoa ou por meio de rádio ou jornal tornam um inferno a vida da vítima, causando-lhe, no mínimo, perturbação emocional. A isso dá-se o nome de *Stalking*. (DAMÁSIO E. DE JESUS, 2008)

Em observância a tamanha proporção em que o *Stalking* tomou ao longo do tempo, se tornou impossível imaginarmos o tamanho do prejuízo por ele causado em relação às suas vítimas. Em uma esmagadora maioria as mesmas serão mulheres, perseguidas por ex's companheiros seja por motivo ainda de um amor incontrolável ou por um sentimento de ódio desenvolvido após a separação.

O modo com que o *Stalker* persegue sua vítima pode ser dos mais variados possíveis a se pensar na atualidade em que vivemos, sendo capazes de controlá-las desde a carta escrita na forma antiga como também telefonemas, e-mails e mensagens em seu número pessoal.

Ainda no livro *Stalking e Cyberstalking* de Ana Lara Camargo de Castro e Spencer Toth Sydow, edição 2021, ambos citam dois autores os quais irão descrever os tipos de *Stalkers* que se pode ter em relação ao crime tipificado. Começam citando Vernon Geberth, que no início dos anos 90 classificou os *stalkers* em dois grupos, sendo o primeiro deles, *stalker* de personalidade psicótica sendo geralmente do sexo masculino perseguindo na maioria das vezes mulheres do sexo feminino de dentro da família, sendo companheiras ou ex companheiras do mesmo, causado por sentimentos de superioridade sob a vítima, se tornando agressivo com a mesma quando se acredita que não tenha mais controle sob ela. Já sua segunda classificação é *stalker* de personalidade psicótica podendo ser o sujeito ativo homem ou mulher, apresentam obsessão por alguém impossível de se ter contato, podendo apresentar ilusão acreditando que a vítima em algum momento o corresponderá, porém na maioria das vezes o sujeito não conhece pessoalmente a vítima, sendo um exemplo a perseguição a algum famoso.

O outro autor citado é o Ronald M, Holmens, que divide em cinco categorias os



stalkers, sendo eles o *celebrity* que seria o stalker perseguidor de celebridades conhecidas, buscando se desfrutar ou tirar algum proveito da fama do mesmo; o *lust* conhecido como stalker sexual que busca na perseguição e geralmente estupro ou dominação sob a pessoa a sua satisfação; o *hitman* geralmente costuma fazer trabalhos a outras pessoas mediante pagamento, geralmente são contratados para perseguir e fazer um levantamento sobre dados e características da vítima para uma futura execução de homicídio; os *love-scorned* conhecidos como stalkers agressores domésticos podem se tornar agressivos por uma rejeição, sentimento de posse ou raiva e são conhecidos de suas vítimas, na maioria das vezes companheiro da mesma; o stalker político tende a perseguir vítimas cujo ocupem cargos de poder público. Dentre esses, os sexuais, políticos e contratados costumam não ter relação nenhuma com a vítima, nem conhecimento sob as mesmas, sendo assim completos estranhos para elas.

Anteriormente tratado como uma contravenção penal, o Stalking encaminhou-se para um novo tipo penal, onde a tipificação do delito tem como finalidade a punição de quem o pratica, desse modo visando como consequência à diminuição dos mesmos.

3.2 DA CRIMINALIZAÇÃO DO STALKING NO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

O Stalking foi inserido como tipo penal pelo artigo 174-A na lei 14.132/2021, que tem como seguinte redação em seu caput:

Perseguir alguém, reiteradamente e por qualquer meio, ameaçando-lhe a integridade física ou psicológica, restringindo-lhe a capacidade de locomoção ou, de qualquer forma, invadindo ou perturbando sua esfera de liberdade ou privacidade. Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.”
(Brasil, 2021). (LEI 14.132, 2021)

Inicialmente o projeto da lei de Stalking tinha como tipo a perseguição obsessiva que tinha como objetivo que a sociedade entendesse a palavra obsessão não somente como uma forma de repreensão, mas sim de uma ação e perturbação insistente do sujeito com a vítima, entretanto foi retirada a expressão deixando somente a palavra perseguição no tipo penal em questão.

Spencer Toth Sidow e Ana Lara Camargo de Castro, em seu livro *Stalking e Cyberstalking de 2021*, destaca que a presença de transtornos psíquicos de doenças mentais, caso não seja comprovada por perícia médica, não afastará a imputabilidade do sujeito.



No que tange ao ofensor, em capítulo seguinte, comentaremos com bastante detalhes a possibilidade de existência de transtornos psiquiátricos em determinados perfis de *stalkers*. Mas, por ora, já destacamos que a presença de doença mental ou alguma neurose (termo utilizado em alusão à teoria freudiana) não afasta, *per se*, a imputabilidade, exceto nas hipóteses comprovadas por perícia médica. (SIDOW E ANA LARA, p.51, 2021)

Para haver o tipo penal é preciso que dois verbos coexistam juntos, ou sejam, não somente seja uma perseguição reiterada, e sim que persiga ameaçando, restringindo, invadindo ou perturbando a vítima.

A redação do artigo é bem clara quando se fala das características para que se considere o delito.

O bem jurídico protegido por esse artigo é a liberdade individual (liberdade da pessoa humana) que é um bem constitucionalmente guardado pelo artigo 5º da Constituição Federal, e protegido também convencionalmente pela Convenção Americana de Direitos Humanos, é a possibilidade de que cada ser humano tem o livre arbítrio para poder se locomover e ir até onde desejar sem que haja perturbação a sua pessoa, sem que ele não se sinta inseguro e com medo de algo que lhe possa acontecer.

O sujeito ativo do crime pode ser qualquer pessoa, assim como o sujeito passivo, visto que o legislador não delimitou características para o mesmo, todavia há aumento da pena nos casos previstos no §1º do artigo 174-A desta lei.

O artigo na lei em questão é bem claro quando se trata do tipo objetivo do delito, sendo ele a perseguição reiterada ameaçando a integridade de outrem, causando danos físicos como psicológicos.

Anteriormente regulamentado como contravenção penal, foi revogado por essa nova tipificação com intuito de sua punibilidade mais severa; suas diferenças são básicas, porém necessárias para que se possa aplicar a sanção. Na contravenção penal não se exigia que a prática fosse reiterada, muito menos que ele ameaçasse, restringisse ou invadisse sua esfera de liberdade e sua saúde mental, apenas era suficiente molestar ou perturbar a tranquilidade de outrem.

O tipo de ação do crime de Stalking é a público condicionado, ou seja, para que se possa haver a sanção da conduta do stalker a vítima precisa dar parte do mesmo, precisa realizar a denúncia e apresentar as provas que possui para que se possa iniciar uma investigação e apuração do fato apresentado.



4. STALKING COMO FORMA DE VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER: ART. 147-A, §1º, INCISO II

Antes mesmo de ser tipificado como tipo penal, já havia tribunais que se utilizavam do stalking como contravenção penal para aplicar medidas preventivas em favor de vítimas mulheres.

A lei criada recentemente no ano de 2021 que regula a ação do sujeito que persegue de forma reiterada a vítima foi imposta para que a mesma se sinta mais segura em relação ao seu perseguidor ou agressor visto que antes era considerado apenas uma contravenção penal com efeitos mínimos sobre o mesmo. Desta forma a lei do Stalking em seu corpo do art. 147-A da Lei 14.132/21 traz como aumento de pena do crime se ele for cometido contra mulher em razão da condição de seu sexo.

Art. 147-A. Perseguir alguém, reiteradamente e por qualquer meio, ameaçando-lhe a integridade física ou psicológica, restringindo-lhe a capacidade de locomoção ou, de qualquer forma, invadindo ou perturbando sua esfera de liberdade ou privacidade.

Pena – reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

§ 1º A pena é aumentada de metade se o crime é cometido:

[...]

II – contra mulher por razões da condição de sexo feminino, nos termos do § 2º-A do art. 121 deste Código; (LEI 14.132, 2021)

No ano de 2020 no estado de São Paulo, antes mesmo de se tipificar o Stalking como crime no Código Penal brasileiro, houve dois casos de medidas protetivas em favor da mulher em decorrência de caso de Stalking, ambos proferidos por juízas.

O primeiro caso relatado que houve a decisão da proteção à mulher em decorrência da perseguição do Stalker, é de uma vítima que conheceu o réu no ano de 2016, o qual manteve contato por cerca de um ano, entretanto com o contato que os dois mantinham o réu se mostrou estranho e apresentou um comportamento insistente ao querer começar um relacionamento amoroso com a mesma que não o correspondeu, tomando medidas como bloqueá-lo de suas redes sociais, o que não adiantou, pois o mesmo passou a utilizar outros meios para conseguir contato com a vítima, até mesmo busca-la em seu emprego para almoçar e fazer um pedido de casamento sem o consentimento da mesma, após toda a negação e desinteresse da vítima, o réu começou a espalhar falsos boatos através de perfis fakes criados pelo mesmo, foi onde a mesma foi a delegacia dando parte. Após toda a perseguição, a



juíza decidiu por medida protetiva devido a existência de risco a integridade física e psicológica da mesma.

Já no segundo caso relatado, a vítima é perseguida por seu ex companheiro, um casamento que durou por sete anos com abusos psicológicos e físicos, a mesma no tribunal relatou que passou a ser perseguida e difamada para pessoas próximas e novas em seu ciclo de amizades por seu agressor, gerando assim diversos problemas de saúde como o ataque de pânico, o mesmo destruiu um novo relacionamento que ela havia começado e fez com que seu companheiro se evadisse da cidade por conta das ameaças que estavam acontecendo, todos os relatos foram confirmados por mensagens que o réu enviava repetitivamente a vítima, a medida protetiva adotada nesse caso foi a proibição de tentar aproximar-se da mesma ou até mesmo frequentar os mesmos locais que ela esteja.

Mesmo antes da tipificação do crime no código penal brasileiro, havia uma ONG, chamada SaferNet que fazia o trabalho de mapear as vítimas do stalking, de forma a oferecer ajuda as mesmas através de um meio digital. Durante cinco anos, até a tipificação penal do mesmo, registraram em seu canal 87 (oitenta e sete) casos de vítimas de cyberstalking que buscaram ajuda na ONG em questão. A mesma relatou que durante os cinco anos a maioria dos atendimentos realizados via meio digital, é de mulheres, e a minoria, mas não menos importante, formada por homens.

Desse modo, percebesse que a maioria das vítimas de stalking são do sexo feminino, isso faz com que a violência contra as mesmas aumente, visto que a pratica do delito pode ocorrer tanto da parte de desconhecidos, como de pessoas próximas as vítimas.

4.1 STALKING COMO FORMA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

No artigo referente ao stalking incluído no Código Penal Brasileiro, faz referência no §1º, inciso II, do artigo 174-A, ao artigo 121, §2º-A, do mesmo.

Art. 121. Matar alguém:

Pena - reclusão, de seis a vinte anos.

[...]

§ 2º -A Considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve: (Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015)

I - violência doméstica e familiar; (Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015)

II - menosprezo ou discriminação à condição de mulher. (Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015) (DECRETO-LEI 2.848, 1940)

A esmagadora maioria do gênero feminino é ou já foi perseguido, seja por alguém conhecido ou um desconhecido, tanto fisicamente ou até mesmo digitalmente,



visto que o stalking engloba diversas maneiras de ocorrer a perseguição insistente a vítima.

Quando se tratado de violência doméstica, precisa-se entender alguns conceitos em relação ao artigo mencionado em seu §1º, inciso II, do artigo 174-A, que foi incluído acima.

O stalking como forma de violência doméstica, ocorre dentro do lar da vítima, é a perseguição de seu próprio parceiro ou ex companheiro. Apesar de o stalking não ter gênero, podendo ser cometido por ambos os sexos, verifica-se um maior número de casos onde a vítima são mulheres, desse modo, acaba-se tratando o stalking como uma das formas de violência contra a mulher, uma vez que suas consequências para a vítima pode ser as mesmas violências explícitas na Lei Maria da Penha, como a psicológica, física, entre outras.

Inúmeros casos de violência doméstica contra a mulher no ato de sua denúncia, a vítima discorre sobre o ocorrido relatando perseguição pela parte de seu companheiro, podendo ocorrer em diversas esferas, como na física ou por meio digital. Uma parcela grande de mulheres não chegam nem a denunciar seu agressor, pois quando se trata da violência doméstica, muitas dessas vítimas nem conseguem chegar a autoridade competente, geralmente acabam virando estatísticas dentro do feminicídio.

Acresce que as formas de identificação da violência doméstica estão elencadas na Lei Maria da Penha em seu artigo 7º, onde pode-se ligar diretamente as formas que o stalking se manifesta em seus atos, no caso em questão que é a violência doméstica, estaria ligado a violência física tipificada na lei em questão, que aborda dentre tantas formas de violação da integridade física da mulher o tipo penal de feminicídio citado no artigo e paragrafo exposto acima.

Nesse contexto, os hábitos culturais que foram construídos em nossa sociedade é de que as mulheres nascem para servir, para se submeter e se subjugar ao homem e sua família, muitos dos atos de violência doméstica cometidos atualmente se dá como consequência de igualar os direitos entre os homens e as mulheres, o que causa revolta em alguns que ainda possuem a ideia de que sua companheira é seu objeto de posse, acabando por conseguir destruir sua família com brutalidade e perseguição incansável atrás da vítima.



4.2 STALKING COMO MENOSPREZO E DISCRIMINAÇÃO A MULHER

Teoricamente pela maioria das vítimas serem mulheres, ocorre que a perseguição contra elas sejam de forma que a sociedade não perceba, pois vivemos em uma sociedade machista, onde poucas pessoas vão notar algum tratamento diferente que esteja ocorrendo entre duas pessoas sem que a vítima diga, todavia, consegue-se perceber o menosprezo e a discriminação que o gênero feminino sofre em todas as áreas possíveis, desde a sua própria casa, como no trabalho em que realiza. Por possuímos uma sociedade enraizada em suas culturas antigas, tem-se a ideia de que as mulheres precisam servir, precisam ser dona de casa e mãe, não se pode ter escolha em seu modo de vida, tem que viver para agradar a sua família, o seu esposo. Dessa forma, muitas mulheres nos tempos atuais se veem imponderadas, sendo assim, donas de si, e é nessa vontade de serem donas de suas próprias vidas, que seu perseguidor não aceita.

O perseguidor da vítima pode ser tanto um conhecido da mesma, como um completo estranho que desenvolve sentimentos não recíprocos pela mesma.

Quando se começa a perseguição, a privacidade da vítima é o bem jurídico mais afetado, sendo assim se o agressor começa a criar ilusões e ela não o corresponde, o sentimento de amor que estaria se desenvolvendo se transformará em ódio, onde começará a discrimina-la e menospreza-la simplesmente pelo fato de ser mulher. O menosprezo e a discriminação estão ligados a vulnerabilidade da vítima mulher tanto física como psicológica a ser considerado mais frágil que o gênero oposto, o que causa um encorajamento no mesmo a praticar tal perseguição e agressão a sua vítima, e devido a essa imagem de frágil que a sociedade construiu do sexo feminino, as mulheres crescem com uma ideia de que são fracas e impotente em relação ao seu parceiro ou ex companheiro, o que as causa medo em denunciá-los quando tal perseguição acontece.

Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015, o feminicídio é uma qualificadora do crime de homicídio para aumento da pena. Em se tratar de violência, tem-se em mente que a mesma é construída através do contexto histórico-social, onde tem um pedaço cravado na cultura do país, sendo assim, uma dos diversos tipos de violência existentes, é a familiar, a qual diz respeito entre tantos outros dentro dessa categoria o tema ministrado, a violência doméstica. É uma violência de difícil percepção, não



para quem está de fora, pois percebem nitidamente o que está acontecendo, mas sim para a vítima, que na maioria das vezes não percebe ou não aceita que seu companheiro seja o monstro que todos dizem ser, a forma mais comum de violência entre a vítima e seu agressor é a física, mas também está dentro da violência doméstica as protegidas pela Lei Maria da Penha. Neste tópico destaca-se a violência contra a mulher simplesmente por ela ser mulher, lesando sua honra e demais direitos fundamentais, atacando sua dignidade e sua autoestima.

Cezar Roberto Bitencourt, em seu livro de Tratado de Direito Penal 2 – Parte Especial: Crimes contra a pessoa, edição de 2021, cita Rogério Sanches que diz a respeito do feminicídio:

“Feminicídio, comportamento objeto da Lei em comento, pressupõe violência baseada no gênero, agressões que tenham como motivação a opressão à mulher. É imprescindível que a conduta do agente esteja motivada pelo menosprezo ou discriminação à condição de mulher da vítima” (CEZAR ROBERTO BITENCOURT apud ROGÉRIO SANCHES, 2021)

Em questão de feminicídio, o mesmo não possui tipo autônomo, sendo assim se a perseguição e violência contra a mulher resultar em morte, o mesmo será considerado como homicídio o qual terá como qualificadora se motivado por motivo de seu gênero ou qualquer outro motivo descrito no artigo acima, se caracterizará como o feminicídio.

O intuito da qualificadora não se motivou a dar diferenciação especial por mero capricho a mulher em relação ao homem, e sim garantir a elas maior proteção e segurança em relação aos agressores para que as mesmas se sintam seguras ao denuncia-los, e busque no Estado o anteparo que tenha eficácia, para que as mesmas ações não se repitam.

Vale destacar, para que haja a qualificação do feminicídio é necessário que o homicídio seja praticado em uma dos caracterizadores presentes no artigo, sendo elas, que seja realizado em ambiente de violência doméstica ou familiar, ou que seja motivado pelo menosprezo e discriminação de seu gênero.

No inciso I, §2º-A, do art. 121 do Código Penal, a redação encontra-se um pouco fora do entendimento, visto que a mesma, diz “violência doméstica e familiar”, o que na interpretação entende-se que para se configurar a violência precisa ser doméstica e ao mesmo tempo familiar, entretanto, não é assim que se aplica a determinada lei, visto que a violência pode ser doméstica, mas não necessariamente familiar, pois pode ocorrer de alguém que vive no mesmo ambiente que a vítima a



agredir, mas não fazer parte de sua esfera familiar, configurando o crime do mesmo modo.

Após todos os conceitos e desmembramentos do artigo citado na lei de stalking, percebe-se que ambos podem estar conectados, pois, grande parte das mulheres que sofrem violência doméstica é perseguida por seu agressor, tanto fisicamente, como digitalmente, onde os mesmos tendem a controlar todos os atos da vítima, e tenta repreende-la para que faça somente o que lhe autorizar, desse modo, inibi a privacidade da mesma, podendo vir a acarretar além das agressões sofridas dentro do ambiente doméstico, diversas doenças psicológicas devido à alta pressão colocada sobre elas.

5. CONCLUSÃO

A nova lei de stalking foi tipificada como tipo penal para que haja mais proteção e segurança as vítimas de perseguições incansáveis podendo ela ser de ambos os sexos, todavia foi uma atribuição a mais para as que sofrem de violência doméstica.

Em se tratar do stalking e a violência doméstica contra as mulheres, percebe-se que ambos estão de alguma forma interligados, visto que a grande maioria que sofre algum tipo de violência são perseguidas por seus agressores de algum modo, e acabam desenvolvendo traumas físicos e psicológicos, ou acabam virando estatísticas de feminicídio por não ter coragem de denunciar seu abusador.

Deste modo, conclui-se que ambos os tipos penais se ajudam quando se trata da vítima mulher, dando a ela mais segurança para denuncia-lo e receber a ajuda que necessita tendo forças para sair segura dos abusos que lhe é causados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEVEDO V; FERREIRA C.; GRANGREIA H. e MATOS M.; **Stalking: Boas Práticas no Apoio a Vítima Manual Para Profissionais**. Editora Comissão para a Cidadania e Igualdade de Género. 2011.

Bitencourt, C. R. **TRATADO DE DIREITO PENAL 2 - PARTE ESPECIAL: CRIMES CONTRA A PESSOA**. Editora Saraiva, 2021. 9786555590265. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#!/books/9786555590265/> . Acesso em: 2021 set. 08.

BRASIL, Decreto-lei nº 2.848 de 7 de Dezembro de 1940. Disponível em: DEL2848compilado (planalto.gov.br). Acesso em: 08 Set, 2021.



BRASIL, Lei 14.132 de 31 de Março de 2021. Disponível em: L14132 (planalto.gov.br). Acesso em: 30 Ago, 2021.

BRASIL. Lei 11.340 de 07 agosto, 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm Acesso em: 09 Jun, 2021.

BRASIL. Lei 14.188 de 28 julho, 2021. Disponível em: LEI Nº 14.188, DE 28 DE JULHO DE 2021 - LEI Nº 14.188, DE 28 DE JULHO DE 2021 - DOU - Imprensa Nacional. Acesso em: 29 Jul, 2021.

BRASIL. Lei 9.455 de 07 abril, 1997. Disponível em: L9455 (planalto.gov.br). Acesso em: 09 Jun, 2021.

Castro A. L. C; Sydow S. T. **Stalking e Cyberstalking**. Salvador: Juspodivm, 2021

CONVENÇÃO DA MULHER. **Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher**. Cedaw 1979. Disponível em: https://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/convencao_cedaw.pdf. Acesso em: 05 maio, 2021.

CRIMES CONTRA A HONRA. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/direito-facil/edicao-semanal/dos-crimes-contra-a-honra>. Acesso em: 16 agosto, 2021.

DAMÁSIO E. DE JESUS apud CAVALCANTE, M. A. L. **Lei 14.132/2021: institui o crime de perseguição (stalking) - art. 147-A do Código Penal**. 2021. Disponível em: Dizer o Direito: Lei 14.132/2021: institui o crime de perseguição (stalking) - art. 147-A do Código Penal. Acesso em: 06 maio, 2021.

D'ANGELO, S.M.R.; (ORGS.), D.M.L. **Violência Doméstica e a Cultura da Paz**. 1º ed. São Paulo: Santos: Grupo GEN, 2013. 978-85-412-0296-1. Disponível em: Minha Biblioteca: Violência Doméstica e a Cultura da Paz. Acesso em: 09 Jun 2021.

Violência: conceito e vivência entre acadêmicos da área da saúde. Disponível em: SciELO - Brazil - Violência: conceito e vivência entre acadêmicos da área da saúde Violência: conceito e vivência entre acadêmicos da área da saúde. Acesso em: 05 maio, 2021.

GEBERTH, VERNON. "Stalkers". Law and Oder Magazine, Vol. 40, no. 10, Illinois (October, 1992) apud Castro A. L. C e Sydow S. T.; **Stalking e Cyberstalking**. Editora Juspodivm. 2021.

HOLMES, RONALD M. "Stalking in America: Types and methods of Criminal Stalkers". Journal of Contemporary Criminal Justice (December, 1993) apud Castro A. L. C e Sydow S. T.; **Stalking e Cyberstalking**. Editora Juspodivm. 2021.

ISABELA, Leite e INDERSON, de oliveira. Estado de São Paulo registra 686 queixas de 'stalking' no primeiro mês após perseguição ter sido considerada crime. São Paulo. G1, publicado em 23 de Maio de 2021, 20h15. Disponível em: Estado de São Paulo registra 686 queixas de 'stalking' no primeiro mês após perseguição ter sido



considerada crime | São Paulo | G1 (globo.com). Acesso em: 09 Set, 2021.

Justiça aplica Lei Maria da Penha em caso de *stalking*, Revista **Consultor Jurídico**, publicado em 2 Mar, 2020, 15h13. Disponível em: ConJur - Justiça aplica Lei Maria da Penha em caso de *stalking*. Acesso em: 30 Ago, 2021.

MACHADO, ISADORA VIER. **Da dor no corpo à dor na alma: uma leitura do conceito de violência psicológica da lei Maria da Penha**. Tese (Doutorado em Ciências Humanas) – Programa de Doutorado Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, p. 18. 2013.

RAFA, Santos. Juíza concede medidas protetivas a vítima de perseguição por ex-cônjuge em SP. Revista **Consultor Jurídico**, publicado em 27 de Abril de 2021, 20h16. Disponível em: ConJur - Juíza concede medidas protetivas a vítima de perseguição em SP. Acesso em: 30 Ago, 2021.



TRIBUTAÇÃO DE CRIPTOMOEDAS

Erick Henrique Kelman de Souza

Luis Gustavo Liberato Tizzo

RESUMO: Os criptoativos têm crescido cada vez mais nos últimos anos e, em decorrência desse aumento, surgem dúvidas no campo do direito quanto à sua legalidade, qualificação jurídica e qual a competência do direito na matéria. Este trabalho estuda a nova tecnologia das criptomoedas no âmbito jurídico nacional e internacional tendo em vista os desafios que surgiram em conjunto com essa nova tecnologia e sobre como abordar e regulamentar essas novas “moedas” e, mostrar quais as atitudes que tem sido tomadas para abordar o tema da melhor maneira possível, sob o ponto de vista jurídico.

PALAVRAS-CHAVE: Criptomoedas, criptoativos, tributação, bitcoin, mercado econômico, direito tributário, blockchain.

ABSTRACT OU RESUMEN: Cryptoactives have grown more and more in recent years and, as a result of this increase, doubts arise in the field of law as to their legality, legal qualification and the competence of the law in this area. This work studies the new technology of cryptocurrencies in the national and international legal scope, bearing in mind the challenges that have arisen together with this new technology and on how to approach and regulate these new "currencies" and show what attitudes have been taken to address the subject in the best possible way, from a legal point of view.

KEYWORDS OU PALABRAS-CLAVE: Cryptocurrencies, cryptoactives, taxation, bitcoin, economic market, tax law, blockchain.

INTRODUÇÃO

A tecnologia vem evoluindo de diversas maneiras com o passar dos anos, e com isso se tornando cada vez mais presente no nosso dia a dia, com o intuito de simplificar ou tornar mais acessível uma ação que demandava algum tempo ou esforço, como fazer transações bancárias, ou até mesmo compras.

O comércio eletrônico, também conhecido como E-Commerce, vem se tornando a forma mais simples e rápida, e conseqüentemente a mais procurada para atender a necessidade da sociedade, contudo vem dependendo apenas de instituições financeiras de terceiros confiáveis para processar pagamentos eletrônicos, fazendo com que surgisse alguns problemas por exemplo: transações irreversíveis; o custo da mediação; possíveis fraudes. Com isso surge um certo incômodo para ambas as partes seja o comerciante ou o consumidor.

Pensando-se nisso que a primeira moeda descentralizada (Bitcoin) foi



desenvolvida no ano de 2009, trazendo assim uma segurança maior para o comércio online, deixando de lado a necessidade da instituição financeira como um terceiro, e trazendo consigo um novo sistema de pagamento eletrônico baseado em prova criptográfica chamado “peer-to-peer” que é basicamente uma rede de computadores que compartilham arquivos pela internet, com o intuito de tornar mais seguro o comércio online. Isso fez com que o mercado das criptomoedas se tornasse algo muito procurado, com alguns caritativos alcançando valores de centenas de milhares de reais, e a busca por tais teve um crescimento excessivo.

Com o aumento da procura e do mercado dos criptoativos, surgiram também algumas dúvidas e inseguranças por se tratar de transações digitais com taxas baixas e nenhum imposto integrado, logo que tais transações não passa por nenhum tipo de poder estatal, como geralmente é feito nas formas convencionais e ainda dúvidas tais como: é necessário declara-los? Se sim como? como definir um criptoativo é um bem ou uma moeda? E outras dúvidas que vieram surgindo ao logo dos anos.

O âmbito jurídico vem tido muita dificuldade em definir os criptoativos e como trata-los não, sob a visão tanto tributaria como cível, que necessitam de uma regulamentação para funcionar de maneira compatível com a legislação atual do estado.

Esse trabalho tem como objetivo apresentar as soluções para o novo cenário que vem crescendo ao longo dos anos, que é o das criptomoedas que vem ganhando cada vez mais destaque em razão do seu valor, e fazer uma análise de como vem sendo regulamentado no âmbito das ciências jurídicas.

DESENVOLVIMENTO:

2 ORIGEM DO SISTEMA TRIBUTARIO NACIONAL

O sistema tributário nacional é regulamentado pela lei 5.172/66, essa lei traz consigo uma segurança quanto ao funcionamento do sistema “introduzindo preceitos que regulem as limitações constitucionais ao exercício do poder de tributar”. (CARVALHO, 2021).

