



MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA DA FACULDADE EVANGÉLICA DE RUBIATABA



Portal de Anais Eletrônicos
UniEVANGÉLICA

Evento: XIV MOSTRA CIENTÍFICA DA FACULDADE EVANGÉLICA DE RUBIATABA

Temática: Justiça, Gênero, Direitos Humanos e Gestão Contemporânea

SUMÁRIO

1 – AS NARRATIVAS ORAIS FORENSES E SUAS CONTRIBUIÇÕES AO CAMPO CIENTÍFICO

Autor: Isac Ferreira

2 – A POSSIBILIDADE DA COEXISTÊNCIA DAS PATERNIDADES SOCIOAFETIVA E BIOLÓGICA NO DIREITO CÍVEL BRASILEIRO

Autores: Thayná de Souza Santos e
Gláucio Batista da Silveira

3 - A (IN) CONSTITUCIONALIDADE NA VEDAÇÃO A ESCOLHA DE REGIME DE BENS PARA MAIORES DE 70 ANOS

Autores: Patrícia Cassia Lima e
Gláucio Batista da Silveira

4 – A AUDIÊNCIA PRELIMINAR DE CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO PREVISTA PELO ARTIGO 334 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO E A (IN) APLICABILIDADE NAS AÇÕES DE ALIMENTOS NOS ANOS DE 2016 A 2017 NA COMARCA DE CRIXÁS A LUZ DO CPC/2015

Autores: Alessandra dos Santos Oliveira
Priscila Karoline Oliveira Fortunato
Mikhaelly Mendes de Oliveira

5 - IMPACTOS DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO TERCEIRIZADO NO DIREITO TRABALHISTA BRASILEIRO

Autores: Rubens dos Santos Júnior e
Leidiane de Moraes e Silva Mariano

6 - A REVENGE PORN (VINGANÇA PORNOGRÁFICA) E A PROTEÇÃO A MULHER COM O DO PROJETO DE LEI DA CÂMARA (PLC) 18/2017

Autores: Bárbara de Castro Teixeira e
Rogério Gonçalves Lima

7 - SERIAL KILLER COM O DIREITO PENAL BRASILEIRO E O DIREITO PENAL INTERNACIONAL

Autores: Genisson Costa Silva Carvalho, Alexandre Divino Roberto Rodrigues, Tálita Carmo Ribeiro e Rogério Gonçalves Lima

8 - UMA ANÁLISE SOBRE O PROCESSO DE ENSINO-APRENDIZAGEM UTILIZADO NA EDUCAÇÃO DE JOVENS E ADULTOS NA UNIDADE PRISIONAL DE JARAGUÁ

Autores: João Vitor Rodrigues Gonçalves e
Thalita Lopes Trindade

9 - A SUPERPOPULAÇÃO NAS PENITENCIÁRIAS E A REVOLTA CAUSADA NOS PRESIDÁRIOS

Autores: Lorena Andrade Maia, Nayron Carlos da Silva Souza, Jordana Alves Tameirão e Rogério Gonçalves Lima

10 - A IMPUTABILIDADE PENAL DO PSICOPATA A LUZ DO DIREITO PENAL BRASILEIRO E O PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

Autores: Geovana Maria Martins Dias e
Rogério Gonçalves Lima

11 - DA MITIGAÇÃO DA PRISAO DOS AVOS QUANDO DO INADIMPLEMENTO DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR AVOENGA

Autores: Arielc Carla de Lima e
Gláucio Batista da Silveira

12 - A INDENIZAÇÃO POR ABANDONO AFETIVO NAS RELAÇÕES ENTRE PAIS E FILHOS

Autores: Luna Gabriella dos Santos e
Rogério Gonçalves Lima

13 PRINCÍPIOS DO DIREITO EMPRESARIAL E ADMINISTRATIVO

Autores: Alessandra Teodoro de Matos, Juliana Soares Castor, Katiane Cristina Borges, Magna Soares Teodoro e Silvane Antônio de Oliveira Sertão

LEIDIANE DE MORAIS E SILVA MARIANO
Coordenação Editorial
Coordenadora de Pesquisa e Iniciação Científica do Curso de Direito
2021.1

AS NARRATIVAS ORAIS FORENSES E SUAS CONTRIBUIÇÕES AO CAMPO CIENTÍFICO

Isac Ferreira
E-mail: isac_fer@hotmail.com
Faculdade Evangélica de Rubiataba – FER

RESUMO: A história oral acrescenta a dimensão viva e traz uma abordagem variada de recursos a serem utilizados pelo pesquisador a contribuir com novas perspectivas a historiografia. O livro “História Oral: memória, tempo, identidades”, de Lucilia de Almeida Neves Delgado (2010), trata-se de uma metodologia a ser utilizada na construção do estudo – História Oral – e traz consigo conceitos que elucidarão na realização da pesquisa – memória e identidade. Sendo assim, o objetivo deste artigo é contribuir com procedimentos orais, no campo forense e, suas transcrições para a elaboração de acervos científicos.

PALAVRAS-CHAVE: temporalidade, história oral e fonte.

1 A MEMÓRIA E A ORALIDADE

Para Delgado (2010) a memória é uma construção sobre o passado que é permitida, atualizada e renovada no tempo presente. Contudo, os fatos históricos são imutáveis, porém os historiadores e as testemunhas da história constroem análises e narrativas influenciadas pelo tempo no qual estão submetidas.

Lozano (1998), assevera à história oral como um espaço de contato e influência interdisciplinares. Apresenta-se com métodos e técnicas precisas. Lida com o âmbito subjetivo do ser humano. Compartilha com o método histórico: problemática, procedimentos heurísticos realiza crítica interna e externa da fonte e faz uma análise interpretativa das evidências; e é um campo multidisciplinar a receber contribuições específicas da linguística, folclore, semiótica e psicanálise. Apresenta as seguintes facetas: técnica – sem pretensões científicas ou acadêmicas; subdivisões: arquivista documentalista: cria e organiza documentos para a utilização possível e futura; Difusor populista: constroem amplos acervos, mas, não tentam avançar na produção de conhecimentos; Metódica: conceitua e reflete teoricamente as entrevistas; subdivisões: estilo reducionista: a evidência oral é utilizada como apêndice ou complemento. É a mais utilizada põe na boca dos outros os nossos pensamentos; analista completo: não se limita a uma única técnica ou um método, mas, as complementam e as tornam mais complexas.

Partindo do artigo de Michael Pollak – Memória, Esquecimento, Silêncio – publicado na revista “Estudos Históricos, Rio de Janeiro, vol. 2, nº 3, 1989, p. 3-15”, em que o autor toma como ponto de partida o conceito de Memória Coletiva de Halbwachs (2006),

acentuando as funções positivas desempenhadas pela memória comum, como reforço a coesão social pela adesão afetiva do grupo, ao qual ela chama de “comunidade afetiva”. Para Halbwachs, “a nação é a forma mais acabada de um grupo e a memória nacional a forma mais completa de uma memória coletiva”. Tanto a seletividade de toda a memória, quanto um processo de “negociação” para conciliar a memória coletiva e individual, ou seja, para que a nossa memória se beneficie da dos outros, é necessário não só o testemunho dessa memória, como a concordância desta com as nossas memórias já consolidadas. É necessário que haja “pontos de contato entre ela e as outras, para que as lembranças que os outros nos trazem possa ser reconstruída sobre uma base comum”.

De acordo com Marques (2007) o depoimento, todavia, não é um mero relato de fatos, mas, uma expressão de subjetividade. Acreditar que o testemunho seja experiência factual objetiva e a interpretação esteja reservada ao historiador é uma utopia fundada em preconceitos de caráter classista.

De acordo com o Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil (CPDOC¹),

“a história oral é uma metodologia de pesquisa que consiste em realizar entrevistas gravadas com pessoas que podem testemunhar sobre acontecimentos, conjunturas, instituições, modos de vida ou outros aspectos da história contemporânea. Começou a ser utilizada nos anos 1950, após a invenção do gravador, nos Estados Unidos, na Europa e no México, e desde então difundiu-se bastante. Ganhou também cada vez mais adeptos, ampliando-se o intercâmbio entre os que a praticam: historiadores, antropólogos, cientistas políticos, sociólogos, pedagogos, teóricos da literatura, psicólogos e outros”, <http://cpdoc.fgv.br/acervo/historiaoral>_acessado: 08/09/2013.

No livro *O Campo da História – Especialidades e Abordagens*, de José D’Assunção Barros (2004), o autor salienta a imprecisão do oral não nos deve enganar; também existem espaços dissimulados que se escondem na documentação escrita, contornando silêncios e falseamentos, relevando segredos que o próprio autor do texto não pretendia revelar.

Delgado (2010) dividiu o livro em duas partes que trazem artigos sobre a história oral e a utilização da memória como ferramenta em construção de acordo com o período histórico em que as entrevistas orais ocorreram. Na primeira divisão, há textos teóricos e

¹ No Brasil, a metodologia foi introduzida na década de 1970, quando foi criado o Programa de História Oral do CPDOC. A partir dos anos 1990, o movimento em torno da história oral cresceu muito. Em 1994, foi criada a Associação Brasileira de História Oral, que congrega membros de todas as regiões do país, reúne-se periodicamente em encontros regionais e nacionais, e edita uma revista e um boletim. Dois anos depois, em 1996, foi criada a Associação Internacional de História Oral, que realiza congressos bianuais e também edita uma revista e um boletim. No mundo inteiro é intensa a publicação de livros, revistas especializadas e artigos sobre história oral. Há inúmeros programas e pesquisas que utilizam os relatos pessoais sobre o passado para o estudo dos mais variados temas.

metodológicos reunidos com o título: “História Oral, memórias, identidades”, que consistem em reflexões teóricas sobre relatos, temporalidades, dinâmicas constitutivas das identidades de caráter mais pragmático referente a procedimentos de pesquisa que utilizam os recursos da história oral. A autora faz uso de citações de Pollak (1989), Thompson (1992) e Marilena Chauí (2002) para se referir ao conceito de memória. Na segunda parte, intitulada “Tempos Vividos e Memória Histórica” apresenta reprodução de narrativas e relatos de pessoas entrevistadas a enfatizar o ideal de solidariedade como suporte a identidade partidária a partir da década de 1960 e o paralelo existente entre memória e literatura a tomar como referência as obras de Jorge Luís Borges e Pedro Nava. Recorre a Marc Bloch (2001) para discorrer de acordo como o conceito de tempo na História.

De acordo com Delgado (2010) a história oral é um método que faz uso da construção de fontes, registros, testemunhos, versões e interpretações sobre a História em suas múltiplas facetas sejam factuais, temporais, espaciais, conflituosas e consensuais. São registros de depoimentos pertinentes a história vivida e envolve três elementos essenciais: o entrevistador, o entrevistado e a aparelhagem de gravação. É um campo interdisciplinar para estimular a memória a constituir a fonte histórica produzida.

Destarte, a história oral traz consigo a época enfocada pelo depoimento, o tempo passado, e o período no qual o depoimento foi produzido, o tempo presente. Portanto, é uma produção especializada de documentos e fontes, com interferência do historiador e se cruzam intersubjetividades. A memória mostra-se com um poder infinito onde várias dimensões conversam em um mesmo tom – temporais, topográficas, individuais e coletivas. História, tempo e memória, seja individual ou coletiva, são processos interligados. A memória consolida diferentes experiências ao longo de temporalidades diversas.

Para Thompson (1992) a história oral apresenta inúmeras potencialidades metodológicas e cognitivas, dentre elas destacam-se: novos campos e temas para a pesquisa; novas hipóteses e versões; memórias individuais e coletivas sob diferentes óticas e versões; informações sobre acontecimentos e processos que não se encontram registrados em outros tipos de documentação e etc.

Delgado (2010) aponta alguns desafios da história oral como à aplicabilidade do método somente às épocas contemporâneas, predomínio da subjetividade, possível influência, mesmo involuntária, do transcritor da entrevista no conteúdo do documento escrito, dificuldade de se registrar expressões de rosto e emoções no documento escrito decorrente da entrevista e etc.

Com base nos relatos teóricos de Degaldo (2010), os livros e artigos referem-se aos procedimentos relativos a história oral apontam três tipologias de entrevista orais. A primeira, história de vida – reconstrução da trajetória de sujeitos históricos – constitui-se de depoimentos aprofundados e orientados por roteiros abertos, semiestruturados ou estruturados. A segunda, entrevistas temáticas, demonstram experiências ou processos específicos vividos ou testemunhados pelos entrevistados. A última, trajetória de vida, são depoimentos de história de vida sucintos e menos detalhados.

Para Pollak (1989) em entrevistas realizadas com indivíduos com história de vida de longa duração, a despeito de variações importantes, encontra-se um “fio condutor” em cada história. Por isso elas devem ser consideradas como instrumentos de identidade, e não apenas como relatos factuais. Assim, “a história de vida ordena acontecimentos que balizam uma existência”. Além disso, ao contar uma história de vida, tenta-se estabelecer uma coerência através de laços lógicos entre acontecimentos-chaves (que se apresentam de uma forma mais sólida) e uma continuidade, resultante da ordenação cronológica. A partir desse trabalho de reconstrução de si mesmo, o indivíduo pode definir seu lugar e suas relações sociais através de um processo de gestão de um equilíbrio precário, com contradições e tensões.

Para Pollak (1989), o problema da memória subterrânea é o da sua transmissão intacta até o dia em que ela possa aproveitar uma ocasião para invadir o espaço público e passar de algo “não dito” para uma reivindicação, enquanto que o problema de toda memória oficial é o da sua credibilidade, aceitação e organização. Sendo assim, para que possa existir uma memória nacional é necessário um discurso político com um fundo comum de referências organizadas e não uma “montagem” ideológica. O trabalho de enquadramento da memória se alimenta do material fornecido pela história. Esse material pode ainda ser combinado e interpretado por diversas referências associadas e guiadas pela preocupação em manter as fronteiras sociais e de modificá-las. Esse trabalho reinterpreta o passado em função dos combates do presente e do futuro.

Degaldo (2010) e Janotti/Rosa (1993) asseveram que o historiador é o encarregado de comandar o processo de conhecimento, ao selecionar depoentes, recortar temas, reescrever falas e construir interpretações ligadas à temporalidade vigente. Ambos os autores citaram etapas e procedimentos necessários à preparação das entrevistas de história oral a orientar o desenvolvimento do projeto de pesquisa. A elaboração de um roteiro é indispensável e o mesmo deverá ser flexível e adequado a linguagem e ao vocabulário do entrevistado.

No segundo artigo “História oral, narrativas, tempo, identidades” Degaldo (2010) salientará aspectos do tempo e da memória como auxiliares de dados históricos. O tempo,

apesar de aparentemente abstrato, é uma vivência concreta e se apresenta como categoria primordial da história, a trazer a marca da historicidade do olhar do homem.

Aos historiadores, para Degaldo (2010), estes têm que serem cuidadosos ao lidarem com o tempo, pois realizam-se um amálgama peculiar caracterizado pelo encontro de singularidades e semelhanças temporais a cada experiência concreta da vida humana, também define a vivência da pluralidade a conferir a história originalidade e substância.

A História, como campo de conhecimento, manifesta-se através do fazer coletivo e incorpora-se a fatores individuais a reconstruir o passado ao tecer sua representação no presente. Desta forma, a História parte do único, específico para atingir o universal, geral, (DELGADO *apud* LE GOFF, 1968, p. 169). Não é possível retornarmos ao passado, mas a compreensão do mesmo torna-se cabível com análises dos fragmentos, resíduos e diferentes tipos de documentação. Esta função é da História e memória que evitam que o ser humano perca referências fundamentais a construção das identidades coletivas que são os pilares do reconhecimento do homem como sujeito de sua história, (p. 36). De acordo com Marilena Chauí, “a memória é uma evocação do passado. É a capacidade de reter e guardar o tempo que se foi, salvando-o da perda total” (DELGADO *apud* CHAUI, 1995, p. 125).

Para Degaldo (2010) há um entrelaçamento muito forte entre história e memória. Ambas são antídotos para lidar com o esquecimento. São espaços do saber que envolvem apropriação, diálogo, destruição e contribuição. Não há oposição entre as mesmas, mas, sim, alteridade e a construção da identidade e a representação do passado as aproximam e as assemelham.

No terceiro artigo Degaldo (2010) aborda as contribuições da memória para a construção da História através de uma inter-relação dinâmica os suportes individuais e coletivos formam um processo diacrônico e sincrônico da vida em sociedade. Desta maneira, “as lembranças constituídas nas relações sociais, são mantidas nos diversos grupos de referência [...] ancoradas no vivido, na experiência histórica”, (DELGADO *apud* OTERO, 1998, p. 42).

A memória seria o incremento necessário para fundamentar os processos identitários a referirem-se as culturas, comportamentos e hábitos coletivos. A memória faz “um cruzamento importante entre o particular e o global, entre o indivíduo e o coletivo, entre a intimidade e a história”, (DELGADO *apud* MAIA; ARRUDA, 2003, p. 21). Sendo assim, História e memória, ambas presentes na produção de relatos orais, são processos cognitivos que permitem que as identidades de sujeitos históricos, individuais ou coletivos possam a ser analisadas como integrantes da tessitura constitutiva da História e das experiências de um povo, (DELGADO, 2010, p. 47).

Na construção da História, a memória torna-se processos sociais ativos. O historiador, através de uma metodologia adequada, retira da memória seu caráter espontâneo, a transformá-la em fonte histórica para a produção de conhecimento científico. A História disciplina e organiza a memória, mas, simultaneamente, enriquece as representações possíveis da própria memória coletiva e a torna um conhecimento intelectual. A História é poder e assume dimensões deste exercício sobre a memória, a ser capaz de produzir silêncios referentes a acontecimentos e de impedir o florescimento de memórias subalternas ou dos vencidos, (DELGADO, 2010, p. 48-49).

O método de história oral é uma recordação realizada por um sujeito individual, contudo, integrado na sociedade. Os depoimentos e os testemunhos contêm um amálgama coletivo de um contexto específico. Produzir História é empenhar em uma jornada de manutenção, construção e transformação das identidades, que são marcas relevantes do mundo pós-moderno, através de diferentes versões a conciliar a razão histórica à memória, (DELGADO, 2010, p. 52-53).

No artigo “Dinâmicas da memória e da História: representações e multiculturalidade” Degaldo (2010) afirma que os sujeitos construtores da história são plurais e de origens sociais diversas a expressar a multiplicidade que lhes é inerente e a caracterizar a alteridade.

O estudo do passado é, na dinâmica histórica, uma construção do conhecimento e defesa do presente a resguardá-lo como matéria-prima para o futuro a articular memória e História. “Os homens são agentes da História e sujeitos da memória, do esquecimento e do saber”, (DELGADO, 2010, p. 56-57).

O tempo, conceito da História de extrema valia, é uma criação social permeada de ambiguidades. As fontes orais, ao lidar com o tempo presente, dimensiona a temporalidade em seus múltiplos movimentos, abstratos ou concretos. O tempo é uma representação da sociedade que traz um sistema simbólico de construções multiculturais realizadas ao longo da História, (DELGADO, *apud* REIS, 1994, p. 13).

Tempo e memória são pontes fundamentais que ligam o presente ao passado e constituem-se em elementos de um único processo a projetar em um movimento simultâneo, o futuro. A memória é uma forma de conhecimento e experiência, pois,

“toda consciência do passado está fundada na memória. Através das lembranças recuperamos consciência dos acontecimentos anteriores, distinguimos ontem de hoje, e confirmamos que já vivemos um passado”, (DEGALDO *apud* DAVID LOWENTHAL, 1998, p. 75).

Os documentos orais são bastiões das lembranças e são produzidos através do ato de rememorar individual que se relaciona com um contexto social – prática coletiva. A metodologia da história oral deve cercar-se de cuidados especiais, pois tem na memória e nos relatos de depoentes sua principal fonte de informação. Cabe o diálogo com recursos epistemológicos de outras áreas de conhecimento assim como com outras fontes históricas, (DEGALDO, 2010, p. 64-66).

“A voz dos militantes: o ideal de solidariedade como fundamento da identidade comunista” Degaldo (2010) reforçará a memória como um campo de processo social ativo que tem como ponto de partida a vida em sociedade na qual se inscrevem as experiências individuais. A memória, como suporte da identidade, não é conservação, mas pelo contrário, é reordenamento, reconstrução de lembranças, a tornar-se um fenômeno dinâmico, dialético e potencialmente renovável.

A memória e a história se inter-relacionam por meio das produções orais, que são procedimentos cognitivos através dos quais grupos humanos passam a se autorreconhecerem. A oralidade, ligada a memória, é uma ferramenta metodológica que a História utiliza para facilitar o entendimento dos elementos constitutivos da identidade social de um determinado povo e um local específico.

“A longa noite das atas secretas: cassação de deputados operários Minas Gerais (1964-1998)” Delgado (2010) busca, na História, elementos constitutivos da memória social a analisar a trajetória sindical e política de líderes operários e sobre o processo de discriminação social e político vigente neste período.

Nos artigos “Politização do sagrado: padres franceses e autoritarismo” e “Intolerância política no Brasil: catolicismo, direitos humanos e direitos sociais (1964-1985)” Degaldo (2010) utiliza da memória, com relatos orais coletados de padres, bispos arcebispos para enfatizar a politização e atuação de católicos progressistas em um tempo de inserção política de segmentos da igreja católica na luta pelos direitos humanos e sociais no Brasil no período da ditadura militar (1964-1985).

“Jorge Luís Borges e Pedro Nava – literatura e memória: interseções”, o último artigo, Delgado (2010) asseverará que a literatura e memória caminham simultaneamente na manutenção de signos de tradições e de transformações. A literatura assume a função de lembrar e reforçar as tradições das cidades a tornar-se voz e eco de um tempo que aos poucos tende a se perder nas teias da modernidade e no culto do novo. Eis o papel da memória e os motivos de ambas estarem a entrecruzar-se, (p.117-122). “Nesse sentido, as interseções entre cidades,

tempo, memória, literatura fazem do diálogo do presente com o passado recurso de retenção e esteio de identidades”, (DEGALDO, 2010, p. 125).

Halbwachs (2006) acentua as funções positivas desempenhadas pela memória comum, como o reforço a coesão social pela adesão afetiva do grupo, ao qual ele chama de “comunidade afetiva”. Assim sendo, a memória individual existe sempre a partir de uma memória coletiva, posto que todas as lembranças são constituídas no interior de um grupo. Dessa forma, a nação é a forma mais acabada de um grupo, e a memória nacional, a forma mais completa de uma memória coletiva (HALBWACHS *apud* CARVALHAL, 2006, p. 11).

Para Pollack a memória é assim solidificada e guardada e a partir desses pontos de referência de uma história longínqua, e os integramos em nossos sentimentos de filiação e de origem. Nas lembranças mais próximas, aquelas relacionadas às nossas lembranças pessoais, os pontos geralmente estão relacionados a uma ordem sensorial. O filme, de acordo com Pollack, é o melhor suporte para captar as lembranças em objetos de memória produzidos hoje. É grande o seu papel no enquadramento da memória, pois ele se dirige tanto às capacidades cognitivas quanto às emoções. O filme-testemunho e documentário tornou-se um instrumento relevante para os rearranjos sucessivos da memória coletiva e da memória nacional. (VEILON *apud* POLLACK, 1989, p. 12).

Amparado nas informações teóricas de Vinhas (1980) e Pollack (1989) referente ao conceito de memória, este conceito possibilita um esclarecimento sob a incorporação dos discursos de Vargas e sua significância para os colonos que o utilizaram como suporte a lhes atribuir fatores de identidade e coesão social. Destarte, “a partir de uma análise sutil da experiência individual de pertencer a um grupo, e na base do ensino recebido dos outros, que a memória individual toma posse de si mesma” (RICOEUR, 2007, p. 130).

2 HISTÓRIA ORAL E O CAMPO JURÍDICO: SÃO PAULO

Projetos de pesquisa, desenvolvidos em parceria com o Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil (CPDOC) e a Fundação Getúlio Vargas, contribuem para a constituição de um acervo de entrevista com personagens do Direito em São Paulo. A princípio, esta abordagem foi desenvolvida no estado de São Paulo, tendo por finalidade acadêmica entrevistar personagens do direito paulista que se destacaram e conquistaram posições de prestígio em variadas formas de atuação profissional na seara jurídica – desde juristas e professores de renome até empresários do ensino jurídico, passando por lideranças políticas do direito e advogados de destaque.

Atentos a contribuição da memória para elucidar dúvidas não respondidas por outras fontes científicas e, também preservar parte da história do âmbito jurídico do estado de São Paulo, o CPDOC, em conjunto com a Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (DIREITO GV), desenvolveram e aplicaram a pesquisa “História Oral do Campo Jurídico em São Paulo”. Logo, através de entrevistas concedidas por personagens de destaque que construíram suas carreiras no estado de São Paulo, a estudo propôs-se a constituir um banco de depoimentos de caráter histórico e documental, tratando de sua trajetória de vida, acadêmica e profissional.

Os depoimentos, preliminarmente, iniciaram com perguntas sob infância, relações familiares, da época de escola, amigos, religiosidade e formação moral e ética. Após, abordaram-se temas, tais como juventude e os estudos universitários, colegas de turma, as disciplinas preferidas, os professores e livros marcantes, dentre outras temáticas. Em seguida, trataram-se da trajetória acadêmica e profissional propriamente, com seus principais momentos, bem como seu entrelaçamento com episódios de destaque da história jurídica e política do Brasil. E, ao término, as impressões sobre temas relevantes da área do direito em que atua, bem como sobre a pesquisa e o ensino jurídico, além das perspectivas para o futuro do direito e das carreiras jurídicas, na impressão do entrevistado.

Nesta seara, as entrevistas orais configuram importantes documentos que preservarão a memória do campo jurídico paulista, além de contribuir significativamente para a compreensão das instituições democráticas do Estado brasileiro, uma vez que a atuação dos juristas é decisiva em sua formação e desenvolvimento. Portanto, tal abordagem científica poderá ser utilizada em outras localidades do Brasil para que não percamos a atuação forense na história nacional.

CONSIDERAÇÕES GERAIS

Para a realização deste artigo que traz luz a este método de pesquisa, que recebe críticas positivas e negativas de alguns historiadores, foi utilizado com maior afinco o livro “Usos e abusos da história oral”, organizado por Janaína Amado e Marieta de Moraes Ferreira. As autoras abordam a história oral, com diversas metodologias, institui e dispõe procedimentos de trabalho tais como as entrevistas e as várias possibilidades de transcrição de depoimentos, suas vantagens e desvantagens, as distintas formas de o historiador arrolar-se com os entrevistados e as influências disso sobre o seu trabalho a funcionar como ponte entre a teoria e a prática.

Marques (2007) destaca o depoimento, todavia, não é um mero relato de fatos, mas, uma expressão de subjetividade. Acreditar que o testemunho seja experiência factual objetiva e a interpretação esteja reservada ao historiador é uma utopia fundada em preconceitos de caráter classista.

No livro *O Campo da História – Especialidades e Abordagens*, de José D’Assunção Barros (2004), o autor salienta que a imprecisão do oral não nos deve enganar; também existem espaços dissimulados que se escondem na documentação escrita, contornando silêncios e falseamentos, relevando segredos que o próprio autor do texto não pretendia revelar.

Logo, tal abordagem contribui para a reflexão jurídica em âmbito nacional, por abarcar temáticas variadas e presentes em ações cotidianas, refletindo-se, até mesmo, no posicionamento cultural das massas.

REFERÊNCIAS

BARROS, José D’Assunção. *O Campo da História – Especialidades e Abordagens*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2004.

BLOCH, Marc. *Apologia da História ou o ofício do historiador*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BONAZZI, Chantal de Tourtier. *Arquivos: propostas metodológicas*. IN: Usos e abusos da História oral/Janaína Amado e Marieta de Moraes Ferreira, coordenadoras. – Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1996.

CHAUÍ, Marilena. *Convite a Filosofia*. São Paulo: Ática, 1995.

DELGADO, Lucilia de Almeida Neves. *História oral – memória, tempo, identidades*. 2 ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2010.

JANOTTI, Maria de Lourdes; ROSA, Zita de Paula. História Oral: um utopia? *Revista Brasileira de História*. (25-26). São Paulo: ANPUH, 1993.

LE GOFF, Jacques. *História e Memória*. Campinas: UNICAMP, 1999.

LOWENTHAL, David. Como conhecemos o passado. *Projeto História*. São Paulo: EDUC, 1998.

LOZANO, Jorge Eduardo Aceves. *Prática e estilos de pesquisa na história oral contemporânea*. IN: Usos e abusos da História oral/Janaína Amado e Marieta de Moraes Ferreira, coordenadoras. – Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1996.

MAIA, Andréa Casanova; ARRUDA, Rogério. Nos trilhos do tempo. Memória da ferrovia em Pedro Leopoldo. Belo Horizonte: Maza Edições, 2003.

MARQUES, Ana Maria. O depoimento oral no confronto com a fonte escrita. Santa Catarina, 14 jul. 2013. Disponível em: <<http://www.cfh.ufsc.br/abho4sul/pdf/Ana%20Maria%20Marques.pdf>>. Acesso em: 14 jul. 2013. 12:20:15.

OTERO, Loiva Félix. *História e memória: a problemática da pesquisa*. Passo Fundo: EDIPUF, 1998.

POLLAK, Michael. *Memória, Esquecimento, Silêncio*. Revista Estudos Históricos, Rio de Janeiro, vol 2, n. 3, 1989, p. 3-15.

REIS, José Carlos. *Tempo, História e evasão*. Campinas: Papirus, 1994.

VOLDMAN, Daniele. *A invenção do depoimento oral*. IN: Usos e abusos da História oral/Janaína Amado e Marieta de Moraes Ferreira, coordenadoras. – Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1996.

A POSSIBILIDADE DA COEXISTÊNCIA DAS PATERNIDADES SOCIOAFETIVA E BIOLÓGICA NO DIREITO CÍVEL BRASILEIRO

SANTOS, Thayná de Souza²
SILVEIRA, Glaucio Batista da³

RESUMO

O presente artigo com o tema que versa sobre a possibilidade da coexistência das paternidades socioafetiva e biológica no Direito Civil brasileiro. Será verificada a possibilidade da existência concomitante do reconhecimento espontâneo e biológico da paternidade no ordenamento jurídico pátrio. Será feita uma apresentação do contexto histórico do reconhecimento da paternidade e suas formas do para se verificar a possibilidade da existência concomitante do reconhecimento espontâneo e biológico da paternidade no ordenamento jurídico civilista brasileiro. O estudo se faz necessário para a compreensão da distinção entre a filiação socioafetiva e biológica. Por fim, será verificado se há ou não discriminação quanto aos direitos dos filhos de acordo com a filiação adotada, e os possíveis efeitos jurídicos que do reconhecimento da paternidade afetiva.

Palavras-chave: Afeto; Coexistência; Paternidade Biológica; Paternidade Socioafetiva; Reconhecimento Espontâneo.

ABSTRACT

This article deals with the possibility of the coexistence of socio - affective and biological paternities in Brazilian Civil Law. It will be verified the possibility of the concomitant existence of the spontaneous and biological recognition of paternity in the legal order of the country. It will be made a presentation of the historical context of the recognition of paternity and its forms to verify the possibility of the concomitant existence of the spontaneous and biological recognition of paternity in the Brazilian civilian legal order. The study is necessary to understand the distinction between socio-affective and biological affiliation. Finally, it will be verified whether or not there is discrimination regarding the rights of the children according to the adopted affiliation, and the possible legal effects that of the recognition of affective paternity.

Keywords: Affection; Coexistence; Biological Paternity; Socio-Affective Paternity; Spontaneous Recognition.

INTRODUÇÃO

² Graduanda do 10º período do Curso de Direito da Faculdade Evangélica de Rubiataba, e-mail: thaynadssl2015@hotmail.com

³ Professor orientador: Especialista em Direito, Professor do Curso de Direito da Faculdade Evangélica de Rubiataba, glaucioweb@gmail.com, Advogado e Empresário.

Este artigo tem como tema “A possibilidade da coexistência das paternidades socioafetiva e biológica no direito cível brasileiro”, tendo como problemática analisar a possibilidade da existência concomitante do reconhecimento espontâneo e biológico da paternidade no ordenamento jurídico civilista pátrio.

O objetivo geral é estudar a possibilidade da coexistência das paternidades socioafetiva e biológica no direito civil nacional, bem como analisar o contexto histórico do reconhecimento da paternidade, discorrer sobre as formas do reconhecimento de paternidade no direito brasileiro e verificar a possibilidade da existência concomitante do reconhecimento espontâneo e biológico da paternidade no ordenamento jurídico civilista brasileiro.

Hodiernamente é necessária a compreensão do instituto do reconhecimento da paternidade, ocasião que será pontuada a distinção entre a filiação socioafetiva e biológica e se há discriminação quanto aos direitos dos filhos de acordo com a filiação adotada, bem como quais são os efeitos jurídicos que decorrem do reconhecimento da paternidade em todos os seus aspectos.

Será utilizado o método de compilação de dados bibliográficos, incluindo-se também pesquisa qualitativa, concernente à interpretação dos fenômenos e a atribuição de seus significados básicos sem a necessidade de técnicas estáticas. Tratando-se de um estudo descritivo e tende-se a analisar seus dados indutivamente e analisando o entendimento jurisprudencial dos Tribunais Superiores relacionados ao tema proposto.

Registra-se que o primeiro capítulo tem como foco realizar a abordagem histórica do reconhecimento da paternidade, oportunidade que será pontuado o reconhecimento da paternidade do direito romano ao advento da Lei n. 883/1949, bem como na Constituição Federal de 1988 e no Direito Civil de 2002. Por sua vez, o segundo capítulo abordará o reconhecimento da paternidade e sua natureza jurídica, suas formas de estabelecimento, tipos de reconhecimento voluntário e como ocorre a investigação da paternidade no direito civilista brasileiro. Já o terceiro capítulo discorrerá sobre a possibilidade de coexistência entre as paternidades socioafetiva e biológica.

ASPECTOS HISTÓRICOS DO RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE

Este capítulo tem como objetivo apresentar a história do reconhecimento da paternidade. Acerca da origem da família, dispõe Viana (2000, p. 22) que “a expressão família, etimologicamente, deriva do latim *família*, designando o conjunto de escravos e servidores que viviam sob a jurisdição do pater famílias”.

Logo, tem-se por família um grupo de pessoas ligadas pelo parentesco que convivem em um mesmo lar, sendo esta tradicionalmente formada por um homem, uma mulher e seus filhos, ou ainda aquela unida pelo matrimônio ou pela a união de fato que constitui sua prole, com direitos e deveres econômicos e religiosos que visam o amor, o respeito e os sentimentos das pessoas unidas pelo laço matrimonial.

Para o direito, o conceito de família está ligado nas relações jurídicas verticais e horizontais. A relação vertical é a ascendência e a descendência que une pais aos filhos e avós aos netos, como explica Coelho (2012, p. 21), ao dizer que “a relação vertical, quando existente, é imposta aos pais e filhos, que dela não podem desligar-se”, enquanto nas relações horizontais encontramos a conjugalidade, que abarcam todos os enlaces de pessoas adultas não irmãs.

Com efeito, temos que a família é a união formada por indivíduos pelo laço de afinidade ou de sangue, sendo o primeiro constituído pelo casamento e o segundo pela descendência, as quais, atualmente são formadas de várias formas, mas somente três delas estão previstas em nosso ordenamento jurídico.

Tais conceitos de famílias foram adquiridos com o passar de os tempos até chegar hoje na família monoparental, união estável e a união homoafetiva, como ensina Lisboa (2012, p. 29):

O simples fato de o constituinte ter se limitado a prever três categorias de entidades familiares não pode se constituir numa proibição de reconhecimento de outras entidades familiares, já que o ordenamento jurídico, ao regular determinadas categorias (o casamento, a união estável entre o homem e a mulher e a relação entre o ascendente e o descendente), não excluiu a possibilidade da existência de outras (outras relações monoparentais, as uniões homoafetivas etc.)

Na família moderna houve grande evolução em relação à família na idade média, mudando assim o conceito de família e retirando o poder absoluto do homem que era considerado chefe, e trazendo a oportunidade para ambos os sexos de trabalharem em fábricas. Para Venosa (2012, pp. 19-22):

A célula básica da família, formada por pais e filhos, não se alterou muito com a sociedade urbana. A família atual, contudo, difere das formas antigas no que concerne a suas finalidades, composição e papel de pais e de mães. [...] A família deixa de ser uma unidade de produção na qual todos trabalhavam sob a autoridade de um chefe. O homem vai para a fábrica e a mulher lança-se para o mercado de trabalho. No século XX, o papel da mulher transforma-se profundamente, com sensíveis efeitos no meio familiar. Na maioria das legislações, a mulher alcança os mesmos direitos do marido.

Com a revolução industrial, o direito de família brasileiro, mormente o conceito de família, foi modificado. Houveram grandes transformações no conceito de família na família da idade média, tendo a autoridade máxima do homem sobre a entidade familiar enfraquecido.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o conceito de família foi modificado, sendo reconhecida como fato natural, enquanto o instituto do casamento, mera solenidade. Com efeito, a família evoluiu e se adaptou às necessidades da sociedade brasileira, chegando à atualidade e reconhecendo as entidades não casamentárias, também protegidos pelo ordenamento jurídico pátrio.

Nesse sentido, apregoa Rodrigues (2006, p. 03) que:

A Carta Constitucional alargou o conceito de família, permitindo o reconhecimento de entidades familiares não casamentárias, com a mesma proteção jurídica dedicada ao casamento, modificando de forma revolucionária a compreensão do direito de família, que até então se assentava necessariamente no matrimônio.

Vislumbra-se, portanto, que a família atual tem um conceito baseado na dignidade da pessoa humana que está relacionado ao respeito e ao afeto, além de também englobar direitos de liberdade, sociais, à justiça e à igualdade entre as pessoas dentro ou fora do matrimônio.

Noutra senda, tem-se por família monoparental, prevista no art. 226, § 4º, da CF/88, a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. Esse tipo de entidade familiar é formado por ascendência e descendência, hoje mais presente na sociedade moderna brasileira, podendo-se destacar a união estável.

Sobre o tema, Gonçalves (2012, p. 25) ressalta que:

Embora a família continue a ser a base da sociedade e a desfrutar da especial proteção do Estado, não mais se origina apenas do casamento, uma vez que, a seu lado, duas novas entidades familiares passaram a ser reconhecidas: a constituída pela união estável e a formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Sobre os filhos, mister pontuar que o Código Civil de 1916 entendia que somente os filhos legítimos e naturais teriam direito à herança ou sucessão, sendo que os ilegítimos, ou seja, aqueles filhos fruto de relacionamento extraconjugal ou incestuosa, não gozavam de direito de concorrerem à sua quota parte na herança.

Assim, a filiação era classificada de acordo com a origem da criança, legítima ou ilegítima, que segundo Zeni (2009, p. 61), a primeira dividia-se “em naturais e espúrios, e estes, por sua vez, classificavam-se em adúlteros e incestuosos”. No mesmo rumo, Queiroga (2004, p. 212) diz que:

Legítimos eram os que nasciam da relação de casamento civil; ilegítimos eram os nascidos de relação extramatrimonial. Os ilegítimos dividiam-se em naturais ou espúrios. Filhos ilegítimos naturais eram nascidos de pais que não estavam impedidos de se casar. Os ilegítimos espúrios eram nascidos de pais que não podiam se casar, em virtude de impedimento. Os espúrios classificavam-se em adúlteros e incestuosos. Dava-se o primeiro caso, quando o impedimento decorria de casamento dos pais. [...] Se o impedimento para o matrimônio procedia de parentesco entre os pais, o filho nascido dessa relação era chamado incestuoso.

Anota-se que o art. 355 do Código Civil de 1916 permitia o reconhecimento dos filhos ilegítimos por qualquer dos genitores ou por ambos. Contudo, proibia-se o reconhecimento dos filhos frutos de incesto ou adultério, consoante previa o art. 358 do referido diploma legal. Veja-se:

Art. 355. O filho ilegítimo pode ser reconhecido pelos pais, conjunta ou separadamente. [...]

Art. 358. Os filhos incestuosos e os adúlteros não podem ser reconhecidos. (BRASIL, 1916)

Outrossim, os arts. 352 e 359 do Código Civil de 1916 trazia a equiparação dos filhos legitimados e legítimos, todavia, o legitimado não poderia habitar o mesmo lar que o legítimo sem o seu consentimento. Vide:

Art. 352. Os filhos legitimados são, em tudo, equiparados aos legítimos. [...]

Art. 359. O filho ilegítimo, reconhecido por um dos cônjuges, não poderá residir no lar conjugal sem o consentimento do outro. (BRASIL, 1916)

Mais tarde, com a entrada em vigor da Lei n. 883/1949, os filhos ilegítimos puderam ser reconhecidos através da filiação, com direito a receber pensão alimentícia no caso de dissolução da sociedade conjugal. A referida lei também reconheceu a igualdade de direitos entre os filhos legítimos e ilegítimos na herança e, inclusive, vedou discriminar no registro de nascimento se o filho era legítimo ou não.

A discriminação entre filhos legítimos e ilegítimos perdurou até o advento da Constituição Federal de 1988, íterim que foi erradicado da legislação brasileira qualquer tipo de discriminação, inclusive no que concerne à filiação no direito de família brasileiro, como apregoa Madaleno (2004, p. 95):

Advém da Carta Política de 1988 a exclusão de qualquer carga de discriminação no campo da filiação, como procedia largamente o Código Civil de 1916, elitizando os filhos a partir do matrimônio dos pais. Nesse sentido existiam os filhos legítimos, legitimados, ilegítimos, esses últimos subclassificados como naturais e espúrios (adúlteros e incestuosos). Os filhos preferidos faziam contraponto aos filhos preteridos, e toda a legislação precedente à Constituição Federal exercia clara inclinação discriminatória, chegando ao extremo de proibir a pesquisa processual do vínculo biológico de filhos extramatrimoniais.