O Sistema tributário surgiu em 1966 a partir da reforma iniciada pela Emenda n 18/1965, que instituiu o Sistema Tributário Nacional, reforma que foi necessária pois Anterior a Emenda Constitucional nº. 18/65, os conflitos se sucediam, “não existia uma



harmonia, as normas eram impregnadas com imperfeições notórias, e os abusos e as ilegalidades eram frequentes, gerando choques contínuos entre normas”. (MARTINS. 2000)

O funcionamento do Sistema Tributário Nacional é pautado no recolhimento de tributos, com o objetivo de financiar as atividades do Estado, como melhorias nos serviços prestados à população, investimentos em infraestruturas e ainda o pagamento dos salários dos servidores, ou seja, o direito tributário é um ramo do direito público que tem a função de regular a cobrança de tributos pelo estado, analisando a formação dos tributos e qual a sua competência e ainda em papel de fiscalizar se os tributos são de acordo com as previsões legais e ainda se não existe de inconstitucional para que assim todo o sistema funcione em harmonia e sem choques de leis.

2.1 IMPOSTO DE RENDA

O Imposto de Renda é basicamente um tributo imposto sobre o que o cidadão ganha ao longo do ano, funciona através de informações solicitadas pelo governo para os trabalhadores ou empresas que são passadas para a Receita Federal, quais são seus ganhos e acompanhar não só os ganhos e lucros, mas também a sua evolução patrimonial.

A ideia por trás deste tributo é de que a população que tem uma certa quantia de rendimentos no decorrer dos anos, contribuam um pouco a mais, afim de arrecadar dinheiro que seriam destinados em melhorias para a qualidade de vida de toda a população. De acordo com o Ministério da Fazenda, parte dos impostos arrecadados é destinada à saúde, educação e programas de transferência de renda, como “Fome Zero” e “Bolsa Família”. Outra fração, é enviada para programas de geração de empregos e inclusão social, como plano de reforma agrária, construção de habitação popular, saneamento e reurbanização de área degradadas. Existe também uma parcela direcionada para investimentos em infraestrutura, segurança pública, cultura, esporte, defesa do meio ambiente e estímulo ao desenvolvimento da ciência e tecnologia. Sendo assim seria uma forma de diminuir a desigualdade social e buscar uma maneira de gerar ganhos para investimento em busca de melhoras no estado.

Não são todos que devem declarar o Imposto de Renda, para isso existe certos valores que devem ser observados para saber se a pessoa deve ou não o declarar,



tais como:

A renda: Se seus rendimentos anuais excederem o valor de R\$ 40.000,00, ou recebeu um salário anual maior que R\$ 28.559,70;

Atividade Rural: Se a renda bruta do Produtor Rural for maior que R\$ 142.798,50;

Ganho de capital e operações em bolsa de valores: Se, houve em qualquer mês do ano, ganho capital na alienação de bens ou direitos, sujeito à incidência do imposto, ou realizou operações em bolsas de valores, de mercadorias, de futuros e assemelhadas;

Bens e direitos: Teve a posse ou a propriedade, até o último dia do ano, de bens ou direitos, inclusive terra nua, de valor total maior que R\$ 300.000,00;

Condição de residente no Brasil: passou à condição de residente no Brasil em qualquer mês e nessa condição se encontrava até o último dia do ano anterior.

Preenchendo um dos requisitos presentes, a declaração é obrigatória e pode gerar multa caso tal não seja feita. Dependendo de todos esses fatores, você pode chegar a pagar ao longo do ano 27,5% de Imposto de Renda no holerite. Mesmo a receita federal. (ARAUJO, 2019)

3 O QUE É CRIPTOMOEDA?

É uma tecnologia que utiliza um sistema de criptografia para realizar as transações das “moedas”, através de um sistema chamado blockchain que é responsável por sua segurança que funciona através de uma rede de computadores.

Usando o bitcoin como um exemplo (a criptomoeda que tem mais destaque atualmente no mercado por conta de seu valor), funciona da seguinte forma, primeiramente o usuário cria uma carteira virtual, uma espécie de conta corrente onde serão armazenados os bitcoins e de onde parte as transações, com a criação dessa carteira é possível comprar as “moedas virtuais” via depósitos online, com acesso exclusivo do titular, cada carteira tem seu número de identificação e respectiva senha gerada pelo usuário, essa carteira permite ter o acesso a todo o sistema podendo assim, a carteira Bitcoin, também conhecidas como bitcoin wallets, são locais seguros para armazenar seu Bitcoin e mantê-lo seguro pelo tempo que desejar. Elas vêm em muitos formatos, porém não se tem acesso ao nome de seu titular. Antes de começarmos a listar as melhores carteiras de Bitcoin e outras criptomoedas, vamos primeiro ver como elas são classificadas.



Existem duas categorias principais de carteira Bitcoin, que são as seguintes:

Carteiras online, também conhecidas como carteiras quentes;

Carteiras offline, também conhecidas como carteiras frias;

A "carteira" do Bitcoin é o arquivo que guarda o par de chaves públicas (que toda a comunidade pode verificar) e privadas usadas na autorização das transações. O endereço de Bitcoin é formado a partir de uma codificação da chave pública, para representá-la de uma forma mais compacta. Como o nome sugere, as carteiras online são aquelas que estão sempre conectadas à internet. Já as carteiras offline são aquelas que não mantêm essa conexão o tempo todo (NAKAMOTO, 2011).

3.1 COMO FUNCIONA UMA TRANSAÇÃO DE BITCOINS

Quando existe um negócio virtual entre dois indivíduos um indivíduo cria uma espécie de transferência entre carteiras digitais de uma quantidade "X" de bitcoins endereçadas para a carteira do destinatário desejado, as carteiras são gerenciadas por um software, esse software é responsável por criar um endereço formado por números e letras, esse endereço é o que vai direcionar os bitcoin a carteira do destinatário, esse endereço é usado para identificar o destinatário, após isso é utilizada uma senha que é chamada de "private key" para confirmar a transação, feito isso o sistema de criptografia age fazendo com que uma cadeia de blocos seja criada, essa transferência gera um código único que quando confirmada envia uma espécie de notificação para todos os outros os antigos titulares que já foram donos daqueles respectivos bitcoins, gerando assim um valor, por ter criado esse bloco. O conteúdo do bloco criado e as informações das transferências ficam registradas em uma espécie de livro de contábil digital que recebe o nome de blockchain, onde se é possível acessar os conteúdos de todos os blocos já ali registrados, todos protegidos pelo sistema de criptografia para evitar alterações. (NAKAMOTO, 2011)

As taxas uma transação são muito mais baixas do que por exemplo uma transação de cartão bancário, não há nenhum órgão do governo influenciando a transação. O que está por trás de uma operação que envolve bitcoins não é exatamente um caminho muito simples. Além do contido acima, o caminho de uma transação, há detalhes mais técnicos de como o bitcoin é usado.

3.2 BLOCKCHAIN



Blockchain é uma espécie de sistema de criptografia desenvolvido para cadastrar e armazenar todas as transações de criptomoedas que são realizadas, impedindo com que golpes ou falsas transações aconteçam e trazendo segurança para os usuários.

Consiste em pedaços de códigos gerados a partir das transações que carregam as informações que contém a data e a hora em que tal transação foi celebrada, gerando assim a criptografia da chave pública o que garante que todos os computadores tenham um registro atualizado e verificado de todas as transações que acontecem, impedindo assim possíveis fraudes ou golpes. Após cadastrada a transação os arquivos não podem copiados, e as partes não podem ser rastreadas. (NAKAMOTO, 2011).

3.3 CRIPTOATIVOS NO AMBITO NACIONAL

No nosso país a competência de emitir e colocar em circulação a moeda e exercida exclusivamente pelo Banco Central. A unidade do Sistema Monetário Nacional passa a ser o REAL a partir do dia 1 de julho de 1994, substituindo o cruzeiro real que foi o padrão monetário no Brasil entre 1 de agosto de 1993 a 30 de junho de 1994. No Brasil o regimento tem o real como única moeda que traz consigo o poder liberatório, ou seja, a única moeda que irá exonerar dividas, sendo assim o criptoativo não pode ser considerado dinheiro, existe também legislações que só considera dinheiro estrangeiro somente aqueles que são emitidos por governo estrangeiros, sendo assim, qual seria a classificação das criptomoedas na vista da legislação brasileira?

Uma grande discussão ocorre quando o assunto e a classificação das criptomoedas, o autor Fernando Ulrich trás essa discussão em uma de suas obras, define as moedas como “qualquer bem econômico empregado indefinitivamente como meio de troca”, nesse ponto de vista os criptoativos seriam uma espécie de moeda porem no Brasil o único órgão capaz de emitir e definir uma moeda como já visto. Da mesma forma, a Comissão de Valores Mobiliários, por meio do Ofício Circular 1/2018 e da Instrução nº 555/14 Já se manifestou no sentido de que as criptomoedas, não seriam ativos financeiros, de modo que suas aquisições por fundos de investimento não seriam permitidas. (ULRICH, 2014)



Em outras palavras, a dificuldade em se estabelecer a tributação dos criptoativos está totalmente relacionada à própria falta de definição da regulamentação em âmbito nacional porém a receita federal se manifestou quanto a isso no ano de 2017, respondendo dúvidas sobre a declaração do IRPF, dizendo que mesmo não sendo consideradas moedas de acordo com o regulamento nacional, podem e devem ser declaradas na ficha de bens e direitos classificadas como “OUTROS BENS” já que elas têm um certo valor financeiro. Na mesma edição do manual também foi instruído sobre a alienação dos criptoativos, prevendo que os ganhos resultados da alienação dos criptoativos cujo total alienado no mês seja superior a R\$ 35.000,00 são tributados, a título de ganho de capital, à alíquota de 15%, e o recolhimento do imposto sobre a renda deve ser feito até o último dia útil do mês seguinte ao da transação. As operações deverão estar comprovadas com documentação hábil e idônea. Porém isso ainda não resolve os problemas que surgiram junto com essa nova tecnologia. (BRASIL, 2017)

De um jeito ou de outro, ainda que carente de regulamentação (ou regulamentações) nacional (ou nacionais) sobre o tema, fato é que se faz necessário discutir a natureza das operações, afinal de contas é indiscutível que tais transações demonstram efetiva manifestação de riqueza dos envolvidos. E assim é em razão das operações serem passíveis de estarem sob a exação tributária estatal.

Existe um projeto de O Projeto de Lei 2140/21 estabelece o prazo de 180 dias para o Poder Executivo regulamentar as transações financeiras com criptomoedas, como as bitcoins, e demais valores virtuais ou não físicos. O texto tramita na Câmara dos Deputados. O projeto é do deputado Alexandre Frota (PSDB-SP), ele alega que a ausência de regulamentação para as transações com criptoativos coloca em risco os investidores e também o sistema financeiro, além de servir de meio para evasão de dívidas. “Tanto quanto os bancos privados e públicos, é preciso haver uma normatização e fiscalização rigorosa para que a população não venha a ser enganada com promessas de altos lucros individuais, o que já tem ocorrido sobremaneira”, afirma Frota. (FROTA, 2021).

Atualmente, uma comissão especial da Câmara dos Deputados discute a regulação de moedas virtuais e programas de milhagem pelo Banco Central (PL 2303/15) que dispõe sobre a inclusão das moedas virtuais e programas de milhagem aéreas na definição de 'arranjos de pagamento' sob a supervisão do Banco Central alterando assim a Lei nº 12.865, de 2013 e da Lei 9.613, de 1998. Este é o segundo



PL que trata da regulamentação de criptomoedas na Câmara dos Deputados.

O outro PL (Projeto de Lei) 2060/2019 que dispõe sobre Criptoativos, que englobam ativos utilizados como meio de pagamento, reserva de valor, utilidade e valor mobiliário, e sobre o aumento de pena para o crime de “pirâmide financeira”, bem como para crimes relacionados ao uso fraudulento de Criptoativos, o projeto de lei em questão tem como finalidade criar um ambiente em que os elementos positivos da tecnologia do Blockchain sirvam a fomentar a higidez e transparência do Sistema Financeiro Nacional e ao mesmo tempo às necessidades da economia e aos anseios da população. (RIBEIRO, 2019)

Nota-se uma grande dificuldade em resolver de uma vez por todas as questões que surgem com o grande crescimento no mundo dos criptoativos, e inúmeras tentativas de regulamentação estão sendo discutidas para ser adotado uma melhor forma de taxar e instituir uma regra geral que beneficie a todos de maneira justa. (JUNIOR, 2021)

3.4 ALGUMAS PENDENCIAS TRIBUTARIAS INDEFINIDAS

Conforme visto, a Receita Federal, apesar de não possuir uma definição exata do que seriam os criptoativos, até mesmo pela ausência de uma regulamentação em nível nacional, já compreende as referidas transações como sujeitas ao ganho de capital. Porém existem alguns assuntos que ainda não foram esclarecidos pois, a nova tecnologia nos trouxe múltiplas facetas de utilização (compra, venda, troca). Identificadas as inúmeras aplicabilidades das moedas virtuais, seria possível identificar os possíveis tributos vinculados às transações.

No entanto, em matéria de direito tributário a competência dos entes tributantes é extremamente delimitada no próprio texto constitucional, de um modo em que não se podem criar hipóteses de incidência apenas em razão de fatos que extrapolam as realidades conhecidas sendo necessário que estes novos fatos sejam totalmente compatíveis com as hipóteses de incidência dos tributos, de modo com que se tornem fatos jurídicos tributários e resultarem na relação jurídica tributária entre fisco e contribuinte e arrecadação aos cofres públicos.

Talvez a maior implicação da tributação esteja na mineração das criptomoedas. Mas o que é essa mineração? A mineração funciona através de que Mineradores montam os blocos do bitcoin. Primeiro, eles agrupam as transações que estão sendo



propagadas na rede, mas que ainda não foram incluídas em um bloco já ligado com a corrente. Uma vez com o bloco montado, o minerador calcula o "hash" (é apenas um número, o bitcoin estabelece um valor máximo para o hash. O bitcoin trabalha com números extremamente grandes, mas, para fins de exemplo, vamos supor que o hash não pode ser maior do que 8 para o bloco). Mas o bitcoin não aceita qualquer hash. Calcular o hash dos mesmos dados sempre terá o mesmo resultado. Existe, portanto, um dado dentro do bloco que o minerador pode manipular. Esse dado é apenas um número, chamado de "nonce". O minerador então começa a calcular repetidos hashes do bloco, alterando apenas o número nonce a cada tentativa.

Neste caso, existiria um acordo firmado e a individualização do serviço prestado, possivelmente sujeito ao ISS (Imposto Sobre Serviços). Visto que qualquer pessoa com um computador em casa pode facilmente se cadastrar e simplesmente começar a mineração, tendo a mesma ação como uma maneira de se obter uma renda extra com um custo baixo sem correr risco de perder algum investimento.

A procura de peças de e componentes para máquinas de minerar criptomoedas cresceu de maneira desenfreada resultando em falta de componentes no mercado e conseqüente mente o aumento muito considerável no preço, visto que é uma grande fonte de renda extra em que a pessoa não corre riscos, sendo o seu único investimento a sua máquina.

Por fim se acaso chegássemos à conclusão pela tributação do imposto municipal nas transações, ainda seria necessário consenso em razão do sujeito ativo para o qual o tributo seria recolhido. Afinal de contas, as máquinas (e, conseqüentemente, os indivíduos) em que as validações são realizadas poderão estar em diferentes Municípios e até mesmo países, sendo que o único requisito e algo comumente encontrado nos lares ao redor do mundo, que é nada mais do que um computador com um processador razoável. (NEVES, 2018)

3.5 CRIPTOATIVOS NO AMBITO INTERNACIONAL

Com o crescimento disparado das criptomoedas nos dias atuais, a sua legalidade vem sendo tratada sem uma base a ser seguida, sendo tratada de diferentes formas em diferentes países. Enquanto alguns países aprovam e autorizam seu uso e troca, outros já o restringem chegando em casos de até banimento da moeda do seu território. Em 2017 foi realizado um estudo em mais de 60 países, e com isso



podemos ver que vários países já reconhecem os criptoativos, enquanto alguns aprovam o seu uso, outros já não acreditam tanto em tal moeda, dizendo que existe algum receio quanto a sua segurança.

Como país sede de algumas das principais exchanges de criptomoedas do mundo, o Japão está alguns passos à frente e já possui uma regulação sobre o tema. O Marco de Serviços de Pagamento, em vigor desde 2017, é a principal legislação que delimita o mercado. Porém para operar com moedas virtuais, a empresa deve cumprir alguns requisitos:

Ser uma administradora de ativos ou uma companhia de moedas virtuais estrangeira;

Ter um representante residindo no Japão;

Manter um escritório dentro do país;

Ser cadastrada em um departamento financeiro local;

Fazer a entrega anual dos registros de transações à Agência de Serviços

Financeiros, órgão responsável pela fiscalização do setor.

Na Austrália por exemplo, os criptoativos não são considerados como moeda, nem mesmo como uma moeda estrangeira, mas estão sujeitos à tributação as operações que excedam o limite de 10 mil dólares australianos, porém dependendo da natureza da transação visto que os criptoativos possuem inúmeras finalidades no dia a dia das pessoas físicas. (PAIVA, 2017)

Dentre os países-membros da UE, a maioria deles segue à risca as resoluções do Parlamento Europeu que se referem aos criptoativos. Um dos principais instrumentos normativos, o 4º Diretivo Contra Lavagem de Dinheiro, sugere que os países europeus obriguem os fornecedores de carteiras digitais a aplicar medidas de detecção e prevenção à lavagem de dinheiro e financiamento do terrorismo. Em 2018, o bloco lançou um Plano de Ação que estuda as aplicações de inovações financeiras para o comércio dentro da UE. Uma das ações já executadas foi o lançamento do Observatório de Blockchain para investigar as possíveis vantagens da tecnologia para o mercado financeiro.

Já nos EUA, as transações envolvendo criptoativos estão sujeitas ao ganho de capital, cuja alíquota dependerá do período em que são alienados. Um período menor que um ano sujeitará a operação à tributação comum do imposto sobre a renda. Caso o prazo seja superior, então a alíquota poderá ser reduzida. Nos países mais



desenvolvido e possível notar uma grande diferença existente na forma em que é tratado o assunto nas criptomoedas, diferentemente do Brasil que ainda está em discussão em como abordar da melhor tanto a circulação quanto a tributação dos criptoativos. (PAIVA, 2017).

El Salvador se tornou o primeiro país do mundo a reconhecer o bitcoin como uma moeda, e aceitá-la legalmente. A proposta para adoção da criptomoeda partiu do próprio presidente do país, Nayib Bukele, e foi aprovada pela maioria dos legisladores salvadorenhos, essa mudança afetou diretamente não o país como também o bitcoin em si, visto que vinha sofrendo muito com uma queda significativa em seu valor, tendo uma rápida reação positiva e aumentando novamente seu valor. Isso mostra que cada vez mais ao redor do mundo a visão dos criptoativos tem sido positiva, e que cada vez mais surgem novas notícias de países regularizando e incluindo as criptomoedas como de fato uma moeda. (BARROS, 2021).

4 O DIREITO DOS HERDEIROS QUANTO AOS CRIPTOATIVOS

O direito a herança dos criptoativos é algo que ainda não pode ser determinado de maneira legal sobre como vai ocorrer a transmissão das criptomoedas, sendo que o atual sistema legislativo brasileiro carece de regulamentação, bem como, encontra-se uma ausência de jurisprudência, de como agir em caso de transmissão dos criptoativos.

Os principais problemas encontrados neste processo de sucessão são o de determinar a natureza jurídica das criptomoedas definindo assim um modo legal de partilhar o mesmo, e a ausência de mecanismos para conduzi-los para o processo sucessório de maneira eficiente.

Sendo assim atualmente não se tem nenhuma maneira definida de como suprir a falta de maneiras de como se ter a herança dos criptoativos, trazendo um grande problema que necessita de definições. A determinação da natureza jurídica das criptomoedas é algo que influencia muito quando se trata de Direito Sucessório. Se colocarmos o Bitcoin por exemplo, de maneira com que fosse feito a sua sucessão semelhante a moeda, de acordo com a legislação, o mesmo poderia ser dividido em partes iguais, sendo assim deixando a sua partilha mais simples de ser feita.

Já da vista tributária, temos que se atentar sobre algumas questões, sendo, a

Anais Eletrônico III CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS E NOVOS PARADIGMAS 555
UniFatecie – Centro Universitário Fatecie



principal o ITCMD (Imposto Sobre a Transmissão Causa Mortis e Doação), sendo este o principal imposto na transmissão “causa mortis”. Esse imposto é incidido sobre qualquer bem ou direito, sendo assim logicamente seria cobrado em cima do Bitcoin, mesmo sem ter uma legislação que o regulamente sendo assim o mesmo carente de classificação jurídica, ainda sim o mesmo possui grande valor econômico e se encaixaria no conceito de bem.

Porem surge mais questões que impedem a sua regulamentação como a inexistência de um órgão oficial que determine o valor de tais bens em relação com a moeda de circulação, o Banco Central nos afirma isso em seu comunicado 25.306/2014.

Os criptoativos não tem garantia de conversão oficial como as moedas estrangeiras, nem garantias de ativo real de qualquer espécie. O valor de uma moeda sempre está em constante mudança podendo o mesmo subir ou descer de acordo com o que está acontecendo no mercado, e elas dependem da credibilidade e da confiança dos agentes do mercado possuem e na aceitação que as criptomoedas tem, coma a falta de segurança quanto ao seu valor, que podem estar em alta em um dia e no outro cair de forma significativa.

Sendo assim não há nenhum mecanismo governamental que garanta o valor de uma moeda digital, ficando o mesmo dependente de apenas a aceitação de quem os obtém apenas. Algumas maneiras que pareçam ser funcionais tem sido aplicada de maneiras excepcional, porem nada que seja funcional de modo a ser definido pela legislação, gerando assim uma carência quanto a sua sucessão. (RANGEL, 2021)

4.1 O DIREITO A HERANÇA NO BRASIL

Primeiramente não se deve confundir sucessão com herança. A sucessão é o ato de suceder, feito o ato entre vivos, enquanto a herança decorre de morte, se tratando de um conjunto de direitos e obrigações. O objeto da sucessão causa mortis é a herança, dado que, com abertura da sucessão, ocorre a mutação subjetiva do patrimônio do de cujus que se transmite aos seus herdeiros, os quais se sub-rogam nas relações jurídicas do defunto, tanto no ativo como no passivo até os limites da herança.” (CC, arts. 1.792 e 1.997).

Existe um privilégio legal que é concedido a herdeiros para serem admitidos a herança do de cujus, não os obrigando a responder por encargos além das forças de acervo hereditário nota-se então que, dentro da sucessão, a herança é um conjunto



de patrimônio oriundo do morto para aqueles que possuem um certo privilégio legal, concedido mesmo que estes não respondam aos encargos deixados pelo morto.

A herança é considerada uma universalidade, sendo dividida em quotas-frações, com destinação aos herdeiros, sem que haja uma determinação de bens, coisa que ocorre apenas na partilha.

4.2 O IMPOSTO SOBRE A TRANSMISSÃO CAUSA MORTIS E DOAÇÃO

O Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação (ITCMD) é um tributo brasileiro aplicado sobre heranças e doações que tenham sido recebidas. O fato gerador do ITCMD é a transmissão causa mortis de imóveis e doação de qualquer bem ou direito.

Atualmente não existe nenhum tipo de determinação sobre a cotação oficial dos criptoativos no Brasil. Desse modo não é possível garantir que o ITCMD iria incidir sobre o valor real de mercado de criptomoedas uma vez que esse mercado e o valor de tais moedas estão em constante mudança, podendo variar muito durante o dia, valorizando ou desvalorizando, minuto a minuto, fazendo com que seja difícil definir o seu valor verdadeiro, tendo também em vista que não existe nem um órgão governamental que determine o valor desse bem dentro do processo sucessório, principalmente para fins tributários.

A principal razão da existência desse problema é a falta de qualificação jurídica para as criptomoedas que poderiam instituir, por exemplo, que o Bitcoin fosse uma espécie de moeda, com cotação oficial. Em síntese, no atual estado da regulamentação do Bitcoin no Brasil não podemos afirmar a natureza jurídica da criptomoeda visto que o Banco Central já se manifestou sobre o mesmo prejudicando então a sua transmissão sucessória e deixando ainda sem resolução definitiva o assunto, pois como visto não temos atualmente um valor fixo, ou uma maneira de como avaliar os criptoativos de maneira oficial. (ALEXANDRE, 2013).

4.3 A INCLUSÃO DOS CRIPTOATIVOS AO PATRIMÔNIO DO DE CUJUS

De maneira diferente dos bens ou propriedades que estão presentes no patrimônio do “de cujus” as criptomoedas não tem registro nenhum em qualquer órgão



do estado e pode ser armazenado em qualquer lugar, visto que pode ser adquirido de qualquer lugar do mundo via sistemas online, não sendo necessário nenhum tipo de item físico podendo assim ser armazenado em qualquer espécie de dispositivo. Isso faz com que seja necessário a existência de um órgão que seja responsável por registrar os criptoativos no nome de seu possuinte, porém tal órgão ainda é inexistente, isso dificulta a fiscalização nas transferências dos ativos sendo impossível ter uma base de quantos criptoativos determinada pessoa possui.

Além disso, diferente das moedas oficiais, os criptoativos não necessitam de contas para serem armazenados sendo difícil incluir essa moeda virtual na herança tendo em vista, que num processo de inventário, é praticamente impossível achar rastros dos Bitcoins em qualquer lugar. Assim, não existe forma segura, de repassar os Bitcoins para os herdeiros, sem que o proprietário dos Bitcoins, tome determinadas ações.

Atualmente existem serviços privados que fazem essa transferência dos bens digitais do falecido, para as pessoas que ele indicar.

Uma das opções seria testamento cerrado, é cercado de solenidades e visa manter a última vontade do testador em segredo, sendo um uma forma intermediária entre o testamento público e particular, sendo assim o testador deixaria a sua senha de acesso fazendo com que os seus herdeiros possam ter acesso a seus criptoativos. (VENOSA, 2013)

A solução ideal poderia ser a readaptação da proposta do Projeto de Lei 4.099/2012 este projeto de lei altera o art. 1.788 da Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que “institui o Código Civil”, a fim de dispor sobre a sucessão dos bens e contas digitais do autor da herança, que possibilitaria armazenar os criptoativos, em ambiente digital, de forma segura possibilitando a livre movimentação desses criptoativos pelo autor da herança, e quando do falecimento deste poderiam os herdeiros pleitearem a titularidade da conta aonde estivessem salvos esses criptoativos e também, a regulamentação das criptomoedas, em especial o Bitcoin possibilitaria ao Estado controle sobre as transações envolvendo as mesmas, garantindo arrecadação através de tributos e ofertando garantias a sociedade, que teria maior segurança quanto ao exercício do direito de herança às criptomoedas.

O testamento virtual também parece ser uma boa opção para o assunto, visto que, esses serviços, possibilitam a transferência de contas de e-mail, senhas, perfis sociais, além de conteúdo de armazenamento online para terceiros indicados pelo



dono da conta em caso de falecimento, bem como mensagens do próprio falecido que seriam enviadas apenas após seu falecimento, podendo incluir assim as chaves de acesso e e-mails onde estão contidos os criptoativos do “de cujus”. (RANGEL, 2021).

CONCLUSÃO:

Foi estudado neste presente trabalho, o surgimento de uma nova tecnologia que vem crescendo cada vez mais e se tornando mais e mais presente no dia a dia da humanidade, e que vem criando vários desafios para o estado, sobre como agir em relação a tal novidade.

As criptomoedas que surgem todos os dias no mercado, e que tem trazido consigo grandes dúvidas e desafios, sua finalidade que é trazer segurança e, porém, não tem tido uma grande aceitação na maior parte do mundo.

De fato, a sociedade está em constante evolução e por isso cada vez mais o estado tem que estar atento nas novidades que vem surgindo para que possa se adequar as coisas da melhor forma possível.

O sistema tributário, tem tido bastante dificuldade, não só em descobrir a melhor maneira de como taxar esses criptoativos, mas também como tratar em relação a sua identidade jurídica e em como classifica-las na legislação do nosso país. Um grande desafio surgiu com a vinda dessa nova tecnologia e inúmeras tentativas foram e estão sendo estudada para se achar um meio de conseguir fazer todo o sistema trabalhar como harmonia como deve ser, usando outros países como exemplo e acrescentando novas leis e normas para que tudo possa ser concordado com o nosso sistema.

O presente trabalho serve para dar um norte sobre o que está acontecendo no âmbito jurídico em relação as criptomoedas, e quando esta tecnologia vem sendo tratado no nosso estado, de maneira com que sirva para tirar algumas dúvidas e deixar claro o que está por vir, pois ainda existem inúmeras partes a se considerar por se tratar de algo tão novo e recente.

Desafios não só para o Sistema Tributário em si, mas também em outras áreas do nosso sistema jurídico, como por exemplo a sucessão do mesmo. Porém com novas ideias surgindo todos os dias, logo tudo funcionaria de uma forma mais clara e adequada. E aqui finalizamos este artigo com o intuito de ajudar e acrescentar de alguma forma o assunto.



REFERÊNCIAS:

ALEXANDRE, Ricardo. Direito tributário esquematizado. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2013.

ARAUJO. Fernanda. O que é Imposto de Renda e para que serve?

BRASIL. Ministério da fazenda. Imposto sobre a renda da pessoa física perguntas & respostas.

CARVALHO. Paulo Barros. Direito Tributário Linguagem e Método. 8 Edição. São Paulo, 2021.

JUNIOR. Janary. Disponível em; <https://www.camara.leg.br/noticias/800960-projeto-fixa-prazo-para-poder-executivo-regulamentar-operacao-com-criptomoedas/>>

MARTINS, I. G. da Silva. O sistema tributário brasileiro: história, perfil constitucional e proposta de reforma. São Paulo 2000.

NAKAMOTO, Satoshi. Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System.2011.

NEVES. Barbara. A Tributação dos Criptoativos no Brasil: Desafio das Tecnologias Disruptivas e o Tratamento Tributário Brasileiro. Dez 2018.

PAIVA. Tatiana Tricia. Criptomoedas: definições e por que você precisa saber. 25 out 2017.

RANGEL. Fernanda. O Direito de Herança Sobre Criptomoedas. Fev 2021.

ULRICH, Fernando. Bitcoin: A moeda na era digital. 1º Ed. São Paulo. Mises Brasil.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: parte geral. V. 1, 5 ed. São Paulo: Atlas, 2013



UMA ANÁLISE DA INTERDEPENDÊNCIA ENTRE DIREITO TRIBUTÁRIO E DIREITOS HUMANOS

Juliana Marteli Fais Feriato¹²⁶

Francesca Haide Fukita¹²⁷

RESUMO: Este trabalho visa apresentar a relação existente entre o Direito Tributário e os Direitos Humanos, uma vez que tradicionalmente, o Direito Tributário tem suas raízes na soberania estatal, tendo os Direitos Humanos surgido, justamente, para relativizar essa soberania, com vistas a impor limites e evitar os abusos cometidos pelo Estado. Nesse contexto, por meio de pesquisa bibliográfica, teórica e descritiva, com abordagem qualitativa, é relevante compreender a evolução histórica dos tributos e dos Direitos Humanos, almejando-se evidenciar que as normas de Direitos Humanos devem irradiar efeitos em todo o ordenamento jurídico, inclusive no Direito Tributário, assim como demonstrar que os tributos podem contribuir para implementação e efetivação dos Direitos Humanos e fundamentais, bem como o sistema tributário pode ser um importante instrumento para promover a redistribuição de renda e reduzir as desigualdades sociais.

PALAVRAS-CHAVE: Estado. Redistribuição de renda. Redução da desigualdade.

ABSTRACT OU RESUMEN: This paper aims to demonstrate the relationship between Tax Law and Human Rights, since traditionally, Tax Law has its roots in state masterdom, with Human Rights having arisen precisely to relativize this masterdom, with a view to imposing limits and prevent abuses committed by the state. In this context, through bibliographical, theoretical and descriptive research, with a qualitative approach, it is important to understand the historical evolution of taxes and human rights, aiming to show that human rights standards should radiate effects throughout the legal system, including Tax Law, as well as demonstrate that taxes can contribute to implementation and the realization of human and fundamental rights, as well as the tax system can be an important tool to promote the redistribution of income and reduce social inequalities.

KEYWORDS OU PALABRAS-CLAVE: State. Redistribution of income. Reduce inequalities.

INTRODUÇÃO:

O tributo é uma das formas em que melhor se evidencia o exercício do poder estatal, uma vez que em grande parte os tributos são usados como instrumentos de financiamento de suas atividades, o que se faz mediante o exercício de sua soberania. E é dentro deste cenário que a presente pesquisa foi realizada com o objetivo de demonstrar a conexão existente entre o Direito Tributário e os Direitos Humanos.

¹²⁶ Doutora e mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, especialista em direito internacional e econômico pela Universidade Estadual de Londrina. Docente e vice-coordenadora do Programa de Pós-graduação stricto sensu (mestrado e doutorado) em Ciências Jurídicas Docente da graduação em Direito da UNICESUMAR. Membro pesquisadora do Instituto Cesumar de Tecnologia, Ciência e Inovação (ICETI). Professora convidada da Pós-Graduação em Direito Aduaneiro da Unicuritiba.. Endereço eletrônico: juliana.fais@unicesumar.edu.br

¹²⁷ Aluna do curso de graduação em Direito da Universidade da UNICESUMAR. Endereço eletrônico: francescahaidefuk@gmail.com.



A presente pesquisa se justifica tendo em vista que por vezes, em um primeiro momento é difícil relacionar tributação e Direitos Humanos, tendo em vista que, o Direito Tributário tradicionalmente tem suas raízes na soberania do Estado enquanto que, os Direitos Humanos surgem, justamente, para conter os excessos praticados pelo Estado no exercício dessa soberania, relativizando-a e impondo limites ao seu exercício.

Dentro deste contexto, a partir de pesquisa bibliográfica, teórica e descritiva, com abordagem qualitativa, será esboçado um breve resumo da origem do Estado, de como ele é criado, organizado e direcionado a uma finalidade específica, possibilitando a vida em sociedade. Assim como, a origem e fundamento dos tributos e da repercussão e efeitos dos Direitos Humanos sobre todo o ordenamento jurídico.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 consagrou o Estado Democrático de Direito, instituindo valores, objetivos e princípios tais como a dignidade da pessoa humana, a erradicação da pobreza e da marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, a garantia do desenvolvimento nacional, a prevalência dos Direitos Humanos, dentre outros, todos compatíveis ao Estado Social, restando clara a ideia de que estes valores, objetivos e princípios devem irradiar efeitos por todo o ordenamento jurídico brasileiro, inclusive para o Direito Tributário. O que por vezes é difícil ser identificado tendo em vista que o Brasil ainda é considerado um dos países mais desiguais do mundo e que nos últimos anos apresentou estagnação e retrocessos inaceitáveis.

É nesse ponto que se busca demonstrar que a tributação exerce papel relevante, contribuindo para o financiamento da implementação dos Direitos Humanos, no qual é importante que cada cidadão compreenda seu papel enquanto contribuinte, com vistas à solidariedade e ao dever fundamental de pagar tributos, mas também que a tributação pode representar um mecanismo eficaz de justiça social, proporcionando a redistribuição de renda e a redução das desigualdades sociais.

DESENVOLVIMENTO:

1. Tributação no transcorrer da história

Tradicionalmente, o Direito tributário é considerado ramo de Direito Público, no qual disciplina as relações em o Estado é parte, segundo Regina Helena, “o direito



tributário é um conjunto de normas jurídicas que disciplinam a instituição, a arrecadação e a fiscalização de tributos”.

Tributo, do latim *tribus* (da tribo), *tributum*, compreende dentre outros significados, aquilo que se sofre ou concede por obrigação, dever, necessidade etc; Imposto devido ao poder público; Imposto que um Estado ou província subjugada é obrigada a pagar ao dominador.

Seus princípios fundamentais são: a) supremacia do interesse público sobre o interesse particular; b) indisponibilidade do interesse público. Entende-se pelo primeiro que em uma relação cujo Estado seja parte na qualidade de ente estatal e de outro lado esteja um particular, o Estado possui vantagens, havendo um desnivelamento, ou seja, uma relação verticalizada. Já o segundo, significa que o agente público não pode dispor do patrimônio ou interesse público por mera liberalidade, ficando vinculado as exigências da lei.

O Estado para obter receita, pode fazê-lo de duas formas: 1) receitas originárias, as quais o Estado explora seu próprio patrimônio, em que de modo semelhante ao particular, obtém receitas patrimoniais e empresariais, como, empreender no mercado financeiro por meio da abertura de empresas públicas ou sociedades de economia mista. Neste caso, o Estado não age com poder de império, ou seja, as relações se dão através de acordo de vontades; 2) receitas derivadas, receitas geradas por terceiros, as quais o Estado age independentemente da vontade do particular, manifestando-se através do poder de império, invadindo a esfera do patrimônio do particular, retirando uma parte deste e entregando aos cofres públicos, por exemplo, os tributos e multas.

Segundo o Professor Ricardo Alexandre (Alexandre, 2020, p. 39), a visão de que o Estado tributa para aferir renda para consecução do bem comum é correta, mas incompleta. No período clássico das finanças públicas (Estado Liberal dos Séculos XVIII e XIX), a regra fundamental era a não intervenção do Estado na economia, que os tributos deveriam ser neutros, serviriam apenas como meio de obtenção para custear suas atividades (Estado Polícia), jamais sendo um instrumento de mudanças sociais ou econômicas. Ocorre que no final do Século XIX, o Estado passou a utilizar de formas de intervenção na economia para corrigir as distorções causadas pelo liberalismo, em virtude das fases de depressão econômicas, epidemias, desempregos, efeitos esses resultantes da Revolução industrial e o processo de mecanização que trouxe ao mercado de trabalho, aumentando as desigualdades



sociais. No período moderno das finanças públicas, em que sai de cena o liberalismo, e entra em cena o Estado de Bem-Estar Social, o tributo passou a ser, sempre que possível, graduado de acordo com a capacidade econômica do contribuinte.

O autor ainda afirma que, hoje não existem tributos completamente neutros, pois a atividade tributária do Estado visa além da finalidade meramente arrecadatória, mas, “o Estado passa a aproveitar esses efeitos colaterais dos tributos, instituindo-os com o objetivo de intervir no domínio econômico e na ordem social”. Podendo dividir a finalidade dos tributos em: a) fiscal, ou seja, arrecadar, carrear recursos para os cofres públicos; b) extrafiscal, com finalidade de intervenção na economia. Além dessas duas, pode-se citar a finalidade para-fiscal, que também visa a arrecadação, mas essa é realizada por pessoa diversa daquela que instituiu a exação, sendo beneficiado instituições que atuam em colaboração com o Estado.

Como visto anteriormente, o Estado possui o monopólio da coação organizada, impondo regras e determinado os limites da atuação no seio da sociedade, atuando tanto externa quanto internamente. Somente o Estado possui o poder de se autorregular e auto-organizar, fazendo isso através da atividade legislativa. Conforme bem explica Lima,

Através do exercício da atividade legislativa o Estado modifica o direito, regula sua soberania e, ainda, faz cumprir os próprios comandos por meio de seus órgãos. O poder soberano é poder jurídico obstativo do uso arbitrário da força. (Lima, 2019, p. 6)

Os tributos encontram-se presentes desde os primórdios da história da civilização humana, segundo Regina Helena (Costa, 2018, p. 30), o surgimento do tributo confunde-se com o surgimento da sociedade organizada, podendo ser observado no Egito, no Oriente Médio e em outras civilizações como forma de financiar suas atividades, principalmente as guerras, sendo que os primeiros tributos eram entregues de forma voluntária, no qual as pessoas entregavam presentes aos líderes das aldeias como forma de agradecimento pelos serviços prestados à comunidade. Passando mais tarde a ser compulsória a entrega de bens, quando os vencedores das guerras exigiam dos vencidos todos seus bens.

No início do Império Romano, dois eram os tributos cobrados, um que era devido ao Senado, representantes do povo (*aerarium*) e outro devido ao Imperador (*fiscus*), sendo mais tarde unidos em um só tributo.

Na Idade Média, mais especificamente na Inglaterra, existiram os tributos



alfandegários, que eram devido à Coroa (*magna customa, parva customa*), para aqueles que praticavam o comércio para fora, no mar ou na terra, estes presentes até hoje.

Ao longo da história pode-se identificar que, os tributos eram impostos de modo arbitrário e descomedido, sendo estopim para muitas das revoltas e revoluções, que influenciaram, modificaram e até mesmo derrubaram regimes e governos opressores, principalmente sob o ponto de vista fiscais, mudando-se os rumos da forma de atuar do Estado, como exemplo: a revolta dos barões contra João Sem-Terra, no qual impulsionou a elaboração da Magna Carta de 1215, a decapitação de Carlos I (1649), como resultado do fim da Monarquia Absolutista na Inglaterra e o fortalecimento da burguesia e logo após a Revolução Gloriosa (1688), que resultou em 1689 na Declaração dos Direitos (Bill of Rights), constituindo uma monarquia constitucional parlamentarista, sendo um dos eventos mais importante para a história recente, assim como a Revolução Francesa em 1789, no qual estava no governo Luiz XVI, que exigia até a última gota de sangue dos cidadãos com as cobranças de impostos. Por fim, podemos citar como exemplo no Brasil, a Inconfidência Mineira, que por conta dos abusos nas cobranças de impostos pela Coroa Portuguesa (coleta da derrama, 1788-1792), no qual foi demasiadamente opressiva.

Após esses eventos, nos séculos seguintes, com cidadãos mais conscientes de seus direitos, mudou-se a forma de pensar e instituir os tributos, no qual deveriam se observar a capacidade contributiva dos cidadãos, e que a não observância acarretaria consequências indesejadas pelos governantes, houve um processo de mudança quanto a visão sobre os tributos, fazendo que eles deixassem de serem vistos apenas como imposição do Estado resultante do seu poder ou como um mal necessário, mas sim, que em um Estado de Direito é necessário principalmente como instrumentos para efetivação de direitos e garantias fundamentais, segundo Stephen Holmes em seu livro O custo dos direitos.

O financiamento de direitos básicos por meio da renda tributária auxilia a ver claramente que os direitos são bens públicos: serviços sociais pagos pelo contribuinte e administrados pelo governo, cujo objetivo é aperfeiçoar o bem-estar coletivo e individual.

Sem recursos não há que se falar em promoção e garantia de direitos, conforme bem análise Luís Eduardo Shoueri, é importante:



[...] compreender a passagem de um poder de tributar para o moderno direito de tributar. Este opõe-se ao primeiro por ser regulado dentro dos princípios do Estado de Direito. Preservá-lo é honrar, antes de mais nada, o sangue daqueles que foram mártires para a afirmação da liberdade. A relação entre a tributação e a liberdade, que hoje conhecemos, tem sua história marcada por diversas etapas, que se explicam mesmo pela própria evolução da liberdade buscada. Se é verdadeiro que a tributação conforme o Estado de Direito é exigência da liberdade, seus contornos variam à mesma medida que evolui o último conceito. (Shoueri, 2019, p. 28).

Fato é que, dentre as várias atividades a serem desempenhadas pelo Estado, pode-se dizer que a atividade fiscal se confunde com a própria existência do Estado, uma vez que o objetivo final do Estado é proporcionar o bem comum, para tanto, os recursos financeiros são imprescindíveis, sendo que um dos aspectos da atividade financeira do Estado consiste na obtenção dos meios materiais e serviços para a realização de seus fins.

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS HUMANOS

Relação importante é a que existe entre os direitos do homem e a democracia, e isso fica claro ao se analisar a história da formação e evolução do Estado, nos conflitos gerados pela luta por liberdade e igualdade, nas palavras de Bobbio (Bobbio, 2004, p. 1), “a democracia é a sociedade dos cidadãos, e os súditos se tornam cidadãos quando lhes são reconhecidos alguns direitos fundamentais”. Para o autor, a busca pela paz é que o pressuposto necessário para o reconhecimento e a efetiva proteção dos direitos do homem em um determinado Estado e nos sistemas internacionais.

Diversos termos doutrinários podem ser encontrados para definir os direitos essenciais do ser humano, dar um único conceito seria um pouco reducionista tendo em vista a complexidade e amplitude do termo Direitos Humanos, que ao longo da história foram também chamados como direitos naturais, direitos fundamentais, direitos do homem, direitos públicos subjetivos ou liberdades fundamentais, mas que atualmente esses termos são muito bem diferenciados para expressar conteúdo específicos.

Como direitos do homem, entende-se como direitos naturais, de cunho jusnaturalista, que alcança o homem de forma global e em qualquer tempo. São direitos que não se encontram positivados em textos ou tratados internacionais, o que atualmente são raros os casos. Por direitos fundamentais, Valério Mazzuoli (2021, p.



30), entende que são aqueles previstos em uma ordem interna, ou seja, Estatal, protegendo os direitos dos cidadãos de um determinado território, encontrando positivados nas constituições contemporâneas. Já por Direitos Humanos, o autor entende ser uma expressão intrinsecamente ligada ao direito internacional público, ou seja, da Sociedade internacional, previsto em tratados, declarações ou em costumes internacionais, nos quais ampliam a proteção originalmente previstas no âmbito interno. Assim, termina o autor, os Direitos Humanos são direitos que garantem às pessoas sujeitas à jurisdição de um dado Estado meios de reivindicação de seus direitos, para além do plano interno.

Já André de Carvalho Ramos conceitua Direitos Humanos como,

Um conjunto de direitos considerados indispensável para uma vida humana pautada na liberdade, igualdade e dignidade. Os Direitos Humanos são os direitos essenciais e indispensáveis à vida digna. (Ramos, 2021, p. 31)

A evolução histórica dos Direitos Humanos não tem um marco bem definido, pode-se dizer que foi um longo processo, passando por diversas fases ou gerações (dimensões) dos Direitos Humanos, sendo compreendida em primeira, segunda, terceira geração, lançada pelo jurista Karel Vasak, que assim classificou os Direitos Humanos em gerações, sendo que mais tarde outros autores ampliaram para quarta e quinta gerações.

Vasak associou as gerações aos componentes da Revolução Francesa, liberdade, igualdade e fraternidade. Sendo a primeira geração aquela que engloba os direitos a liberdade, considerados prestações negativas, nas quais o Estado deve proteger a autonomia dos indivíduos, ou seja, protegem os indivíduos das ações indevidas do Estado, verdadeira limitação ao poder soberano do Estado. Já os de segunda geração, que engloba os direitos sociais, implicando em postura ativa do Estado na garantia da igualdade, acesso à educação, saúde, trabalho, ou seja, promoção de condições mínimas de sobrevivência. Por fim, a terceira geração consiste nos direitos da solidariedade e fraternidade, ou seja, os titulares são toda uma comunidade, buscando o pleno desenvolvimento, a paz, a autodeterminação e o meio ambiente equilibrado.

Ao longo da história, a teoria das gerações sofreu diversas críticas, como por exemplo, a ideia de substituição de uma geração pela outra, o que não poderia ser



verdade já que a as gerações se complementam, interagem, pois, os Direitos Humanos são um conjunto mínimo necessário para a vida humana. Depois remeteu-se a ideia de que uma geração é posterior a outra, ou que os direitos da primeira geração foram reconhecidos antes da segunda, o que também não é verdade, como no exemplo trazido por Ramos (2021, p. 62), dos direitos sociais dos trabalhadores, reconhecidos pela OIT (Organização Internacional do Trabalho) em 1919, muito antes da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Outra crítica foi o da fragmentariedade, ou seja, de que as gerações apresentam os direitos de forma fragmentada, confrontando a indivisibilidade dos Direitos Humanos. Por isso, muitos autores preferem o uso do termo dimensões e não gerações dos Direitos Humanos e apesar das críticas, até hoje é muito usada por ser didática e de fácil compreensão dos Direitos Humanos. Resta claro que inter-relação e interdependência entre as dimensões são dotados das seguintes características: a) historicidade, pois vão se construindo ao longo da história; b) universalidade, todas as pessoas são titulares dos Direitos Humanos, basta a condição de ser pessoa humana, em todas são dotadas da mesma dignidade e não se pode fazer acepções entre elas; c) essencialidade, ou seja, valores indispensáveis que devem ser protegidos por todos.

O ponto máximo e marco histórico dos Direitos Humanos talvez possa ser considerado com a Declaração Universal de 1948, que trouxe princípios basilares para os Direitos Humanos, quais seja, a inviolabilidade da pessoa, em que não se podem impor sacrifícios a um indivíduo em razão de que tais sacrifícios resultarão em benefícios a outras pessoas; a autonomia da pessoa, pelo qual toda pessoa é livre para a realização de qualquer conduta, desde que os seus atos não prejudiquem terceiros e a dignidade da pessoa, fonte de todos os direitos fundamentais do cidadão.

A Declaração de Direitos Humanos surge como resposta aos horrores praticados na Segunda Guerra Mundial (1939-1945), principalmente no que tange a subjugação de povos considerados inferiores, conforme relata Comparato (2013, p. 226), ainda acrescenta que restou claro o poder de destruição de vidas que homem desenvolveu, referindo-se aos meios bélicos empregados, por exemplo a bomba atômica lançada em Hiroshima e Nagasaki (6 e 9 de agosto de 1945), no qual abriu-se o entendimento de que para a sobrevivência da humanidade deveria haver uma colaboração de todos os povos para reorganização das relações internacionais baseada no respeito incondicional à dignidade da pessoa humana. Dessa necessidade, nasce a Organização das Nações Unidas (ONU), para ser a organização



da sociedade política mundial, na qual deveriam pertencer todas as nações do mundo empenhadas na defesa da dignidade humana.

Noberto Bobbio (2004), em *A Era dos Direitos*, observa que:

Somente depois da Declaração Universal é que podemos ter a certeza histórica de que a humanidade – toda a humanidade – partilha alguns valores comuns; e podemos, finalmente, crer na universalidade dos valores. [...] os direitos do homem nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares, para finalmente encontrarem sua plena realização como direitos positivos universais. [...] a Declaração proclama princípios de que se faz pregoeira não de normas jurídicas, mas como ideal comum a ser alcançado por todos os povos e por todas as nações. (Bobbio, 2004, p. 28-30).

Para atender o determinado na Carta das Nações Unidas, em 1946 durante sessão do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, ficou assentado que a Comissão de Direitos Humanos desenvolveria seus trabalhos para a constituição de um sistema que implementasse, garantisse e promovesse os Direitos Humanos, fazendo parte da primeira etapa desse processo a declaração de Direitos Humanos, assim como a elaboração de diversos outros pactos internacionais com força vinculante e tribunais internacionais que fossem capazes de assegurar o respeito aos Direitos Humanos e que tratassem dos casos de possíveis violações.

Os primeiros pactos de relevância foram concretizados em 1966, sendo eles, o Pacto dos Direitos Cívicos e Políticos e o dos Direitos Sociais Econômicos e Culturais, no qual os dois pactos não poderiam ser interpretados desconectados da DUDH, formando o chamado sistema global de Direitos Humanos, que atualmente compreende diversos tratados multilaterais de direitos humanos.

Segundo Flávia Piovesan (2017):

Os direitos humanos compõem, assim, uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, capaz de conjugar o catálogo de direitos cívicos e políticos com o catálogo de direitos sociais, econômicos e culturais. Sob esta perspectiva integral, identificam-se dois impactos: a) a inter-relação e interdependência das diversas categorias de direitos humanos; e b) a paridade em grau de relevância de direitos sociais, econômicos e culturais e de direitos cívicos e políticos. (Piovesan, 2017, p. 180).

Portanto, resta clara a ideia de universalidade, indivisibilidade e interdependência dos Direitos Humanos, no qual devem ser reconhecidos de forma integral e que reforçam uma consciência ética e valorativa que há no sistema de proteção dos direitos humanos, buscando salvaguardar parâmetros mínimos de



proteção e respeito à dignidade humana.

3 RELAÇÃO ENTRE TRIBUTAÇÃO E DIREITOS HUMANOS

O Direito Tributário e os Direitos Humanos possuem diversos pontos de conexão, uma vez que em um Estado Democrático de Direitos, entender de modo adequado a relação existente entre a tributação e os direitos humanos é fundamental, podendo-se dizer que os dois são as duas faces da mesma moeda, em que de um lado tem-se como dever do Estado implementar, promover e proteger os Direitos Humanos e fundamentais em sua integralidade, sejam eles positivos ou negativos, não possuindo os tributos mera função arrecadatória, há do outro lado um dever fundamental de se pagar tributos, na medida em que para se viver em sociedade há a necessidade de contribuir para que isso seja possível.

Dentro disso, as normas e tratados de Direitos Humanos devem irradiar efeitos em todo ordenamento jurídico, inclusive sobre a tributação, tendo em vista que o Estado irá impor um ônus ao cidadão, limitando seu direito à propriedade, liberdade, por exemplo. Portanto, a finalidade e a forma como se institui os tributos refletem de modo direto ou indireto nos direitos individuais e coletivos dos contribuintes. Nessa perspectiva, existem duas formas em que há relação direta entre o Direito Tributário e os Direitos Humanos:

- i. No financiamento da implementação dos Direitos Humanos, com vistas à solidariedade e ao dever fundamental de pagar tributos;
- ii. Na redistribuição de riquezas, com vistas à redução das desigualdades.

Assim, a concretização dos direitos humanos está intimamente ligada o exercício tributário, uma vez que é a principal fonte de custeio estatal. E é dentro desta perspectiva que o próximo tópico será escrito.

3.1 Financiamento da implementação dos direitos humanos, com vistas à solidariedade e ao dever fundamental de pagar tributos

Com relação ao financiamento dos Direitos Humanos, vale ressaltar que todo direito tem um custo (Holmes e Stephen, 2019, p.10), tanto os direitos civis e políticos como os econômicos, sociais e culturais, sendo importante compreender que para



implementar, promover e proteger direitos, sejam negativos (como o respeito à propriedade privada e à liberdade), sejam positivos (como o direito à educação, saúde, trabalho etc), sejam orçamentários ou sociais, direitos ou indiretos, a reflexão do custo dos direitos levanta diversas questões importantes sobre como efetivamente financiá-los, bem como os recursos serão distribuídos, tendo em vista a necessidade de compreendê-los no contexto maior do problema da escassez de recursos.

É nesse ponto em que o Direito Tributário tem imensa relevância pois conforme dito anteriormente, os tributos atualmente não são (nem devem ser) vistos como mera sujeição do cidadão ao Estado, não fazendo mais sentido esta percepção, em Estados democráticos e sociais, os tributos são meios para a consecução do bem comum. Pagar tributos vai além de um mal necessário, mas um dever de solidariedade, ou seja, ser um cidadão também é ser contribuinte, em que contribuir com as despesas do Estado é exercer cidadania.

Vale esclarecer o que vem a ser direitos e deveres fundamentais, nas palavras de Hirsch:

Enquanto os primeiros, como já dito, são as normas que tutelam pretensões dos indivíduos para o fim de compensar sua proteção quando ocorrerem abusos por parte do Estado ou de outros particulares, os deveres fundamentais são imperativos de conduta que impõem a cada indivíduo obrigações de fazer, não fazer e tolerar com o objetivo de permitir a melhor coesão social possível. (Hirsch, 2020, p. 82-104).

Nesse mesmo contexto, a ideia de solidariedade também foi afirmada na Declaração Universal de Direitos Humanos (1948), e assim como no Brasil, outras diversas constituições reconheceram a solidariedade expressamente em seus textos. Sendo assim, um princípio importante no campo constitucional, podendo caracterizar uma obrigação moral ou um dever jurídico, e é justamente por isso que tem relevância no campo do Direito Tributário, já que é inegável entender o tributo como um dever fundamental.

Ricardo Lobo Torres apud Marcos Bueno Brandão da Penha:

Ora, se a solidariedade exhibe primordialmente a dimensão do dever segue que não encontra melhor campo de aplicação que o do direito tributário, que regula o dever fundamental de pagar tributo, um dos pouquíssimos deveres fundamentais do cidadão no Estado Liberal, ao lado dos de prestar o serviço militar, compor o júri e servir à justiça eleitoral. (Da Penha, 2015, p. 11).

O princípio da solidariedade está intimamente ligado ao princípio tributário da



capacidade contributiva, ou seja, a tributação deve ser balizada nos contornos constitucionais, observando-se os princípios e leis tributárias, respeitando sempre a capacidade econômica de cada cidadão. Assim, pagar tributos decorre da própria necessidade e permanência de viver em sociedade, sendo um dever inderrogável e indispensável à justiça social.