Efetivamente, a Constituição Federal vigente trouxe novo conceito à família brasileira, de modo que, atualmente, ela é reconhecida como fator natural, enquanto o instituto do casamento, mera solenidade entre as partes, além de tutelar legalmente à isonomia entre os filhos e resguardar os direitos das crianças e adolescentes, incumbindo tal função ao Estado, à sociedade e à família.

Vê-se, ainda, que a Carta Magna brasileira em vigor trouxe como um dos fundamentos da República Federativa a dignidade da pessoa humana em seu art. 1^a, inciso III, permitindo, assim, aos filhos, tratamento igualitário, independentemente de sua origem legítima ou não, como afirma Zeni (2009, p. 70):

É a dignidade da pessoa humana que permite e determina que seja destinado tratamento igualitário aos filhos, independentemente de sua origem, se advêm ou não do casamento. Por ser princípio fundamental, dita um limite de atuação do Estado e garante que a partir dele se promova a dignidade da pessoa humana, valor espiritual e moral inerente à pessoa.

Além disso, vê-se que a Constituição Federal de 1988 trouxe proteção especial à criança e adolescente, principalmente quanto à igualdade e dever de tutela pelo Estado, sociedade e família, além de não fazer qualquer discriminação acerca de filhos legítimos ou ilegítimos, justamente porque não faz diferença ao tratar de filiação ou reconhecimento da paternidade no direito brasileiro vigente.

Diante disso, tem-se que os filhos, sejam legítimos, legitimados, adotados ou ilegítimos, gozam do direito ao nome, ao estado, à relação de parentesco, ao poder familiar, à sucessão testamentária, aos alimentos pagos pelo genitor e à retroação da filiação.

Vale mencionar que após a promulgação da Constituição Federal de 1988, foi instituída no ordenamento jurídico brasileiro a Lei n. 8.069/1990, denominada Estatuto da Criança e do Adolescente, que além de regulamentar direitos da prole quanto à filiação e ao reconhecimento da paternidade com a edição da Lei n. 12.004/2009, assegurou a proteção especial aos infantes estampado na aludida Carta Magna.

Nesse liame, dispõe os arts. 26 e 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente sobre o reconhecimento da paternidade e do estado de filiação como direitos inerentes à qualquer pessoa. Confira-se:

Art. 26. Os filhos havidos fora do casamento poderão ser reconhecidos pelos pais, conjunta ou separadamente, no próprio termo de nascimento, por testamento, mediante escritura ou outro documento público, qualquer que seja a origem da filiação.
Parágrafo único. O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou suceder-lhe ao falecimento, se deixar descendentes.

Art. 27. O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça. (BRASIL, 1990).

Adiante, o legislador publicou a Lei n. 10.406/2002 (Código Civil), que também tratou de assegurar a isonomia de direitos aos filhos legítimos ou ilegítimos, como acentua Dias (2010, p. 368):

Imperativo, portanto, que o [Código Civil](#) abandonasse a velha terminologia que os diferenciava. Os filhos nascidos na constância do casamento eram chamados de legítimos, enquanto os frutos de relações extrapatrimoniais eram pejorativamente

rotulados de ilegítimos. Ainda assim, limitou-se o legislador a excluir as palavras legítima e ilegítima, reproduzindo, no mais, com ligeiros retoques e pequeníssimos acréscimos, o que dizia o Código Anterior. Os filhos decorrentes do casamento - antes tratados no capítulo "Da filiação legítima" - agora estão no capítulo "Da filiação" (CC 1.596 a 1.606). Os havidos fora do casamento - que constavam no capítulo "Do reconhecimento dos filhos ilegítimos" - estão referidos no capítulo "Do reconhecimento dos filhos" (CC 1.607 a 1.617).

Denota-se que a promulgação do Código Civil de 2002 teve grande importância no direito de família brasileiro, pois regulamentou o direito de filiação e reconhecimento da paternidade pela prole, ao passo que reafirmou a premissa de igualdade lançada pela Carta Magna de 1988. Veja-se:

Art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Todos os filhos, independentemente de sua origem ou condição, terão os mesmos direitos, proibindo-se a discriminação quanto à filiação. Por oportuno, registra-se que a confissão pela mulher do cometimento de adultério não isenta o conjugê da paternidade, devendo ele contestar a paternidade dos filhos concebidos durante a união.

Aliás, o registro de nascimento basta para comprovar a filiação e, na falta ou no defeito do referido documento, a filiação poderá ser provada através de prova escrita ou de presunções resultantes de fato já certos, cabendo tal prova ao filho interessado e, na sua falta ou incapacidade, aos herdeiros.

RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE

Este capítulo tem por finalidade discorrer acerca do reconhecimento da paternidade no direito civil brasileiro, o qual também adotará o método de compilação de dados bibliográficos na sua elaboração, utilizando, desse modo, do entendimento de autores renomados, bem como da análise da legislação pertinente.

Estado de Filiação

Dispõe Venosa (2012, p. 244) que a filiação é um estado jurídico, qual seja, “o status familiae, tal como era chamado inicialmente. De fato, o estado de filiação tem tamanha importância que não pode gerar dúvidas ou probabilidades, mas ao contrário, sempre demonstrar-se incólume e incontestável, principalmente considerando ser direito natural e inerente à vida humana.

O estado de filiação seria a qualificação jurídica do parentesco entre indivíduos, no caso, pai e filho, do qual demandarão direitos e deveres a serem obedecidos por ambas as partes, mormente considerando o mencionado estado é direito imprescritível, personalíssimo e não passível de renúncia pelos envolvidos.

Direito dos filhos e espécies de reconhecimento da paternidade

A paternidade tem origem biológica, ou seja, o reconhecimento, *a priori*, é somente ato declaratório, seja o reconhecimento de forma espontânea ou judicial, de modo que apenas corrobora uma situação já existente, como salienta Diniz (2012, p. 516):

É, por isso, declaratório e não constitutivo. Esse ato declaratório, ao estabelecer a relação de parentesco entre os genitores e a prole, origina efeitos jurídicos. Desde o instante do reconhecimento válido, proclama-se a filiação, dela decorrendo consequências jurídicas, já que antes do reconhecimento, na órbita do direito, não há qualquer parentesco.

Na mesma linha de dicção é o ensinamento de Dias (2010, p. 369):

O reconhecimento, espontâneo ou judicial, tem eficácia declaratória, constando uma situação preexistente. Isto é, tem efeitos *ex tunc*, retroagindo à data da concepção. Pode ser, inclusive, levado a efeito antes do nascimento do filho, não sendo possível, contudo, condicioná-lo à sobrevivência do nascituro. Como a lei resguarda seus direitos (CC 2º), pode o genitor, com receio de falecer antes do nascimento do filho já concebido, não esperar o nascimento para reconhecê-lo. Mesmo que o filho nasça sem vida, o reconhecimento existiu e foi válido, devendo proceder-se ao registro do seu nascimento.

Sobre os filhos, presume-se concebidos na constância do casamento aqueles elencados no art. 1.597 do Código Civil de 2002, quais sejam: nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal; nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento; havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; e havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Acerca do reconhecimento dos filhos fora do casamento, o art. 1.607 do CC/2002 dispõe que poder ser realizado pelos pais de forma conjunta ou isolada, sendo ato irrevogável e realizado no registro do nascimento, por escritura pública ou escrito particular em cartório, por testamento e por manifestação direta e expressa judicialmente, sendo tal reconhecimento antes ou após o nascimento do filho, consoante prevê o art. 1.609 do CC/2002.

Vale salientar que o filho havido fora do casamento não poderá ser registrado sem a presença do pai, consoante explica Rodrigues (2006, p. 319):

Apregoa Dias (2010, pp. 370-371):

Qualquer um deles pode comparecer ao registro civil e registrar p filho em nome de ambos os genitores, mediante a apresentação da certidão de casamento. Não sendo casados, mas vivendo os genitores em união estável, se há prova da vigência da união à época da concepção, mister reconhecer a possibilidade de o declarante proceder ao registro do filho também em nome do companheiro. Porém, se o genitor que pretende fazer o registro não comprovar que o outro genitor é seu cônjuge ou seu companheiro, é inviável registrar o filho também em nome dele.

Sobre o tema, registra-se que o filho havido fora do casamento não poderá residir com o genitor caso o outro cônjuge não autorizar, salvo quando tratar de filho menor de idade, caso em que ele ficará sob a guarda do genitor que o reconheceu ou, quando ambos os genitores o reconheceram, sob a guarda do que melhor aprover o infante, nos termos do que dispõe os arts. 1.611 e 1.612 do CC/2002.

No que tange ao reconhecimento judicial e voluntário, Amorim (2000, pp. 14-15) explica que “o primeiro é o forçado, o qual decorre de uma sentença havida em ação de investigação de paternidade que declara que o autor é filho investigado”, enquanto que o segundo “é espontâneo, sendo um ato solene e público, através do qual alguém, com fulcro na lei, declara que determinada pessoa é sua filha. Daí ser a ação de reconhecimento voluntário de natureza declaratória”.

Registra-se, ainda, que o ato de reconhecimento da paternidade demanda plena capacidade do genitor, de modo que, quando dela não gozar de forma absoluta, deverá ser instaurada ação investigatória de paternidade, já aos relativamente incapazes é possível o reconhecimento normalmente.

Nas hipóteses em que a mãe registrar isoladamente o filho e, posteriormente, o pai tentar reconhecer voluntariamente a paternidade, não será realizado novo registro de certidão de nascimento, mas sim o acréscimo da informação da paternidade no documento de registro já confeccionado, como menciona Dias (2010, p. 372):

Pode o pai reconhecer o filho já registrado pela mãe. Porém, é necessária a concordância dela para que ele proceda ao registro. O pai registral deve ter ciência prévia da intenção do genitor. Inviável permitir que alguém, ao ver, por exemplo, que a mãe sofre de grave moléstia e que seu filho está registrado somente no nome dela, possa simplesmente comparecer ao cartório para registrar o filho como seu. Ainda que

não conste na lei tal exigência, melhor atende ao interesse da criança que, comparecendo uma pessoa ao registro civil, para espontaneamente reconhecer um filho já registrado pelo outro genitor, seja este ouvido. Demonstrando injustificável a sua resistência em concordar com o reconhecimento, caberá ao juiz suprir a manifestação de vontade e autorizar o registro.

Como se vê, os filhos, havidos ou não na constância do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação, nos termos do que prevê o art. 1.596 do Código Civil de 2002.

A respeito de tal legitimidade, o Enunciado 520 da V Jornada de Direito Civil diz que o conhecimento da ausência de vínculo biológico e a posse de estado de filho obstam a contestação da paternidade presumida. Corroborando o exposto é também o entendimento do Superior Tribunal de Justiça. *In verbis*:

Reconhecimento de filiação. Ação declaratória de nulidade. Inexistência de relação sanguínea entre as partes. Irrelevância diante do vínculo socioafetivo. Merece reforma o acórdão que, ao julgar embargos de declaração, impõe multa com amparo no art. 538, par. único, CPC se o recurso não apresenta caráter modificativo e se foi interposto com expressa finalidade de pré questionar. Inteligência da Súmula 98, STJ. - O reconhecimento de paternidade é válido se reflete a existência duradoura do vínculo socioafetivo entre pais e filhos. A ausência de vínculo biológico é fato que por si só não revela a falsidade da declaração de vontade consubstanciada no ato do reconhecimento. A relação socioafetiva é fato que não pode ser, e não é, desconhecido pelo Direito. Inexistência de nulidade do assento lançado em registro civil. - O STJ vem dando prioridade ao critério biológico para o reconhecimento da filiação naquelas circunstâncias em que há dissenso familiar, onde a relação socioafetiva desapareceu ou nunca existiu. Não se pode impor os deveres de cuidado, de carinho e de sustento a alguém que, não sendo o pai biológico, também não deseja ser pai socioafetivo. A contrario sensu, se o afeto persiste de forma que pais e filhos constroem uma relação de mútuo auxílio, respeito e amparo, é acertado desconsiderar o vínculo meramente sanguíneo, para reconhecer a existência de filiação jurídica. Recurso conhecido e provido. (STJ, REsp 878.94 1/DF, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 2 1 .08.2007, DJ 1 7.09.2007 p. 267).

Desta feita, caso o marido reconhece como seu filho de sua mulher, e após 10 (dez) anos de criação e afeto descobre não ser o pai biológico, não poderá desfazer o vínculo. Contudo, ele poderá conseguir, através de ação judicial, conseguir reconhecer nulidade do registro, entretanto, jamais poderá ter o vínculo de filiação rompido, sendo este o entendimento consagrado pelo Supremo Tribunal Federal:

Recurso extraordinário com agravo. Direito Civil. Ação de anulação de assento de nascimento. Investigação de paternidade. Imprescritibilidade. Retificação de registro. Paternidade biológica. Paternidade socioafetiva. Controvérsia gravitante em tomo da prevalência da paternidade socioafetiva em detrimento da paternidade biológica. Art. 226, caput, da Constituição Federal. Plenário virtual. Repercussão geral reconhecida. (STF, ARE 692.186 RG/DF, Rel. Min. Luiz Fux, j. 29.11.2012).

De modo semelhante é o que afirma Diniz (2012, p. 525):

Registro de nascimento feito por quem saiba não ser o verdadeiro pai é tido como adoção simulada (TJRS-AC 598187.326 - Rel. Des. Breno M. Mussi, DJe, 3-9-1998)

e gera paternidade socioafetiva. Ter-se-á adoção à brasileira (JTJRS, 182:388; RT, 828:365; RJ, 306:117), que advém de declaração falsa assumindo paternidade ou maternidade alheia, sem observância das exigências legais para adoção; apesar de ser ilegal e de atentar contra a fé cartorária, acata o art. 227 da [Constituição Federal](#), no sentido de dar a alguém uma convivência familiar; daí a tendência da não punição dessa adoção informal, feita sem a intermediação de autoridade judicial. Se o cartório não exige comprovação genética para aquela declaração, como se poderia retirar de uma pessoa a possibilidade de ter uma história de sua vida familiar (LINDB, art. 5º)?

Não obstante a ementa e entendimento doutrinário supracitados, fato é que há divergência entre os Tribunais Superiores a respeito da paternidade socioafetiva, consoante vê-se na seguinte ementa emanada do Superior Tribunal de Justiça:

[...] É possível o reconhecimento da paternidade biológica e a anulação do registro de nascimento na hipótese em que pleiteados pelo filho adotado conforme prática conhecida como 'adoção à brasileira'. A paternidade biológica traz em si responsabilidades que lhe são intrínsecas e que, somente em situações excepcionais, previstas em lei, podem ser afastadas. O direito da pessoa ao reconhecimento de sua ancestralidade e origem genética insere-se nos atributos da própria personalidade. A prática conhecida como 'adoção à brasileira', ao contrário da adoção legal, não tem a aptidão de romper os vínculos civis entre o filho e os pais biológicos, que devem ser restabelecidos sempre que o filho manifestar o seu desejo de desfazer o liame jurídico advindo do registro ilegalmente levado a efeito, restaurando-se, por conseguinte, todos os consectários legais da paternidade biológica, como os registrais, os patrimoniais e os hereditários. Dessa forma, a filiação socioafetiva desenvolvida com os pais registrais não afasta os direitos do filho resultantes da filiação biológica, não podendo, nesse sentido, haver equiparação entre a 'adoção à brasileira' e a adoção regular. Ademais, embora a 'adoção à brasileira', muitas vezes, não denote torpeza de quem a pratica, pode ela ser instrumental de diversos ilícitos, como os relacionados ao tráfico internacional de crianças, além de poder não refletir o melhor interesse do menor. Precedente citado: REsp 833.712/RS, DJ 04.06.2007. (STJ, REsp 1.1 67.993/RS, Rei. Min. Luís Felipe Salomão, j. 18.12.2012).

Em verdade, o aludido julgado do Superior Tribunal de Justiça é um retrocesso ao direito de paternidade socioafetivo brasileiro, principalmente porque, nas palavras de Tartuce (2016, p. 1.381), despreza o estado de filho com fundamento na “reputação social (*reputatio*) e no tratamento dos envolvidos (*tractatus*). Ademais, abre a possibilidade de um filho ‘escolher’ o seu pai não pelo ato de afeto, mas por meros interesses patrimoniais”.

Destarte, considerando a referida contradição acerca da paternidade socioafetiva e biológica, o próximo capítulo discorrerá sobre a possibilidade de coexistência de ambas no desiderato de verificar se alguma delas é irrenunciável e os reflexos oriundos de ambas à prole.

COEXISTÊNCIA DAS PATERNIDADES BIOLÓGICA E SOCIOAFETIVA NO DIREITO BRASILEIRO

Inicialmente, cumpre trazer à baila alguns efeitos do reconhecimento da paternidade, seja ela voluntária ou biológica. Assim, são 07 (sete) os efeitos do reconhecimento da

paternidade, quais sejam: o estado, o nome, a relação de parentesco, o poder familiar, os alimentos, a sucessão e a não retroação.

Tratando-se do estado, Pereira (1997, *apud* Carvalho e Yunes, 2014), dizem que o filho que for reconhecido voluntariamente ou forçado, investe no estado de filho e conseqüentemente assume todos os deveres e adquire todos os direitos que lhe são devidos.

Sobre o referido efeito, Pereira (2006, p. 218) também acrescenta que:

O estado, pois, constitui uma realidade objetiva, de que cada um é titular, e que usufrui com exclusividade. Realidade tão objetiva, que se lhe prendem atributos peculiares aos bens incorpóreos: diz-se ter o estado de filiação adotiva; vindicar o estado de filiação legítima; reclamar o estado de filiação natural. Diz-se, mais, de alguém que não tem, declarado, o estado de filiação ilegítima, que ele está na sua posse, quando a símile da posse de coisa se apresenta aos olhos de todos como titular daquele estado, como tendo o exercício dos direitos respectivos, posto que proibida a designação discriminatória. Note-se que o direito ao estado de filiação é um direito pessoal, irrenunciável, imprescritível e que não admite transação, sendo que tanto o titular quanto aquele indivíduo expressamente autorizado por lei poderá reclamá-lo.

Desse modo, o estado de filiação seria a qualificação jurídica do parentesco entre indivíduos, no caso, pai e filho, do qual demandarão direitos e deveres a serem obedecidos por ambas as partes, mormente considerando o mencionado estado é direito imprescritível, personalíssimo e não passível de renúncia pelos envolvidos.

A despeito disso, Vaz (2011, p. 31) destaca que “não seria aceitável que o estado não tivesse a característica de ser *erga omnes*, pois seria uma situação inimaginável que somente para com o pai o filho tivesse essa qualidade e perante as demais pessoas não fosse visto como tal”.

No que tange ao nome, Pereira (1997, p. 250) diz que estará vinculado “a um dever, ou seja, o registro civil com uma obrigação que a lei impõe a todo indivíduo. Sob o aspecto individual, assegura a toda pessoa a faculdade de se identificar pelo seu próprio nome”.

Igualmente, Vaz (2011, p. 34) diz que:

O nome é um dos efeitos essenciais do reconhecimento, vez que todas as pessoas, sem exceções, se utilizam dele, pois como é óbvio não há como imaginar alguém inominado, e independente de o mesmo vir “acompanhado” apenas do sobrenome da mãe ou apenas do sobrenome do pai, fato é que o mesmo possui a peculiaridade de nos individualizar e nos fazer conhecer perante a sociedade.

Ainda acerca desse efeito, Pereira (2006, p. 244) alega que “a obrigação de ter um nome precede à faculdade de usá-la”, sendo tal direito subjetivo “um interesse de ordem pública, tutelado de modo especial pelo Estado, e por ele regulado”.

Já na relação de parentesco, Silva (2001, *apud* Carvalho e Yunes, 2014) argumenta que o vínculo parental decorre do reconhecimento voluntário ou judicial da paternidade. Antes do reconhecimento – voluntário ou judicial – não há do ponto de vista legal parentesco, pois, com o reconhecimento da paternidade é que o reconhecido – até então um estranho – ganha

condições de parente em linha reta da pessoa que reconheceu ou foi obrigada a aceitar a declaração judicial de paternidade.

Sobre tema, Pereira (2006, pp. 253-254):

Enquanto a primeira se constitui pela solenidade do casamento, fundandose na “livre e recíproca aceitação”, a segunda tem início em um estado de fato velado, e permanece desorganizada, porque a falta de casamento dos amantes é como a manifestação implícita de sua “intenção de guardar a liberdade”. Enquanto da primeira decorrem naturalmente deveres, que lhe são fundamentais, a desorganização da segunda é obstáculo a que a lei estenda sobre ela um manto protetor, por não ser capaz de fazer “derivar do amor livre os mesmos deveres que do casamento”. Se assim já é quanto à filiação materna, embora em grau mais atenuado, acentua-se no que se refere à filiação paterna, que é “duplamente oculta”, porque, à incerteza natural da paternidade, acresce a que resulta da ausência do dever de fidelidade da mulher.

Aliás, a relação de parentesco cria conexão entre pais e filhos que, com o reconhecimento e registro, incumbe os genitores de deveres de cuidado com a prole, devendo resguarda-lhes, ainda, as premissas fundamentais previstas no art. 227, *caput*, da Constituição Federal de 1988, sob pena de perda do poder familiar.