A capacidade contributiva foi fundamento para diversas revoltas ocorridas ao longo da história no qual os cidadãos lutavam contra os abusos cometidos pelo Estado. Sendo objeto de estudos de autores importantes como Montesquieu, Adam Smith, John Stuart Mill, assim como fez parte da importantíssima Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que em seu artigo 13, prevê:

Para a manutenção da força pública e para as despesas de administração é indispensável uma contribuição comum que deve ser dividida entre os cidadãos de acordo com suas possibilidades.

No Direito Tributário, o princípio da capacidade contributiva, desdobramento do princípio da isonomia, evoluiu ao longo da história, só se aproximando da ideia de justiça e distribuição de renda a partir do século XX, tornando-se um relevante princípio para o Direito Tributário, no Brasil passou por momentos em que houve previsão constitucional e em momentos em que as constituições foram silentes sobre o tema, atualmente encontra previsão no artigo 145, § 1º do texto Constitucional. Podendo ser conceituada hoje como a aptidão do indivíduo em contribuir para os custos das despesas do Estado, mediante um vínculo criado pela lei, devendo-se buscar a máxima distribuição equitativa da carga tributária entre os contribuintes, respeitando o mínimo existencial.

Marco Aurélio Greco e Marciano Seabra de Godói apud Maria Regina:

Elemento referencial de uma certa concepção de tributação, exatamente aquela que se firmou historicamente no âmbito do Estado Democrático de Direito. Ensinam que estudar as relações entre a tributação e a solidariedade social é investigar o “modo de ser” da tributação contemporânea, inquirindo igualmente a sua justificação (o seu “porquê”) e a sua finalidade (ou o seu para quê). (Costa, 2019, p. 3).

Desse modo, a Constituição Federal estabelecendo como fundamentos de um Estado Democrático de direito à cidadania, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, II e III) e que constituem como fundamento da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), sendo importante que haja o equilíbrio entre a tributação e os direitos humanos do contribuinte, na medida em que se respeite



as imposições constitucionais e a capacidade econômica de cada cidadão, assim como cada cidadão compreenda seu papel como ator na promoção e contribuição de uma sociedade justa e solidária.

3.2 Redistribuição de riquezas, com vistas à redução das desigualdades.

Dentre os objetivos fundamentais estabelecidos no art. artigo 3º, da Constituição Federal de 1988, temos no inciso III, a previsão da redução das desigualdades sociais e regionais, nesse sentido José Afonso da Silva apud Nunes traz que:

A tarefa fundamental do Estado Democrático de Direito consiste em superar as desigualdades sociais e regionais e instaurar um regime democrático que realize a justiça social". (Nunes, 2019, p. 57).

A redução da desigualdade é tema relevante, estudado por diversas áreas do conhecimento como a sociologia, filosofia, economia e também pelo direito, não só nos países em desenvolvimento como o Brasil, mas em todo o mundo se busca meios para combatê-la, porém estudos mostram que esse cenário está longe de se resolver ou pelo menos ser minimizado.

A OXFAM Brasil, em seu relatório (2018, p. 11), "País Estagnado: um retrato das desigualdades brasileiras 2018", trouxe dados preocupantes acerca do retrocesso em relação progresso social no país. Estima-se que houve um aumento da proporção da população em condição de pobreza, do nível de desigualdade de renda do trabalho e dos índices de mortalidade infantil. Além disso, houve também uma estagnação entre 2016 e 2017 no pouco crescimento que vinha sendo obtido na redução da desigualdade, sendo apontado como uma das causas desse retrocesso o sistema tributário brasileiro que, por estar entre neutro e regressivo, retroalimenta desigualdades de renda, raça e sexo.

Promover a redução da desigualdade é também promover a dignidade da pessoa humana assim como todos os outros direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal. Sendo importante olhar para o sistema tributário brasileiro, e buscar formas de se ter um sistema mais equânime, pois conforme bem preleciona Feriato e Leinetti (FERIATO; LEONETTI, 2020, p. 220) "a tributação é um fenômeno que afeta a vida de todos, pessoas físicas e jurídicas, ricos e pobres, moços



e velhos”.

O sistema tributário pode ser um importante instrumento para promover a redistribuição de renda e reduzir as desigualdades sociais, não somente a partir da ideia de tributar mais os mais ricos e menos os mais pobres, mas na busca do crescimento do maior número de pessoas, porque sociedades com altos níveis de desigualdades tendem a serem economicamente ineficientes, seja pela instabilidade política ou social que decorrem desse problema.

Segundo Lodi Ribeiro:

O papel dos tributos na redistribuição de rendas proporcionalizada de forma harmônica, pode aumentar a renda dos mais pobres e da classe média, contribuindo para o crescimento sustentável. Podendo ser reforçado com o incremento da progressividade da tributação da renda e do patrimônio, a remoção de oportunidades para a fraude e evasão fiscal, a melhor orientação dos benefícios sociais de forma a estimular o trabalho e a poupança. (Ribeiro, 2019, p. 168).

O autor mencionado, ao citar o economista François Bourguignon, relata que o crescimento proporcionado apenas a uma pequena parcela da população é que causa o aumento das desigualdades sociais, por isso que o Estado tem parcela importante no combate à desigualdade, não somente no que diz respeito as prestações positivas aos mais pobres, mas também e principalmente na divisão justa do ônus fiscal pela capacidade contributiva, por meio da progressividade e da tributação sobre as grandes fortunas, a fim de evitar a concentração de renda.

A carga tributária do Brasil não é considerada uma das mais altas do mundo, mas se comparamos com outros países em igual desenvolvimento ela é sim considerada alta e mais do que isso, deve-se olhar não somente para a carga tributária em relação a outros países, mas também como ela é distribuída e em como os recursos serão aplicados, pois além de poder garantir saúde, educação, segurança, dentre outros, os tributos também podem ser usados como meio de intervenção estatal, como controlar os juros e a inflação, bem como incentivar o empreendedorismo e promover o desenvolvimento.

Nesse sentido a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento de 1986 reconhece em diversos dispositivos a importância ao direito ao desenvolvimento como forma de desenvolvimento integral do ser humano, seja no âmbito internacional ou nacional, conforme prevê o artigo 10:



Os Estados deverão tomar medidas para assegurar o pleno exercício e fortalecimento progressivo do direito ao desenvolvimento, incluindo a formulação, adoção e implementação de políticas, medidas legislativas e outras, em níveis nacional e internacional.

Assim sendo, os Direitos Humanos apresentam-se como normas que devem ser observadas e irradiar efeitos por todo o ordenamento jurídico, inclusive no Direito Tributário uma vez que a tributação é instrumento compulsório de retirada de parte da renda ou patrimônio particular para os cofres públicos, encontrando previsão na Declaração de Direitos Humanos em seu artigo 17, item 2, “Ninguém será arbitrariamente privado de sua propriedade” . Assim como também prevê o art. 2º, item 3, da Declaração o Direito ao Desenvolvimento:

3. Os Estados têm o direito e o dever de formular políticas nacionais adequadas para o desenvolvimento, que visem ao constante aprimoramento do bem-estar de toda a população e de todos os indivíduos, com base em sua participação ativa, livre e significativa e no desenvolvimento e na distribuição equitativa dos benefícios daí resultantes.

Valendo lembrar que a concepção contemporânea de Direitos Humanos caracteriza-se pelos processos de universalização e internalização desses direitos, dentre os quais diversos documentos e pactos internacionais deixam claros essa perspectiva de indivisibilidade e interdependência dos Direitos Humanos em todas as suas dimensões. Podendo-se sustentar, portanto, que a tributação é um importante instrumento apto a concretização dos Direitos Humanos, contribuindo para redistribuição de riquezas, na medida em que busca evitar a concentração de renda nas mãos de poucos, através de um sistema que distribua de modo mais equitativo o ônus tributário, assim como também promover a redução das desigualdades de renda e sociais.

CONCLUSÃO:

Em face do exposto, percebe-se a nítida interdependência dos Direitos Humanos com o Direito Tributário, vez que o Estado para realizar as suas funções típicas, dentre elas exercer o seu poder de tributar, atingindo de modo direto ou indireto a renda ou o patrimônio do particular, não poderá perder de vistas os direitos dos contribuintes.

Verificou-se que, o Estado surgiu da necessidade do homem viver de modo



organizado em sociedade sendo imprescindível para a sua manutenção do Estado, que este obtenha recursos para que sejam implementadas políticas públicas que satisfaçam os anseios da comunidade. Para tanto, esse deverá agir através do poder a ele conferido democraticamente e pelo exercício da cidadania, com vistas a promover e garantir a dignidade da pessoa humana.

Não obstante, diante das limitações legais ao poder de tributar, fato é que pode-se dizer que a tributação é inerente ao Estado, confundindo-se com a própria existência dele. Frente a concepção contemporânea de Estado, a tributação pode ser caracterizada como um *pode-dever*, cujo exercício impõem-se o emprego de instrumentos que possibilitam a realização de suas atividades, bem como observe as normas de Direitos Humanos, com o objetivo de aperfeiçoar o bem-estar coletivo e individual.

Foi possível verificar que, a tributação encontra bases na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, bem como na Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, repercutindo efeitos em diversos Pactos de Direitos Humanos, assim como em Constituições de vários Estados, não sendo diferente no ordenamento jurídico brasileiro. Restando clara a ideia da chamada “cidadania tributária”, em que o contribuinte participa de forma ativa, cumprindo com seu dever cidadão ao pagar tributos e, em contraponto, obriga o Estado a desempenhar suas funções com o devido respeito aos Direitos Humanos e fundamentais consagrados nos Tratados Internacionais e na Constituição Federal.

Ainda, o Direito Tributário e os Direitos Humanos mostram-se indissociáveis, na medida que para o financiamento da implementação dos Direitos Humanos, é importante que cada cidadão compreenda seu papel enquanto contribuinte, atentando para a ideia de que ser um cidadão também é ser contribuinte, que contribuir com as despesas do Estado é exercer cidadania. Assim como a tributação pode representar um mecanismo eficaz de justiça social, proporcionando a redistribuição de renda e a redução das desigualdades sociais.

Por fim, este estudo, ao analisar o Direito Tributário e os Direitos Humanos, buscou provocar uma reflexão acerca do tema, uma vez que para muitos é difícil encontrar pontos de conexão entre as matérias, pois em certa medida muitas decisões tributárias são tomadas independentemente de levarem em consideração os Direitos Humanos ou não, mas contemporaneamente e no escopo constitucional que prevê a prevalência da dignidade da pessoa humana como princípio, todos os esforços devem



ser tomados para a concretização de uma sociedade efetivamente livre, justa e solidária.

REFERÊNCIAS:

ANSELMINI, PRISCILA; BUFFON, MARCIANO. Tributação como instrumento de redução das desigualdades no Brasil. *Revista do Direito Público*, v. 13, n. 1, p. 226-258, 2018.

ARAÚJO, JOANA MARTA ONOFRE DE. *A Legitimação Do Tributo Como Pressuposto Para a Concretização Do Estado Social*. 2012.

BOBBIO, NORBERTO, 1909 – *A era dos direitos* / Norberto Bobbio; tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. – Nova ed. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 1.

BONAVIDES, PAULO. *Ciência Política*. 23. Ed. - São Paulo: Malheiros, 2016. p. 119.

BREYNER, FREDERICO MENEZES. *Reforma Tributária: o que o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais tem a nos dizer?* Disponível em: <https://ibdt.org.br/RDTA/reforma-tributaria-o-que-o-pacto-internacional-sobre-direitos-economicos-sociais-e-culturais-tem-a-nos-dizer/>, acessado em 02/09/2021, às 11:04.

COMPARATO, FÁBIO KONDER. *A afirmação histórica dos direitos humanos* / Fábio Konder Comparato. – 8. Ed. – São Paulo : Saraiva, 2013, p. 226.

DALLARI, DALMO DE ABREU, 1998- *Elementos de teoria geral do Estado* / Dalmo de Abreu Dallari. 2.ed. atualizada, São Paulo : Saraiva, 2011.

DE MORAIS JUNIOR, Victor Hugo Cabral; BELCHIOR, Germana Parente Neiva. *Para Além Da Arredação: A Tributação Como Instrumento De Redução Das Desigualdades Sociais. 15 anos do Programa de Educação Fiscal do Estado do Ceará*, p. 220, 2014.

Direito tributário e financeiro [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UMinho Coordenadores: Antônio Carlos Diniz Murta; Flávio Couto Bernardes; Joaquim Freitas Rocha; Raymundo Juliano Feitosa–Florianópolis: CONPEDI,2017. Inclui bibliografia ISBN: 978-85-5505-480-8 Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações Tema: Interconstitucionalidade: Democracia e Cidadania de Direitos na Sociedade Mundial - Atualização e Perspectivas, p. 266-283. Acessado em: 29/08/2021.

Direitos e garantias fundamentais II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UMinho. Coordenadores: Benedita Ferreira da Silva Mac Crorie da Graça Moura; Flavia Piva Almeida Leite; Heron José de Santana Gordilho–Florianópolis: CONPEDI,2017. Inclui bibliografia ISBN: 978-85-5505-486-0 Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações Tema: Interconstitucionalidade: Democracia e Cidadania de Direitos na Sociedade Mundial - Atualização e Perspectivas, p. 100-120. Acessado em: 29/08/2021.



FRIEDE, REIS, 1949- Curso resumido de ciência política e teoria geral do Estado: (incluindo 54 diagramas explicativos) / Reis Friede. – 3.ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2011.

HOLMES, STEPHEN. O custo dos direitos: por que a liberdade depende dos impostos / Stephen Homes e Cass R. Sunstein; tradução de Marcelo Brandão Cipolla. – São Paulo : Editora WMF Martins Fontes, 2019, p. 75.

MAZZUOLI, V. de O. Curso de direitos humanos. Rio de Janeiro: Método, 2021. ISBN 9788530993306. Disponível em: <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsmib&AN=edsmib.000020911&lang=pt-br&site=eds-live>. Acesso em: 30 ago. 2021.

MENEZES DE CARVALHO, MÁRCIO; MAURÍCIO LEITÃO ADEODATO, JOÃO. Os Direitos humanos como limites ao poder de tributar do Estado. 2001. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2001. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/4484> . Acessado em: 28/08/2021.

NUNES, CLEUCIO SANTOS. Justiça tributária / Cleucio Santos Nunes. – Belo Horizonte : Fórum, 2019, p. 57.

OLIVEIRA, Z. G., SANTOS, J. F. DOS, & TORRES, J. C. (2020). A utilização dos tributos como possibilidade de efetivação dos direitos humanos. *Ciência ET Praxis*, 13(25), 105–112.

OXFAM BRASIL. País estagnado: um retrato das desigualdades brasileiras. 2018. Disponível em <https://www.oxfam.org.br/um-retrato-das-desigualdades-brasileiras/pais-estagnado/>. Acessado em: 23 mar. 2021, pgs. 7 a 11.

PIOVESAN, FLÁVIA. Temas de direitos humanos / Flávia Piovesan ; prefácio de Fábio Konder Comparato. – 10. Ed., rev., ampl. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2017, p. 180.

planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, acessado em 22/08/2021, às 21:58.

Recuperado de <https://revista.uemg.br/index.php/praxys/article/view/4071>. Acessado em: 28/08/2021.

RAMOS, ANDRÉ DE CARVALHO. Curso de direitos humanos / André de Carvalho Ramos. – 8. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 167.

RIBEIRO, RICARDO LODI. Desigualdade e tributação na Era da austeridade seletiva / Ricardo Lodi Ribeiro. – Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2019, p. 147.

ROCHA, ELSA MARIA HENRIQUES MARTINS DA. O Estado fiscal e a cidadania fiscal. Repositório da Universidade de Lisboa. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10451/37270>. Acessado em: 28/08/2021.



ROSENBLATT, P. Tributação E Direitos Humanos: Por Um Estatuto Do Contribuinte Limitador Da Discricionariedade Administrativa. Revista Jurídica (0103-3506), [s. l.], v. 1, n. 42, p. 146–163, 2016. Disponível em: <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=foh&AN=113852817&lang=pt-br&site=eds-live>. Acesso em: 28 ago. 2021.

SALLES, RENATA DE CARVALHO. Tributação e Direitos Humanos. Revista Interdisciplinar do Direito - Faculdade de Direito de Valença, [S.l.], v. 7, n. 01, p. 97-104, dez. 2010. ISSN 2447-4290. Disponível em: <http://revistas.faa.edu.br/index.php/FDV/article/view/539>. Acesso em: 28 ago. 2021.

SCHOUERI, LUÍS EDUARDO Direito tributário / Luís Eduardo Schoueri. – 9. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2019.

SEFAZ: Tributo à história / Organizadores, Márcio William França Amorim, Walda Maria Mota Weyne. - Fortaleza : Secretaria da Fazenda do Estado do Ceará, 2006. Disponível em: <https://www.ibet.com.br/wp-content/uploads/2019/08/Livro.pdf>. Acessado em 30/08/2021.

SIMÕES BENTES, N. M.; SANTA BRÍGIDA, Y. S. Vinculação dos direitos econômicos, sociais e culturais: uma discussão do desenvolvimento humano com base no conceito de Amartya Sen sobre o mínimo existencial. (Portuguese). Revista de Direito Internacional, [s. l.], v. 15, n. 3, p. 98–120, 2018. DOI 10.5102/rdi.v15i3.5596. Disponível em: <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=lgs&AN=135530498&lang=pt-br&site=eds-live>. Acesso em: 28 ago. 2021.

VECCHIO, HUMBERTO PEREIRA. Justiça distributiva e tributação. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2002. Tese. Disponível em: <http://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/83722>



UMA BREVE ABORDAGEM ACERCA DA HISTÓRIA DA CONSTITUIÇÃO

Paulino Peres¹²⁸

Diogo Martinez Ribeiro¹²⁹

Rayani Segantini de Araújo¹³⁰

RESUMO: Este trabalho visa apresentar, de maneira resumida, a história das constituições anteriores, a atual Constituição Federal (CF) vigente, datada em 05 de outubro de 1988, que por consequência carrega uma bagagem histórica das não mais constituições vigentes. O artigo apontará ao leitor, os elementos da política-constitucional de cada período, desde de 1824 a 1988, discutir-se-ão fatores históricos, sociais, econômicos, que contribuíram para a atual Carta Magna, e na criação dos direitos fundamentais inseridos na dada carta.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição. História. Direitos.

RESUMEN: This work aims to present, in a summarized way, the history of the previous constitutions, the current Constitution in force dated on October 5, 1988, which consequently carries a historical baggage of the constitutions that are no longer in force. The article will point out to the reader, the elements of the constitutional policy of each period, from 1824 to 1988, will discuss historical, social, economic factors that contributed to the current Magna Carta, and to the creation of fundamental rights inserted in the given letter.

KEYWORDS: Constitution. History. Rights.

INTRODUÇÃO:

Justifica-se com o presente trabalho a verificação da contribuição, de forma histórica, das Constituições de 1824,1891,1934,1937,1946,1967, frisada no desenvolvimento dos direitos fundamentais progredindo e evoluindo em cada Carta Magna, onde, embora todas Constituições apresentaram suas sumas importâncias para construção dos direitos humanos dos brasileiros, houve uma ressalva maior no incentivo, a priori, de grandiosa visibilidade da Constituição Federal de 1988.

O objetivo do presente estudo, é analisar a história das seis primeiras cartas constitucionais anteriores a Carta Magna de 1988, sendo algumas destas outorgadas e promulgadas e preza-se a verificação dos motivos que levaram se a criação de cada

¹²⁸ Graduado em Licenciatura Plena em História (UNESPAR), especialista em “Didática e Tecnologia na Educação (UNIFATECIE) e mestrando em “Ensino de História” (UNESPAR). Endereço eletrônico: paulinoperes@gmail.com

¹²⁹ Aluno do curso de graduação em Direito da UNIFATECIE. Endereço eletrônico: diogoribeiro.19308@fatecie.edu.br

¹³⁰ Aluno do curso de graduação em Direito da UNIFATECIE. Endereço eletrônico: rayanisegantini115@gmail.com



uma dessas, apontando semelhanças nas Constituições antecedentes e, por fim entender o real motivo da criação da Constituição de 1988, e a causa que leva a mesma a encontrar-se no topo da pirâmide de hierarquia apontada por Hans Kelsen.

A história das Constituições brasileiras é essencial para melhor captar o processo de construção do Brasil e, sobretudo, dos direitos dos brasileiros. Esse artigo, irá trazer algumas características das Constituições anteriores à de 1988 apresentando, sobretudo, a ausência dos direitos dos cidadãos de classes sociais inferiores e o privilégio dado às classes mais altas. A Constituição de 1988 representa o depósito de insatisfações seculares no Brasil, pois nela foram inseridas as queixas da população. Os direitos presentes na Constituição Cidadã é a vitória de um povo que foi desprezado por séculos.

Foi utilizado o método de abordagem dedutivo. Já a técnica de pesquisa levou em consideração a revisão bibliográfica. Para a Constituição de 1934 e 1937 foi utilizado como base os estudos de Helena Daltro Pontual, Boris Fausto e Ângela de Castro Gomes. A de 1946 utilizou-se os escritos de duas pesquisadoras, Luciana Martins e Natalia Rodrigues.

A Constituição de 1967 teve como referência Dilva Frazão, Talita de Carvalho e Roberto Jansen e na de 1988 utiliza-se Claudio Fernandes, Natalia Rodrigues, Juliana Bezerra e Mariana Oliveira, além do discurso de Ulysses Guimarães ao fim da Assembleia Constituinte em 1988.

DESENVOLVIMENTO:

Apadrinhada e legitimada em 5 de outubro 1988, em um país banhado em meio a uma sede de mudança, busca por justiça, pela penhora da liberdade e democracia, após longos 1 ano e 8 meses no ventre da Assembleia Nacional Constituinte, nasce a Constituição. A história da Carta Magna de 1988 é fervorosa e cativante, é a garantia emancipadora da autodeterminação e dos direitos fundamentais dos cidadãos, como muito bem expresso em seu Art. 5º, de 77 incisos e seus 104 dispositivos.



à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Vale ressaltar que, no discurso proferido na sessão de 05 de outubro de 1988, tudo isso é muito bem pontuado quando dito que, “A Constituição é a sobrevivência da democracia [...] Traidor da Constituição é traidor da Pátria. ”, “A Constituição é caracteristicamente o estatuto do homem”, “[...] a voz, a letra, a vontade política da sociedade rumo à mudança. ” (GUIMARÃES, 1988). A Constituição torna-se, então, a voz do povo.

Brasil, passado este Estado por tempos sombrios, como a ditadura de 1937 e a outra em 1964, onde direito nenhum era garantido, esse texto torna-se a herança benéfica nacional deixada, após muita luta social, para que toda nação brasileira, independente da sua origem, raça, sexo, cor, idade, como muito bem entabulada em seu Art. 3º inciso IV¹³¹, tivesse seus direitos agora garantidos e legitimados.

A Carta Magna vigente não há de ser a primeira firmada no Estado, antes dela antecederam-se 6 (seis) outras Constituições. Os próximos parágrafos falar-se-ão mais profundamente sobre estas, das quais 3 (três) foram promulgadas por assembleias constituintes, 2 (duas) foram impostas e 1 (uma), com exigência do regime militar, fora aprovada pelo congresso.

A história nos mostra a situação na qual foi instaurada a primogênita constituição nacional, “Reconhecida por historiadores como o início do Poder Legislativo no País.” (BRASIL, 2018). Em 1822 o Brasil acabará de tornar-se independente e, com isso, D. Pedro I pede aos Deputados para redigirem a Constituição. Os políticos eram membros da elite. Separados em 3 (três) partidos denominados como “Conservadores”¹³², “Liberais”¹³³, e um terceiro partido, o “Partido Liberal-Radical”¹³⁴.

As disputas e conflitos entre as duas facções não tardaram, envolvendo a figura de D. Pedro I. Por sugestão de José Bonifácio, na abertura dos trabalhos da Assembleia, o imperador dirigiu-se aos “dignos representantes da Nação brasileira” para pedir-lhes “firmeza nos princípios constitucionais” e

¹³¹ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

¹³² Chamdo Partido Português sendo esse no qual possuía constituinte lusitanos e brasileiros. Estes, em suas ideias, defendiam a pouca autonomia provincial centralizada e manutenção de seus privilégios econômicos e sociais, a monarquia.

¹³³ Chamodo Partido Brasileiro, por mais que possuía esse nome, era composto de brasileiros e portugueses que desejavam maior autonomia para as províncias, defendiam a monarquia parlamentarista e a manutenção da escravidão.

¹³⁴ Era pleitada por pessoas que buscavam médias urbanas buscadas pelo liberalismo econômico e político. Alguns dos seus membros, inclusive, queriam a implantação da república.



para lembrá-los que: “espero que a Constituição que façais seja merecedora da minha imperial aceitação, que seja tão sábia e tão justa quanto apropriada à localidade e civilização do povo brasileiro”, ou seja, que a Constituição fosse digna do Brasil e dele, o imperador. Este ato revolucionário, de certa maneira, deflagrou a crise no governo. (MARTINS, 2009)

As decisões dos deputados contrariavam, em partes, as preferências do imperador. D. Pedro I queria que a Constituição atendesse aos seus interesses e os da classe dominante ruralista do país. A maioria dos deputados queriam limitar os poderes do imperador, e isso D. Pedro não aceitou.

No dia 12 de novembro de 1823, em um cenário de um Estado recém-independente, D. Pedro, usando das forças militares, invade e desfaz o plenário da Assembleia Constituinte que havia sido criada em 3 de maio de 1823, em Rio de Janeiro. Uma vez desfeita a Assembleia, o imperador nomeia uma comissão especial para elaborar a Constituição.

Ocorreu-se, assim, com portas fechadas, com a convocação de 10 (dez) “amigos” de D. Pedro. “Foi elaborada por um grupo reduzido devido às desavenças entre o Imperador e a Assembleia Nacional Constituinte”. (BEZERRA, 2021). Dessa forma, criam e impõem a primeira Carta Magna, datada em 25 de março de 1824, com ideias absolutistas e marcada por seus 4 (quatro) poderes, o Executivo, Legislativo, Judiciário e o Moderador, focando, calculadamente, no poder Moderador, como diz seu Artigo 98¹³⁵.

Essa Carta Magna ganhou um hilário vulgo conhecido por “Constituição da Mandioca”, onde suas características que fizeram esse epíteto. Como diria Martins (2009) “a fim de excluir da vida política a grande maioria da população, instituiu-se um sistema eleitoral indireto e censitário, que exigia uma renda mínima equivalente ao valor de 150 alqueires de mandioca.” Fazendo assim que as populações mais pobres não tivessem voz e nem poder de voto.

Os liberais lutaram quase sessenta anos contra esse mecanismo centralizador e sufocador das autonomias regionais. A realidade dos poderes locais, sedimentada durante a colônia, ainda permanecia regurgitante sob o

¹³⁵ (Art. 98) “O Poder Moderador é a chave de toda organização política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio, e harmonia dos mais Poderes Políticos.”



peso da monarquia centralizante. A ideia descentralizadora, como a republicana, despontara desde cedo na história político-constitucional do Império. (SILVA, 2010).

Já a segunda Constituição, proclamada em 1891, mais especificamente no dia 24 de fevereiro, se faz em meio ao abandono do modelo do parlamentarismo franco-britânico, deixando espaço ao cenário composto de um presidencialismo norte-americano, ficando até o nome do país escrito “Estados Unidos do Brasil”. Esta Constituição foi assinada por diversas mudanças na perspectiva do antigo Brasil.

Houve mudanças significativas no sistema político e econômico do país, com a abolição do trabalho escravo, a ampliação da indústria, o deslocamento de pessoas do meio rural para centros urbanos e também o surgimento da inflação. (PONTUAL, 2013)

O contexto histórico inicial (1840), o Segundo-Reinado, desencadeado pelo Golpe da Maioridade¹³⁶, colocando D. Pedro II no poder aos 15 anos de idade e que terminaria seu longo reinado apenas com a Proclamação da República em 1889. “Ofuscando a essência autoritária do Império, figurava certa aparência democrática.” (RESENDE, 2015). Contudo, em 1870 mudou-se o foco político, estendendo-se e obtendo-se mais força protagonizadora para novos grupos socioeconômicos, esses trilhando uma trajetória oposta aos “aparelhos burocráticos do império”.

Aparentava essa ser uma Carta Magna, inicialmente, ser sinônimo de liberdade, marcada pelo fim do autoritarismo do império, presando em sua pauta justiça, garantindo algumas liberdades individuais. Seria, então, pois, uma Constituição equilibrada, onde, hipoteticamente, excluiria os grandes marcos negativos da Constituição anterior (voto censitário e o quarto poder, o Moderador).

Todavia, na prática era ainda presente as práticas anteriores: desfavorável às minorias e favorável aos donos de terras, que, neste período eram representados pelos barões do café. Saiba-se que a Constituição de 1891 veio com a autonomia do Estado, trazendo, como mencionado anteriormente, não mais 4 (quatro), mas 3 (três) poderes. Em contrapartida, ainda tinha seus pecados ficando direitos para um grupo minoritário.

¹³⁶ Foi o nome que se deu para a antecipação da maioria de Pedro de Alcântara para que ele pudesse ser coroado como d. Pedro II, em 1840.(SILVA, 2021)



A Constituição de 1891 não tratou da questão da reforma agrária e não criou nenhuma disposição legal para atender ou dar garantias aos escravos recém-libertos. Por fim, a questão do voto, merece algum destaque, pois demonstra perfeitamente o grau da desigualdade social no Brasil, uma vez que o direito à cidadania ficou delimitado a um grupo muito pequeno. (NEVES, 2009)

Todo esse período que vigorou a Constituição de 1891, o Brasil excluiu os mais pobres e as minorias. Os cafeicultores utilizaram a constituição a favor de seus lucros, o Brasil permaneceu como um país não industrializado, a República foi capturada pelos agricultores que criaram um mecanismo onde permaneceriam no poder para impedir qualquer um de atrapalhar seus negócios agrícolas. Isso só tem um fim com a “Revolução” de 30 e a chegada de Vargas ao poder.

É nesse contexto que é criada a terceira Constituição do Brasil, datada no dia 16 de julho de 1934. Sob uma nova Assembleia Constituinte, após a Revolução de 1930 que transformou completamente o Estado, tornando se este um país cada vez mais urbano-industrial e deixando para trás a realidade agrária-exportadora.

No governo Vargas, valendo destacar que o Presidente “foi o presidente que mais tempo ficou no cargo em toda história republicana do Brasil.” (BEZERRA, 2020). Vargas ficou no poder, de forma ininterrupta, de 1930 a 1945 e depois de 1950 a 1954. Foi o responsável por criar uma Constituição quase natimorta, já que esta foi a que menos perdurou na história do país (1934-1937), mas trouxe consigo várias revoluções e evoluções necessárias, sendo o voto obrigatório e secreto a partir dos dezoito anos e, finalmente, depois de 110 (cento e dez) anos da primeira Carta Magna, o poder de voto às mulheres. Esta Constituição também descriminalizou elementos culturais africanos no Brasil.

Mesmo com os avanços, mantiveram a proibição aos mendigos e analfabetos de votarem. Houve também a criação da Justiça Eleitoral¹³⁷ e a Justiça do Trabalho e a criação da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

¹³⁷ [...] é a instituição brasileira viabilizadora, mediante eleições, do exercício, pelo povo, de seu poder. Cuida, portanto, do processo eleitoral. Isso significa que se ocupa do conjunto das ações humanas necessárias para a concretização do exercício do poder político. Trata-se, por isso, da mais importante instituição do país, pois, se não pode um corpo viver sem cabeça, não pode uma nação viver sem poder político e, no Brasil, não seria possível, aos brasileiros, o exercício desse poder sem a Justiça Eleitoral. Uma missão tão sagrada e singular torna essa justiça diferente das demais. (MINAMI, 2019)



Logo em seguida, com um autogolpe, Vargas introduz o Estado Novo¹³⁸. Foi usado a justificativa para a incorporação governamental ditatorial a ideia de que o Brasil estaria sofrendo uma ameaça comunista e com essa construção utópica inflamada muitos militantes e intelectuais de esquerda foram mortos e presos, como por exemplo Olga Benário¹³⁹.

O autogolpe de Vargas ocorre com a divulgação do Plano Cohen (documento falso que dizia que os comunistas pretendiam promover insurreições no Brasil para tomar o poder). Vargas toma o poder e firma a quarta Carta Constituição em 02 de outubro de 1937, no qual essa fica conhecida por “Polaca”, já que viera ser inspirada na Carta semifascista da Polônia. Vargas busca com isso fazer com que o poder seja concentrado em suas mãos.

O Congresso Nacional fecha e a Constituição é elabora por um único homem, Antônio Oliveira Salazar. As características compostas de forma marcante nesta Carta Constitucional é a pena de morte, atenuação à liberdade de imprensa, prisão e exílio dos opositores do governo, supressão a liberdade partidária e restrição de prerrogativas do Congresso Nacional, eliminação de 2 (dois) dos 3 (três) Poderes Judiciário e Executivo e eleições indiretas para presidência com mandato de 6 (seis) anos.

Entrando já na história da quinta Constituição, na qual seu marco foi a queda da Era Vargas, pois, mesmo tentando resistir, após o aniquilamento da Alemanha na 2ª Guerra Mundial, Vargas, que notabilizava ideais nazifascistas, “entrega” o poder ao presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), no dia 29 de outubro de 1945 e no ano seguinte é elaborada uma nova Constituição.

José Linhares, presidente do STF, revoga os 167 Artigos, fechando também o Tribunal de Segurança Constitucional e já no fim do ano de 1945 corre as eleições, ganhando o Presidente Eurico Gaspar Dutra.

Entrando no poder, em 31 de outubro, Dutra governa o Estado sem Carta-Magna, apenas por decretos-leis, pois encontrava-se no período e elaboração, até

¹³⁸Iniciado em 10 de novembro de 1937, sendo um administrado pelo presidido por Getúlio Vargas.

¹³⁹ Em 1942 enviada para o campo de concentração de Bernburg, Alemanha, sendo, no dia 23 de abril de 1942, executada na câmara de gás.



que a Constituição ficasse pronta e em 18 de setembro de 1946 nasce a quinta Constituição, usando a linha democrática da Constituição de 1934, a terceira Constituição.

Essa Constituição, datada de 18 de setembro de 1946, retomou a linha democrática de 1934 e foi promulgada de forma legal, após as deliberações do Congresso recém-eleito, que assumiu as tarefas de Assembleia Nacional Constituinte. (PONTUAL, 2013)

As virtudes estabelecidas à Constituição são a retomada da pluralidade partidária, direito à greve, direito de livre associação sindical, entra em foco novamente a Justiça do Trabalho, Justiça do Tribunal Federal de Recursos ao Poder Judiciário, a desapropriação para o interesse social do uso da propriedade para o bem-estar social.

A Carta Magna de 1946 recupera os 3 (três) poderes e determina o fim da censura e da pena de morte, dá autonomia aos estados e municípios e estabelece de volta a votação direta para o cargo de presidente da república, valendo mencionar que os direitos individuais se restabeleceram. Seus pontos negativos eram, citando os mais relevantes, a exclusão dos analfabetos ao direito do voto, direito trabalhistas não concedidos aos trabalhadores rurais e, ainda mais, tendo uma cláusula que na época gerou bastante debates, sendo referente para a reforma agrária.

Logo após o firmamento da Carta Magna de 1946 entra-se em um período da história chamado República Populista (1946 – 1964), iniciada com o Eurico Gaspar Dutra e finalizado com um período angustiante da história do Estado e da Constituições: o civil-golpe militar de 1964.

Com o fim do Estado Novo, estabeleceu-se uma democracia liberal no Brasil, a qual expressava os valores de grupo, como bem evidenciou a Constituição de 1946. Esse período ficou marcado por fortes tensões políticas, sobretudo na disputa travada entre PTB/PSD e UDN, e por altas taxas de crescimento da economia. (NEVES, 2017)

O resgate que a Constituição de 1946 fez à Constituição de 1934 apresenta um Brasil disposto a mudanças, um país que ainda privilegiava os mais ricos, mas que começava a compreender que o menosprezo pelos mais pobres era um equivocado projeto de nação. Neste período, os direitos foram conquistados e os brasileiros queriam mais e isso pareceu que poderia se tornar realidade com as propostas de



Reformas de Base de João Goulart, que fora tirado da presidência através de um golpe de Estado.

O golpe de 64 foi fecundado e fundamentado no ventre do Estados Unidos da América. Para entender-se mais profundamente é preciso lembrar que, após a 2ª Guerra Mundial, se iniciara a Guerra Fria, visto que, segundo o historiador Daniel Neves da Silva (2020), foi um “conflito político-ideológico que foi travado entre Estados Unidos (EUA) e União Soviética (URSS).”, gerando uma polarização mundial.

A ideia que gerou a guerra fria e, conseqüentemente, o golpe militar no Brasil em 1964, era o perigo do “perigo comunista” ou a “ameaça vermelha”. Sob a desculpa de uma suposta ameaça de golpe comunista, muitos golpes de direita foram dados na América Latina. “As ditaduras militares na região foram então mecanismos para frear esses movimentos e tanto no Brasil, quanto em outros países latino americanos, foram apoiadas pelos Estados Unidos.” (CARVALHO, 2019). Com isso, João Goulart, presidente da época da tomada de poder, sofre um golpe e entrega o poder nas mãos dos militares.

O período da ditadura é marcado principalmente pela grande quantidade de pessoas que foram torturadas, segundo o *Human Rights Watch* a ditadura torturou cerca vinte mil pessoas, sendo as torturas de maior espanto os choques elétricos, a ingestão de insetos, o empalamento¹⁴⁰, estupros, mutilação dos testículos, pau-de-arara¹⁴¹, etc.

Deveras de tal fato imaginar que após os atos anteriores relatados, a Carta Magna de 1967 foi a mais inibida e repressiva de todas as Constituições Nacionais, quaisquer vestígios democráticos foram varridos. A Carta Constitucional implantada em 1967 é a cara da ditadura, arbitrária, instável e vaga para permitir que os militares tivessem mais autonomia de poder. Servia para que, no papel, a ditadura militar fosse legalizada.

Mais sintética do que sua antecessora, essa Constituição manteve a Federação, com expansão da União, e adotou a eleição indireta para

¹⁴⁰ Um método onde insere-se uma estaca no reto, no caso da ditadura ficou-se conhecida pela substituição por cassetetes banhados em pimenta. O ato ocorria até o torturado perde completamente a consciência

¹⁴¹ Um método onde utilizava-se uma barra de metal suspensa, colocando as pernas e os braços dobrados, fazendo com que o torturado fique o tempo todo de cabeça para baixo.



presidente da República, por meio de Colégio Eleitoral formado pelos integrantes do Congresso e delegados indicados pelas Assembleias Legislativas. O Judiciário também sofreu mudanças, e foram suspensas as garantias dos magistrados. (PONTUAL, 2013)

Quando se fala da Ditadura Militar torna-se impossível não frisar e explicar o que foi o Ai-5. A Constituição, que no momento se discute, sofreu várias emendas que eram simplificadas e chamados de Atos Institucionais (AIs). Essas, segundo a pesquisadora Helena Daltro Pontual (2013), “serviram de mecanismos de legitimação e legalização das ações políticas dos militares, dando a eles poderes extra-constitucionais.”, ou seja, um mecanismo de fazer tornar, após séculos de evolução, a era absolutista, mas agora ditatorial.

O retrocesso do Ai-5 é facilmente visto em suas características, sendo ela uma emenda que fechou o Congresso Nacional por quase 1 (um) ano, tinha como face e destaque a censura ao meios de comunicação e arte, decretação de estado de sítio¹⁴² pelo presidente da República e autorização para intervenção em municípios, não somente, como também em estados.

Pela falta de liberdade de imprensa, pela censura, enfim, a própria ditadura, dificultou muito a liberdade expressão, que hoje sabe-se que faz parte dos direitos fundamentais. Isso fez com que as pessoas, sobretudo artistas fossem impedidos de expressar o que pensavam sobre o governo. Todavia, houveram alguns artistas que conseguiram driblar a censura e, do “jeitinho brasileiro”, criticar o temido Governo Ditatorial.

Um desses renomados artistas, filho do historiador brasileiro Sergio Buarque de Holanda, não se calou. Chico Buarque, cantor, compositor e escritor ficou marcado na história brasileira por não deixar de lado sua opinião carregada de crítica ao governo, uma dessas músicas chama-se “Apesar de Você”, onde ele apresenta um jeito otimista de acreditar que aquele período iria passar:

Hoje você é quem manda / Falou, tá falado / Não tem discussão / A minha gente hoje anda / Falando de lado / E olhando pro chão, viu / Você que inventou esse estado / E inventou de inventar / Toda a escuridão / Você que inventou o pecado / Esqueceu-se de inventar O perdão / Apesar de você / Amanhã há de ser / Outro dia¹⁴³ [...] (BUARQUE, 1970)

¹⁴² Estado de Sítio esta previsto no Art. 137 da Constituição Federal.

¹⁴³ Podendo ser ouvida em: <https://www.youtube.com/watch?v=LZJ6QGSpVSk>



Há outra artista que também não se calou diante de tamanha falta de direitos humanos apresentados nesse regime: Elis Regina. Apelidada por Pimentinha pelo poeta Vinicius de Moraes por não levar ofensa para casa, foi a “voz feminina” contra a ditadura. Na música “Como Nossos Pais” (1976)¹⁴⁴ Elis mostra, de uma forma leve, a repressão vivida durante esse período, onde diz “Por isso cuidado meu bem / Há perigo na esquina / Eles venceram / E o sinal está fechado para nós / Que somos jovens¹⁴⁵ [...]”.

Para fechar o rol de artista, nada melhor que citar e falar de um poeta chamado Alex Polari, que ficou preso em cárcere privado de 1971 a 1980, por simplesmente fazer parte da luta contra a ditadura, ou seja, por sua militância política. Polari faz vários poemas criticando de maneira direta a tortura nos cárceres e a ditadura.

Trilogia Macabra: I - O Torturador

O torturador
difere dos outros
por uma patologia singular
— ser imprevisível
vai da infantilidade total
à frieza absoluta.

Como vivem recebendo
elogios e medalhas
como vivem subindo de posto,
pouco se importam pelos outros.
Obter confissões é uma arte
o que vale são os altos propósitos
o fim se justifica,
mesmo pelos meios mais impróprios.

....

Além disso acredita que é macho, nacionalista,
que a tortura e a violência
são recursos necessários
para a preservação de certos valores
e se no fundo ele é um mercenário
sabe disfarçar bem isso
quando ladra.

Não se suja de sangue
não macera nem marca,
(a não ser em casos excepcionais)
o corpo de suas vítimas,

¹⁴⁴ Música de Belchior também gravada em 1976.

¹⁴⁵ Podendo ser ouvida em: <https://www.youtube.com/watch?v=2qgN4cEpPCw>



trabalha em ambientes assépticos
com distanciamento crítico
— não é um açougueiro, é um técnico —
sendo fácil racionalizar
que apenas põe a serviço da pátria
da civilização e da família
uma sofisticada tecnologia da dor
que teria de qualquer maneira
de ser utilizada contra alguém
para o bem de todos.
(POLARI, 1979)

Contudo, houve um fim. Aos poucos, presos políticos foram libertados, pois em 1979 se realizou a promulgação da Lei de Anistia. De pouco a pouco foi tornando-se possível a volta de novos partidos políticos. Ao final, tudo foi se ajustando e a democracia, aos poucos, reergueu-se, mas aos democratas ficou a lembrança de dias difíceis que geraram neles o ódio à ditadura, “temos ódio à ditadura. Ódio e nojo.” (GUIMARÃES, 1988) como muito bem expresso no discurso de 05 de outubro de 1988 de Ulysses Guimarães.

Porém ainda que se tenha dado o fim do período do regime militar, e havendo um grande arsenal de documentos, relatos e estudos comprobatórios de que, o “episódio militar” foi o mais repressivo e censurador momento à história das constituições que perpassaram, há ainda pessoas que clamam pela volta do exposto período, possuindo um número considerável de apoiadores da tal temporada histórica brasileira.

Vale ressaltar, de uma maneira negativa, que o Presidente da República, Jair Messias Bolsonaro, é um dos maiores exemplos de apoio e clamor ao regime militar, e em seus discursos, desde antes de assumir a presidência, sempre exalou seu posicionamento favorável a tal período. Para maior visualização de seu posicionamento, cita-se um comentário realizado na sessão do Plenário da Câmara em 11 de dezembro de 2008, onde declara seu “louvor” ao AI-5:

“Eu louvo os militares que, em 1968, impuseram o AI-5 para conter o terror em nosso País, ato também apoiado pela mídia, porque, pela segunda vez, colocou um freio naqueles da esquerda que pegavam em armas, sequestravam, torturavam, assassinavam e praticavam atos de terror em nosso País” (BOLSONARO, 2008, s.n.)



Embarcando para o final da pesquisa, temos, então, a última Constituição Promulgada e ainda vigente, a Carta Magna de 05 de outubro de 1988, ou também conhecida como “Constituição Cidadã”.

Esta tornou-se símbolo do processo de redemocratização após o período da ditadura militar, assegurando os vários direitos que foram violados durante a ditadura militar, e também trazendo em sua redação alguns direitos inerentes aos indivíduos jamais discutidos, direitos estes denominados como os direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais estão previstos em seu Artigo 5º ao 17º, aonde assegura-se que qualquer indivíduo brasileiro pode usufruir deles.

A Constituição Cidadã faz jus ao seu vulgo quando se estuda um pouco mais sobre sua história e entende-se que há uma diversidade de pessoas que foram para rua busca-la, sendo estes, índios, mulheres, pretos, etc.

Nesta construção torna-se única em relação as demais, pois há a colaboração popular em seu processo de promulgação, contando com emendas populares para demonstrar os interesses do povo sobre quais os direitos viriam a ser assegurados.

Outro perfil de destaque na construção e promulgação da atual constituição, foi o de Ulysses Guimarães. Professor, Advogado, participante de vários movimentos em prol da restauração da democracia. Foi presidente da Câmara dos Deputados em duas ocasiões (1956-1957 e 1985-1987), presidente da Assembleia Nacional Constituinte (1987-1988) e anunciou a promulgação da chamada Constituição Cidadã (1988). No início do discurso de 05 de outubro de 1988, Guimarães (1988, n.p.), pontua: “A Nação quer mudar. A Nação deve mudar.”.

As características desta Carta Constitucional são a concessão ao direito ao voto pela primeira vez aos analfabetos, direito ao voto aos jovens de 16 (dezesesseis) e 17 (dezessete) anos (já que este foram os protagonistas das Diretas Já¹⁴⁶), tendo eleições majoritárias com 2 (dois) turnos. Deu-se presente nesta Carta novos direitos trabalhistas, reduzindo uma jornada de trabalho de 48 (quarenta e oito) horas para 44 (quarenta e quatro). Houve-se também a garantia das férias remuneradas e o seguro desemprego, licença maternidade e paternidade.

¹⁴⁶ Um movimento de 1983 até 1984 com o objetivo de fazer com que retornasse a eleições de forma direta em relação ao cargo da presidência da República do Brasil.



Não acabando por aí, a Constituição prescreve que garantia indivisíveis, cláusulas com foco em alteração econômica, social, política, direito à greve, criação do Tribunal de Justiça (STF), etc.

Datada de 5 de outubro de 1988, a Constituição inaugurou um novo arcabouço jurídico-institucional no país, com ampliação das liberdades civis e os direitos e garantias individuais. A nova Carta consagrou cláusulas transformadoras com o objetivo de alterar relações econômicas, políticas e sociais. (PONTUAL, 2013)

Inquestionavelmente a Constituição vigente merece elogios indispensáveis e tão poucos pessoais, já que preza pela garantia do direito de todos. Se hoje pode-se manifestar contra o governo sem que sofra consequências renegadas é devido a Constituição.

A Constituição é o livro mais completo de todos, como diria Luís Roberto Barros (2013), “A Constituição brasileira só não traz a pessoa amada em três dias, mas, fora isso, quase tudo está lá”. Deve-se sempre defender-se a Carta Magna, pois todos os direitos fundamentais estão escritos nela, onde não haverá prescrição se garantir-se-ão sua integridade.

CONCLUSÃO:

Analisando a história das seis primeiras cartas constitucionais anteriores a Carta Magna de 1988, prezando-se a verificação dos motivos que levaram a criação de cada uma dessas e apontado todas as semelhanças nas Constituições entendeu-se o real motivo da criação da Constituição, concluindo, então, que a causa que leva a mesma a encontrar-se no topo da pirâmide de Hans Kelsen é a sua defesa instintiva dos direitos humanos de todos os brasileiros.

O país, passou por momentos turbulentos em que os direitos e garantias fundamentais não eram exercidos, onde pessoas desapareciam, eram torturadas, mortas e exiladas por serem opositoras ao governo. Diante disso, a Constituição de 1988 representava um alívio.

A exclusão da participação política dos mais pobres, presente desde a primeira Constituição, outorgada em 1824 por D. Pedro I, foi totalmente abolida na Constituição



de 1988. Foi decidido que o voto é universal, todos podendo votar sem precisar provas renda em alqueires de mandioca ou de qualquer outra forma.

Tão pouco a Constituição Cidadã se esqueceu dos sempre “esquecidos”. O período em que a cultura afro-brasileira era criminalizada chegava ao fim. Pessoas pretas agora poderiam, protegidas pela lei, exercerem sua cultura e credo. As mulheres teriam direitos semelhantes aos homens e indígenas finalmente teriam seus direitos mais claramente estabelecidos.

A Constituição de 1988, evidentemente, não é completa e impecável, mas conseguiu alcançar seus objetivos iniciais, como o de atender a população igualmente, incluir os excluídos e propor reparação para aqueles que até então eram invisíveis às Constituições anteriores.

A Constituição é a voz, e vontade do povo, sendo que a Democracia e a Constituição devem andar “lado a lado”.

REFERÊNCIAS:

ALVES, Fabio Cesar. “Em cinza enxovalhada”: Drummond e a ditadura militar. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ea/a/Fn3cmJT4rWQq3kbhnJZGZ8r/?lang=pt>.

Acessado em: 19 set. 2021

BEZERRA, Juliana. *Constituição de 1824*. TodaMateria, [s. l.], 30 jun. 2021. Disponível em: <https://www.todamateria.com.br/constituicao-de-1824/>. Acesso em: 4 set. 2021.

_____, Juliana. *Diretas já*. Disponível em: <https://www.todamateria.com.br/diretas-ja/>. Acesso em: 20 set. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados: *Conheça a história da Assembleia Constituinte de 1823*. Brasília, 2018.

_____. Congresso. *Câmara dos Deputados*. Discurso proferido na sessão de 5 de outubro de 1988. Câmara dos Deputados, DANC, 1988. p. 14380-14382.

_____. [Constituição (1988)]. *Constituição Federal : Inciso IV do Artigo 3*. Brasil: [s. n.], 1988.



CANAL CIÊNCIAS CRIMINAIS. *7 técnicas de tortura assustadoras praticadas durante a ditadura no Brasil.* Disponível em: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/690608365/7-tecnicas-de-tortura-assustadoras-praticadas-durante-a-ditadura-no-brasil>. Acessado em: 16 set. 2021.

CARVALHO, Talita de. *Ditadura Militar no Brasil.* Disponível em: <https://www.politize.com.br/ditadura-militar-no-brasil/>. Acessado em: 16 set. 2021.

FAUSTO, Boris (org.). *O Brasil Republicano: economia e cultura (1930-1964).* tomo 3, vol.4. Rio de Janeiro: Ed. Bertrand Brasil, 1995.

FERNANDES, Claudio. 05 de Outubro – Promulgação da Constituição de 1988. Disponível em: <https://mundoeducacao.uol.com.br/datas-comemorativas/constituicao-brasil.htm>. Acessado em: 08 set. 2021.

FRAZÃO, Dilva. *Olga Benário - Militante comunista alemã.* E biografia. Disponível em: https://www.ebiografia.com/olga_benario/. Acessado em: 8 set. 2021.

GOMES, Angela de Castro. *Olhando para dentro: 1930-1964.* Rio de Janeiro: Objetiva, 2013. p. 229 – 274.

JANSEN, Roberta. *Human Rights Watch: ditadura no Brasil torturou 20 mil pessoas; 343 foram mortas ou desapareceram.* Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,human-rights-watch-ditadura-no-brasil-torturou-20-mil-pessoas-434-foram-mortas-ou-desapareceram,70002770377>. Acessado em: 16 set. 2021.

LEITE, Gisele. 1946 – *A república populista.* Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/89050/1946-a-republica-populista>. Acessado em: 8 set. 2021.

MARTINS, Luciano. *Estado Novo (Verbetes).* Rio de Janeiro: FGV/CPDOC.

MARTINS, Raphael Neves: *A Carta Outorgada de 1824: Ponto de Partida ou Ponto de Chegada?*, 2009.

MINAMI, M. Y.; *Afinal, o que faz a justiça eleitoral?*. Tribunal Superior Eleitoral, 2019.



NEVES, Daniel. *República Populista (Quarta República)*. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/historiab/republica-populista-1945-1964.htm>.

Acessado em: 14 set. 2021.

OLIVEIRA, Mariana. *'Constituição só não traz pessoa amada em 3 dias', diz indicado ao STF*. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2013/06/constituicao-so-nao-traz-pessoa-amada-em-3-dias-diz-indicado-ao-stf.html>. Acessado em 20 set. 2021

PONTUAL, Helena Daltro. *Uma breve história das Constituições do Brasil*. Senado Federal, 2013.

RESENDE, Mariana Ruiz e. *A Constituição de 1891*, Disponível em: <https://www.politize.com.br/constituicao-de-1891/>. Acessado em: 07 de set. 2021.

RODRIGUES, Natália. *Golpe de 1937*. InfoEscola. Disponível em: <https://www.infoescola.com/historia-do-brasil/golpe-de-1937/>. Acessado em 8 set. 2021.

_____, Natália. *Era Vargas*. InfoEscola. Disponível em: <https://www.infoescola.com/historia/era-vargas/>. Acessado em: 8 set. 2021.

_____, Natália. *Estado Novo*. InfoEscola. Disponível em: <https://www.infoescola.com/brasil-republicano/estado-novo/>. Acessado em: 8 set. 2021.

SANTIAGO, Emerson. *Comunismo*. InfoEscola. Disponível em: <https://www.infoescola.com/politica/comunismo/>. Acessado em 8 set. 2021

SENADO, Brasil. *5 de outubro de 1988: um dia histórico*. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2008/10/02/5-de-outubro-de-1988-um-dia-historico>. Acessado em: 08 set. 2021.

SILVA, Daniel Neves. *Constituição de 1891*; Brasil Escola. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/historiab/constituicao-1891.htm>. Acesso em 07 de set. 2021.

_____, Daniel Neves. *Golpe da Maioridade*. Mundo Educação, [S. l.], p. 1-1, 12 jan. 2021. Disponível em: <https://mundoeducacao.uol.com.br/historiadobrasil/o-golpe->



maioridade.htm. Acesso em: 7 set. 2021.

_____, Daniel Neves. *Guerra Fria*. Disponível em:
<https://mundoeducacao.uol.com.br/historiageral/guerra-fria.htm>. Acessado em: 15
set. 2021.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33. Ed. São Paulo:
Malheiros Editores, 2010.

STOODI. *Constituição de 1967: o que foi, características e mais!*. Disponível em:
<https://www.stoodi.com.br/blog/historia/constituicao-de-1967/>. Acessado em: 17 set.
2021.



VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR: O IMPACTO DURANTE A PANDEMIA DO COVID-19

Fabiola Cristina Carrero¹⁴⁷

Sarah Cristina de Paula Silva¹⁴⁸

RESUMO: Este trabalho visa analisar a pandemia do novo Coronavírus, que chegou ao Brasil no começo de 2020. Em consequência disso, medidas para a contenção do vírus foram tomadas. Dentre elas o isolamento social foi adotado de acordo com as orientações da Organização Mundial da Saúde (OMS). Em decorrência das restrições, as pessoas passaram mais tempo em casa, estudando e realizando trabalhos remotos, além do aumento do índice de desemprego. Conseqüentemente, para as famílias vítimas de violência doméstica e familiar, passar mais tempo dentro de casa consiste em conviver mais com familiares violentos. A pesquisa investiga quais os índices da violência doméstica e familiar durante a pandemia, a legislação e os serviços públicos de denúncia, a adaptação necessária para o acolhimento das vítimas durante o isolamento, em especial durante os meses de restrições mais rígidas. A investigação dos dados sobre a violência constata uma subnotificação desse tipo penal, porém, os casos de feminicídio registraram aumentos significativos em muitos estados brasileiros. Após uma análise crítica, a subnotificação não demonstra que eles deixaram de ser agredidos, mas que a violência estava mais difícil de ser denunciada e/ou identificada por terceiros e autoridades. Para tanto, as sequelas da Covid-19 têm ficado não apenas para aqueles que contraíram o vírus, mas também para as muitas vítimas da violência doméstica e familiar, onde o isolamento e o silêncio só protegem os agressores.