Acerca do poder familiar, tem-se, como acima visto, o encargo incumbido aos genitores de criar, educar, prover, sustentar, etc., seus filhos, sendo ele atualmente exercido em igualdade de condições entre ambos genitores, sendo que, em caso de contradições, poderão eles recorrer ao poder judiciário que sempre zelará pelo bem-estar e melhor interesse do infante.

No tocante aos alimentos, Pereira (2009, *apud* Carvalho e Yunes, 2014) menciona que toda pessoa que não tem condição de se manter não deve ser deixada a sorte até parecer pela falta de alimento. É dever da sociedade, por meio de seus órgãos, prover-lhe subsistência e proporcionar-lhe meios de sobrevivência.

No que se refere à sucessão, é o direito que o filho legítimo ou ilegítimo, mesmo ainda que adotivo, tem de concorrer à herança deixada pelo genitor, consoante previsão do art. 227, § 6º, da Constituição Federal de 1988, vide:

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. [...]

§ 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. (BRASIL, 1988)

O último efeito do reconhecimento da paternidade, qual seja, a não retroação, constituiria, segundo diz Pereira (1997, p. 71), que, “reconhecido o filho, adquire este um estado com efeito retro-operante à data do nascimento, ou até a concepção”.

Nestes casos vê-se muito a ocorrência da paternidade socioafetiva, uma vez que há registro voluntário feito pelo padrasto do filho da companheira e, anos mais tarde, com a dissolução do vínculo matrimonial ou união estável, ele ingressa judicialmente com o intuito de ver o registro anulado, contudo, tem seu pleito indeferido tendo em vista a existência de filiação socioafetiva, que não é passível de retroatividade ou arrependimento.

Em suma, vê-se que todos esses efeitos envolvem, principalmente, o interesse da criança, direito este especialmente e integralmente tutelado pela Constituição Federal vigente e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

Findado o breve estudo dos efeitos do reconhecimento da paternidade no direito pátrio, cumpre agora discorrer sobre a possibilidade da coexistência das paternidades voluntária e biológica sob a ótica de tais efeitos.

Pois bem! Como visto ao longo deste artigo, a família é o agrupamento de pessoas reunidas por laços sanguíneos e afetivos. Visto isso, tem-se que o parentesco é vínculo que une pessoas com a mesma origem biológica, matrimonial ou cível.

Outrossim, Fugimoto (2015) acrescenta que, além de ser um vínculo natural, o parentesco é também uma ligação jurídica estabelecida em lei, que resguarda direitos e atribui deveres recíprocos. Por isso, trata-se de relações que não se constituem, muito menos se desfazem por simples ato de vontade. Aliás, o parentesco não se limita apenas ao conceito que vincula as pessoas que são descendentes umas das outras ou de um tronco em comum, mas também abrange o parentesco civil e o parentesco por afinidade.

Lado outro, Fugimoto (2015) conceitua a filiação como a relação jurídica existente entre ascendentes e descendentes de primeiro grau, como por exemplo, pais e filhos, ou seja, é a relação de parentesco consanguíneo ou não o qual une uma pessoa àquelas que a geraram ou àquelas que receberam em seus lares, como se a tivessem gerado.

Nesse rumo, poderiam as paternidades biológica e socioafetiva coexistirem? Sim. De acordo com o que entende o Superior Tribunal de Justiça, a manutenção do vínculo com o pai registral (ou socioafetivo) não impede o reconhecimento da paternidade biológica e, conseqüentemente, seus efeitos patrimoniais e extrapatrimoniais, consoante colhem-se dos seguintes julgados:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE FAMÍLIA. FILIAÇÃO. IGUALDADE ENTRE FILHOS. ART. 227, § 6º, DA CF/1988. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. VÍNCULO BIOLÓGICO. COEXISTÊNCIA. DESCOBERTA POSTERIOR. EXAME DE DNA. ANCESTRALIDADE. DIREITOS SUCESSÓRIOS. GARANTIA. REPERCUSSÃO GERAL. STF. 1. No que se refere ao Direito de Família, a Carta Constitucional de 1988 inovou ao permitir a igualdade de filiação, afastando a odiosa distinção até então

existente entre filhos legítimos, legitimados e ilegítimos (art. 227, § 6º, da Constituição Federal). 2. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 898.060, com repercussão geral reconhecida, admitiu a coexistência entre as paternidades biológica e a socioafetiva, afastando qualquer interpretação apta a ensejar a hierarquização dos vínculos. 3. A existência de vínculo com o pai registral não é obstáculo ao exercício do direito de busca da origem genética ou de reconhecimento de paternidade biológica. Os direitos à ancestralidade, à origem genética e ao afeto são, portanto, compatíveis. 4. O reconhecimento do estado de filiação configura direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, que pode ser exercitado, portanto, sem nenhuma restrição, contra os pais ou seus herdeiros. 5. Diversas responsabilidades, de ordem moral ou patrimonial, são inerentes à paternidade, devendo ser assegurados os direitos hereditários decorrentes da comprovação do estado de filiação. 6. Recurso especial provido. (STJ - REsp: 1618230 RS 2016/0204124-4, Relator: Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Data de Julgamento: 28/03/2017, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 10/05/2017)

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE FAMÍLIA. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA E BIOLÓGICA. COEXISTÊNCIA. POSSIBILIDADE. REGISTRO CIVIL. AVERBAÇÃO. 1. A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com todas as suas consequências patrimoniais e extrapatrimoniais. 2. Agravo interno não provido. (STJ - AgInt no REsp: 1622330 RS 2013/0004282-2, Relator: Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Data de Julgamento: 12/12/2017, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 02/02/2018)

Além do STJ, o Supremo Tribunal Federal também manifestou sobre o tema no julgamento da RE n. 898.060/SP, em 21 de setembro de 2016, oportunidade em que o Ministro Luiz Fux asseverou que a “paternidade responsável, enunciada expressamente no art. 226, § 7º, da Constituição, na perspectiva da dignidade humana e da busca pela felicidade, impõe o acolhimento, no espectro legal, tanto dos vínculos de filiação construídos pela relação afetiva entre os envolvidos, quanto daqueles originados da ascendência biológica, sem que seja necessário decidir entre um ou outro vínculo quando o melhor interesse do descendente for o reconhecimento jurídico de ambos”.

Assim, é possível afirmar que a norma constitucional legal estampada nos arts. 226, § 7º, 227, § 6º, e 1.593, este último do Código Civil de 2002, não discrimina as espécies de parentesco ou filiação, bem como não prioriza hierarquicamente qualquer uma delas, de modo que pode haver a paternidade dupla, tanto socioafetiva quanto biológica, em hipóteses em que as partes concordarem perfeitamente, isto sem qualquer prejuízo patrimonial e extrapatrimonial.

Destarte, percebe-se que o reconhecimento da paternidade, tanto socioafetiva quanto biológica, emana efeitos irrenunciáveis por parte do pai, cuja finalidade do legislador ao impor tal condição foi de tutelar o interesse da criança e do adolescente que, nos casos de reconhecimento voluntário em que o matrimônio se dissolve com o passar do tempo, desaguando em divórcio, a prole não seja descartada como se objeto fosse, sob pena de violar, principalmente, a dignidade da pessoa humana dos infantes. E também foi pensando nisso que o

legislador pátrio possibilitou o reconhecimento da dupla paternidade (voluntária e biológica), tudo no afã de resguardar o direito à herança genética e filiação do indivíduo, bem como os laços de afeto nutridos pelo pai “postição”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto ao longo desse estudo, a família um grupo de pessoas ligadas pelo parentesco que convivem em um mesmo lar, sendo esta tradicionalmente formada por um homem, uma mulher e seus filhos, ou ainda aquela unida pelo matrimônio ou pela a união de fato que constitui sua prole, com direitos e deveres econômicos e religiosos que visam o amor, o respeito e os sentimentos das pessoas unidas pelo laço matrimonial. Com efeito, tem-se que a família é a união formada por indivíduos pelo laço de afinidade ou de sangue, sendo o primeiro constituído pelo casamento e o segundo pela descendência.

Além disso, observou-se que a Constituição Federal de 1988 trouxe proteção especial à criança e adolescente, principalmente quanto à igualdade e dever de tutela pelo Estado, sociedade e família, além de não fazer qualquer discriminação acerca de filhos legítimos ou ilegítimos, justamente porque não faz diferença ao tratar de filiação ou reconhecimento da paternidade no direito brasileiro vigente.

Diante disso, tem-se que os filhos, sejam legítimos, legitimados, adotados ou ilegítimos, gozam do direito ao nome, ao estado, à relação de parentesco, ao poder familiar, à sucessão testamentária, aos alimentos pagos pelo genitor e à retroação da filiação.

Estudou-se, ainda, que com a promulgação da Constituição Federal de 1988, foi instituída no ordenamento jurídico brasileiro a Lei n. 8.069/1990, denominada Estatuto da Criança e do Adolescente, que além de regulamentar direitos da prole quanto à filiação e ao reconhecimento da paternidade com a edição da Lei n. 12.004/2009, assegurou a proteção especial aos infantes estampado na aludida Carta Magna em seus arts. 26 e 27.

Mais além, o legislador publicou a Lei n. 10.406/2002 (Código Civil), que também tratou de assegurar a isonomia de direitos aos filhos legítimos ou ilegítimos, tendo tal legislação grande importância no direito de família brasileiro, pois regulamentou o direito de filiação e reconhecimento da paternidade pela prole, ao passo que reafirmou a premissa de igualdade lançada pela Carta Magna de 1988.

Assim, atualmente, todos os filhos, independentemente de sua origem ou condição, terão os mesmos direitos, proibindo-se a discriminação quanto à filiação. Por oportuno, registra-

se que a confissão pela mulher do cometimento de adultério não isenta o conjugê da paternidade, devendo ele contestar a paternidade dos filhos concebidos durante a união.

Sobre o estado de filiação, tem-se a qualificação jurídica do parentesco entre indivíduos, no caso, pai e filho, do qual demandarão direitos e deveres a serem obedecidos por ambas as partes, mormente considerando o mencionado estado é direito imprescritível, personalíssimo e não passível de renúncia pelos envolvidos.

Por sua vez, a paternidade tem origem biológica, ou seja, o reconhecimento, *a priori*, é somente ato declaratório, seja o reconhecimento de forma espontânea ou judicial, de modo que apenas corrobora uma situação já existente.

Assim, é possível afirmar que a norma constitucional legal estampada nos arts. 226, § 7º, 227, § 6º, e 1.593, este último do Código Civil de 2002, não discrimina as espécies de parentesco ou filiação, bem como não prioriza hierarquicamente qualquer uma delas, de modo que pode haver a paternidade dupla, tanto socioafetiva quanto biológica, em hipóteses em que as partes concordarem perfeitamente, isto sem qualquer prejuízo patrimonial e extrapatrimonial.

Em suma, percebe-se que o reconhecimento da paternidade, tanto socioafetiva quanto biológica, emana efeitos irrenunciáveis por parte do pai, cuja finalidade do legislador ao impor tal condição foi de tutelar o interesse da criança e do adolescente que, nos casos de reconhecimento voluntário em que o matrimônio se dissolve com o passar do tempo, desaguando em divórcio, a prole não seja descartada como se objeto fosse, sob pena de violar, principalmente, a dignidade da pessoa humana dos infantes. E também foi pensando nisso que o legislador pátrio possibilitou o reconhecimento da dupla paternidade (voluntária e biológica), tudo no afã de resguardar o direito à herança genética e filiação do indivíduo, bem como os laços de afeto nutridos pelo pai “postição”.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMORIM, Manoel Carpena. **Reconhecimento de paternidade**. In: **Revista da EMERJ**, vol. 3, n. 9, 2000.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília. Senado, 1988.

_____. Lei n. 3.071/1916. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1916.

_____. Lei n. 10.406/2002. **Institui o Código Civil**. Senado Federal. Brasília: 2002.

_____. Lei n. 8.069/1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências**. Senado Federal. Secretaria Especial e Edição e Publicação. Brasília: 1990.

CARVALHO, Eliel Ribeiro; YUNES, Jéssica Caroline Lacerda. **Reconhecimento de paternidade e seus efeitos**. In: Jus Artigos, novembro de 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/34790/reconhecimento-de-paternidade-e-seus-efeitos>>. Acesso em fev. 2018.

COELHO, Fábio Ulhoa, **Curso de Direito Civil, Família, Sucessões**, volume 5, ed.rev. e atualizada – São Paulo: Saraiva, 2012.

DIAS, Maria Berenice. **Reconhecimento dos filhos**. Manual de Direito das Famílias. 7ª ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 27ª ed. Vol. 5. São Paulo: Saraiva, 2012.

FUGIMOTO, Denise Tiemi. **Paternidade socioafetiva e paternidade biológica: possibilidade de coexistência**. In: Jus Brasil, 2015. Disponível em: <<https://denisefugimoto.jusbrasil.com.br/artigos/151621064/paternidade-socioafetiva-e-paternidade-biologica-possibilidade-de-coexistencia>> Acesso em abr. 2018.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Do reconhecimento dos filhos**. Direito Civil Brasileiro de família. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual Elementar de Direito Civil: direito de família e das sucessões**. 12ª ed. rev. atual. 15 vol. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MADALENO, Rolf. **Direito de família em pauta**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Filiação fora do casamento. Instituições de Direito Civil: direito de família**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. **Reconhecimento de paternidade e seus efeitos**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito de Família Contemporâneo: doutrina, jurisprudência, direito comparado e interdisciplinaridade**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

QUEIROGA, Antônio Elias. **Curso de Direito Civil – Direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil. Direito de Família**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

SILVA, Jose Luiz Mônaco da. **O Reconhecimento de Paternidade**. Livraria e Editora Universitária de Direito. São Paulo, 2001.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: volume único I**. 6. ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016.

VAZ, Samira Kunzle Tristão. **Os efeitos do reconhecimento de paternidade**. Universidade Tuiuti do Paraná, Curitiba, 2011.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil - Direito de Família**. 12^a ed. São Paulo: Atlas, 2012.

VIANA, Rui Geraldo Camargo. **A Família**. In: **VIANA, Rui Geraldo Camargo e NERY, Rosa Maria de Andrade (organiz.).Temas atuais de direito civil na constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ZENI, Bruna Schindwein. **A evolução histórico-legal da filiação no Brasil**. In: **Direito em debate**. Ano XVII, nº 31, jan.-jun. 2009.

A (IN) CONSTITUCIONALIDADE NA VEDAÇÃO A ESCOLHA DE REGIME DE BENS PARA MAIORES DE 70 ANOS

LIMA, Patricia Cassia⁴
SILVEIRA, Glaucio Batista da⁵

RESUMO

O presente artigo reflete sobre a escolha e vedação do regime de bens do casamento. O casamento por ser um instituto repleto de formalidades exige a obediência a uma série de determinações legais como condições de validade. Dentre essas determinações destaca-se a vedação à escolha do regime de bens no casamento de pessoas com idade superior a setenta anos. Tal vedação se propõe a tutelar os direitos desses indivíduos, protegendo-os de pessoas mal intencionadas que veem no casamento uma oportunidade de auferir algum tipo de vantagem. Desta maneira, o presente artigo tem como problema central avaliar a (in) constitucionalidade da norma limitadora. Cabe verificar se a norma é de fato constitucional e estudar os aspectos legais do casamento, as espécies de regime de bens existentes no ordenamento jurídico brasileiro. E, por fim, se a vedação a escolha do regime de bens no casamento de pessoa com idade superior a setenta anos é constitucional ou inconstitucional.

Palavras-chave: Constitucionalidade; Dignidade; Idoso; Proteção.

ABSTRACT

This article reflects on the choice and fence of the marriage property regime. Marriage as an institute full of formalities requires obedience to a series of legal determinations as conditions of validity. Among these determinations stands out the fence to choose the regime of assets in the marriage of people over the age of seventy. Such a fence is intended to protect the rights of these individuals, protecting them from malicious people who see in marriage an opportunity to gain some kind of advantage. In this way, the present article has as central problem to evaluate the (in) constitutionality of the limiting norm. It is necessary to verify if the norm is in fact constitutional and to study the legal aspects of marriage, the species of regime of goods existing in the Brazilian legal order. And, finally, if the fence the choice of the property regime in the marriage of a person over the age of seventy is constitutional or unconstitutional.

Keywords: Constitutionality; Dignity; Old man; Protection.

⁴ Graduanda do 10º período do Curso de Direito da Faculdade Evangélica de Rubiataba, e-mail: cassiapatricia15@gmail.com

⁵ Professor orientador: Especialista em Direito, Professor do Curso de Direito da Faculdade Evangélica de Rubiataba, glaucioweb@gmail.com, Advogado e Empresário.

INTRODUÇÃO

O Direito em si está em constante evolução, normas evoluem e se alteram a todo momento. Com o direito de família não seria diferente, dentre essa evolução surge então a norma limitadora da escolha do regime de bens no casamento de pessoa com idade superior a setenta anos.

Em redação atribuída pela Lei nº 12.344/10 (BRASIL, 2010) alterou-se o quesito etário da imposição legal ao regime de separação de bens para pessoas idosas, passando da idade superior a sessenta para setenta anos.

Tal como ocorria antes da alteração legal se questiona hoje a constitucionalidade desse norma, o que provoca grandes discussões doutrinárias sobre o tema.

Assim, resta com este artigo, verificar a (in) constitucionalidade da norma que obriga a adoção do regime de separação total de bens para pessoas com idade superior a setenta anos, de forma a demonstrar que não há entendimento doutrinário pacífico sobre o tema.

Cabe estudar o instituto do casamento propriamente dito, com posterior abordagem dos regimes de bens existentes no ordenamento jurídico brasileiro, avaliar os direitos dos idosos segundo o direito brasileiro e por fim verificar as discussões doutrinárias acerca da (in) constitucionalidade da norma.

O primeiro capítulo irá tecer algumas considerações acerca dos aspectos legais do casamento, esclarecendo seu conceito e requisitos de validade, bem como os regimes de bens existentes no ordenamento jurídico brasileiro, desenvolvendo separadamente os quatro regimes.

Na parte subsequente, estudar-se-á os direitos dos idosos no direito brasileiro, possibilitando a verificação de qual ou quais direitos são afetados pela norma impositiva.

Na terceira parte, serão realizadas comparações doutrinárias, entre autores que entendem pela constitucionalidade da norma e autores que posicionam-se pela inconstitucionalidade, de modo a possibilitar a resposta ou não para o tema deste trabalho.

1 DO CASAMENTO E DOS REGIMES DE BENS RECONHECIDOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O casamento por ser reconhecido como um negócio jurídico formal e solene, demanda a obediência a certos regulamentos como pressupostos de validade do mesmo. Um desses regulamentos é a obrigatoriedade da adoção de um dos regimes de bens existentes no ordenamento jurídico brasileiro, os quais têm efeito direito no divórcio no momento da partilha de bens e no direito sucessório.

A abordagem a ser realizada, contribui sobremaneira para a solução do problema da pesquisa, uma vez que se explorará a vedação legal imposta aos cônjuges com idade superior a setenta anos, no que se refere à escolha do regime de bens do casamento.

1.1 Aspectos Legais do Casamento no Direito Brasileiro

“O casamento pode ser conceituado como a união de duas pessoas, reconhecida e regulamentada pelo Estado, formada com o objetivo de constituição de uma família e baseado em um vínculo de afeto”. (DINIZ, 2014, p. 824).

Para a doutrinadora, para a definição do termo casamento, há de ser observado o objetivo da união, que deve essencialmente buscar a constituição de família e ser alicerçada no afeto e que essa composição familiar tenha reconhecimento estatal, cuja regulamentação se dará após verificada a presença dos requisitos presentes na lei.

Antes reconhecido somente nos casos de união entre homem e mulher com o objetivo claro de constituição de uma família, o casamento, hoje, é permitido para pessoas que compõe o mesmo sexo, ou seja, houve uma diversificação em relação ao casamento, permitindo que pessoas de sexos iguais possam contrair matrimônio, e em consequência adquiram os mesmos direitos dos casais de sexos opostos, resguardados pela legislação brasileira.

“O vínculo que se estabelece a partir da constituição da sociedade conjugal é indissolúvel, não pode ser rompido senão nas hipóteses previstas em lei. As mudanças socioeconômicas proporcionaram uma relativização dessa característica”. (LISBOA, 2012, p. 32). Assim, o vínculo formado após o casamento não pode ser rompido, senão nos casos em que haja previsão legal.

O casamento é entendido como uma sociedade, uma união entre duas partes que passam a se relacionar dentro de um ambiente, como cônjuges, havendo na legislação brasileira dispositivos que determinam a forma como essa sociedade pode ser desfeita de maneira legal.

Além disso, o casamento como instituto do direito de família, exige que sejam obedecidas certas determinações legais. Assim, existem leis que regulamentam os passos a serem seguidos pelos nubentes para a validade da união, sendo que a ausência de qualquer requisito legal provoca a nulidade do vínculo firmado.

O casamento atinge um patamar de regularidade e formalidade quando atendidas todas as exigências presentes em lei, com a apresentação de inúmeros documentos comprobatórios da capacidade dos nubentes e da inexistências de impedimentos para a realização do casamento.