PALAVRAS-CHAVE: Isolamento social. Violência doméstica e familiar. Feminicídio.

ABSTRACT: The Coronavirus pandemic arrived in Brazil at the start of 2020. Because of this, containment methods were taken to better control the virus. One adopted method was social isolation with accordance to the World Health Organisation's (WHO) guidelines. The consequence of these restrictions, people spent more time at home, studying, working remotely, additionally there was an increase in the unemployment rate. Consequently, families victim to domestic violence or similar situations, they would have to spend more time at home with violent relatives. The research investigates the rates of domestic and family violence during the pandemic, legislation and the public service of denunciation, the necessary adaptation for the reception of the victims during isolation, especially during the months with tightest restrictions. The investigation of data on violence finds an underreporting of this criminal type, however, cases of femicide registered significant increases throughout many Brazilian states. After a critical analysis, the underreporting does not show that they were no longer being attacked, but that the violence was more difficult to be reported and/or identified by third parties and authorities. Therefore, the consequences of Covid-19 have been left not only for those who contracted the virus, but also for the many victims of domestic and family violence, where isolation and silence only protect the aggressors.

KEYWORDS: Social isolation. Domestic and family violence. Femicide.

INTRODUÇÃO:

No Brasil, a pandemia da Covid-19 teve início no mês de fevereiro de 2020. A situação exigiu medidas extremas na área da saúde pública, para minimizar os efeitos

¹⁴⁷ Mestre em Direitos da Personalidade. Professora do curso de Direito da Unifatecie. Advogada e professora. Endereço eletrônico: fabiola.cristina@fatecie.edu.br

¹⁴⁸ Sarah Cristina de Paula Silva da graduação em Direito da UNIFATECIE. Endereço eletrônico: sarahdorta@hotmail.com



diretos da COVID-19. Entre elas, o isolamento físico mais restritivo nos meses de março e abril de 2020, ação recomendada pela Organização Mundial da Saúde (OMS). De encontro com essas medidas, a pandemia tem desencadeado alterações bruscas na vida das famílias e na sociedade em geral. Com o objetivo de combater à rápida disseminação do vírus, o isolamento social, ou seja, a quarentena, foi uma medida adotadas mundialmente.

Desse modo, a presente pesquisa tem o objetivo de analisar como essa transição impactou nos casos de violência doméstica e familiar durante a pandemia no Brasil, visto que, a violência doméstica é um fenômeno de longa data, que faz parte integrante da história da família das sociedades ocidentais e de muitas outras do globo. Em geral, o local mais propício para ocorrer esse tipo de violência é na própria residência da vítima, independentemente da faixa etária.

Justifica-se o presente tema, tendo em vista que a pandemia da Covid-19 agravou os riscos de ocorrência de violência contra mulheres devido à dependência e à proximidade com o agressor e as medidas de isolamento social diminuíram consideravelmente a possibilidade de identificar a violência familiar, uma vez que a agredida muitas vezes não sai de casa ou sequer recebe visita de terceiros.

Portanto, a pesquisa realizada possui o intuito de elucidar a situação da violência doméstica diante das medidas de isolamento social, adotadas para conter a disseminação da COVID-19. A pesquisa bibliográfica tem o objetivo de analisar o impacto da Covid-19 no aumento dos índices de violência doméstica e familiar, e de escrutinar quais as leis brasileiras tratam de repressão à violência doméstica.

Também objetiva demonstrar qual repercussão o isolamento está tendo nas famílias que sofrem com esse tipo penal e comparar como as subnotificações da violência familiar em relação aos casos graves de violência e morte demonstram o efeito do isolamento. O caráter investigativo identifica os meios alternativos e adaptações que o Estado precisou criar para prevenir e coibir a violência durante o cenário pandêmico, e como os canais de acolhimento elas estão atuando nesse período.

EVOLUÇÃO DOS DIREITOS DAS MULHERES NO BRASIL

Retrospectiva dos Direitos das Mulheres e o precedente para violência

Em 1916 o Código Civil sofreu forte influência por parte da Igreja, o texto organizava a família de forma hierárquica privilegiando o gênero masculino e inferiorizando legalmente o feminino. Nesse contexto, destacava a poderosa figura do



homem como chefe da família e as mulheres casadas como dependentes e relativamente incapazes juridicamente. Dentre o rol de privilégios, o Código exigia a monogamia; permitiu a anulação do casamento caso a mulher não fosse virgem; não reconheceu filhos fora do casamento e afastou a herança da filha mulher que desempenhasse comportamento visto como desonesto. A figura feminina sem posição social, sem voz, com direitos limitados ligados ao matrimônio abriu precedente para violência doméstica.

Com a criação e a disseminação do Movimento Feminista, surgiu a oportunidade de começar a mudar a história. O movimento cada vez mais ganhava forças ao reunir mulheres que almejavam direitos.

No ano de 1918 iniciava-se a propagação de utópicos ideais de liberdade e igualdade, posteriormente defendidos na Liga pela Emancipação Intelectual da Mulher. Com essa iniciativa a mulher passou a ser alvo de atenção e a situação feminina a ser discutida no país. Nesse momento, desejavam o ingresso em escolas e o direito de votar (BICUDO, 1994).

Os anos 40 a 60 foram marcados por avanços no movimento, como por exemplo, a distinção e separação dos deveres das mulheres e dos homens; o direito ao corpo e ao prazer. Mas, apenas em 1970, efetivamente, as mulheres ganharam mais espaço produzindo e contribuindo economicamente para o país. Em contrapartida, ocorreram muitos casos de Femicídio (principalmente de mulheres que levantavam a bandeira feminista) e violência doméstica e familiar, heranças e reflexos de um passado próximo, predominantemente patriarcal. Por questões culturais da época, tampouco os meios de comunicação disponíveis abordavam o tema, a mulher ainda era vista como a responsável por provocar a violência sofrida.

Lei Maria da Penha 11.340/06

Em 1983 Maria da Penha Maia Fernandes foi alvo de duas tentativas de homicídio, na primeira, seu cônjuge tentou alvejá-la com tiros e na segunda vez tentou eletrocutá-la, ocasionando paraplegia. Mesmo com a promulgação da Constituição Federal em 1988, o Brasil demorou aproximadamente 19 anos para processar o caso, Maria recebeu apoio da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Em 1994 o Brasil sancionou dois Tratados Internacionais que escolheu violar, desamparando Maria. No dia 07 Agosto de 2006 entrou em vigor a Lei Maria da Penha 11.340 cujo objetivo é:

Criar 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 providência (BRASÍLIA, 2006).

As Convenções abordaram os direitos humanos das mulheres e a eliminação da discriminação sofrida por mulheres. Com a repercussão do caso, o Brasil foi obrigado a regulamentar os direitos das mulheres, assistir a violação desses direitos e responsabilizar seus agressores.

Das formas de violência amparadas pela Lei 11.340/06

É muito comum associar a violência doméstica e familiar apenas no caráter físico, mas existem cinco tipos de violência doméstica e familiar contra a mulher na Lei Maria da Penha, que a Lei por zelo ampara e descreve no art. 7, incisos I ao V, sendo, a seguir mencionados:

A Violência Física ocorre quando o agressor por meio de força física tenta causar dano ou o consuma. Com ou sem emprego de arma ou instrumentos que podem ocasionar lesões internas e/ou externas, texto referente ao artigo citado art.7º inciso I:

Art.7º Inciso I- a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corpora

Diante disso, a mais difícil de ser identificada, a violência psicológica pode ser caracterizada como toda ação ou omissão cujo objetivo seja lesionar a autoestima, desenvolvimento pessoal, identidade e comportamento. Acontece por meio de discriminação, proibição de se relacionar com amigos e familiares, limitações de caráter financeiro, críticas excessivas e infundadas, chantagem, exploração, imposição de regras de vestimenta, cobranças etc, texto referente art.7º inciso II:

Art 7º- II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da auto-estima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação.

Posteriormente, existe a previsão da violência sexual, quem obriga alguém, homem ou mulher a manter relação sexual não desejada mediante intimidação, ameaça, coação ou uso de força prática o crime de estupro (CP.213). (DIAS Maria Berenice, 2019, P.184).

Art. 7º III- a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não



desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos.

Por conseguinte, a violência patrimonial, que inclui destruição de objetos pessoais ou domésticos da vítima (mesmo que parcialmente), reter, subtrair e usar indevidamente objetos pessoais ou que pertençam a sociedade conjugal, texto referente ao art.7º inciso IV:

Art.7º IV- a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades.

Outra forma de violência, a violência moral, que se traduz em injúria, calúnia e difamação são estabelecidos no rol de crimes contra a honra que afetam diretamente a dignidade da vítima (contemplado como direito fundamental pela própria CF/88), texto referente ao Art.7º inciso V: a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.

Expansividade legal, Medidas Protetivas de urgência e garantias

Desde a época que entrou em vigor, a Lei Maria da Penha vem sofrendo alterações que objetivam coibir a violência doméstica e familiar, como por exemplo o art. 22 da Lei 13.984/20 que obriga o agressor a frequentar centro de educação, reabilitação e acompanhamento psicossocial. O descumprimento injustificável do artigo pode acarretar a prisão em flagrante delito (NUCCI, 2019). Ademais, medidas protetivas de urgência a requerimento do MP ou da ofendida podem ser concedidas pelo juiz, podendo o agressor ser imediatamente afastado do lar, ficando proibido de se aproximar da ofendida e seus dependentes. Dentre o rol de garantias, podemos destacar o encaminhamento dos dependentes e da ofendida à programas de proteção ou atendimento comunitário; a determinação judicial para restituição de bens que outrora foram subtraídos de forma indevida, a fim de proteger o patrimônio particular ou conjugal.

A aplicação da lei Maria da Penha atua de forma expansiva, considerando como agressor não só o cônjuge mas também o padrasto ou madrasta; o sogro ou sogra; cunhado ou cunhada e os demais agregados, desde que a vítima seja mulher. A Lei também garante o mesmo atendimento para mulheres que estejam em



relacionamento com outras mulheres. Além disso, recentemente, o Tribunal de Justiça de São Paulo garantiu a aplicação da Lei para transexuais que se identificam como mulheres em sua identidade de gênero.

AUMENTO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR EM DECORRÊNCIA DO COVID-19

A Lei brasileira pune severamente quando comprovado os delitos descritos alhures, disponibiliza garantias, medidas protetivas e direitos, todavia, todos os anos os índices de vítimas de violência doméstica aumentam. A situação já preocupante foi agravada com o surgimento da pandemia do novo Coronavírus, sua decorrência trouxe em pauta a necessidade das famílias permanecerem em casa durante mais tempo, respeitando as medidas restritivas a fim de evitar o contágio e disseminação do vírus. Pesquisas realizadas em Março de 2020 apontam em cinco mídias independentes o aumento de feminicídio correlacionando o isolamento social. O relatório explica:

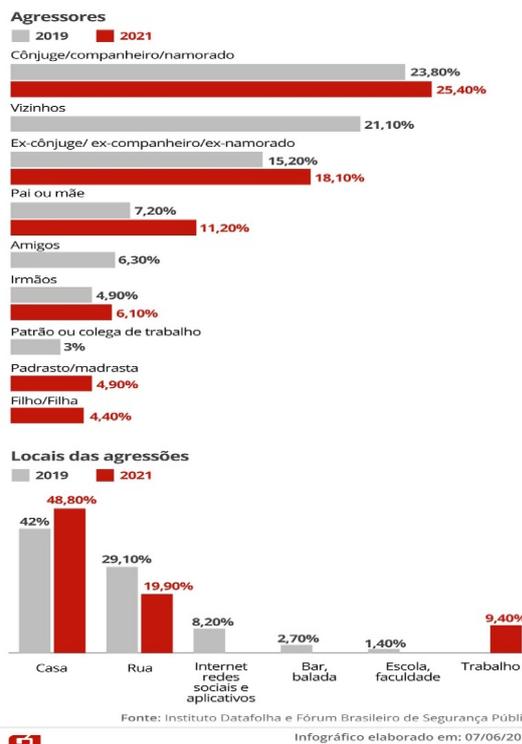
Um levantamento inédito sobre a violência doméstica entre os meses de março e abril deste ano, durante a pandemia do novo Coronavírus, apontou que os casos de feminicídio no País aumentaram em 5% em relação a igual período de 2019. Somente nos dois meses, 195 mulheres foram assassinadas, enquanto em março e abril de 2019 foram 186 mortes. Entre os 20 estados brasileiros que liberaram dados das secretarias de segurança pública, nove registraram juntos um aumento de 54%, outros nove tiveram queda de 34%, e dois mantiveram o índice. Nos 20 estados analisados, a média observada foi de “feminicídios por 100 mil mulheres. A taxa ficou acima da média em 11 estados, os quais detêm 40% da população feminina do total analisado e foram responsáveis por 59% das mortes, 115 feminicídios (REAL, 2020).

Segue abaixo gráficos indicando o aumento nos casos de violência doméstica comparando os anos de 2019 a 2021:



Cai violência na rua e aumentam agressões dentro de casa

"Vizinho" some das respostas e entram pessoas da família



Fonte: G1.com

Perfil da vítima

Violência tem maior prevalência entre jovens, negras e separadas

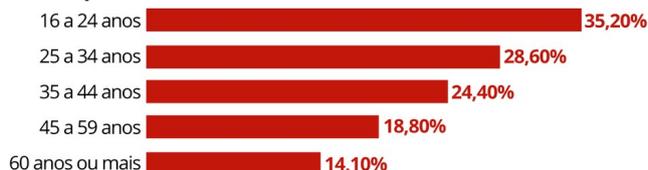
Violência por estado civil:



Violência por cor:



Violência por idade:



Fonte: Instituto Datafolha e Fórum Brasileiro de Segurança Pública



Infográfico elaborado em: 07/06/2021

Fonte: G1.com



A pesquisa precisa ser analisada com olhar crítico para entender problemática oculta: A violência doméstica não diminuiu, só ficou mais privada. O silêncio protege os agressores que continuam praticando suas ações. A restrição de convívio social impede que as mulheres frequentem determinados lugares onde poderiam relatar a violência, ou esta poderia ser identificada. Dessa forma, explica a subnotificação de casos nesse período:

Especialistas advertem para a frequência da subnotificação neste período em que há dificuldades para se comunicar, acessar os canais de denúncia e até mesmo para chegar fisicamente até eles. Como afirmam as fontes entrevistadas, esses registros são fundamentais para romper o ciclo da violência e, conseqüentemente, a contenção da violência final, o feminicídio. O aumento de 41% no número de feminicídios em São Paulo, por exemplo, se defronta com a redução de registros de 22% e 33% nos crimes de lesão corporal e ameaça, respectivamente. O crescimento de 431% nos relatos no Twitter de brigas de casal com indícios de violência doméstica, segundo relatório, divulgado pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP) em abril deste ano, é outro fator que aponta a subnotificação dos casos (REAL, 2020).

A violência contra mulher não diminuiu durante a pandemia, mesmo com menos notificações de lesão corporal e ameaças, o feminicídio cresceu e os dados se intensificam a cada dia:

O governo do Amazonas, que recebeu em 25 de maio o pedido de informações da reportagem sobre os casos de feminicídios, primeiro comunicou que não registrou mortes de mulheres de janeiro a abril deste ano. Mas a estatística enviada pela Secretaria de Segurança Pública (SSP) registrou oito feminicídios no quadrimestre, somente em Manaus. A reportagem questionou os dados e a SSP voltou atrás, dizendo que eram informações de “casos suspeitos de feminicídio”, isto é, ainda em investigação pela Delegacia Especializada em Homicídios e Sequestros (DEHS). Procurada, a delegacia informou, na terça-feira (16 de junho), que registrou quatro casos de feminicídios em 2020, sendo dois no mês de março, quando iniciou o isolamento social da pandemia do novo Coronavírus (REAL, 2020).

Além do aumento dos casos de feminicídio e violência doméstica, a pandemia acentuou a demora do processamento de dados, o constante aumento de processos no Judiciário demonstra que a estrutura estatal não é capaz de acompanhar a demanda, conseqüentemente, temos a lentidão do sistema, que por sua vez adiciona incertezas à vítima que vive em situação de coerção psicológica em denunciar seu agressor, gerando incertezas.

O Ministério Público e o Poder Judiciário ao receber denúncias, inquéritos policiais demora a responder às solicitações, pela falta de todo o suporte necessários que possam apresentar as devidas tratativas aos seus representados, fazem o crime prescrever tornando assim, a lei Maria da Penha ineficaz (ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DE MINAS GERAIS, 2016).



As mulheres buscam o Estado para efetuar a denúncia mas as medidas não estavam sendo suficientes para afastar a vítima do autor. Essa falha dá abertura para o desacato de ordem judicial e na maioria das vezes o autor pede à vítima para retirar a queixa, revogando em conjunto a medida protetiva. Entendamos, nesse contexto, a vítima já sofre violência física, muitas vezes acompanhada por coerção moral, gerando vulnerabilidade e dependência psicológica.

Outra questão é a pressão que a própria vítima coloca em si mesma, seja por tentar manter a boa imagem perante os familiares e a sociedade, tentando manter o matrimônio tão sagradamente defendido pela Igreja (relembremos que a Igreja sempre teve forte influência nas condutas sociais, até mesmo antes do Código Civil de 1916). Outro fator comum é a vítima se prender à relação por temer desestruturar (ainda mais) a vida dos filhos, seja por dependência financeira visto que o mercado de trabalho sofreu um impacto grande na pandemia, aumentando o desemprego, ou somando, dependência emocional, comumente os agressores justificam seus atos como atos de amor e demonstram uma falsa ilusão de arrependimento perante a vítima.

LEGISLAÇÃO E MEDIDAS PARA COIBIR E PREVENIR OS CASOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR EM CENÁRIO PANDÊMICO

Modernização dos canais de denúncia

O Governo Federal em uma tentativa de diminuir as dificuldades da vítima para efetivar a denúncia dos crimes que foram agravados pelo isolamento social, lançou em conjunto com o Ministério da Mulher o aplicativo de Direitos Humanos BR. Através da plataforma, a denúncia pode ser realizada de forma mais privativa do que por meio de ligações, permitindo o contato com as autoridades de forma 100% virtual. O aplicativo permite registrar queixas e anexar documentos comprobatórios (BRASIL, 2020). A atitude inspirou os outros estados a desenvolverem aplicativos com o mesmo objetivo (por exemplo SOS Mulher, Salve Maria, Me Respeita!).

Por fim, a Magazine Luiza teve a iniciativa de adicionar dentro do seu próprio aplicativo de compras um botão que redireciona a vítima para os canais do “ligue 180”.

Lei 14.022/20

Foi sancionada a Lei 14.022, de 07 de julho de 2020, que dispõe sobre as medidas de enfrentamento contra a violência da mulher:

Altera a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, e dispõe sobre medidas de



enfrentamento à violência doméstica e familiar contra a mulher e de enfrentamento à violência contra crianças, e adolescentes, pessoas idosas e pessoas com deficiência durante a emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do Coronavírus responsável pelo surto de 2019 (BRASÍLIA, 2020).

É importante destacar a importância da criação dessa Lei para o cenário brasileiro atual, uma vez que de forma preocupante, os casos de violência familiar crescem. A Lei abrange mulheres, crianças, adolescentes e idosos, de uma forma geral. Para tanto, as medidas de contenção da Covid-19 implicam diretamente na vida das famílias que sofrem violência, amparando-as e as protegendo, mesmo após a violência ter acontecido. Por isso, a lei determina que:

§ 7º-C. Os serviços públicos e atividades essenciais, cujo funcionamento deverá ser resguardado quando adotadas as medidas previstas neste artigo, incluem os relacionados ao atendimento a mulheres em situação de violência doméstica e familiar, nos termos da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, a crianças, a adolescentes, a pessoas idosas e a pessoas com deficiência vítimas de crimes tipificados na Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), na Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso), na Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), e no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal)." (NR) "Art. 5º-A. Enquanto perdurar o estado de emergência de saúde internacional decorrente do Coronavírus responsável pelo surto de 2019 (BRASÍLIA, 2020).

Segundo a Lei 14.022, os serviços de atendimento às vítimas de violência precisam ter acesso aos serviços públicos gratuitos, de forma presencial ou online. Vale ressaltar que é preciso inicialmente que os envolvidos nos casos de violência doméstica denunciem. Sem a denúncia formalizada o trabalho de todos os órgãos envolvidos fica impossibilitado.

Lei 14.188/21

Foi sancionada a Lei 14.188/21, de 28 de julho de 2021, que dispõe sobre o programa de cooperação Sinal Vermelho contra a Violência Doméstica como uma das medidas de enfrentamento da violência doméstica e familiar contra a mulher previstas na Lei nº 11.340/06. A Lei estabelece no medidas de identificação e denuncia da violência sofrida nos artigos 2º e 3º:

Art. 2º Fica autorizada a integração entre o Poder Executivo, o Poder Judiciário, o Ministério Público, a Defensoria Pública, os órgãos de segurança pública e as entidades privadas, para a promoção e a realização do programa Sinal Vermelho contra a Violência Doméstica como medida de ajuda à mulher vítima de violência doméstica e familiar, conforme os [incisos I, V e VII do caput do art. 8º da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006](#). Parágrafo único. Os órgãos mencionados no caput deste artigo deverão estabelecer um canal de comunicação imediata com as entidades privadas de todo o País participantes do programa, a fim de viabilizar assistência e segurança à vítima, a partir do momento em que houver sido efetuada a denúncia por meio do código "sinal em formato de X", preferencialmente feito na mão e na cor



vermelha. Art. 3º A identificação do código referido no parágrafo único do art. 2º desta Lei poderá ser feita pela vítima pessoalmente em repartições públicas e entidades privadas de todo o País e, para isso, deverão ser realizadas campanha informativa e capacitação permanente dos profissionais pertencentes ao programa, conforme dispõe o [inciso VII do caput do art. 8º da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006](#) (Lei Maria da Penha), para encaminhamento da vítima ao atendimento especializado na localidade (BRASÍLIA, 2021).

Dentre das novas contribuições legais também contamos a inserção do art. 13º no art. 129 do CP, nos casos de crime de lesão corporal leve praticado contra a mulher em contexto de violência doméstica e familiar ou por motivo de misoginia a pena de reclusão passa a ser de 1 a 4 anos.

Contamos com a criação de um novo crime denominado “Violência psicológica contra a mulher” no art. 147-B do CP, importante destacar que a ação penal para esse tipo de crime é pública incondicionada:

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: [\(Incluído pela Lei nº 14.188, de 2021\)](#). Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, se a conduta não constitui crime mais grave (BRASÍLIA, 2021).

Para finalizar, a Lei também alterou a redação do art. 12-C, caput, da Lei Maria da Penha, que passou a vigorar da seguinte forma:

Verificada a existência de risco atual ou iminente à vida ou à integridade física ou psicológica da mulher em situação de violência doméstica e familiar, ou de seus dependentes, o agressor será imediatamente afastado do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida (BRASÍLIA, 2021).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dentre todos os lugares o lar é o onde todas as pessoas esperam ser amadas e protegidas. Em contrapartida, é nesse mesmo espaço que a maioria dos abusos e violências acontecem. Infelizmente, todos os dias, acontecem agressões por pessoas que deviam amar e proteger. Apesar de existirem políticas públicas que visam coibir a violência no seio familiar, ainda existe grande necessidade de investimentos nessa



área da saúde pública.

Com a situação gerada pela COVID-19 no início do ano de 2020, fica claro que muitas famílias passaram a permanecer mais tempo em casa. Algumas mulheres com a quarentena mais restritiva e o aumento do desemprego, passaram a ficar definitivamente em casa, conseqüentemente mais tempo com seus agressores. Essa situação atípica mostra que por mais evoluída que a sociedade do século XXI está, ela não estava preparada para as situações que a evolução do Coronavírus geraram no cenário mundial. Todas as áreas de convivência sofreram o impacto que o isolamento físico gerou, as ações violentas não podem ser detectadas facilmente e por isso deixam de serem denunciadas, elucidando a necessidade que o Estado encontrou para criar meios para amenizar a dificuldade de denunciar, bem como, criar medidas de enfrentamento através da legislação.

Além dos casos de violência doméstica, os índices de feminicídios também aumentaram em relação aos anos anteriores Além do mais, mulheres que sofrem violência doméstica, quando próximas de seus agressores têm mais dificuldade de realizar as denúncias, entrando a tecnologia como um importante meio de medidas de denúncia online. Não é simples coibir esse tipo de violência. A Lei pode prever a punição para quem as realizam, mas ela não pode impedir o ciclo vicioso.

A base legal para a punição de agressores de familiares é imprescindível. Mas, campanhas sociais que conscientizem a sociedade civil do que consiste a violência na sua amplitude, e programas de acolhimento e suporte às vítimas são ainda mais urgentes, pois, a linha limítrofe entre praticar a violência ou não, está na parte mais oculta dos seres humanos, sua consciência. Conseqüentemente, a solução não é pôr fim ao isolamento social, mas sim, manter ativos os serviços de proteção, aumentar o investimento em serviços on-line, declarar abrigos como serviços essenciais e oferecer suporte às ONG's locais de combate à violência doméstica.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BICUDO, Hélio Pereira. **Violência: o Brasil sem maquiagem**. São Paulo: Editora Moderna, 1994.

BRASIL. **Enfrentamento à violência contra a mulher, crianças, adolescentes, pessoas idosas e pessoas com deficiência, durante a emergência de saúde pública. Lei 14.022, de 07 de julho de 2020**. Brasília, 2020. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2020/lei-14022-7-julho-2020-790393-publicacaooriginal-161013-pl.html> . Acesso em: 10 de set. 2021.



BRASIL. <https://www.institutomariadapenha.org.br/assets/downloads/lei-11340-2006-lei-maria-da-penha.pdf>

BRASIL. <https://www.institutomariadapenha.org.br/lei-11340/tipos-de-violencia.html>

BRASIL. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006.** Lei Maria da Penha. Brasília, DF. 2006. Ago. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11340.htm>. Acesso em: 13 e 14 ago. 2021.

BRASIL. **Lei nº 14.022, de 7 de julho de 2020.** Brasília, CF. 2020. Jul. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14022.htm. Acesso em: 11 set. 2021.

BRASIL. **Lei nº 14.188, de 28 de julho de 2021.** Brasília, CF. 2021. Jul. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14188.htm. Acesso em: 11 set. 2021.

BRASIL. **Violência contra a Mulher. LEI Nº 11.340. Brasília, DF, 2006.** Disponível em: <https://tecnoblog.net/360529/como-citar-leis-nas-normas-abnt/>. Acesso em: 10 de set. de 2021.

CAMPBELL, A. M. **An Increasing Risk of Family Violence during the Covid_19 Pandemic:** Strengthening Community Collaborations to Save Lives. Forensic Science International: Reports, 2020. Disponível em: <encurtador.com.br/dnDM4>. Acesso em: 10 de set. 2021.

DO ESPIRITO SANTO, Alléxis Félix Rodrigues; DE SOUZA, Josiene Aparecida. **Aumento Da Violência Doméstica E Familiar Contra As Mulheres Em Tempos De Pandemia. 2021.** Curso de Direito, Faculdade de Direito de Conselheiro LAFAIET – FDCL.

GELLES, Richard (1993), “**Family violence**”, in Robert L. Hampton et al. (eds.), Family Violence Preventing and Treatment, California, Sage Publications, pp.1.24. Apud: Dias, Isbel - Violência doméstica e justiça Sociologia: Revista do Departamento de Sociologia da FLUP, Vol. XX, 2010, pág. 245,262. Disponível em: <encurtador.com.br/gDLPS>. Acesso em 12 de set. 2021.

<https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2021/06/07/1-em-cada-4-mulheres-foi-vitima-de-algum-tipo-de-violencia-na-pandemia-no-brasil-diz-datafolha.ghtml>.

MEIRA, Wanessa Souza. **A pandemia de covid-19 e o isolamento social: aumento de violência doméstica contra a mulher.** 2020. 37 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Curso de Direito, Faculdade Cesmac do Agreste, Arapiraca-AL, 2020.

MELO, Bernardo Dolabella et al. (org). **Saúde mental e atenção psicossocial na pandemia COVID19:** violência doméstica e familiar na COVID19. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2020. Cartilha. 22 p. Disp COVID-19. Pensando fam. vol.24 no.1 Porto Alegre jan./jun. 2020. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1679-494X2020000100002. Acesso em: 12 de set. 2021.

MELO, Bernardo Dolabella et al. (org). **Saúde mental e atenção psicossocial na**



pandemia COVID19: violência doméstica e familiar na COVID19. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2020. Cartilha. 22 p. Disponível em: <encurtador.com.br/aqMPX>. Acesso em 31/08/2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Alterações na Lei Maria da Penha trazem resultado positivo. Consultório Jurídico.** São Paulo, 18 maio 2019. Opinião, p.3.

POMPEO, Carolina. **Por que mulheres vítimas de violência não conseguem denunciar seus agressores?** Gazeta do povo, 2016. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/vidae-cidadania/por-que-mulheres-vitimas-de-violencia-nao-conseguem-denunciar-seus-agressores-aafcqnepzvzcx8zfb9id42fw/>. Acesso em: 12 de set. 2021.

REAL, Amazônia. Nordeste, Age, E. Colabora. Catarinas, P. Jornalismo, P. **Um vírus e duas guerras: mulheres enfrentam em casa a violência doméstica e a pandemia da COVID-19.** Site Pontes. Brasil, 2020. Disponível em: <https://ponte.org/mulheres-enfrentam-em-casa-aviolencia-domestica-e-a-pandemia-da-covid-19/>. Acesso em: 13 set. 2021.

RODRIGUES, Nádia P. O'Dwyer, Gisele. ANDRADE, M.K. de N. FLYNN, M. B. MONTEIRO, D.L. M. Lino, V. T. S. **O aumento da violência doméstica no Brasil, 2007-2014.** Ciência e Saúde Coletiva. Rio de Janeiro, 2017. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S141381232017002902873&lng=en&tlng=en. Acesso em: 09 ago. 2021.

SILVA, Luciane da. Coelho, E.B.S. Caponi, S.N.C. **Violência silenciosa: violência psicológica como condição da violência física doméstica.** Interface – Comunicação, Saúde, Educação. Botucatu, 2007. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-32832007000100009. Acesso em: 09 ago. 2021.

VIEIRA, Bárbara M.; Pinhoni, M.; Matarazzo, R.; **Denúncias de violência contra crianças e adolescentes caem 12% no Brasil durante a pandemia.** G1, São Paulo, 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2020/09/10/denuncias-de-violencia-contra-criancas-e-adolescentes-caem-12percent-no-brasil-durante-a-pandemia.ghtml>. Acesso em: 16 ago. 2021.

VIEIRA, Pâmela Rocha. Garcia, Leila Posenato. Maciel, Ethel Leonor Noia. **Isolamento social e o aumento da violência doméstica: o que isso nos revela?** ARTIGO ESPECIAL. Revista Brasileira de Epidemiologia. 22 abril de 2020. Disponível em: <<https://www.scielo.org/article/rbepid/2020.v23/e200033/>> Acesso em: 30 de novembro de 2020. Disponível em: <encurtador.com.br/aqMPX>. Acesso em: 28 ago. 2021.



VISÃO MODERNA DO INQUÉRITO POLICIAL E SUA IMPORTÂNCIA COMO INSTITUTO PENAL GARANTISTA NO CENÁRIO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Camila Viríssimo Rodrigues da Silva Moreira¹⁴⁹

Danielly Kristine Lopes Abou Rejaili¹⁵⁰

RESUMO: O presente trabalho busca analisar o inquérito policial do ponto de vista da doutrina clássica e moderna, procurando esclarecer quanto a sua importância ou não como instituto penal garantista dentro de um Estado Democrático de Direito. Através de pesquisas bibliográficas, o trabalho buscou demonstrar uma visão mais realista e atualizada da investigação criminal, tendo em vista que o tema é polêmico e possui diferentes visões sobre o objeto em estudo. Por haver uma subvalorização que há tempos é empregada a peça investigativa inferiorizando o seu real valor dentro do sistema processual penal pátrio, novos doutrinadores por meio de um estudo mais aprofundado apresentam características diversas das que vêm sendo apresentadas ao longo do tempo. Entre tais características, discorre sobre a democraticidade e indispensabilidade do inquérito policial, que reconhece todas as garantias e fundamentos da pessoa humana dentro do Estado de Direito, tornando-se muito mais que diligências meramente dispensáveis, de caráter informativo realizadas pela Polícia Judiciária.

PALAVRAS-CHAVE: Inquérito Policial. Polícia Judiciária. Estado Democrático de Direito.

ABSTRACT OU RESUMEN: The present work seeks to analyze the police investigation from the point of view of classical and modern doctrine, seeking to clarify its importance or not as a guaranteeing penal institute within a Democratic State of Law. Through bibliographical research, the work sought to demonstrate a more realistic and updated view of criminal investigation, considering that the topic is controversial and has different views on the object under study. Because there is an undervaluation that the investigative piece has been used for a long time, lowering its real value within the country's criminal procedural system, new scholars, through a further study, have different characteristics from those that have been presented over time. Among these characteristics, it discusses the democraticity and indispensability of the police investigation, which recognizes all the guarantees and fundamentals of the human being within the State of Law, becoming much more than merely dispensable diligences of an informative character carried out by the Judiciary Police.

KEYWORDS OU PALABRAS-CLAVE: Police Inquiry. Judiciary Police. Democratic State Of Law.

INTRODUÇÃO

Considerado como peça vestibular administrativa e dispensável, o Inquérito Policial, ao longo do tempo, foi subvalorizado por boa parte dos doutrinadores que há tempos transmitem um entendimento inferiorizado sobre a sua relevância como parte processual. Nesse sentido, tornou-se necessária a iniciativa de demonstrar

¹⁴⁹ Bacharel em direito, graduada pela Faculdade Nobel, Pós Graduada em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Estadual de Londrina e Mestre da Pós Graduação em Direitos da Personalidade do Centro Universitário de Maringá. Endereço eletrônico: camilavrs@hotmail.com.

¹⁵⁰ Aluna do curso de graduação em Direito da Universidade UNICESUMAR. Endereço eletrônico: danny_ubb@hotmail.com.



características importantes, porém não ressaltadas com tanta veemência, tais como: a democraticidade e indispensabilidade. Ao observar mais atentamente, é possível identificar que garantias e fundamentos da pessoa humana do Estado Democrático de Direito são respeitados no objeto em estudo, estando de acordo com o que determina a Constituição Pátria, o que contraria, na sua totalidade, a natureza inquisitiva, que repetidamente é atribuída à peça investigativa.

Desse modo, a pesquisa tem como objetivo através de buscas e análises bibliográficas, transmitir um conhecimento mais compreensivo, uma visão mais moderna e garantista, realista e menos equivocada da peça investigativa. Esclarece, que a Polícia Judiciária tem como escopo a Democracia e preservação do Estado Democrático de Direito, de modo a realizar o seu essencial trabalho investigativo, exercendo suas funções seguindo os ditames legais, preservando a garantia fundamental e o direito à imparcialidade nas investigações que acabam por redefinindo as características inquisitórias e ressaltando outras, como a democraticidade, visivelmente observada à peça preambular de investigação.

Todavia, há tempos vem sendo conferido ao inquérito Policial, um caráter inquisitivo, devendo se questionar esse assunto na sua totalidade, uma vez que passaremos a notar que direitos e garantias individuais são observados e cumpridos. Muito embora, a doutrina trate o presente objeto de estudo como, tecnicamente peça dispensável, essa particularidade não resiste a um exame mais minucioso. Não é necessário muito esforço para identificar claramente que o inquérito se mostra como um dos procedimentos mais importantes para a persecução penal dentro do Estado Democrático de Direito, tanto na sua alta utilidade para elucidação de crimes que atingem a sociedade como um todo, como na elucidação daqueles agressivos, o que requer do Estado uma atuação mais pontual para a promoção da ação penal e, ocasionalmente, a aplicação de uma pena punitiva de direito.

Destaca-se que a primeira fase da persecução penal é atribuição da Polícia Judiciária, sendo seu responsável a Autoridade Policial, “o primeiro garantidor da legalidade e da justiça”, nas palavras do Ministro Celso de Melo. Seguindo essa concepção, o delegado de polícia deve conduzir as investigações criminais em consonância com suas convicções, aplicando a lei conforme suas diretrizes, preservando pela elucidação dos crimes, bem como respeitando os direitos do investigado, agindo e atuando com consciência e bom senso.



Defende-se a doutrina amplamente difundida, que o inquérito policial é tido como um instrumento investigativo realizado pela Polícia Judiciária, todavia a sua notoriedade vai muito além de um conjunto de diligências que buscam demonstrar indícios de autoria, prova de materialidade e circunstâncias delitivas, em que o tema, por muitas vezes, é abordado com simplificações incompatíveis e sem a devida e pontual importância que faz jus à investigativa policial. Assim, é imperioso reconhecer que o inquérito policial possui o exercício do papel voltado para a democracia, que busca a verdade real com imparcialidade e neutralidade, servindo como barreira às acusações draconianas e ações penais temerárias. Logo, não se pode afastar a necessidade de um olhar constitucional, sem reducionismos antidemocráticos e, principalmente, sem a diminuição de seu real valor para o desfecho do processo penal, objetivo a ser percorrido nesse presente trabalho.

2 BREVE HISTÓRICO DO INQUÉRITO POLICIAL NO BRASIL

O inquérito policial originou-se na Grécia antiga, quando já era possível encontrar uma prática investigativa para levantar o histórico daqueles que tinham o intuito de exercer a magistratura (PICOLIN, 2007).

Em Roma, a sociedade já exercia uma atividade que se aproximava ao inquérito policial, onde versava uma autorização judicial na qual “o acusador recebia do magistrado uma comissão (*legem*), com poderes para o inquérito e com a fixação de um prazo, “*dies inquirendi*”, para proceder às diligências” (ALMEIDA JÚNIOR, 1959, p. 224). Assim, eram concedidos ao acusador uma permissão de se levantar provas e informações que norteariam a decisão judicial.

Contudo, essa prática se fazia de fácil contradição, pois a investigação era realizada pelo acusador ou por familiares daqueles que tinham tido seu direito lesado. Tratando de se tornarem mais justas e democráticas, as investigações criminais ao longo do tempo sofreram mudanças que serviram de base para as Polícias Judiciais ao redor do mundo, adquirindo importantes características que vigoram até os tempos modernos.

No Brasil, inicialmente as atribuições investigativas eram delegadas aos juízes municipais, também chamados de “juízes de paz”, existindo antes mesmo do século XX, onde estes exerciam as funções de polícia judiciária, cumuladas com as funções judiciais. No decorrer dos anos, houve uma separação dessas atribuições, eis que a



função de investigar passou a cargo da autoridade policial, momento em que surge a figura do delegado de polícia na sociedade (ALMEIDA, 2012).

Os procedimentos investigativos da época tinham sua regulamentação pelo Código de Processo Penal de 1832, entretanto, o inquérito policial, nome utilizado atualmente, surge em 1871, através do decreto nº 4.824, regulamentado pela Lei nº 2.033. Apesar de tal nomenclatura ter sido exposta nesse momento, “suas funções, que são de natureza do processo criminal, já existiam de longa data e tornaram-se especializadas com a aplicação efetiva do princípio da separação da polícia e da judicatura” (NUCCI, 2016b, p. 95).

Nota-se que já existia, naquela época, uma preocupação, a peça inaugural investigativa como meio eficiente de resolução dos fatos criminais, onde se realizava todas as diligências necessárias para elucidação dos acontecimentos criminosos, apurando em que circunstâncias, autoria e cúmplices ocorriam o ilícito penal (BRAGA, 2018).

Insta salientar que a busca por meios eficientes que comprovariam a materialidade e autoria de um crime foi algo presente e almejado entre as sociedades, em que as formas de se investigar foram sendo aperfeiçoadas no decorrer do tempo. Percebe-se que, ao longo dos anos, o inquérito policial foi norteado e modernizado para uma efetiva eficiência investigativa, sendo direcionado a profundas e necessárias modificações de maneira síncrona à evolução da sociedade.

Assim, o inquérito policial chega inserido ao meio social para ser um procedimento de natureza instrumental, destinado a esclarecer os fatos criminosos observados na notícia de crime. Perfaz, como função preservadora, servindo de filtro processual e busca pela verdade, sempre resguardando direitos fundamentais. Ainda, como função preparatória (LIMA, 2020), ou seja, quando em uma eventual denúncia, os elementos apurados no inquérito devem ser constituídos de justa causa, que viabilizem a clareza dos fatos, circunstâncias e motivações, do qual serve de subsídios para o prosseguimento ou não da ação penal.

3 CONCEITO DE INQUÉRITO POLICIAL

Apesar da investigação criminal ter sido consolidada quando da Lei 2.033/1871, Decreto 4.824/1871, sua conceituação se apresentava modesta, como: “todas as diligências necessárias para o descobrimento dos fatos criminosos, de suas



circunstâncias e de seus autores e cúmplices”. É possível verificar, que o conceito dado ao inquérito policial na época, não foi fornecido pela atual estrutura legal, tarefa que acabou sendo delegada à doutrina.

Nesse sentido, conforme doutrina majoritária (TAVORA e ALENCAR, 2017), o inquérito policial é um procedimento administrativo inquisitório e preparatório, informativo e dispensável, sendo presidido pelo Delegado de Polícia de carreira. É o conjunto de diligências realizadas pela polícia investigativa, na busca de identificação de provas e coleta de elementos informativos que comprovem a autoria e materialidade do ilícito penal. Tem por objetivo conceder ao titular da ação penal elementos suficientes para promovê-la e viabilizar o seu ingresso em juízo. É procedimento de caráter instrumental, com a finalidade de elucidar os fatos ilícitos descritos na notícia de crime, sendo relevante quanto ao provimento de subsídios para dar a devida sequência ou arquivar a persecução penal (LIMA, 2020). Ainda, Paulo Rangel conceitua o inquérito policial como:

Um conjunto de atos praticados pela função executiva do Estado com o escopo de apurar a autoria e a materialidade (nos crimes que deixam vestígios – *delicta facti permanentis*) de uma infração penal, dando ao Ministério Público elementos necessários que viabilizem o exercício da ação penal. (RANGEL, 2015, p. 71).

Por fim, trata-se de um modelo de investigação preliminar realizado pela polícia judiciária. No Brasil, as Polícias Civil e Federal representam a Polícia Judiciária, nos termos do art. 4º do CPP: “A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e de sua autoria” (Lei, 9.043/95) (BRASIL, 2021), de modo que a polícia judiciária conduza o inquérito policial com autonomia e controle. Todavia, é importante ressaltar que para adoção de medidas que restringem direitos fundamentais; interceptações telefônicas, busca e apreensão, prisão cautelar etc., dependerá da intervenção judicial (FONTES E HOFFMANN, 2020).

3.1 NATUREZA JURÍDICA E FINALIDADE DO INQUÉRITO POLICIAL

A natureza jurídica do inquérito policial está envolta ao ato de inquirir, ou seja, buscar por informações de algo, colher informações acerca de um fato, investigar. O substantivo “apurar”, apuração dos fatos disposto no art. 4º do CPP, no seu sentido



etimológico, deriva do puro e significa aperfeiçoar, conhecer o certo (LOPES JÚNIOR, 2013).

Desse modo, quanto à natureza jurídica, instrui-se a doutrina como procedimento de natureza administrativa, pré-processual. Não se trata de processo judicial, nem de processo administrativo, uma vez que dele não há uma sanção diretamente imposta, não há ainda o exercício de pretensão acusatória, logo, não existe uma estrutura processual dialética, a fim de garantir o contraditório e a ampla defesa.

O inquérito policial não obedece a uma ordem legal rígida para a realização de seus atos, no entanto, o legislador estabelece uma sequência lógica para sua instauração, desenvolvimento e conclusão. Também, conforme sua própria natureza, o inquérito policial deve ser flexível, o que não lhe retira o caráter de procedimento, visto que o procedimento pode seguir tanto um esquema rígido, quanto flexível (LIMA, 2020).

Quanto à finalidade do inquérito policial, essencialmente serve para averiguar e comprovar os fatos apresentados na *notitia criminis* e para sua instauração, basta a mera possibilidade de um fato ser aparentemente punível. Quando há a prática de um determinado delito, entra em ação o Estado com o poder e dever de penalizar o suposto agente do crime. Ao cumprir com o seu papel, o Estado necessita de elementos de informação quanto à autoria e materialidade da infração penal, sendo necessário o mínimo de lastro probatório para que se promova o exercício legal da ação penal, que quando ausentes, viabiliza uma das causas da rejeição da peça acusatória (TÁVORA e ALENCAR, 2017).

Nesse sentido, o inquérito policial se faz necessário e importante para o Estado, pois dele são colhidas informações relevantes e decisivas para que se promova a peça acusatória. Outrossim, contribui para que inocentes não sejam expostos a situações vexatórias e degradantes resultantes de um processo criminal. Serve também como barreira para acusações infundadas e temerárias, além de proporcionar um mecanismo de salvaguarda da sociedade, assegurando a paz e a tranquilidade social (CAPEZ, 2013).

Toda informação colhida na fase pré-processual, são de grande relevância, seja para a convicção do titular da ação penal, viabilizando à acusação, como para decretação de medidas cautelares pessoais, patrimoniais ou probatórias no curso da investigação policial. Ainda, se torna extremamente útil, quando fundamentada em



eventual absolvição sumária.

Feitas tais considerações, a finalidade do inquérito policial vem a ser o de apurar e obter um lastro probatório de materialidade, das circunstâncias e indícios de autoria do fato delituoso. O inquérito auxilia o acusador a formar suas convicções no que tange ao ato de promover ou não a representação criminal. Portanto, o inquérito policial é uma peça investigatória que é preparatória da ação penal, sendo considerada como primeira fase da *persecutio criminis* que se completa com a fase em juízo (FONTES e HOFFMANN, 2020).

3.2 CARACTERÍSTICAS DO INQUÉRITO POLICIAL

A polícia judiciária no exercício do inquérito policial atua em caráter discricionário, uma vez que autoridade policial possui a faculdade de agir ou não, tendo liberdade de atuação, quando o delegado atender ou não a produção de prova requerida pela vítima, nos termos do art. 14 do CPP. O agir do delegado é autoexecutável (MIRABETTI, 2000), pois independe de prévia autorização do Poder Judiciário para a sua concretização. Assim, a característica de discricionariedade está ligada às diligências a serem realizadas no Inquérito Policial.

O inquérito policial é um procedimento escrito, tendo em vista que dele devem ser extraídos todos os elementos necessários para a providência do titular da ação penal. Nos termos do art. 9º do CPP: "todas as peças do inquérito policial serão, num só processado, reduzidas a escrito ou datilografadas e, neste caso, rubricadas pela autoridade" (BRASIL, 1941).

Todavia, com o avanço tecnológico nos meios investigativos, subsidiariamente, vem sendo aplicada a utilização de novos meios tecnológicos, como a gravação audiovisual, expressa nos termos do artigo 405, §1º do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941).

Ainda, presente se faz, a característica de procedimento *sigiloso*, para que a autoridade policial possa realizar as investigações necessárias quanto à elucidação dos acontecimentos sem que tenha embaraços nos esclarecimentos dos fatos ilícitos ocorridos. Para tanto, se faz necessário que o procedimento ocorra de maneira sigilosa para que tudo ocorra com sucesso na seara investigativa e, em benefício do Estado e do cidadão (MIRABETTI, 2000).

Entretanto, o sigilo não se produz quando se trata de Ministério Público, eis que



o Parquet pode acompanhar os atos investigatórios, conforme dispõe art. 15, III, da LOMP (BRASIL, 1993), Lei Orgânica do MP, Lei Complementar 40/81, bem como o Judiciário. Já o advogado, este terá acesso ao inquérito policial, somente quando possuir *legitimatío ad procedimentum*, porém, pode manusear e consultar os autos, findos ou em andamento, conforme assegurado pelo art. 7º, XIII e XIV, do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (BRASIL, 1994).

Diante do art. 5º, LXIII, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), que assegura ao preso a assistência de advogado, nessa hipótese, o defensor poderá consultar os autos do inquérito, bem como tomar medidas que julgue necessário em benefício do indiciado, a qual passará pela análise da autoridade policial, que irá, fundamentadamente, deferir ou não.

O inquérito policial, é caracterizado como dispensável, peça meramente informativa, não sendo obrigatória para a propositura da ação penal. Os elementos de informação podem ser colhidos de outras maneiras, sem que se exija a instauração do inquérito. O Código de Processo Penal, em diversos dispositivos, deixa claro o caráter dispensável do inquérito policial. De acordo com o art. 12 do CPP, “o inquérito policial acompanhará a denúncia ou queixa, sempre que servir de base a uma ou outra” (BRASIL, 1941).

Ainda, o Código de Processo Penal, dispõe de liberdade, dada a qualquer cidadão em provocar a iniciativa do Ministério Público para propor ação penal pública, ou seja, se qualquer pessoa do povo é capaz de motivar o Parquet, não existiria, portanto, a necessidade de se requisitar (LIMA, 2016) a instauração do inquérito policial.

Outra característica entendida pela doutrina majoritária, é quanto ao caráter *inquisitorial*. Por ser de natureza administrativa, não se aplicariam os princípios do contraditório e da ampla defesa ao procedimento do inquérito, pois, ainda que se tenha uma pretensão acusatória, não há o que se falar em partes (DASSAN, 2016).

Entretanto, em 2016, foi publicada a Lei n. 13.245/16, que alterou o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil em seu artigo 7º, inciso XXI, alínea “a”, concedendo o direito de defesa nas investigações preliminares. Assim, tal lei não impõe a obrigatoriedade da presença do advogado na fase do inquérito policial, mas reforça o direito dos advogados quanto ao acesso dos autos de investigação e o acompanhamento das oitivas de seus clientes nessa fase.

Destarte, a referida lei não teve o condão de retirar das investigações



preliminares a sua natureza inquisitiva, na verdade, proporcionou um viés garantista, de modo que o investigado tenha seus direitos fundamentais observados mesmo no curso da investigação policial, dentre os quais, o direito ao silêncio e o de ser assistido por advogado (LIMA, 2016).

O procedimento do inquérito policial também possui característica de procedimento *oficial*, tendo em vista que fica a cargo de órgão oficial do Estado, nos termos do art. 144, § 1º, I, c/c art. 144, § 4º, da Constituição Federal. Outra característica presente no inquérito é a oficiosidade, ou seja, a obrigatoriedade de instauração de inquérito policial resta demonstrada, quando a autoridade policial toma conhecimento de infração penal de ação penal pública incondicionada (AVENA, 2020). Em crimes de ação penal pública condicionada à representação, é de ação penal de iniciativa privada, sendo o inquérito policial condicionado à manifestação da vítima ou de seu representante legal. Assim, caso haja o interesse do ofendido na promoção da ação penal, o delegado de polícia é obrigado a agir de ofício, determinando todas as diligências que se fizerem necessárias à apuração do ilícito penal.

4 OS MODELOS DOS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

Cabe ao Estado o direito de punir todo aquele que descumprir as normas legisladas, com base no respeito às garantias e direitos fundamentais da pessoa humana. Assim, busca-se pelo alcance de um sistema criminal com equilíbrio, que vise a operacionalidade e a eficiência entre a aplicação das garantias dos direitos fundamentais do devido processo legal ao acusado e a persecução penal como garantia à segurança da sociedade. Nesse sentido, passamos a analisar os sistemas processuais existentes: Inquisitivo; Acusatório e Sistema Misto.

O sistema inquisitivo é típico dos sistemas ditatoriais (NUCCI, 2016a), sua principal característica é o fato de que o ato de acusar, defender e julgar se encontram em poder e dever de uma única pessoa, chamado de juiz inquisidor. Assim, as atividades de juiz e acusador se confundem, sendo o acusado considerado como mero objeto do processo, afastando-o da condição de sujeito de direitos. O juiz é livre para atuar e recolher o material probatório que julgar necessário, seja no curso da fase investigativa, bem como durante a instrução processual, tendo como essência do sistema inquisitório, o total descaso pelo contraditório (LOPES, 2013).

Em síntese, percebe-se que o sistema inquisitorial é um sistema rigoroso,
Anais Eletrônico III CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS E NOVOS PARADIGMAS 620
UniFatecie – Centro Universitário Fatecie



sendo incompatível com os direitos e garantias individuais, tendo em vista que viola os mais elementares princípios processuais penais. Não há imparcialidade na figura do julgador, evidenciando uma transgressão não só à Constituição Federal como à própria Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Já o sistema acusatório tem como característica principal, a contraposição das partes, ou seja, há uma distinção absoluta entre as funções de acusar, defender e julgar, não sendo o juiz o gestor por excelência da atuação probatória. Tal regime pode ser dividido em duas fases: a investigativa e a processual, em que os princípios do contraditório, da presunção da inocência, da ampla defesa e da publicidade regem todo o processo (AVENA, 2017).

A imparcialidade do julgador resta assegurada, garantindo ao acusado um tratamento digno em conformidade aos ditames constitucionais, em que este último, deixa de ser um mero objeto e passa para uma posição de parte passiva no processo penal, configurando-se um processo acusatório, porém democratizado. Importante salientar que o modelo acusatório conforme demarca a Constituição, artigo 129, afirma que cabe ao Ministério Público a função de acusar e o ato de julgar deve se manter separado ao longo de todo o processo.

Diante de tais informações, parte da doutrina reconhece pela existência de um sistema misto, que aprecie características do sistema inquisitório e acusatório. Ademais, prevê que o processo penal se divide em duas fases, uma pré-processual e outra processual (TÁVORA e ALENCAR, 2017). A primeira fase sobressai-se de maneira inquisitiva, destituída de publicidade e ampla defesa, sem acusação e contraditório, com caráter investigatório preliminar. Na segunda fase, incide o modelo acusatório, onde há um órgão que acusa, o réu que se defende e o juiz que julga.

Já Lopes Junior, trata do assunto como um “reducionismo histórico do conceito misto” (LOPES JÚNIOR, 2020, p. 60), seguido pelo mesmo entendimento, Coutinho (1994):

Não há – e nem pode haver – um princípio misto, o que, por evidente, desconfigura o dito sistema. Assim, para entendê-lo, faz-se mister observar o fato de que, ser misto significa ser, na essência, inquisitório ou acusatório, recebendo a referida adjetivação por conta dos elementos (todos secundários), que de um sistema são emprestados ao outro. (COUTINHO, 1994, p. 167).

Todavia, com o advento da Lei nº 13.964/2019, compreendeu-se que a Constituição de 1988 fundamenta que o sistema processual penal brasileiro se define



em um processo penal acusatório, firmado no contraditório, na ampla defesa, na imparcialidade julgadora e nas outras demais regras do devido processo penal.

Desse modo, conclui-se pelo afastamento quanto a existência de um sistema misto, refutando a inter-relação entre os sistemas inquisitório e acusatório, não admitindo outro sistema processual penal pátrio, que não seja o acusatório.

5 A IMPORTÂNCIA DO INQUÉRITO POLICIAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Em seu artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal está consagrado o Estado Democrático de Direito, assegurando a concessão de direitos e garantias fundamentais, inerentes às personalidades humanas. O Estado busca pela efetividade das garantias fundamentais, seguindo critérios legais impostos pela Constituição. Por outro lado, a sociedade vive sempre em alerta diante dos altos índices de criminalidade e os órgãos de investigação criminal acabam sendo uma espécie de calmante social. Suas atuações constantes e eficientes geram sensação de segurança, o que funciona como estímulo negativo para a prática de novos delitos penais.