No que se refere aos impedimentos matrimoniais disciplina o art. 1.521 do Código Civil que não poderão se casar os ascendentes com os descendentes, os afins em linha reta, o adotante com o ex-cônjuge do adotado e vice-versa, os irmãos, sejam eles unilaterais ou bilaterais, e colaterais até o terceiro grau, o adotado com filho do adotante, pessoas casadas e o cônjuge sobrevivente com a pessoa condenada por homicídio ou tentativa de homicídio do seu consorte (BRASIL, 2002).

São causas suspensivas do casamento as situações em que o viúvo (a) tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não inventariados os bens e feita a partilha, em que a viúva ou a mulher cujo casamento se desfez, por ser nulo ou ter sido anulado, até dez meses após o começo da gravidez ou da dissolução do casamento anterior, em que não tiver sido homologada ou decidida a partilha de bens de casal divorciado, em que se pretenda o casamento de tutor, curador, seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou curatelada, enquanto não cessada a tutela ou curatela e não forem saldadas as respectivas contas (BRASIL, 2002).

As causas impeditivas e suspensivas do casamento são situações em que o casamento pleiteado pelos nubentes, não pode ser consentido e aceito pelo Estado, seja de modo definitivo na hipótese de impedimentos matrimoniais ou transitório nas causas suspensivas.

O casamento é civil e sua celebração será gratuita às pessoas que possuem capacidade para contrair matrimônio e que não possuam nenhuma causa impeditiva ou suspensiva para o casamento. Será gratuito, também, para as pessoas cuja pobreza for declarada, sob as penas da lei, a habilitação, o registro e a primeira certidão (BRASIL, 2002).

Ao casamento será dada toda a publicidade, permitindo que seja acompanhado por qualquer pessoa, sendo necessária a presença de pelo menos duas testemunhas que poderão ser parentes do casal, ou não.

“O casamento pode ser celebrado mediante procuração, por instrumento público, que outorgue poderes especiais ao mandatário para receber, em nome do outorgante, o outro contraente (CC, art. 1.542), que deve ser nomeado e qualificado”. (GONÇALVES, 2014, p. 298).

1.2 Os Regimes de Bens Existentes no Direito Brasileiro

Além das formalidades retro escritas no item anterior, há para a regular formalização do casamento a necessidade de escolha do regime de bens pelos nubentes.

Dessarte, pretende o item em questão analisar os regimes de bens existentes no ordenamento jurídico brasileiro, estudo que em muito contribui para a solução do problema da pesquisa vez que auxiliará na compreensão da norma que determina a obrigatoriedade da adoção do regime de separação de bens por pessoas com idade superior a setenta anos.

“O regime matrimonial de bens pode ser conceituado como sendo o conjunto de regras de ordem privada relacionadas com interesses patrimoniais ou econômicos resultantes da entidade familiar” (TATURCE, 2014, p. 850).

Nesse contexto a escolha do regime de bens que permeará a união entre os parceiros, se presta a regular seus interesses patrimoniais e econômicos. Em regra, os nubentes tem o direito de escolha quanto ao regime a ser adotado e que regulará sua relação.

“[...] o ordenamento coloca à disposição dos nubentes quatro diferentes regimes. São eles: Regime da Comunhão Parcial de Bens, Regime da Comunhão Universal de Bens, Regime de Separação de Bens, que pode ser legal ou convencional, e o Regime da Comunhão Final dos Aquestos.” (SOBRAL, 2014, p. 954)

A lei civil coloca à disposição do casal, quatro regimes de bens, quais sejam, o regime da comunhão parcial de bens, o regime da comunhão universal de bens, o regime da separação de bens e o regime da comunhão final dos aquestos.

Durante o momento de habilitação do casamento os nubentes deverão ditar o regime de bens que regerá o casamento. Na ausência de uma definição de regime de bens por parte dos nubentes, atualmente as uniões tem sido regidas pelo regime de comunhão parcial de bens. Nesse sentido dispõe Gonçalves (2014, p. 503):

No silêncio das partes, ou se a convenção for nula ou ineficaz, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial, por determinação do art. 1.640 do Código Civil. Por essa razão, tal regime é chamado também de regime legal ou supletivo.

Como esclarece o autor, na ausência de convenção dos nubentes, ou se esta for nula ou ineficaz, será aplicada à união o regime da comunhão parcial de bens, conhecido também por regime legal ou supletivo.

No momento de habilitação do casamento, os nubentes podem estabelecer por meio de um contrato denominado pacto antinupcial regras a serem regidas durante o casamento. Devendo esse pacto ser realizado sempre que os cônjuges não tiverem como regime de bens, o regime de comunhão parcial de bens.

“O pacto antenupcial constitui um contrato formal e solene pelo qual as partes regulamentam as questões patrimoniais relativas ao casamento (arts. 1.653 a 1.657 do CC)”

(TATURCE, 2014, p. 852). Assim, no pacto antenupcial serão introduzidos todos os regulamentos de ordem patrimonial relativos ao casamento.

Dentro os quatro regimes existentes, três são de comunhão de bens, ocorrendo com o fim da união, a partilha dos bens dos cônjuges. O regime de separação total difere-se dos outros três regimes pois afasta a partilha dos bens com o fim na união conjugal.

1.2.1 Regime de Comunhão Universal de bens

Dentre os regimes de bens do direito brasileiro, o regime de comunhão universal de bens é o que abrange uma maior quantidade de bens a serem partilhados pelos cônjuges, pois admite a partilha dos bens que existirem anteriores e posteriores ao casamento, tornando-se um cônjuge meeiro do outro dentro dessa relação. Este item, propõe-se, portanto, a examinar as principais características do regime da comunhão universal de bens.

No regime de comunhão universal de bens comunicam-se todos os bens, atuais e futuros dos cônjuges, ainda que adquiridos por apenas um deles, forma-se um condomínio conjugal, com patrimônio comum (GONÇALVES, 2014; SOBRAL, 2014).

Assim, nesse regime há a comunhão de todos os bens do casal, atuais e futuros, formando um patrimônio comum, ainda que os bens tenham sido adquiridos por apenas um dos cônjuges.

Salvo raras exceções, os bens que cada cônjuge tinha ao momento do casamento, assim como os bens adquiridos depois do casamento serão agrupados e constituirão os bens a serem partilhados pelo casal.

A administração do patrimônio comum compete a qualquer um dos cônjuges, diante da isonomia constitucional e do sistema de colaboração presente nesse regime de bens (art. 1.663 do CC). As dívidas contraídas no exercício dessa administração obrigam os bens comuns e particulares do cônjuge que os administra, e os do outro cônjuge na razão do proveito que houver auferido (art. 1.663, § 1.º) (TATURCE, 2014, p. 859)

Como justifica o autor, os bens poderão ser administrados por qualquer dos cônjuges, em razão do princípio da isonomia e do sistema de colaboração presente no regime de bens em estudo. Uma particularidade desse regime diz respeito às dívidas que surgirem na constância do casamento, vez que obrigam os bens comuns e particulares do cônjuge que os administra, e os do outro cônjuge se houver auferido algum tipo de vantagem.

Assim, no regime da comunhão universal de bens há um condomínio de bens, onde tudo o que pertencer ou vier a pertencer a um dos cônjuges, fará parte do patrimônio de ambos.

O presente estudo auxilia na compreensão do tema na medida que contribui para a demonstração dos regimes que podem ser eleitos pelos nubentes, e para dar sequência ao estudo analisará no item seguinte o regime de comunhão parcial de bens.

1.2.2 Regime de Comunhão Parcial de bens

Seguindo a análise dos regimes de bens, o regime de comunhão parcial de bens se foca na partilha dos bens existentes após o casamento, conforme o artigo 1.658 do Código Civil (BRASIL, 2002). Os bens que já existiam no momento do casamento dos cônjuges continuam a pertencer a cada um desses individualmente.

“Neste regime comunicam-se os bens que sobrevierem ao casal, na constância do casamento” (SOBRAL, 2014, p. 956). No casamento regido por este regime se comunicarão apenas os bens adquiridos durante o casamento.

A vigência do casamento é o parâmetro para a verificação dos bens comunicáveis. Se um bem é adquirido anteriormente ao casamento, não pode ser considerado como bem do casal, pois reconhecido como bem particular de um dos cônjuges pelo direito brasileiro.

Em suma, no regime de comunhão parcial, pode-se distinguir, de um lado, o patrimônio particular de cada cônjuge (composto pelos bens adquiridos antes do casamento, recebidos por doação, os proventos do trabalho pessoal, as obrigações passivas constituídas anteriormente ao matrimônio etc.) e o comum (adquiridos após o casamento, benfeitorias nos particulares, obrigações passivas em proveito da família etc.). Aquele é administrado exclusivamente pelo cônjuge que o titula, que tem inclusive o direito de dele dispor a qualquer tempo (se for imóvel e o outro cônjuge recusar a autorização, caberá o suprimento) e apenas sobre ele recaem as dívidas contraídas para a respectiva administração (CC, arts. 1.665 e 1.666) (COELHO, 2012, p. 37).

No regime da comunhão parcial de bens, distingue-se os bens particulares dos bens comuns, sendo que os particulares serão administrados exclusivamente pelo seu titular, e os comuns serão os únicos a participar de eventual partilha de bens.

O regime em estudo é a opção mais praticada nas uniões, e estabelece a separação entre bens particulares, originados de proventos anteriores ao casamento, recebidos por doação, oriundos de trabalho pessoal, e bens comuns, adquiridos na constância do relacionamento matrimonial, sendo que apenas estes últimos serão partilhados com o encerramento da união.

O estudo até então realizado, procura dar continuidade à análise dos regimes de bens existentes no ordenamento jurídico brasileiro, o que tem relação direta com o problema de pesquisa e justifica sua importância. Finalizado o estudo acerca da comunhão parcial de bens, examinar-se-á no item seguinte o regime de participação final nos aquestos.

1.2.3 Regime de Participação Final nos Aquestos

O tópico ora desenvolvido pretende tecer breves considerações acerca do regime de participação final nos aquestos, regime pouco utilizado e que disciplina a divisão entre bens particulares e bens comuns tal como é feito no regime de comunhão parcial de bens, mas com diferenças bem particulares, que passa a explorar.

Nasce de convenção, dependendo, pois, de pacto antenupcial. Cada cônjuge possui patrimônio próprio, com direito, como visto, à época da dissolução da sociedade conjugal, à metade dos bens adquiridos pelo casal, a título oneroso na constância do casamento (GONÇALVES, 2014, p. 524).

Esse regime de bens deve ser instituído por meio de um pacto antinupcial, pois deverá ter a transcrição dos bens que existirem no momento da união, para se ter uma compreensão dos bens particulares de cada nubente, não sendo eles comunicáveis.

No regime de participação final dos aquestos partilha-se tão somente os bens adquiridos a título oneroso na constância do casamento, em caso de eventual dissolução da sociedade conjugal.

O esforço comum do casal é o parâmetro para se saber quais os bens serão partilhados pelo casal. Para tanto, os bens que forem particulares, independentemente de serem adquiridos antes ou durante a união não serão partilhados.

O artigo 1.672 do Código Civil menciona que os cônjuges terão direito aos bens que forem conseguidos pelo esforço em comum dos cônjuges. Ficando a metade desses bens disposta a cada meeiro, somente aqueles que forem comprados durante a união dos cônjuges, com a colaboração de ambos (BRASIL, 2002).

Assim, somente aqueles bens adquiridos por esforço comum dos cônjuges será partilhável, cabendo a cada um dos cônjuges a metade dos bens nos quais houve colaboração mútua.

É, na realidade, um regime de separação de bens, enquanto durar a sociedade conjugal, tendo cada cônjuge a exclusiva administração de seu patrimônio pessoal, integrado pelos que possuía ao casar e pelos que adquirir a qualquer título na constância do casamento, podendo livremente dispor dos móveis e dependendo da autorização do outro para os imóveis (CC, art. 1.673, parágrafo único). Somente após a dissolução da sociedade conjugal serão apurados os bens de cada cônjuge, cabendo a cada um deles – ou a seus herdeiros, em caso de morte, como dispõe o art. 1.685 – a metade dos adquiridos pelo casal, a título oneroso, na constância do casamento (GONGALVES, 2014, p. 524).

Como insinua o autor, ao regime em estudo será aplicado o regime da separação de bens na constância da união, sendo que somente após a sua dissolução serão apurados os bens particulares de cada cônjuge, sendo reconhecido o direito de cada um a metade dos bens adquiridos a título oneroso na constância do casamento.

Partindo do exposto, no regime da comunhão final nos aquestos, haverá a separação de bens particulares e comuns, sendo comuns os bens adquiridos a título oneroso na constância do casamento, e serão os únicos a serem partilhados em caso de dissolução da sociedade conjugal.

Dito isto, passar-se-á ao estudo do quarto e último regime reconhecido pelo ordenamento jurídico brasileiro, o regime da separação total dos bens.

1.2.4 Regime de Separação Total de bens

Dentre os regimes analisados pela pesquisa, este se apresenta como o apogeu para a conclusão do presente trabalho, especialmente pelo fato de que a problemática gira em torno da discussão acerca da vedação a escolha de regime de bens em determinada idade e instituição do regime de separação de bens como o único aceitável.

No regime da separação total de bens ocorre o isolamento patrimonial dos cônjuges, pode ser convencional, com origem em pacto antenupcial ou legal, também conhecido como obrigatório (SOBRAL, 2014; TARTUCE, 2014).

A grande singularidade desse regime é a incomunicabilidade dos bens, independentemente do momento em que esses foram adquiridos, anteriores ou posteriores casamento, vedando portanto a existência de uma formação patrimonial pelo casal.

No regime da separação absoluta, nenhum dos bens dos cônjuges, anteriores ou posteriores ao casamento, se comunicam (CC, art. 1.687). A administração e a livre disponibilidade desses bens é titulada exclusivamente pelo cônjuge a quem pertence, que prescinde da anuência do outro para alienar ou onerar bens imóveis, assim como para fazer doações. Não há nenhuma comunicação entre os bens de cada cônjuge, no regime da separação absoluta. Salvo no tocante às despesas do casal — que, a exemplo do que se verifica nos demais regimes, são custeadas por contribuições proporcionais de cada cônjuge (art. 1.688) —, o casamento celebrado nesse regime não produz efeitos patrimoniais. (COELHO, 2012, p. 37).

O regime de separação de bens permite a liberdade patrimonial dos cônjuges, sendo os únicos responsáveis pela gerência do seu respectivo patrimônio, com livre disposição de todos eles, sem precisar da anuência do cônjuge, pois não existe patrimônio comum.

[...] ambos os cônjuges são obrigados a contribuir para as despesas do casal na proporção dos rendimentos de seu trabalho e de seus bens. Podem, no entanto,

estabelecer, no pacto antenupcial, a quota de participação de cada um ou sua dispensa do encargo (CC, art. 1.688), bem como fixar normas sobre a administração dos bens. (GONÇALVES, 2014, p.527)

Os cônjuges serão igualmente responsáveis pelas despesas do casal, contribuindo de acordo com seus rendimentos. No entanto, podem estabelecer em pacto antenupcial a quota parte de cada um ou a dispensa de contribuição de qualquer deles.

O regime da separação total de bens será facultado aos cônjuges que desejam ter uma maior liberdade de patrimônio, no entanto a lei civil elenca três situações em que é obrigatória a adoção do regime da separação total de bens, são elas, a presença de alguma causa suspensiva, cônjuge com idade superior a setenta anos e casamento de pessoas que precisarem de suprimento judicial para casarem-se (BRASIL, 2002).

Dessa maneira, a adoção do regime de separação total de bens será facultada aos nubentes. No entanto, há casos em que há uma imposição legal do regime, aqui se destaca a situação do cônjuge com idade superior a setenta anos, tema objeto da pesquisa.

Os regimes de bens ao serem abordados adentram de forma sucinta no tema da pesquisa, apresentando aspectos gerais a serem mencionados e compreendidos acerca do instituto do casamento.

Tal estudo foi de extrema importância para a solução da problemática proposta, já que associa os diferentes regimes de bens facultados aos nubentes no momento preparatório do casamento, e em especial elenca o regime de separação total de bens, esclarecendo que será obrigatório para as pessoas com idade superior a setenta anos.

Agora, oportuno entender os direitos dos idosos, especialmente aqueles referentes à valorização da dignidade humana, direitos que serão esclarecidos no capítulo seguinte.

2 DA PROTEÇÃO DO IDOSO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Aos idosos são assegurados inúmeros direitos previstos em diferentes instrumentos normativos brasileiros, além de direitos gerais aplicados a todos os indivíduos indistintamente. A eles são garantidos direitos particulares, próprios de sua faixa-etária.

Com o passar dos anos se afiguram novas concepções do que seja idoso, isso se dá principalmente pelo aumento da expectativa de vida do ser brasileiro, que segundo dados do IBGE é de 75,8 (setenta e cinco anos e oito meses) (BRASIL, 2017).

Nessa linha o presente capítulo procura delimitar os principais direitos dos idosos estabelecidos no ordenamento jurídico brasileiro, com a finalidade de demonstrar o grau de

proteção do indivíduo, com atenção especial ao direito de liberdade que tem relação direta com o problema da pesquisa.

2.1 Os Direitos dos Idosos no Direito Brasileiro e a Proteção a Dignidade da Pessoa Humana

A estipulação de direitos aos idosos busca reconhecer o esforço de pessoas que contribuíram para a evolução da sociedade e garantir-lhes uma velhice saudável. Sabendo de sua existência, importante discorrer acerca desses direitos, para que seja possível a verificação de sua amplitude, especialmente no que se refere à autonomia de vontade, estudo que implica diretamente no problema monográfico.

Reconhecer o direito dos idosos é medida impositiva à sociedade e aos legisladores, que devem se empenhar em propagar a existência de leis protetivas e possibilitar a ampla proteção desses indivíduos.

A proteção aos direitos dos idosos alcança seu objetivo no momento que a experiência adquirida com os anos pode em conjunto com as leis lhes trazer confiança para desempenhar certas atividades e ainda integrá-los com a sociedade.

Garantir o direito aos idosos é a certeza de um futuro melhor a todos os aqueles que passarão pela velhice, é pensar em uma forma de retribuir àqueles que contribuíram para o desenvolvimento da sociedade.

Cabral (2012, p. 03) escreve:

Falar-se nos direitos das pessoas idosas é cuidar-se dos direitos daqueles seres humanos a quem tudo devemos. São eles os responsáveis pelos ensinamentos que colhemos ao longo da vida e também pelas boas realizações do mundo e da humanidade. Então, o primeiro dever da sociedade é reconhecê-los como seres humanos dignos de todo o respeito e gratidão. Os idosos possuem todos os direitos que a generalidade das pessoas detém e mais alguns direitos específicos em razão da especial fase da vida em que se encontram.

Não se pode falar dos direitos dos idosos, sem reconhecer sua riquíssima contribuição para o meio societário, já que necessário reconhecê-los como indivíduos dignos de respeito e gratidão para entender e respeitar de forma plena seus direitos.

É, portanto, cristalina a importância dos idosos para a formação cultural, social e econômica da sociedade, visto que foram eles os agentes sociais que permitiram o desenvolvimento da sociedade tal como se conhece atualmente.

Como esclarece Kasumi et.al (s/d, p. 01):

A idade considerada idosa pela Organização Mundial da Saúde (OMS) é estabelecida conforme o nível sócio-econômico de cada nação. Em países em desenvolvimento, é considerado idoso aquele que tem 60 ou mais anos de idade. Nos países desenvolvidos, a idade se estende para 65 anos.

Se extrai da informação supratranscrita que idoso é a pessoa que possui sessenta anos ou mais, em países em desenvolvimento, idade que se estende para sessenta e cinco anos nos países desenvolvidos.

A definição de idoso e a delimitação de uma faixa etária se torna fundamental para a compreensão da gama de direitos protegidos a esses indivíduos e o tratamento especial a eles destinado.

“Os direitos das pessoas com mais de 60 anos não se resumem a poder pegar a fila preferencial ou andar de ônibus de graça. Mas, apesar de o Estatuto já ter completado dez anos, a maioria dos brasileiros costuma conhecer apenas esses direitos mais manjados” (NAVALON, 2014, online).

O Estatuto vai além dos direitos ao transporte gratuito em ônibus, poltronas, assentos e filas preferenciais, ele abrange outras tantas garantias que intencionam prover uma vida digna aos idosos.

O Estatuto do Idoso estabelece que os idosos, com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, gozam dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana e, que "é obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público", assegurar-lhes, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária. Após longos sete anos de tramitação no Congresso Nacional, o Estatuto do Idoso vem ao encontro dos anseios da população idosa, estabelecendo garantias necessárias à manutenção digna das condições de vida de seus titulares. Corroborando com as disposições sanitárias consagradas na Constituição Federal de 1988, emergem na Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, diversos programas normativos, notadamente aqueles relacionados à saúde, os quais estabelecem competência para sua efetivação, bem como as mais diversas garantias relativas à saúde (DIAS, 2012, p.14).

O referido estatuto, veio para atender os anseios da população idosa, aqui entendidos aqueles com idade igual ou superior a sessenta anos, estabelecendo as garantias necessárias para a manutenção de uma vida digna. Nestes termos o Estatuto do Idoso foi de suma importância para resguardar os direitos de pessoas nessa faixa etária.