Desse modo, a Polícia Civil com previsão no artigo 144, parágrafo 4º da Constituição Federal, apresenta-se à sociedade como órgão constitucionalmente aprovado, sendo uma das instituições democráticas que deve respeito à cidadania e à dignidade da pessoa humana. O sistema pátrio constitucional, reservou a Polícia Judiciária o papel atuante na investigação criminal, por ser um órgão que está desvinculado de acusar e de defender, atendendo aos interesses da sociedade na elucidação de crimes, porém sem deixar de garantir os direitos mais comuns do investigado. Assim, conforme as palavras de Lopes (2009):

(...) deve assegurar a todos os indivíduos, principalmente àqueles que sejam acusados da prática de uma infração penal, os direitos fundamentais previstos na [Constituição Federal](#), levando-se em conta, sempre, a proteção da dignidade da pessoa humana, princípio fundamental da República Federativa do Brasil, segundo se verifica no art. 1º, inciso III do [texto constitucional](#), e que o poder estatal deve ser limitado. (LOPES, 2009, p. 20).

É por meio do inquérito policial que a polícia judiciária atua ativamente contra o arbítrio estatal, sendo de suma importância, seja para evitar acusações precipitadas e imprudentes, como para garantir os direitos fundamentais do eventual investigado.



De tal modo, os atos do inquérito policial são pautados nos princípios da legalidade, moralidade e utilidade pública, sempre observados dentro de um contexto com viés garantista processual penal, constitucional e democrático (SILVA, 2017). O Delegado de Polícia é a autoridade policial que preside a investigativa criminal, nos termos da Lei 12.830/13 e portando, a ele incumbe a preservação da dignidade e cidadania do investigado, com um olhar atento às dimensões e fundamentos do Estado Democrático de Direito (FONTES e HOFFMANN, 2020).

Nesse sentido, apregoa as palavras do ministro Celso de Mello, “o Delegado de Polícia é o primeiro garantidor da legalidade e da Justiça”, assim, sua visão deve ser ampla na presidência da investigação criminal, com total observância às garantias e direitos individuais do investigado.

Ainda, conforme bem observa Henrique Hoffmann, “a investigação preliminar é o ponto de partida para uma persecução penal bem-sucedida, que atenda ao interesse da sociedade de elucidar crimes sem abrir mão do respeito aos direitos mais mezinhos dos investigados” (CASTRO, 2015). É certo que o inquérito policial deve ser otimizado para uma atividade aprimorada da polícia judiciária, bem como o processo penal deve exercer funcionalidade para garantir a dignidade do investigado dentro da realidade social, evitando acusações infundadas.

A inserção das garantias constitucionais é um compromisso da polícia judiciária desde o início da investigação criminal, sendo o inquérito policial um instrumento garantista realizado por um profissional com grande e sólido conhecimento jurídico, comprovado em concurso público, que submete suas diligências investigativas sob o crivo de controles constitucionais processuais penais, garantindo os direitos fundamentais dos cidadãos investigados (SANNINI NETO, 2020).

Não é para tanto, que se torna necessário certa dose crítica a uma parcela doutrinária, que ainda, equivocadamente, afirma sobre a função do inquérito policial, reduzida a um suporte da acusação para o Ministério Público, para promover elementos informativos e probatórios para a persecução penal. O procedimento investigativo não deve ser somente vislumbrado sobre a ótica de uma preparação processual penal, deve principalmente ser visto como obstáculo contra imputações levianas e temerárias, um mecanismo de salvaguarda da sociedade que assegura a paz e tranquilidade social (LOPES JÚNIOR, 2003).

De posse dessa visão, considera-se que a instrução investigativa não é uma via de mão única, pois mesmo que, de forma tênue, é dado ao investigado o direito



de participação da defesa no curso do inquérito policial, com a postulação do contraditório e da ampla defesa na fase inquisitiva, tema que será tratado no decorrer deste trabalho.

O inquérito policial é vislumbrado pelo constituinte como um instrumento primordial de garantia a correta aplicação da Lei Penal, haja vista que é realizado por ente imparcial e distante da relação processual penal. À luz da Constituição Federal é atribuída a polícia judiciária a função primordial investigativa e garantidora da ordem pública, assim como garantidora dos direitos fundamentais das pessoas. Atua não somente como repressiva estatal, mas também como proteção e garantias constitucionais ao corpo social, que se transmite também ao eventual acusado, uma vez que a autoridade policial tem o dever técnico e jurídico de assegurar um amparo voltado à dignidade e cidadania a todo investigado (GARCEZ, 2020).

Destarte, resta evidenciado que não poderia haver outra maneira de se apurar o delito criminal dentro de um Estado Democrático de Direito, dada a importância que se faz o inquérito policial na vida coletiva e individual do cidadão. Assim, todo trabalho e diligências investigativas realizada pela polícia judiciária, preza pela verdade real dos fatos e, atua de modo imparcial, independente, com serenidade e respeito à dignidade da pessoa humana, mantendo as investigações criminais sempre em concordância e harmonia com os ditames constitucionais, democrático e republicano do país.

5.1 MODERNO CONCEITO DO INQUÉRITO POLICIAL

O sistema de investigação preliminar no Brasil é realizado pela polícia judiciária, tendo o inquérito policial como o principal procedimento investigativo da busca da verdade real na fase pré-processual. Nesse sentido, uma parcela da doutrina mais atualizada (LIMA, 2020), segue premissas constitucionalmente mais aprofundadas, garantindo ao inquérito policial uma visão moderna e com particularidades analisadas seguindo um exame minucioso, diferentemente do que vem se difundindo nos últimos tempos sobre o tema.

É notório que o inquérito policial possui um valor indispensável ao mecanismo persecutório, uma vez que, em sua grande maioria, é por meio dele que se extrai todos os elementos necessários para o deslinde de toda persecução penal. É através das informações colhidas durante a fase pré-processual, que se sacramenta a



responsabilização ou não do agente envolvido em um fato delituoso.

Entretanto, não são raras as vezes em que nos deparamos com a doutrina majoritária e decisões jurisprudenciais fazendo alusão à peça investigativa, com doses de superficialidade e simplificações incompatíveis, não dando o devido mérito que lhe é pertinente. E é num olhar mais atento, com minúcias ao que vem sendo atribuído ao objeto em estudo, que a doutrina moderna incita reflexões, tais como: em pleno Estado Democrático de Direito, há atribuições constitucionais típicas à Polícia Judiciária, contudo, andam sendo pleiteadas por outros órgãos que têm o dever legal de acusar. Diante disso, se discute se é possível a soberania popular e a garantia fundamental de preservação de direitos de imparcialidade ao ser investigado, quando o próprio órgão acusador tem a concessão das atribuições investigativas (CASTRO, 2016b). Outra questão a se observar é quanto ao trabalho exercido pela polícia judiciária em relação ao inquérito policial, que é visto por boa parte doutrinária com um caráter inquisitivo, ainda que, todos os direitos e garantias individuais sejam cumpridos. Contudo, sobre essa ótica, se faz a necessária observância quanto à vantagem que o Estado precisa obter na etapa investigativa, por meio do sigilo inicial das diligências policiais, para que seja realizada de maneira eficiente a colheita de elementos informativos e probatórios (FONTES e HOFFMANN, 2020).

Ocorre que o segredo não se produz em absoluto, uma vez que é dado o direito ao investigado de ter conhecimento dos atos investigativos, quando já concluídos e documentados nos autos, para que se possa promover sua defesa (BRASIL, 1994). É necessário admitir que o contraditório e a ampla defesa, mesmo que de maneira abrandada, são exercidas na fase pré-processual.

Aprofundando a questão contemporânea do objeto em estudo, alguns autores analisam, partindo do ponto de vista da peça investigativa, sobre a ótica da processualização (FONTES e HOFFMANN, 2020), do procedimento administrativo. Ressalta-se, que o termo “processo” foi utilizado pelo legislador em seu sentido amplo (LAURIA TUCCI E CRUZ E TUCCI, 1993), sendo na literalidade do sentido de processo, discutível a utilização do termo “processo administrativo”, tendo em vista que o inquérito é mais do que um conjunto de diligências administrativas.

A doutrina moderna (IBRAHIN e BELIATO, 2021), composta, em sua grande maioria, por delegados de polícia, examina o inquérito policial sob a visão constitucional, bem como sob o aspecto da vivência prática. Desse modo, vislumbra que seja aplicada e garantida à investigação criminal toda a proteção constitucional



de direitos humanos aos investigados em geral. Entretanto, a mesma visão não permeia entre a doutrina clássica, que insiste em atribuir à peça investigativa características que não condizem com a interpretação garantista de uma República Democrática de Direito, expressa na Carta Maior.

A exemplo disso, é o fato de se rotular o inquérito policial como procedimento inquisitivo, que remete ao tempo da inquisição, onde não existia contraditório e ampla defesa, e diversas arbitrariedades sucediam, tais como a tortura, que era admitida para se alcançar as provas do ilícito penal (IBRAHIN e BELIATO, 2021). Assim, tal qualificação vai na contramão de tudo o que não se é admitido na nossa Lei Maior, principalmente contra a visão da doutrina moderna, uma vez que se coisifica o acusado e dá abertura à parcialidade do julgador (IBRAHIN e BELIATO, 2021). Nesse sentido, indo ao oposto, Távora e Alencar (2017) afirmam:

O inquérito é inquisitivo: as atividades persecutórias ficam concentradas nas mãos de uma única autoridade e não há oportunidade para o exercício do contraditório ou da ampla defesa. Na fase pré-processual não existem partes, apenas uma autoridade investigando e o suposto autor da infração normalmente na condição de indiciado. (TÁVORA e ALENCAR, 2017, p. 151).

Já Guilherme Madeira Dezem traz uma rotulação mais abrandada, amenizada, em que alude ao inquérito policial, como um procedimento que tem sofrido atenuações pela legislação, sendo inquisitivo, mas de maneira enfraquecida (IBRAHIN e BELIATO, 2021).

A doutrina mais contemporânea aduz que, embora haja discricionariedade sobre as diligências futuras, bem como sigilo para eficácia das investigações, mitigando o contraditório por consequência, não há o que se etiquetar como inquisitivo a peça investigativa. Tanto o Parquet, quanto o defensor, a seu interesse, podem representar ou requerer diligências, a fim de buscar meios de promover acusação ou absolvição do investigado (IBRAHIN e BELIATO, 2021). Por essa razão, a visão mais moderna sobre o inquérito é a de rotular a peça investigativa como “apuratória”, vez que não há o que se falar em desrespeito às garantias individuais e dignidade da pessoa humana.

Seguindo a visão doutrinária moderna (SANNINI NETO, 2014), o inquérito não só produz elementos informativos como também produz elementos probatórios que incide o contraditório, mesmo que adiado para a fase processual, todavia,



esclarecem o resultado da segunda parte da persecução penal. É indispensável e não dispensável, tendo em vista que apesar de ser possível o oferecimento de denúncia sem a prévia investigação dos fatos, é quase que inexistente a persecução penal, sem que tenha antecedido a investigação policial. Ademais, quando se trata de ação penal pública incondicionada, que representa a grande maioria das ações, a instauração do inquérito policial se torna obrigatória, servindo de base para a peça acusatória, sendo a dispensabilidade exceção à regra, razão pelo qual não se deve atribuir tal característica ao objeto em estudo (FONTES e HOFFMANN, 2020).

Em síntese, a visão contemporânea que aos poucos vem se difundida com a nova doutrina é contrapor a toda ideia arcaica e não compactuada com a visão de democraticidade inserida e respeitada pela investigação policial. É refutar todo e qualquer reducionismo antidemocrático que vende a ideia de irrelevância para o desfecho do processo penal, quando na verdade é a partir do inquérito policial que está lançada toda a sorte da fase processual (CASTRO, 2015).

6 CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA NO INQUÉRITO POLICIAL

No art. 5º, LV da Constituição Federal, encontram-se o princípio do contraditório e da ampla defesa, que garantem às partes o acesso ao ato persecutório, bem como a possibilidade de se contrapor aos atos desfavoráveis, manifestando sua autodefesa. Infelizmente, são comuns doses de superficialidade quando se trata dessa temática no âmbito do inquérito policial, como se esse não alcançasse as garantias e direitos fundamentais do investigando e até mesmo não proporcionasse grandes repercussões na persecução penal. Porém, isto ocorre devido ao etiquetamento de procedibilidade inquisitorial do qual o objeto em estudo é rotulado pela literatura jurídica, uma vez que a sigiliosidade se torna necessária para colher as provas a fim de se comprovar indícios de materialidade e autoria, imprescindíveis à persecução penal. Todavia, verdade é que não há o afastamento total de qualquer dimensão de contraditório e ampla defesa na investigação, uma vez que os direitos fundamentais previstos na constituição pátria, também vinculam o inquérito policial dentro do Estado de Direito (MACHADO, 2018).

Seguindo essa linha de raciocínio, é possível perceber que o investigado poderá ter seus bens jurídicos mais relevantes, como sua liberdade, por exemplo, restringidos, baseando-se na investigativa policial, razão pela qual seria lógico deduzir



que o sucesso ou fracasso do processo penal, é consequência de um inquérito policial bem realizado e estruturado, ou não. Assim, mesmo de maneira tênue é possível perceber que na fase pré-processual, há a aplicabilidade do contraditório e ampla defesa na peça investigativa (CASTRO, 2016a), vejamos.

A fim de garantir uma maior efetividade para a investigação criminal sem que o sujeito tenha seus direitos tolhidos, houve por parte da jurisprudência e legislação a busca pela preservação dos direitos do investigado sem embaraçar e prejudicar a investigativa policial. Segundo a súmula vinculante 14 do Supremo Tribunal Federal, é direito do defensor ter acesso aos elementos de prova já documentados nos autos. O artigo 7º, XIV, da Lei 8.906/94, também assegura ao defensor do investigado a prerrogativa do acesso de conteúdo informativo já documentados no procedimento investigatório. Nesse sentido, percebe-se que não se pode negar a atuação da defesa na fase pré-processual, ainda que não se tenha o contraditório em sua total plenitude.

Ressalta-se que a ampla defesa é inicialmente exercida quando o investigado no interrogatório policial faz a própria defesa, dando sua versão dos fatos e apontando provas a seu favor, de modo positivo, ou se valendo do seu direito ao silêncio, quando negativo. No próprio texto Constitucional, art. 5º, LV, diz “(...) e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”, razão pela qual se torna inegável a abrangência da proteção constitucional dada ao sujeito passivo na investigação preliminar (LOPES JÚNIOR, 2013).

Expressa Lopes Júnior sobre o texto constitucional:

A postura do legislador constitucional no art. 5º, LV, foi claramente garantidora, e a confusão terminológica (falar em processo administrativo quando deveria falar procedimento) não pode servir de obstáculo para sua aplicação no inquérito policial. Tampouco pode ser alegado que o fato de a Constituição mencionar acusado e não indiciados é um impedimento para sua aplicação na investigação preliminar. Sucede que a expressão empregada não foi só acusados, mas sim acusados em geral, devendo nela ser compreendida também o indiciamento, pois não deixa de ser uma imputação em sentido amplo (LOPES JÚNIOR, 2005, p. 240).

Nesse sentido, importa dizer que o contraditório referido na fase pré-processual tem embasamento no direito à informação, isto porque, não há contraditório em sua plenitude, pois não há ainda, a estrutura dialética do qual se constitui o processo. Entretanto, há uma interligação direta com a ampla defesa, uma vez que é do contraditório, no primeiro momento da informação que nasce a ampla defesa, e desta que se tem um poder relativo de ação que garante o contraditório, que por sua vez



também é garantida a própria manifestação de defesa (GRINOVER, FERNANDES, GOMES FILHO, 1992). Em sentido semelhante se manifesta SAAD:

(...) é de se reconhecer que já há acusação, em sentido amplo, entendida como afirmação ou atribuição de ato ou fato à pessoa autora, coautora ou partícipe, em diversos atos do inquérito policial, como na prisão em flagrante delito; na nota de culpa; no boletim de ocorrência de autoria conhecida (...). Desta forma, o exercício do direito de defesa, eficaz e tempestivo, deve se iniciar no inquérito policial, permitindo-se então a defesa integral, contínua e unitária. (SAAD, 2020, p. 190-191).

Contudo, algumas doutrinas aduzem pela inaplicabilidade do art. 5º LV, da Constituição Brasileira ao inquérito policial, em razão de não ter sido ainda oferecida a denúncia ou queixa, não existindo, portanto, “acusados”. No entanto, ao ser imputado um fato a determinado indivíduo, eis que naturalmente surge uma resistência em sentido jurídico processual, capaz de autorizar o direito de defesa do qual se enquadraria “aos acusados em geral” abrangidos na expressão do texto constitucional, anteriormente citado LOPES JÚNIOR, 2013, p. 340).

E é por considerar que toda investigação deve ser amparada e desenvolvida segundo a luz da Constituição Pátria, que uma parcela doutrinária mais recente, prefere enxergar o inquérito policial como apuratório e não inquisitório, uma vez que cada vez mais é possível identificar os princípios do contraditório e ampla defesa na investigação criminal.

Não é para tanto que a Lei 13.245/16 alterou dispositivos da Lei 8.906/94 (EOAB), dando maiores prerrogativas ao defensor durante toda e qualquer investigação, como expressa o seguinte entendimento de Henrique Hoffmann:

(...) considerada que a instrução preliminar não caracteriza via de mão única, medida que se impõe é a ampliação da participação da defesa no curso do inquérito policial. O defensor deve ter a oportunidade de se manifestar nos autos do procedimento policial, ainda que após a conclusão das diligências, tendo em conta que não se pode admitir interferências nas atividades policiais em curso (segredo interno), sob pena de total ineficácia do aparelho persecutório à disposição do Estado-Investigação. Destarte, nada impede a incidência dos postulados do contraditório e da ampla defesa na fase inquisitiva, mesmo que de forma mais tênue do que no processo penal, de maneira a evitar o estabelecimento de utilitarismo exacerbado que acentue o fosso que separa acusação e defesa (CASTRO, 2015, s/p)

Por fim, há o entendimento pelo afastamento do pensamento retrógrado de que não incidem direitos e garantias aos investigados durante a fase pré-processual, uma vez que a própria lei acima citada, democratizou ainda mais a investigação criminal,



tornando mais transparentes os atos decorrentes nesta fase e promovendo um avanço constitucional à investigativa policial. Assim, permeia o enfoque no reforço das investigações criminais caminhar em sintonia com um país democrático de direito, prevalecendo a figura do Delegado de Polícia como a primeira autoridade estatal que visa resguardar os direitos fundamentais da sociedade como um todo, incluindo vítimas e investigados.

CONCLUSÃO

Conclui-se, ao término da pesquisa, que o objeto em estudo possui grande complexidade e abrangência no sistema pátrio processual penal, sendo conceituado e classificado por diversos doutrinadores e constituindo matéria controversa e polêmica.

Ao longo do tempo a peça investigativa foi subvalorizada perante a doutrina clássica, inferiorizando-a dentro do contexto processual penal. De outra banda, a doutrina mais moderna, inconformada com a contrariedade que vem sendo atribuída à peça investigativa, passou a abordar o tema de forma mais detalhada, rebatendo características que são desprezadas ou até mesmo não reconhecidas pela literatura mais antiga.

Sustentam que não há mais como se admitir que o inquérito policial seja visto e difundido como uma mera peça informativa, expressão pela qual, segundo a doutrina moderna, deveria ser excluída dos livros doutrinários. Com razoável exatidão, verifica ser inconveniente fazer referência à peça investigativa como dispensável, uma vez que se fizer uma busca junto a qualquer comarca do extenso território brasileiro, será encontrada quase na sua totalidade que a denúncia oferecida pelo titular da ação penal, será precedida de investigação criminal, restando demonstrada sua significativa importância dentro do sistema processual penal.

Conforme pesquisas sobre a nova visão doutrinária, verifica-se ser insustentável denominar o inquérito policial como peça inquisitiva, onde o Estado atua na esfera de repressão ao crime, ao ponto de impor a figura do investigado como simples objeto de um procedimento administrativo, pois é por meio da investigação que a polícia judiciária atua contra todo e qualquer arbítrio estatal, sendo o inquérito policial um instrumento garantista que segue os ditames da lei e respeita os direitos fundamentais dos indivíduos.

Com o aprofundamento da abordagem ao tema, é notória a importância do

Anais Eletrônico III CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS E NOVOS PARADIGMAS 630
UniFatecie – Centro Universitário Fatecie



inquérito policial quando se passa a analisar sua relevância dentro de uma visão menos reducionista e no contexto de Estado Democrático de Direito, visto que é a partir dele que se tem a porta de entrada para uma ação penal futura que restará em uma absolvição ou condenação em juízo. Nesse sentido, o próprio STF já reconheceu a sua função preservadora de direitos e garantias constitucionais, dando ao investigado o tratamento de sujeito de direitos e não mero objeto investigativo.

Perante a doutrina moderna, o inquérito policial é visto como processo apuratório, processo este que apura a conduta criminal conciliando com o sigilo relativo e necessário que se precisa, mas com a devida preservação da imparcialidade da polícia judiciária e respeito à dignidade da pessoa humana, servindo de filtro contra acusações temerárias e infundadas.

Ainda, consagra-se como a busca da verdade real dos fatos, tendo o delegado de polícia, na condição de primeiro garantidor da legalidade e da justiça e de direitos fundamentais. Nesse sentido, tal autoridade não pode adotar uma visão unilateral dos fatos, impondo uma postura de tratamento isonômico na tomada de decisões, bem como não deve atuar como mero chancelador de capturas em flagrante, devendo prezar pela realização do controle de legalidade sobre os fatos que lhe são apresentados, sob a ótica dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Assim, é possível considerar que o inquérito policial vem sendo amparado e desenvolvido dentro dos ditames da Constituição Pátria, em que os princípios do contraditório e ampla defesa são observados, mesmo que de maneira mais tênue do que na fase processual. Apesar de todos os aspectos controversos, aquele vem sobrevivendo ao longo do tempo, promovendo a proteção dos direitos fundamentais das vítimas e investigados, bem como servindo de informação probatória que subsidiam a ação penal.

Deixa de ser uma peça meramente dispensável, de caráter informativo, tornando-se peça essencial dentro da atividade judicante, uma vez que é conduzida por delegados de polícia, entes desprovidos de parcialidade que atuam sob apreciação da legalidade e constitucionalidade. Nessa seara, tem-se que o inquérito policial não se encontra em segundo plano dentro da persecução penal, pois seu protagonismo e atuação da autoridade policial é fundamental para construção solidificada de um Estado Democrático de Direito regulado na lei e na preservação das competências e atribuições que o ordenamento pátrio constituiu.

Por fim, a nova visão de democraticidade visa afastar o rótulo arcaico,

Anais Eletrônico III CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS E NOVOS PARADIGMAS 631
UniFatecie – Centro Universitário Fatecie



insistentemente atribuído ao inquérito policial, refutando toda e qualquer ideia antidemocrática que o posiciona literalmente como procedimento irrelevante dentro da persecução penal, já que é a partir dele que o acusado terá toda sua sorte lançada na fase processual.

No mais, chego ao fim do presente trabalho, manifestando minha grande admiração e respeito pelo trabalho da Polícia Judiciária. Trabalho este, que com muito orgulho tenho minha filha Tauany Abou Rejaili, delegada de polícia, exercendo sua função constitucional com muita maestria, primando sempre por um inquérito policial “bem feito” e pela legalidade e ordem dentro do Estado Democrático de Direito na busca incansável pela efetivação da justiça.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. **O Processo Criminal Brasileiro**. 4ª ed., Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1959, vol. 1.

ALMEIDA, Marcelo Mazella de. Histórico do inquérito policial no Brasil. **Conteúdo Jurídico**, 2012. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/29247/historico-do-inquerito-policial-no-brasil>>. Acesso em: 08 de abril de 2021.

AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 9ª ed. São Paulo: Editora Método, 2017.

AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 12ª ed. São Paulo: Editora Método, 2020

BRAGA, Diego Campos Salgado. Breve histórico das origens da investigação criminal. **Jus.com.br**, 2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/71882/breve-historico-das-origens-da-investigacao-criminal>>. Acesso em: 08 de abril de 2021.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de. Missão da Polícia judiciária é buscar a verdade e garantir os direitos fundamentais. **Consultor Jurídico**, 2015. 14 de jul. de 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jul-14/academia-policia-missao-policia-judiciaria-buscar-verdade-garantir-direitos-fundamentais#_ftn13>. Acesso em: 31 de mai. de 2021.

CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de. Há sim contraditório e ampla defesa no inquérito policial. **Consultor Jurídico**, 2016a. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-nov-01/academia-policia-sim-contraditorio-ampla-defesa-inquerito-policial>>. Acesso em: 12 de ago. de 2021.

CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de. “Mera informatividade” do inquérito policial é um mito. **Consultor Jurídico**, 2016b. Disponível em: <



<https://www.conjur.com.br/2016-nov-29/academia-policia-mera-informatividade-inquerito-policial-mito> >. Acesso em: 12 de ago. de 2021.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O papel do novo juiz no processo penal.** Direito Alternativo. *In*: Seminário Nacional sobre o uso alternativo do direito. Rio de Janeiro: ADV, 1994.

DASSAN, Moira Caroline. O inquérito policial e suas peculiaridades. **Artigos Jus Brasil**, 2016. Disponível em <https://moiradassan1.jusbrasil.com.br/artigos/458963956/o-inquerito-policial-e-suas-peculiaridades>: >. Acesso em: 17 de abr. de 2021.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de Processo Penal**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016.

FONTES, Eduardo; HOFFMANN, Henrique. **Temas Avançados de Polícia Judiciária**. 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2020.

GIACOMOLLI, José. **O devido processo penal: abordagem conforme a CF e o Pacto de São José da Costa Rica**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2016. 90 p.

LAURIA TUCCI, Rogério; CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Devido processo legal e tutela jurisdicional**. São Paulo, RT, 1993.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 4ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 8ª ed..Salvador: JusPODIVM, 2020.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

LOPES, Fábio Motta. **Os direitos de informação e de defesa na investigação criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, 20 p.

MACHADO, Leonardo Marcondes. O inquérito policial goza de contraditório (mitigado) e defesa (limitada). **Consultor Jurídico**, 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-set-04/academia-policia-inquerito-policial-goza-contraditorio-mitigado-defesa-limitada#_ftn3> Acesso em: 12 de ago. de 2021.

MIRABETTI, Júlio Fabrini. **Processo Penal**. 10ª. ed., São Paulo. Atlas, 2000.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 15ª. ed. Rio de Janeiro. Forense, 2016a.



NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 13ª. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016b.

GARCEZ, William. A importância do inquérito policial diante das diretrizes principiológicas do Estado Democrático de Direito. **Meu Site Jurídico**, 2020.

Disponível em:<

<https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2020/05/22/importancia-inquerito-policial-diante-das-diretrizes-principiologicas-estado-democratico-de-direito/>> Acesso

em: 22 maio 2021.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarange; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As Nulidades no Processo Penal**, 2ª ed. São Paulo: RT, 1992.

PICOLIN, Gustavo Rodrigo. O surgimento do inquérito policial. **Jurisway**, 2007.

Disponível em: <https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=156. Acesso em: 08 de abr. de 2021.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 23º ed. São Paulo: Atlas S.A, 2015.

SAAD, Marta. *Defesa no Inquérito Policial*. In: PEREIRA, Eliomar da Silva; ANSELMO, Márcio Adriano (Org.). **Direito Processual de Polícia Judiciária I: o procedimento de inquérito policial**. Belo Horizonte: Fórum, 2020

SANNINI NETO, Francisco. **A importância do inquérito policial para um Estado Democrático de Direito**. Jusbrasil, 2009. Disponível em

< <https://jus.com.br/artigos/12998/a-importancia-do-inquerito-policial-para-um-estado-democratico-de-direito>> Acesso em 22 de maio de 2021.

SANNINI NETO, Francisco. **Rótulos conferidos ao inquérito policial precisam ser revistos**. Jusbrasil, 2020. Disponível em

<<https://jus.com.br/artigos/83922/rotulos-conferidos-ao-inquerito-policial-precisam-ser-revistos>> Acesso em: 30 de maio de 2021.

SILVA, Carlos Henrique Jardim da. **Princípios orientadores da segurança pública e limitadores da atividade policial, à luz da Constituição Federal e das modernas tendências legislativas**. Escola Superior da Magistratura do Amazonas, 2019. Disponível em: <<https://www.tjam.jus.br/index.php/esmam-artigos/4440-artigo-do-magistrado-carlos-henrique-jardim-da-silva/file>>. Acesso em:

06 de maio de 2021.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 12ª ed. Inprenta: Salvador, JusPODIVM, 2017.