O Estatuto contempla garantias e direitos com a finalidade de assegurar os interesses dos idosos, possibilitando-lhes uma melhor qualidade de vida, com igualdade de direitos e respeito à dignidade da pessoa humana. Além de colaborar para a punição daqueles que praticam ações contrárias ao texto legal.

Os direitos dos idosos são extremamente amplos. Assim, deve-se garantir que esses direitos cheguem a eles, possibilitando-lhes uma vida melhor, uma resposta da sociedade às contribuições culturais e sociais que se deram na formação da sociedade.

O Estatuto do Idoso foi um grande avanço para a promoção e proteção dos direitos dos idosos. Dito isto, poderão os idosos se valer de meios efetivos de proteção aos seus direitos, com vistas a ampliar sua qualidade de vida e interação social, respeitada sua faixa etária.

Como estudado o estabelecimento de direitos aos idosos procura reconhecer o esforço das pessoas dessa faixa etária para entender quão importante é a garantia desses direitos.

Ademais, é assegurado a pessoa idosa a capacidade para o exercício de todos os direitos civis, enquanto não declarada sua incapacidade. A simples implementação da faixa etária conceituada como idosa, não lhe incapacita.

Esses direitos deverão ser assegurados conjuntamente pela família, pela comunidade, pela sociedade e pelo poder público, sendo estes responsáveis por manter os idosos afastados de práticas violentas e situações de descaso.

Cabe à família o dever principal de amparar a pessoa idosa, contudo é nesse meio que ocorrem as mais recorrentes situações de violência física, psicológica e financeira.

Embora haja uma imposição legal de defesa aos idosos, em caso de eventual violência ou ameaça a direito é permitida a adoção de medidas repressivas aplicadas pelo Ministério Público ou pelo Poder Judiciário, a requerimento do primeiro.

Por conseguinte, propõe o terceiro capítulo estabelecer um debate acerca da constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma que veda a escolha do regime de bens para casamentos de pessoas com idade superior a setenta anos.

Devidamente abordado, em oportunidade anterior o casamento e os regimes adotados no ordenamento jurídico brasileiro, bem como verificados os principais direitos dos idosos, pretende o capítulo em apreço questionar a constitucionalidade da norma que veda o exercício do direito à liberdade de escolha das pessoas com idade superior a setenta anos, quanto a escolha do regime de casamento.

Conquanto, a lei civil pretenda proteger o patrimônio do idoso com idade superior a setenta anos, assenta na vedação o questionamento acerca da constitucionalidade da norma, já que atinge direito fundamental inerente a própria pessoa humana, qual seja a dignidade da pessoa humana.

Proibir o indivíduo de optar por quaisquer dos regimes de casamento previstos no Código Civil, afeta por evidente o livre arbítrio da pessoa, a qual se acaba por instituir uma espécie de interdição de direitos, com argumento na idade tida como avançada.

Feita esta breve introdução, utilizar-se-á no presente de doutrinas, leis, artigos e demais instrumentos de pesquisa encontrados na internet, que auxiliarão na solução da problemática proposta, qual seja, analisar a constitucionalidade da norma regulamentadora da vedação de escolha do regime de casamento, por pessoa maior de setenta anos.

O capítulo irá discutir os argumentos doutrinários e jurisprudenciais que defendem a constitucionalidade da norma, bem como os argumentos pela declaração de inconstitucionalidade.

3 DA (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO A ESCOLHA DO REGIME DE BENS NO CASAMENTO DE PESSOAS COM IDADE SUPERIOR A SETENTA ANOS

Devidamente abordado, em oportunidade anterior o casamento e os regimes adotados no ordenamento jurídico brasileiro, bem como verificados os principais direitos dos idosos, pretende o capítulo em apreço questionar a constitucionalidade da norma que veda o exercício do direito à liberdade de escolha das pessoas com idade superior a setenta anos, quanto a escolha do regime de casamento.

Conquanto, a lei civil pretenda proteger o patrimônio do idoso com idade superior a setenta anos, assenta na vedação o questionamento acerca da constitucionalidade da norma, já que atinge direito fundamental inerente a própria pessoa humana, qual seja a dignidade da pessoa humana.

Proibir o indivíduo de optar por quaisquer dos regimes de casamento previstos no Código Civil, afeta por evidente o livre arbítrio da pessoa, a qual se acaba por instituir uma espécie de interdição de direitos, com argumento na idade tida como avançada.

3.1 Discussões Acerca da (In) Constitucionalidade do Art. 1641, II, do Código Civil

O recém alterado art.1641, II, do Código Civil, que até 2010 estabelecia a imposição do regime de separação de bens, aos nubentes com idade superior a 60 (sessenta) anos, expressa atualmente a obrigatoriedade do regime de separação de bens no casamento para pessoas maiores de 70 (setenta) anos, em razão da alteração da expectativa de vida do brasileiro (BRASIL, 2002).

Por esse dispositivo pessoa com idade superior a 70 (setenta) anos que pretenda contrair matrimônio deverá satisfazer-se com o regime de separação de bens, haja vista que em razão da idade não tem a liberdade de optar por regime diverso.

Como se extrai dos ensinamentos acima transcritos, a antiga redação do inciso II, do art. 1641, do Código Civil (BRASIL, 200), estabelecia regime obrigatório de separação total de bens aos que se casassem após os 60 (sessenta) anos.

Com o aumento da expectativa de vida da população brasileira essa norma foi alterada em 2010, por meio da Lei nº 12.344, modificando para 70 (setenta) anos a idade em que se torna obrigatório o regime da separação de bens.

A manutenção da norma limitadora foi de acordo com o doutrinador, justificada pelo Senador Josaphat Marinho, em razão da necessidade de uma proteção legislativa capaz de proteger as pessoas com idade superior a 70 (setenta) anos e seus familiares, sem se importar com a liberdade desses indivíduos tomarem suas próprias decisões.

Contrário à norma o Conselho Nacional de Justiça propôs formalmente sua revogação, apresentando sua contrariedade no Enunciado nº 125 da I Jornada de Direito Civil (BRASIL, 2002):

A norma que torna obrigatório o regime da separação absoluta de bens em razão da idade dos nubentes não leva em consideração a alteração da expectativa de vida com qualidade, que se tem alterado drasticamente nos últimos anos. Também mantém um preconceito quanto às pessoas idosas que, somente pelo fato de ultrapassarem determinado patamar etário, passam a gozar da presunção absoluta de incapacidade para alguns atos, como contrair matrimônio pelo regime de bens que melhor consultar seus interesses.

Pelo enunciado o texto do dispositivo tem caráter discriminatório, tendo em conta que simplesmente pelo fato de atingirem determinado patamar etário, gozam de presunção absoluta de incapacidade, sendo privados do direito de escolher o regime de bens ao contrair matrimônio.

Daí discute-se a constitucionalidade da norma, já que em tese estaria ofendendo normas constitucionais, que são hierarquicamente superiores. Nesse sentido, prelecionam Rosenvald e Chaves (2010, p. 244-245):

Efetivamente, trata-se de dispositivo legal inconstitucional, às escâncaras, ferindo frontalmente o fundamental princípio da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III) por reduzir a sua autonomia como pessoa e constrangê-lo pessoal e socialmente, impondo uma restrição que a norma constitucional não previu.

Para os autores o dispositivo legal seria indiscutivelmente inconstitucional, isso porque, a restrição de escolha ao regime de bens do casamento fere frontalmente o princípio da dignidade da pessoa humana por limitar a autonomia de vontade dos contraentes e por constranger pessoal e socialmente pessoa maior de 70 (setenta) anos, com restrição não prevista constitucionalmente.

Extrai-se, outrossim, do ensinamento dos autores, que é impositiva a declaração de inconstitucionalidade de norma que reduz a autonomia de um indivíduo, impondo-lhe limite não previsto constitucionalmente, e atinge direito tido como fundamental pela lei máxima.

Restringir a autonomia de vontade de pessoa que mesmo com idade tida por avançada, está com saúde mental estável, viola o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, princípio norteador de todos os demais princípios constitucionais, o que leva a inconstitucionalidade da norma restritiva.

Sobre o princípio da dignidade da pessoa humana esclarece Tavares (2012, p.589):

A dignidade do Homem não abarcaria tão somente a questão de o Homem não poder ser um instrumento, mas também, em decorrência desse fato, de o Homem ser capaz de escolher seu próprio caminho, efetuar suas próprias decisões, sem que haja interferência direta de terceiros em seu pensar e decidir, como as conhecidas imposições de cunho político-eleitoral (voto de cabresto), ou as de conotação econômica (baseada na hipossuficiência do consumidor e das massas em geral), e sem que haja, até mesmo, interferências internas, decorrentes dos, infelizmente usuais, vícios.

Em defesa da inconstitucionalidade do dispositivo legal estabelece Dias (2010) que a limitação é uma afronta ao princípio da liberdade. Assim a limitação estaria em desacordo com a lei máxima brasileira, por atingir direito constitucional fundamental.

À vista do que preleciona a autora, as uniões que se consolidam sem o formalismo do casamento, concedem uma maior liberdade para os interessados, os quais podem estipular contratualmente, de que maneira será partilhado o patrimônio em caso de separação do casal, sem qualquer restrição.

Daí se questiona, se não há limitação na escolha do regime de bens na união estável, cujo procedimento é menos formal, por que limitar a escolha no casamento? Não há motivo que justifique a limitação, portanto, a norma é inconstitucional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após aprofundado estudo do tema e levantadas considerações importantes sobre o dispositivo legal que veda ao nubente com idade superior a 70 (setenta) anos de optar segunda a sua própria vontade por regime de bens que atendam a seus interesses, chegou-se a uma importante conclusão no que se refere a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma regulamentadora.

Atualmente a posição mais acertada seria a tese pela inconstitucionalidade da norma, já que afronta o princípio da dignidade da pessoa humana, além de aferir-se que já não subsiste fundamento para sua permanência.

Tal afirmação se confirma, pela possibilidade da pessoa com idade superior a 70 (setenta) anos, unir-se em união estável, instituto que adota por natureza o regime de comunhão parcial de bens, bem como pela ausência de proibição legal para a disposição de bens em favor do cônjuge mediante termo de doação.

Dessa maneira, o ideal é a declaração de inconstitucionalidade da norma, haja vista que afronta princípio constitucional e cria uma espécie de discriminação em relações de natureza semelhante, no caso casamento e união estável, além de existirem meios para a comunicabilidade e disposição de bens como estudado no presente artigo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Código Civil Brasileiro**: Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF, texto publicado no Diário Oficial da União em 11.1.2002.

_____. Conselho da Justiça Federal. **Jornadas de Direito Civil I, II, III e IV**: Enunciados Aprovados. Disponível em:<<http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf>>. Acesso em: 21 mar. 2018.

DIAS, Maria Berenice. **Art. 1.641: inconstitucionais limitações ao direito de amar**. 2009. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_758\)1__art._1641__inconstitucionais_limitecoes_ao_direito_de_amar.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_758)1__art._1641__inconstitucionais_limitecoes_ao_direito_de_amar.pdf)>. Acesso em: 21 mar. 2018.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FIGUEIREDO, Ramon Gama; CABRAL, Hideliza Lacerda Tinoco Boechat. **A (In) Constitucionalidade da Imposição do Regime Da Separação de Bens às Pessoas com idade superior a setenta anos**. 2012. Disponível em:<http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/15_02_2012%20regime%20de%20bens%20inconstitucionalidade.pdf>. Acesso em: 21 mar. 2018.

LÔBO, Paulo. **Direito civil**: famílias. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito de família**: direito matrimonial. Campinas: Bookseller, 2001.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1960; 38 ed. (Regina Beatriz Tavares da Silva. atualização), 2007, v. 2.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família: Lei nº 10.406, de 10.01.2002-** Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

**A AUDIÊNCIA PRELIMINAR DE CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO PREVISTA PELO
ARTIGO 334 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO E A (IN)
APLICABILIDADE NAS AÇÕES DE ALIMENTOS NOS ANOS DE 2016 A 2017 NA
COMARCA DE CRIXÁS A LUZ DO CPC/2015**

Alessandra dos Santos Oliveira⁶
Priscila Karoline Oliveira Fortunato⁷
Mikhaelly Mendes de Oliveira⁸

A presente pesquisa tem como tema a audiência preliminar de conciliação e mediação judicial nas ações de alimentos nos anos de 2016 a 2017 após a entrada do artigo 334 do Código de Processo Civil/2015 em vigor. Buscando, averiguar se houve aplicabilidade ou inaplicabilidade dos objetivos dessa referida norma nas ações de alimentos entre os anos de 2016 e 2017 na Comarca de Crixás? O surgimento de lides no seio da sociedade invoca a presença do Estado para que se possa dirimir esses problemas e que após a análise processual se delimite a parcela de direito a quem o pertencer, observados todas os requisitos processuais civilista do Brasil e as provas apresentadas pelos sujeitos processuais. Por conseguinte, os meios alternativos de resolução das divergências evidenciam a adoção de uma nova perspectiva a respeito do acesso à justiça, promovendo a celeridade e eficácia na prestação jurisdicional, destacando o artigo 334 do Novo CPC. Metodologicamente, na produção do referido trabalho será utilizado o prisma dialético e pesquisa de campo, com abordagem qualitativa e objetivos exploratórios e também pesquisa bibliográfica e documental do assunto, incluindo legislações, trabalhos acadêmicos. A justificativa para desenvolver a pesquisa é a noção irá contribuir para elevar o nível do conhecimento da ciência no campo estudado e conseqüentemente estimulará a realização de novas pesquisas, pois o presente tema estudado possibilitará diversos benefícios. Para alcançar o resultado, discute-se a realização da audiência preliminar de conciliação e mediação a luz do artigo 334 Novo Código de Processo Civil, vigente desde o ano de 2015 e que implementou diversas medidas processuais a serem aplicadas pelas Comarcas, dentre elas a exigência das audiências prévias de conciliação. O processo constituiria o meio pelo qual o Estado resolveria as crises entre as partes, decidindo com a sentença a quem cabe dos que invocaram a prestação estatal o direito. Em suma, os processos judiciais são os meios utilizados pelo Poder Judiciário para se chegar à conclusão e resolver as demandas no seio da sociedade, fazendo com que as partes que litigam tenham um auxílio estatal para solucionar essa demanda e possam resolver essas pendências através da participação imparcial do Estado por meio do juiz. Porém, a presença e participação estatal do Estado na resolução das lides se faz debatida na atualidade, visto a dificuldade do acesso ao Poder Judiciário, que impede uma parcela da sociedade, geralmente menos favorecida, tenha a oportunidade de dirimir os conflitos que se apresentam pela via judicial, revelando uma das faces da desigualdade social, que impede o acesso de todos a esse direito no país e a ter essa proteção dos direitos por parte do Estado. Esse acesso à justiça quando comprometido por fatores externos representa um problema que certamente impede que conflitos sejam solucionados pela via judicial, realçado pela impossibilidade de algumas pessoas em poder pagar pelos altos custos dos processos, incluindo os valores a serem pagos para os

⁶ Acadêmica do 10º período de Direito pela Faculdade Evangélica de Rubiataba. Email: alessandrasantosoliver96@gmail.com.

⁷ Bacharel do curso de Direito pela Faculdade Evangélica de Rubiataba. Email: priscila.karoline@hotmail.com

⁸ Acadêmica do 10º período de Direito pela Faculdade Evangélica de Rubiataba. Email: mikhaelly01@hotmail.com

advogados. O acesso ao Poder Judiciário no Brasil se torna caro para uma parte da sociedade, que não tem condições financeiras para contratar representantes e ficam à espera de auxílio de defensores públicos ou até mesmo não entram na justiça para dirimir esses conflitos. A demora processual constitui outro problema brasileiro referente ao Poder Judiciário, proporcionado pelo excesso de processos que abarrotam as comarcas brasileiras. A ótica popular atenta para a dificuldade de se propor a solução de um conflito por parte dos litigantes e a lentidão em solucionar as demandas após conseguirem pleitear a intervenção estatal fatores que fazem com que pessoas tenham uma concepção negativa sobre o Poder Judiciário. Cristalina então é a dificuldade do Estado em se impor em meio a essas divergências, inteirando a todos o sentimento de mudança, de verticalizar a efetividade estatal do Poder Judiciário e amenizar situações que por natureza já demonstram um despreparo das próprias pessoas por não haver um consenso entre os litigantes e necessitar dessa interferência estatal para dirimir esses conflitos. O Novo Código de Processo Civil não é totalmente inovador, mantendo institutos e regras do diploma legal revogado, mas mesmo nessas partes a obra foi inteiramente revista e adaptada às novidades advindas do novo diploma processual. O objetivo do Poder Judiciário em meio a essas mudanças contidas no Código de Processo Civil volta-se para enxugar a demanda processual, sanar a maior quantidade de conflitos possível e recuperar o atraso estrutural brasileiro, admitindo a necessidade de se impor uma resposta mais célere do Poder Judiciário. Uma possível solução para dar mais celeridade aos processos veio com a imposição no Código de Processo Civil de 2015 com o que disciplina o artigo 334, ao qual delimitou a realização da audiência preliminar de conciliação, como forma judicial de se resolver os conflitos mediante a definição de um acordo entre os conflitantes, constituindo o primeiro ato processual a ser realizado. Quando ausente a possibilidade de se resolver o conflito amigavelmente, invoca-se a via judicial para solucionar essa demanda, por meio da ação, que representará o impulso para o juiz se manifestar e direcionar os atos processuais que se prosseguirão. Dentro do procedimento comum no processo civil brasileiro atualmente, quando o autor entra com a ação e presentes os requisitos legais, ao invés de haver o despacho para manifestação da parte ré, o juiz determina que se cite as partes para proceder o comparecimento a audiência preliminar de conciliação e mediação. Pelo Novo Código de Processo Civil, as partes que estão em litígio devem durante a sua manifestação inicial se posicionar a favor ou contra a realização das audiências preliminares de conciliação, como estabelece o artigo 334 do Novo Código de Processo Civil. A manifestação da parte ré anterior a realização da audiência, não se posicionando a favor da audiência preliminar de conciliação e mediação, pode ocorrer mediante o protocolo de petição desde que cumprido um prazo não superior a dez dias anterior à data marcada para a referida audiência. Desse modo, as partes litigantes manifestarão quando os atos processuais exigirem sobre a possibilidade de realização dessa audiência preliminar, sendo esses momentos para o autor quando for entrar com a petição inicial deve dizer sobre o interesse da realização dessas audiências e ao réu a medida que conteste a ação inicial deve dizer sobre a vontade de realização da audiência preliminar. É oportuno levantar que a realização da audiência preliminar de conciliação quando não requerida pelas partes conflitantes, ou seja, quando os dois se manifestarem contrários a sua realização podem levar a não realização dessa audiência. Bastando somente uma das partes manifestarem o interesse na audiência para que ela possa ser marcada. Por consequência, a audiência de conciliação e mediação preliminar não ocorrerá quando houver o indeferimento da petição inicial por parte do juiz, não haverá também a realização da audiência preliminar obrigatória estabelecida pelo artigo 334 do Novo Código de Processo Civil. A exteriorização sobre a não realização dessas audiências preliminares de conciliação se oficializa com a manifestação dupla dos litigantes, nunca de forma unilateral, devendo ambos requererem pela não realização da mesma. Quando somente uma das partes se manifestar contrária a realização das audiências ou então ambos quiserem que seja realizada a audiência, deverá ser marcada a data de realização da audiência preliminar de conciliação por meio de despacho pelo nobre julgador, que ao tomar conhecimento da petição inicial protocolada pelo autor verificará a presença dos requisitos

processuais e quando presentes marcar essa data. Como citado, o ato judicial que delimita a realização da audiência preliminar de conciliação e mediação é por meio de despacho, aceitando a inicial e demarcando a data para a audiência preliminar, que prosseguirá com a observação dos requisitos legais como a intimação pessoal do réu dentro de um prazo mínimo de vinte dias anteriores a realização dessa audiência, ao autor, a intimação deverá ser direcionada ao autor da ação. Em contrapartida para o Estado a realização dessa audiência preliminar pode ocasionar para o Estado a diminuição dos custos processuais com a solução rápida do processo. Constituindo essa uma das motivações para o incentivo desacerbado da composição judicial e as campanhas que tentam orientar as pessoas relativo a rapidez de se propor e aceitar os acordos durante a realização dessas audiências preliminares de conciliação. O Estado ao divulgar e orientar as pessoas quanto a composição dos conflitos durante essas audiências preliminares de conciliação tentam reduzir os gastos com as demandas processuais e impondo as partes uma solução para ambas os litigantes e o Estado. Com a presente pesquisa foi possível obter o resultado conclusivo que no ano de 2017, houve a implantação dos processos eletrônicos na Comarca de Crixás, chamado de PROJUDI, no Estado de Goiás. Naturalmente tendo um condicionamento e celeridade maior que os processos físicos que foram anteriormente apresentados nessa fase da pesquisa monográfica. Pelos dados do PROJUDI, apresentados pela Escrivania de Família referentes a processos eletrônicos que tenham como finalidade a discussão de alimentos, sete processos foram apresentados, onde somente um deles não houve a marcação da audiência preliminar de conciliação e mediação, não sendo essa realizada por esse motivo. Desse total de sete processos de alimentos eletrônicos, quatro foram realizadas com a formalização de acordos entre os litigantes, mostrando uma mudança de comportamento, semelhante ao apresentado pelos processos físicos no ano de 2017.

Palavras-chave: Audiência. Comarca de Crixás. Conciliação. Mediação. Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS

AMENDOEIRA JR., Sidnei. **Manual de direito processual civil, volume 2:** teoria geral dos recursos; recursos em espécie; ações impugnativas autônomas; liquidação e cumprimento da sentença / Sidnei Amendoeira Jr. – São Paulo, Saraiva, 2012.

ASSUNÇÃO, Daniel Amorim Neves. **Manual de direito processual civil – Volume único.** 8. ed. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

AZEVEDO, André Gomma de; BUZZI, Marco Aurélio. **Novos desafios para a mediação e conciliação no novo CPC: artigo 334.** Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2016-nov-11/novos-desafios-mediacao-conciliacao-cpc-artigo-334>>. Acesso em 05 de mai. 2018.

BARROS, Gabriela. **Princípios Processuais e sua aplicabilidade.** Disponível em: <<https://gvlbarros.jusbrasil.com.br/artigos/313340867/principios-processuais-e-sua-aplicabilidade>>. Acesso em 11 de abr. 2018.

BRANDÃO, Gorette. **Novo Código de Processo Civil abre portas para uma Justiça mais ágil e descomplicada.** Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/m>>

aterias/2015/03/20/novo-codigo-de-processo-civil-abre-portas-para-uma-justica-mais-agil-e-descomplicada. Disponível em: 10 de abr. 2018.

BRASIL. *Código de processo civil*: Lei n.13.105, de março de 2015. Publicador: Brasília: Senado Federal, 2015.

CARVALHO, Gustavo Coelho. **Os princípios constitucionais**. Disponível em:<<https://jus.com.br/artigos/2515/os-principios-constitucionais-da-ampla-defesa-e-do-contraditorio-e-os-limites-de-intervencao-do-poder-judiciario-nos-partidos-politicos>>. Acesso em 01 de fev. 2018.

DUARTE, Zilmar. **Conciliação e Mediação no Novo CPC: interstício reflexivo**. Disponível em:<<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/novo-cpc/conciliacao-e-mediacao-no-novo-cpc-intersticio-reflexivo-08062015>>. Acesso em 12 de abr. 2018.

GODOI, Cintia Magalhães. **A revelia e seus efeitos**. Disponível em:<<https://jus.com.br/artigos/17551/a-revelia-e-seus-efeitos>>. Acesso em 11 de abr. 2018.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito processual civil esquematizado**. 2ª edição. Revista e atualizada São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Rodrigo Zveibel. **Novo CPC: principais mudanças**. Disponível em:<<http://rodrigozveibel.jusbrasil.com.br/artigos/158655907/novo-cpc-principais-mudancas>>. Acesso em 03 abr. 2018.

LEITE, Gisele Pereira Jorge. **Sobre o princípio do contraditório**. Disponível em:<http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8210>. Acesso em 08 de abr. 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novo Curso de Processo Civil**. Editora Revista dos Tribunais. 2015.

MARQUES, Pedro Ivo. **O princípio do Juiz Natural**. Disponível em:<http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=5191>. Acesso em 10 de abr. 2018.

MORENO, Márcio. **Aprovado Novo Código de Processo Civil**. Disponível em:<<http://marciomorena.jusbrasil.com.br/artigos/121944027/aprovado-novo-codigo-de-processo-civil>>. Acesso em 14/04/2015.

NUNES, Gustavo Henrique Schneider. **As formas do contraditório no processo civil**. Disponível em:<<http://jus.com.br/artigos/24319/as-formas-do-contraditorio-no-processo-civil>>. Acesso em 08 de abr. 2018.

SOUZA, Vera Leiliane Alves de. **A repercussão geral e a relação entre o princípio do acesso à justiça e outros princípios constitucionais processuais**. Disponível em:<http://www.evocati.com.br/evocati/interna.wsp?tmp_page=interna&tmp_codigo=553&tmp_secao=15&tmp_topico=direitoproccivil&wi.redirect=YST4FK0WMA7A9AGGP6JN>. Acesso em 22 de mar. 2018.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum** – vol. III / Humberto Theodoro Júnior. 47. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

VELOSO, José Ribamar Júnior. **O princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa no processo administrativo disciplinar**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8497>. Acesso em 12 de abr. 2018.

VIANA JÚNIOR, Dorgival. **Conciliação e Mediação**. Disponível em:<<https://www.novocpcbrasileiro.com.br/audiencia-de-conciliacao-mediacao-obrigatoria-no-novo-cpc/>>. Acesso em 10 de mai. 2018.

IMPACTOS DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO TERCEIRIZADO NO DIREITO TRABALHISTA BRASILEIRO

Rubens dos Santos Junior⁹
Leidiane de Moraes e Silva Mariano¹⁰

RESUMO

Aprovada recentemente no Brasil, a lei nº 13.429, de 31 de março de 2017, que altera dispositivos da lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974; dispõe sobre as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros, o que trouxe inúmeras indagações, especialmente acerca de seus efeitos, que reduziriam os direitos dos trabalhadores e acabariam com os concursos públicos. A problemática deste trabalho indaga se: a lei nº 13.429 de 31 de março de 2017 que regulamenta a terceirização respeita os princípios e garantias da proteção do trabalhador? É necessário entender o que é prestação de serviço a terceiros, sua estabilidade nas relações jurídicas do Brasil e quais os princípios e garantias que são inerentes a proteção do trabalhador, e se foram respeitados com a aprovação da nova lei. A terceirização mesmo sendo amparada por muito tempo pela mesma lei que versa sobre o trabalho temporário, são contratos distintos um do outro, foi constatado que a terceirização agora traz uma relação trilateral sendo empresa, empreiteira, tomadora e trabalhador, sob a análise dos artigos da terceirização o índice de artigos que obedeceram aos princípios e garantias da proteção do trabalhador se revelou bem abaixo, além do mais, em alguns artigos da lei pode se notar características do direito empresarial ou até mesmo a pejotização, uma forma de burlar as leis trabalhistas.

Palavras-chave: Terceirização. Princípios e Garantias do Trabalhador.

Introdução

Inúmeras são as indagações levantadas em relação a regulamentação da terceirização com a lei nº 13.429/17, que entrou em vigor no dia 31 de março de 2017, sancionada pelo então Presidente Michel Temer. Existem duas correntes majoritárias em relação ao tema, uma contrária a nova lei expressa onde às mudanças nas leis trabalhistas irão preconizar o mercado de trabalho e reduzir os direitos dos trabalhadores, por outro lado traz um pensamento positivo em relação à aprovação da nova lei, expressando que a reforma é um avanço nas relações trabalhistas pois abre portas para a contratação no mercado de trabalho e flexibiliza as relações de emprego,

⁹ Acadêmica do 10º período do curso de Direito da Faculdade Evangélica de Rubiataba-GO. Email: "Harianne Mendes" <haryanne_12@hotmail.com>.

¹⁰ Professora do Curso de Direito da Faculdade Evangélica de Rubiataba-GO. Especialista em Direito Civil e Processual Civil. Mestre em Sociedade, Tecnologia e Meio Ambiente pela UniEvangélica. Email: leidianerubia@hotmail.com.

dando mais segurança para empresas contratar, pois a terceirização irá desafogar a administração, e as atenções estarão voltadas para novos negócios.

No entanto, a presente monografia tem como temática, a regulamentação do serviço terceirizado no direito trabalhista brasileiro, mas para que o legislador possa fazer alterações nas leis trabalhistas é necessária cautela, levando em consideração a vulnerabilidade do trabalhador que já foi muito explorado pelo empregador; diante disso, existem princípios e garantias que quando adotados não oferecem resistência alguma devendo os decorrentes consolidar o que foi estipulado, para que não afete a vida profissional e pessoal do trabalhador.

Sobre tais fatos, a presente monografia apresenta como problemática se: a lei nº 13.429 de 31 março de 2017 que regulamenta a terceirização respeita os princípios e garantias da proteção do trabalhador? No entanto, faremos uma especificação dos princípios explícitos e implícitos da Constituição Federal do Brasil de 1988, que traz princípios em seus artigos e não exclui os não decorrentes da CF, e que devem ser respeitados no tratamento dispensado ao trabalhador, levando em consideração que princípios são a base de todo ordenamento jurídico.

De início, para compreender o que é a terceirização iremos zerar os fatos quanto a terceirização como é desenvolvida no Brasil em termos de legislação, como ela chegou no Brasil e como é entendida, buscando como objetivo de resposta se o instituto da terceirização provém segurança jurídica ao trabalhador.

O presente estudo aborda também as principais mudanças da terceirização no direito do trabalho, como diz o texto aprovado pelo Presidente Michel Temer, a PL nº 4302 de 98, que deu origem a lei nº 13.429/2017 e dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e sobre as relações de trabalho nas empresas prestadoras de serviço a terceiros, o projeto foi apresentado na câmara em 1998, ainda no governo Fernando Henrique Cardoso.

Considera-se que não é somente a CLT que protege o trabalhador, também versa sobre a matéria direito do trabalho a constituição que estabelece obrigações a serem cumprida pelo empregador, acerca dos princípios e garantias dos trabalhadores, foi feita uma análise em doutrinas e na constituição federal, traçando uma linha de raciocínio quanto aos princípios que o constituinte deve obedecer no tratamento do trabalhador e nas criações de leis que regem o labor.

Também faz uma análise dos artigos da lei nº 13.429/2017 que têm o intuito de responder a problemática desta monografia, no entanto serão analisados os artigos que obedecem aos princípios e garantias da proteção dos trabalhadores e também se discorre sobre as vantagens e desvantagens da Lei nº 13.429/2017.

A terceirização se revela como uma descentralização das obrigações trabalhistas quanto a empregador e empregado, por ser o dono do capital e principal beneficiário do trabalho prestado

pelo trabalhador com a aprovação da lei 13.429/2017, versa em sua maior parte sobre as constituições das empresa e contratos de prestação de serviços a terceiros, deixando ainda muitos questionamentos e se distanciando ainda mais da legislação trabalhistas e se aproximando do direito contratual o que se preocupa pela autonomia de vontades.

A instituição dos serviços terceirizados e a estabilidade nas relações de emprego.

Surge no Brasil a outsourcing que ganha à denominação de terceirização, e tem por finalidade transferir para outra empresa (empresa terceirizada) serviços que deveriam ser realizados pela empresa contratante, mas prefere contratar outra empresa interposta para realizar o serviço nas dependências da empresa ou fora dela. Este subtítulo tem por finalidade aclarar sobre o surgimento da terceirização no Brasil, como são aceitas, quais legislações no Brasil que amparam o trabalhador e as relações decorrentes da prática e sua finalidade.

Realizada uma minuciosa pesquisa acerca da lei nº13.429/17, que faz entender que não havia outra norma neste sentido a não ser a lei 6.019/73 apenas em suas disposições e a súmula 331 do TST, que versava sobre a matéria e certamente será revogada por dispor apenas da possibilidade de terceirização de atividades de limpeza, conservação, segurança e vigilância, além da chamada atividade meio, a nova lei que regula a terceirização traz um entendimento mais amplo acerca do tema.

O Instituto da Terceirização teve suas entrâncias no contexto social brasileiro por volta de 1950, com a necessidade das empresas automobilísticas terceirizar suas peças para a montagem do produto final, são consideradas também pioneiras da terceirização no Brasil as empresas de limpeza e conservação, pois existem desde 1967.

Levando em consideração que os quatro fatores básicos e essenciais da globalização são o comércio e transações financeiras, movimentos de capital e de investimento, migração e movimento de pessoas e a disseminação de conhecimento.

Entendemos que a globalização traz para nossa sociedade maior integração nas relações econômicas, estando inteiramente ligada com o tema em questão.

Eminentemente a economia de um país está interligada as ações governamentais implementadas, demonstrando tanto a implacabilidade quanto a fragilidade do sistema.

E, foi com respaldo a estes atos, que as empresas buscaram uma forma de aperfeiçoar os seus objetivos, com implementações de mudanças necessárias, bem como a redução de custos e especialização de seus produtos, visando maior competitividade no mercado.

Entende-se por terceirização o processo pelo qual uma instituição (prestadora de serviço especializado) contrata trabalhadores, como empregados para prestar determinado serviço específico, em outras empresas e lugares. Agora, podendo ser ligado à atividade fim da empresa, reduzindo a estrutura operacional, diminuindo os custos, economizando recursos, desburocratizando a administração, e dando maior competitividade ao mercado assim como menciona o Artigo da revista jurídica UNIFACS (2005, p. 01):

[...]O fenômeno da terceirização implica na formação de uma relação jurídica triangular, na qual o vínculo de emprego não se forma diretamente com o tomador do serviço, mas com uma empresa interposta. Constitui uma exceção à regra geral que vincula o empregado diretamente àquele que se beneficia do seu serviço e que exerce o poder de comando, o patrão nato [...]. Envolve uma subcontratação, admitindo a interposição de uma terceira pessoa entre quem contrata a prestação de serviço e quem a executa. Participam da relação jurídica: o trabalhador, prestador dos serviços; as empresas terceirizam-te, com quem o trabalhador, em princípio, firma um contrato de trabalho; a empresa tomadora dos serviços, que se beneficia do trabalho realizado, não assumindo diretamente a posição de contratante do empregado.

Diante dos estudos de Pessoa (2011, p.5) estes são chamados de direitos sociais explícitos da CF de 1988 que cumpre um importante papel no contexto social, pois requer intervenção do Estado para assegurar os critérios de justiça e ratificar a sociedade.

Dessa forma, empresas enxergaram na intermediação de mão de obra uma oportunidade de otimização de seus negócios, os empregadores depararam com um universo interno e de conveniente exploração, tendo em vista que tudo que não é legal necessariamente se torna ilegal, não restou saída para que o legislador não interviesse novamente nas relações trabalhista agora impondo normas para a realização da terceirização no Brasil por meio da Sumula do TST 331 que versa sobre os contratos de terceirização.

Foi um longo período até que a terceirização chegasse a ser regulamentada, o Projeto de Lei estava engavetada desde 1998, quando foi apresentada a câmara ainda no governo Fernando Henrique Cardoso, a votação da câmara dos deputados até que fosse aprovado pelo Presidente Michel Temer a PL nº 4302 de 98, que deu origem a lei nº 13.429/2017 e dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e sobre as relações de trabalho nas empresas prestadoras de serviço a terceiro publicado no Diário Oficial da União em 31 de março de 2017.

De certa forma, a lei nº 13.249/17 surge no contexto com o encargo de ceifar às discursões acerca do tema, considerando que as ações trabalhistas acerca da terceirização estão sendo bastante discutidas nas varas e tribunais do trabalho mesmo pelo aumento das ações em relação ao tema.

Por outro lado, buscando a estabilidade do emprego e a crise financeira em alta no país, fez com que o constituinte buscasse novas modalidades de prestação de serviços, buscando

estabilizar o desemprego e inovar o mercado de trabalho. Há quem defenda a terceirização e veja nela a possibilidade de retomar o crescimento e gerar novos empregos, assim como diz Kátia Carmo (p.20).

É certo, que a Lei nº 13.249/17, abre a trava que proibia a terceirização de atividade meio e libera as empresas de serviço temporário a prestarem quaisquer tipos de serviços, e as empresas a contratarem assim como pessoa física, mas estabelece normas para sua contratação, sendo que a mão de obra temporária era aceita apenas em casos de necessidade transitória de substituição de pessoal regular e por acréscimo extraordinário de serviço, agora sendo permitida a contratação de empresa de prestação de serviços temporários e a terceiros para atender a demanda complementar de serviço, tanto em atividades meio quanto atividades fim. A lei 13.429/17 agora traz também regulamentação expressa para o exercício da terceirização, bem como, abordaremos no próximo capítulo fazendo uma análise de quais princípios da proteção do trabalhador o legislador obedece.

A legislação primaria da terceirização no brasil.

A lei nº 6.019 de 1974, que dispunha em relação ao trabalho temporário nas empresas urbanas e outras províncias, que não faz menção a prestação de serviço a terceiros, mas servia de orientação para juízes nas decisões dos tribunais, das ações trabalhistas que condizia com a terceirização, assim como dispõe o acórdão da 6ª turma:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. PRINCÍPIO DA ISONOMIA SALARIAL. PRINCÍPIO DA NÃO-DISCRIMINAÇÃO. TERCEIRIZAÇÃO. A contratação terceirizada de trabalhadores não pode, juridicamente, propiciar tratamento discriminatório entre o trabalhador terceirizado e o trabalhador inserido na categoria ou função equivalentes na empresa tomadora de serviços, nos termos dos artigos. 7º, XXXII, e 5º, caput e inciso I, da CF. A própria ordem jurídica regulamentadora da terceirização temporária sempre assegurou a observância desse tratamento ante discriminatório, ao garantir ao obreiro terceirizado remuneração equivalente à percebida pelos empregados da mesma categoria da empresa tomadora ou cliente calculados à base horária (art. 12, “a”, Lei nº 6.019/74). Ora, se o critério já se estendia, de modo expresse, até mesmo à terceirização de caráter provisório, é lógico concluir-se que a ordem jurídica, implicitamente, considera aplicável o mesmo critério às terceirizações de mais longo curso, as chamadas terceirizações permanentes. **Agravo de instrumento desprovido.**

O relator Mauricio Godinho Delgado usou como base para sua decisão o artigo 12 da lei nº 6.019/74, que proíbe a discriminação da remuneração entre os empregados da tomadora e os trabalhadores terceirizados, assim negando provimento ao agravo de instrumento mantendo a decisão anterior, com a aprovação da lei nº 13.429/17 o novo texto revoga o artigo 12 da lei nº 6.019/74.

Desta forma, quando o legislador se deparava com a questão de terceirização nos litígios trabalhistas, o legislador usava como amparo para o trabalhador a lei 6.019/74 que dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas, e dá outras providências, não especificando o amparo a terceirização, o TST buscando sanar questionamentos editou a súmula 331 que com apenas seis incisos amparavam as relações de prestação de serviço a terceiro.

A legislação secundária: súmula 331 do TST.

Foi com a súmula 331 do TST que surgiu a terminologia de atividade meio e atividade fim, ambas subdividem o funcionamento das empresas, relação pela qual, veio por intermédio do Tribunal Superior do Trabalho, que diante das práticas delituosas dos empregadores em relação ao surgimento da nova forma de prestação de serviços que surgia no Brasil na década de 90, já que não havia regulamentação alguma no ordenamento jurídico brasileiro que regulamentasse tal ato, assim foi editado a súmula 331 do TST.

Desse modo, era regido o instituto da terceirização no Brasil que disponha apenas sobre a prática aos serviços de vigilância e limpeza e a funções não relacionadas às atividades-fim das empresas.

Vale ressaltar, que antes do enunciado da súmula 331 do TST, somente era visto e admitido o trabalho temporário nas empresas, tendo por diferenciação das empresas prestadoras de serviços a especialização em determinada área, não se diferenciando substantivamente da hipótese celetista de pacto de contrato empregatício de trabalho temporário.

Assim, a súmula 331 do TST traz consigo a permissão de realização da terceirização nas empresas, apenas para atividades meio que não condiz com a função principal da empresa, ou seja, que não diz respeito ao seu produto final, ex: -Uma escola pode terceirizar serviços de limpeza, segurança, conservação e paisagismo, refeitório, mas não o corpo docente, ou seja, permite terceirizar todo o serviço que não diz respeito a função principal da empresa, assim como aduz o renomado Martins (2011, p.133) sobre o tema em questão.

[...]A atividade – meio pode ser entendida como a atividade desempenhada pela empresa que não coincide com seus fins principais. É a atividade não essencial da empresa, secundária, que não é seu objeto central. É uma atividade de apoio ou complementar. São exemplos da terceirização na atividade – meio: a limpeza, a vigilância, etc. Já a atividade fim é a atividade em que a empresa concentra seu mister, isto é, na qual é especializada. À primeira vista, uma empresa que tem por atividade a limpeza não poderia terceirizar os próprios serviços de limpeza. Certa atividade- fins da empresa podem ser terceirizadas, principalmente se compreendem a produção, como ocorre na indústria automobilística, ou na compensação de cheques, em que a compensação pode ser conferida a terceiros, por abranger operações interbancárias[...].

Tem-se então que atividade meio é uma forma fundamental de se chegar ao produto final com maior agilidade e perfeição, no regulamento da súmula 331 do TST que versa sobre a licitude da terceirização nos casos de atividades meio e atividades fins é de suma importância sua definição, no que corresponde aos encargos e vínculos trabalhistas, versa também quanto a legitimidade para acionar a empresa empreiteira, para quem prestou serviço para que responder subsidiariamente com a empresa prestadora e cumpra com os devidos encargos trabalhistas, esta seria uma forma de garantir os direitos dos trabalhadores em caso de fraude ao trabalhador, este direito ainda encontra-se resguardado na égide da nova lei da terceirização, mas com uma interpretação diferente, assim como veremos a frente.

A legislação da súmula 331 do TST que regia sobre a terceirização, no que tange a definição da atividade, torna-se preponderante no para que se possa estabelecer o vínculo trabalhista, pois era permitido que uma empresa interposta (terceirizada) prestasse apenas serviços que dizem respeito à atividade meio, assim levando em consideração que um trabalhador possa a vir futuramente reclamar seus direitos trabalhistas da empresa empreiteira não teria o mesmo sucesso de um trabalhador terceirizado que teria realizado atividades fins.

A terceirização teve suas raízes em meados do século XX, com o período da Revolução Industrial e o surgimento da indústria automobilística, devido à falta de peças para montagem dos veículos, surge então, a necessidade de terceirizar toda linha de peças que vinham ao país para montagem do produto final.

Como na época ainda não havia regulamentação expressa na Consolidação das Leis do Trabalho, no Código Civil, nem na Constituição Federal da República, os empregadores depararam com um universo interno e de conveniente exploração, na decorrência de práticas pelos empregadores coube ao Tribunal Superior do Trabalho a iminência de sistematizar esse instituto para fins de organização e legitimação, assim, foi editada a súmula de número 331 do TST, e sua relevância era a permissão apenas nas atividades meio das empresas.

Assim, compreendemos que a legislação primária que versava sobre o instituto da terceirização é a lei 6.019/74, embora esta lei tenha sido criada para versar apenas sobre o trabalho temporário mas, como a prática da terceirização veio se tornando comum no Brasil e não havia legislação expressa para versar a matéria em questão, esta acabou por ser a legislação que foi inserida, sendo editado único texto que retratava diretamente da terceirização só com a súmula 331 do TST em 2011, que continham apenas seis incisos e faziam menções a responsabilidade dos encargos trabalhista em relação ao trabalhador que tendo os seus direitos

frustrados pela empresa prestadora de serviço, faremos um análise agora quanto a origem da nova lei de prestação de serviços a terceiros qual sua finalidade e questões quanto a sua criação.

Regulamentação da lei nº13. 429 de 13 de março de 2017.

A definição da terceirização decorre da necessidade de transferência da execução de atividades da empresa contratante a empresas contratada para prestação de serviços de mão de obra especializada.

Diante do atual critério legal (art. 4º-A da lei nº 6.019/1974, com redação dada pela lei nº 13.467/2017), terceirização é a transferência feita pela contratante (tomadora) da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade fim, a pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução.

Pode-se notar que a terceirização envolve uma relação trilateral, envolvendo empregado, a empresa prestadora de serviços que figura no polo de empregador e a empresa tomadora de serviço que é a contratante de serviços assim como enfatiza, Delgado (2013, p.13):

Para o direito do trabalho terceirização é o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação jus trabalhista que lhe seria correspondente. Por tal fenômeno insere-se o trabalhador no processo produtivo do tomador de serviços sem que se estendam a este os laços jus trabalhistas, que se preservam fixados com uma entidade interveniente. [...] O modelo trilateral de relação socioeconômica e jurídica que surge com o processo de terceirizam-te é francamente distinto do modelo clássico, modelo empregatício, que se funda em relação de caráter essencialmente bilateral. Essa dissociação entre relação econômica de trabalho (firmada com a empresa tomadora) e relação jurídica empregatícia (firmada com a empresa terceirizam-te) traz grandes desajustes em contraponto aos clássicos objetivos tutelares e redistributivos que sempre caracterizam o direito do trabalho ao longo de sua história.

A presente pesquisa se justifica com o Projeto de lei nº 4302 de 1998 que deu origem a lei nº 13.429/17 sancionada pelo presidente Michel Temer, embora tenha sido um tema constantemente debatido, muitos não têm o conhecimento de sua relevância no contexto social, pois, é de suma importância ressaltar o Art. 6º da Constituição Federal (1988).

Projeto de Lei que foi aprovado pelo Presidente da República Michel Temer que, altera dispositivos da lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, que dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e dá outras providências Artigo 2º; e inclui o Artigo 4º-A e diante dispõe sobre as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros.

Mesmo sendo institutos incluídos na mesma lei, versam sobre contratos diferentes, entende-se por terceirização a pessoa jurídica de direito privado que presta determinado serviço especializado, agora podendo ser ligado a atividade fim da empresa.

Empresa de trabalho temporário é aquela pessoa jurídica devidamente registrada no ministério do trabalho que presta trabalho temporário, sendo responsável pela colocação de trabalhadores a disposição de outras empresas temporariamente.

A primeira legislação a versar sobre a terceirização foi a lei 6.019/74, apesar de não ser criada com este fundamento, mas sim para o trabalho temporário, foi por muito tempo amparo dos litígios envolvendo a terceirização, só veio a ser criada legislação específica com a edição da sumula 331 do TST que foi bastante questionada por declarar a empresa contratante como subsidiariamente responsável pelos encargos trabalhistas da empreiteira, por fim aprovada recentemente a lei 13.429/17 que altera dispositivos da lei 6.019/74, e agora estabelece artigos que dispõem unicamente sobre as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros, e do regimento das empresas terceirizadas.

Os princípios e garantias inerentes a proteção do trabalhador.

Sabe-se, que no direito Brasileiro os princípios são alicerces que servem de base para o escoamento das disciplinas jurídicas, princípios são a base da sustentação da norma, temos também a denominação dos direitos fundamentais em palavras que são usadas como sinônimas pelos tratadistas um exemplo recente é a "Declaração da OIT relativa aos princípios e direitos fundamentais no trabalho e seu seguimento", aprovada em junho de 1998, na 86ª Reunião da Conferência Internacional do Trabalho, realizada em Genebra. Que se utilizavam ambas as expressões (princípios e direitos fundamentais) como sinônimas a OIT traz em seu tratado também a proibição de a proibição da comercialização do trabalho.

Assim, enquadram neste rol os princípios que norteiam as decisões do judiciário e servem para resguardar o trabalhador por ser a parte mais inferior nas relações de trabalho assim, bem como:

O princípio da proteção revela-se à autoridade de proteger uma das partes da relação de emprego essa parte protegida é o empregado, este amparo tem a finalidade de igualar as partes, pois na relação empresa e empregado é normal que haja uma discrepância de ordem econômica, e este princípio está para assentar em pé de equidade as partes implantadas no processo para que nenhum dos dois tenha proveitos sobre o outro, já que o empregado é considerado como classe subordinada, já que deve submissão ao seu empregador no que tange as normas do direito do trabalho e da empresa onde o mesmo trabalha, deste princípio decorrem três princípios, in dúbio pró-operário, da aplicação da norma mais favorável, da condição mais benéfica.

In dúbio pró-operário se parece bastante com um princípio do direito penal chamado in dúbio pró-réu que denota dizer que na dúvida de interpretação das normas que seja mais favorável ao réu, trazendo para o direito do trabalhista aduz que na dúvida de interpretação que seja mais favorável ao operário, trabalha como uma expansão ao princípio da proteção, fazendo assim com que a parte mais frágil da relação possa estar protegida, mas só deve ser posto quando verdadeiramente houver dúvidas com relação à aquisição da norma e sempre tem que atentar para não estar em discordância com o legislador.

A aplicação da norma mais favorável diz que o magistrado ao se encontrar com duas ou mais normas que versem sobre a mesma matéria aplicar-se-á a norma mais favorável para o empregado, admitindo-se ao magistrado afastar-se da hierarquia das normas, ou se houver conflito entre regras e uma for hierarquicamente elevada à outra, mas a inferior for mais adepta à parte mais frágil esta será aplicada.

Princípio da Continuidade da Relação de Emprego aduz que, em regra, o contrato de trabalho terá eficácia por prazo indeterminado, isto é, a prestação e relação de trabalho caracterizam-se em continuidade. Os contratos são celebrados por prazo indeterminado, a situação contrária, ou seja, a determinação da duração da prestação de serviço precisa ser comprovada. Portanto, sempre que não constar nada no contrato de trabalho a respeito de seu prazo ou duração, considera-se o contrato por prazo indeterminado.

Princípio da Primazia da Realidade diz que, no âmbito do Direito do Trabalho, os fatos somam muito mais que documentos, do que as alterações formalmente acordados.

Por exemplo, de nada adianta a celebração de um contrato entre o empregador e o empregado em que se rotule este de trabalhador se, de fato rural, o trabalhador desenvolve atividades comerciais, sobressairão os fatos sobre os documentos, sobre a mera formalidade.

Princípio da Inalterabilidade Contratual, que se expressa no ditado “os pactos devem ser cumpridos” (*pacta sun servanda*), vedam-se as alterações contratuais desfavoráveis ao trabalhador, mesmo que essa inalterabilidade implique prejuízo à atividade da empresa os riscos do negócio são do empregador, não havendo redução de suas responsabilidades em razão de dificuldades havidas no empreendimento.

Princípio da Intangibilidade Salarial assegura a não redução salarial, tornando-se espécie do gênero da inalterabilidade contratual lesiva a matéria em si da proteção oferecida por tal princípio é garantir ao trabalhador receber a contraprestação a que faz jus por prestação de seu trabalho, de maneira garantida, não sujeita as oscilações econômica e às instabilidades do mercado e, para, assegurar a satisfação de um conjunto, ainda que eventualmente mínimo, de suas necessidades e de sua família, por exemplo, a alimentação.

Não se pode dizer que é só a CLT que protege o trabalhador, a Constituição Federal também faz parte desse desempenho, pois serve de base e norte para as outras leis relacionadas às regras trabalhistas, e adota princípios e garantias que protege o trabalhador mesmo que não esteja expresso em seu texto.

A CF tende a instruir a dignidade da pessoa humana, adverte que o Estado carece enxergar não só a coletividade, mas, também, os individual contidos nela, colocando o cidadão como detentor de direitos e deveres, com isso, ao ler a Constituição Federal notamos como garantias fundamentais do cidadão trabalhador, a dignidade da pessoa humana, o valor social do trabalho, a livre iniciativa, a construção de uma sociedade livre, justa e igualitária e a prevalência dos direitos humanos.

Além desses existem outros 34 incisos que garantem tutela em relação aos direitos dos trabalhadores, embora, constatado que o princípio da proteção do trabalhador, se subdivide, e engloba tudo aquilo que diz respeito às garantias já conquistada pelo trabalhador, ou seja tudo o que está elencado no artigo 7º da Constituição Federal de 1988 do Brasil.

Não obstante, todos estes direitos são de fato do trabalhador em geral, ou seja é um direito pessoalíssimo que protege a pessoa humana, na prática de seu labor, apenas se diferenciando em urbano e rural, mas com obrigações entre o dono do capital e o seu ordenado, tais direitos, princípios e garantias figuram-se como, o princípio da proteção do trabalhador que surgiu para instruir a criação e aplicação da norma trabalhista.

A parte dispositiva da lei 13.429/17 que resguardam os princípios e garantias da proteção do trabalhador.

De início, observa-se o parágrafo 1º do artigo 5º da lei nº 13. 429/2017, que aduz da seguinte forma, “É vedada à contratante a utilização dos trabalhadores em atividades distintas daquelas que foram objeto do contrato com a empresa prestadora de serviços”. Aqui a lei resguarda o que era muito cobrado pelos trabalhadores, a proibição do desvio de função, deve ser cumprida apenas o acordado no contrato de prestação de serviço, nada mais.

O desvio de função consiste quando no contrato e acordos feitos ante execução de um trabalho, o empregado acaba cumprindo função distinta daquela previamente acordada durante acordos, convenções e no contrato do trabalhador, mesmo que isto ocorra de forma casual e não constantemente, mas a súmula 275 do TST.

O simples desvio funcional do empregado não gera direito a novo enquadramento, mas apenas às diferenças salariais respectivas, mesmo que o desvio de função haja

iniciado antes da vigência da CF/1988. Assim, provado o desvio de função, terá o empregado o direito ao recebimento das diferenças salariais entre seu cargo e o exercido desvirtuosamente, respeitada a prescrição de 05 (cinco) anos de acordo com a súmula 275 do TST.

Desta forma, encontra-se amparado o seu § 2º, que mais uma vez garante ao trabalhador terceirizado apenas realizar aquilo que foi estabelecido em comum acordo entre as partes, desta vez estabelecendo critérios de onde possam ser realizados os serviços, artigo 5º § 2º da lei nº 13.429/2017, “Os serviços contratados poderão ser executados nas instalações físicas da empresa contratante ou em outro local, de comum acordo entre as partes”.

Ambos os parágrafos, primeiro e segundo do artigo 5º da lei nº 13.429/2017 obedecem ao princípio da inalterabilidade contratual, que traz o aforamento os pactos devem ser cumpridos, ou seja, deve ser realizados os encargos do contrato.

Já, o parágrafo terceiro do artigo 5º da lei 13.429/2017, diz que; “É responsabilidade da contratante garantir as condições de segurança, higiene e salubridade dos trabalhadores, quando o trabalho for realizado em suas dependências ou local previamente convencionado em contrato”, aqui a lei determina de quem é a obrigação de garantir segurança, higiene e salubridade ao trabalhador terceirizado, sendo de responsabilidade da contratante e não da prestadora, quando os trabalhadores estiverem a sua disposição, no entanto, o artigo não especifica se esta responsabilidade é só quanto aos IPIs, ou se é responsabilidade de indenizar o trabalhador em caso de falta de quaisquer destas obrigações.

Não menos importante, abordaremos o artigo 5º-B e seus incisos, que estabelecem requisitos indispensáveis para a celebração do contrato de prestação de serviço, entre a prestadora de serviços a terceiros e a contratante, que se regerá da seguinte forma o artigo 5º-B da lei nº 13.429/2017:

Art. 5º-B. O contrato de prestação de serviços conterá:
I - qualificação das partes;
II - especificação do serviço a ser prestado;
III - prazo para realização do serviço, quando for o caso;
IV - valor.

Diante do livre acordo de vontades, quando manifestadas pelas partes com concordância criando deveres e obrigações entre si, são necessárias as partes e as qualificações para que surtam efeitos, partes são os personagens do contrato, qualificação é a permissão para apreciar-se da legitimidade do acordo, criando assim uma relação jurídica.

A especificação do serviço a ser prestado é um resumo onde se mapeia detalhadamente o serviço que está sendo contratado sendo obrigatório o seu registro na minuta de acordo para

esclarecer futuros questionamentos que surgir, podendo não necessariamente dizer relação ao tempo mas à empreita.

Poderão as partes livremente optar por estabelecer prazos para o término da empreita e fim do contrato, estando amparados para estabelecer suas vontades.

O valor é um requisito importantíssimo para a celebração do contrato de prestação de serviços a terceiros, pois é acima desta cláusula que será feito o cálculo, da porcentagem que será descontado da nota fiscal, para pagar à previdência social do trabalhador de prestação de serviço à terceiro.

Mesmo que, o artigo 5º-B não se refira quanto aos princípios deste estudo que é a lei 13.429/17, que regula a prestação de serviços a terceiros e os princípios e garantias do trabalhador, ela traz quesitos essenciais para o firmamento do acordo de prestação de serviço a terceiros caso uma das partes venha ficar inadimplente com as obrigações interpostas.

Tais observações são indispensáveis na celebração do contrato de serviço a terceiros, a não observação desses requisitos, implica-se no pagamento de multa pela empresa infratora, assim como estabelece o artigo 19-A da lei nº 13.429/2017:

Art. 19-A. O descumprimento do disposto nesta Lei sujeita a empresa infratora ao pagamento de multa.

Como será calculada a multa? Mesmo sendo novas as disposições, lei aprovada recentemente para versar sobre a terceirização, o constituinte deixou claro em seu parágrafo único da lei nº 13.429/17 que: “A fiscalização, a autuação e o processo de imposição das multas reger-se-ão pelo Título VII da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1o de maio de 1943[...]”.

Ao analisar os princípios inerentes ao direito do trabalho, o autor constatou que o princípio da proteção do trabalhador mesmo sendo o princípio que visa a proteção a parte mais frágil das negociações, também resulta de normas imperativas de ordem pública, artigo 7º da CF que caracteriza a intervenção do Estado nas relações de Trabalho colocando obstáculos à autonomia da vontade, considerando como princípio da proteção do trabalhador todos os direitos e garantias já conquistados pelo trabalhador.

A análise dos artigos em que mais obedeceram ao princípio da proteção do trabalhador, foi constatada que os parágrafos 1º 2º, do artigo 5º obedecem ao princípio da proteção do trabalhador, pois faz menção a inalterabilidade contratual.

Dos dispositivos da lei 13.429/2017 que não obedecem aos princípios da proteção do trabalhador.

A lei nº 13.429/17 altera dispositivos da lei nº 6.019 de 3 de janeiro de 1974 que dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e dá outras providências; e agora orienta sobre as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros, e acrescenta novos artigos.

Mesmo que a lei nº 6.019/74 tenha amparada a terceirização por muito tempo agora a terceirização tem seu regimento expresso, no entanto, não fará necessário estudar os artigos que versam sobre o trabalho temporário, pois ambos são termologias e contratos diferentes mesmo estando expressos na mesma lei, faremos análise de quais artigos não obedecem aos princípios e garantias do trabalhador, no entanto, somente o que diz respeito às relações de trabalho das empresas de prestação de serviços a terceiros, que passam a vigorar acrescida dos seguintes artigos. 4º-A, 4º-B, 5º-A, 19-A, 19-B e 19-C.

De início, analisaremos o artigo 4º-A da lei nº 13.429/2017, antes de adentrar a lei seca, este artigo de nada tem a ver com o direito do trabalho pois como vimos no primeiro capítulo o direito do trabalho versa sobre deveres, direitos e garantias entre empregado e empregador, no mais o presente artigo expressa da seguinte forma: “ Empresa prestadora de serviços a terceiros é a pessoa jurídica de direito privado destinada a prestar à contratante, serviços determinados e específicos”.

Em resumo, pessoa jurídica consiste numa união de pessoas ou bens, dotados de personalidade jurídica própria e compostos na forma da lei, são três os pré-requisitos para a concepção da pessoa jurídica: organização de pessoas ou bens, laicidade de propósitos ou fins e capacidade jurídica reconhecida por norma estabelecida.

Este artigo versa sobre empresas terceirizadas e não sobre o trabalhador, estabelece que empresa prestadora de serviços terceirizados é a pessoa jurídica de direito privado, porém não podemos deixar de citar uma prática muito usada pelos empresários que é a “pejotização”, onde uma empresa chama uma pessoa para realizar deveres em suas dependências mas não o contrata como trabalhador sob a égide da CLT, não havendo o depósito mensal do FGTS, férias, 13º salário e encargos constitucionais, embora, na prática, estão contidos todos os elementos de uma relação de emprego, pessoalidade, subordinação, onerosidade e habitualidade, em vez disso essa pessoa cria um CNPJ no nome do trabalhador como se fosse uma empresa, e o mesmo presta serviços como seu ordenado, assim burlando as obrigações trabalhistas.

É de suma importância compreender que a prestação de serviços a terceiros consiste em executar o serviço não havendo subordinação. Deixando claro que se uma empresa contratar um empregado que preencha todos os critérios de uma relação de emprego como se pessoa jurídica fosse, configura-se fraude à legislação.

A pejetização é uma prática totalmente ilegal, pois fere o princípio da primazia da realidade e a aplicação de direitos sociais constitucionais, ocorrendo à prática, a empresa está sujeita a reconhecimento do vínculo em juízo, e pagamento de todas as verbas trabalhistas, acrescida do artigo 47 da CLT.

O parágrafo 1º do artigo 4º traz uma indagação bastante controversa, ou seja, a lei nº 13.429/2017, não só libera a terceirização, mas também a quarteirização, assim nos faz entender referido parágrafo quando expressado da seguinte forma: “§ 1º A empresa prestadora de serviços contrata, remunera e dirige o trabalho realizado por seus trabalhadores, ou subcontrata outras empresas para realização desses serviços”.

Quarteirização é quando uma empresa que presta serviços terceirizados solicita os serviços de outra empresa, para realizar serviços que é de sua responsabilidade por força de contrato de prestação de serviços a terceiros, firmado com a empresa contratante para realizar determinado serviço, neste parágrafo são expulsos os princípios e garantias do trabalhador, pois, coloca o trabalhador em vulnerabilidade se vier a reclamar seus direitos trabalhistas na justiça, figurando até três empresas como reclamada, o que dificultaria a satisfação de seu crédito.

Logo, na denominada “quarteirização”, a empresa contratante se prevalece de pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços a terceiros de administração ou organização para que esta, por sua vez, seja a responsável por concretizar toda subcontratação de empresas terceirizadas que oferecerão serviços para a contratante originária.

Contudo, cabe ponderar que essa incumbência pode ocorrer, com um trabalhador autônomo, embora a contratação da quarteirizada em regra ocorra em face de empresa especializada em organizações de contratos terceirizados.

Outro ponto negativo na nova lei é o que expressa parágrafo 2º da lei 13.420/2017 “§ 2º Não se configura vínculo empregatício entre os trabalhadores, ou sócios das empresas prestadoras de serviços, qualquer que seja o seu ramo, e a empresa contratante.” Em outras palavras, mesmo o trabalhador, realizando atividades laborais nas dependências da empresa contratante não se configurar vínculo empregatício, quanto aos sócios, nada mais justo, pois, os sócios figuram como empresários, mas se levado pelo ponto de vista de que as empresas deverão ser pessoa jurídica de direito privado, deparamos com o direito empresarial.

Existem seis tipos de pessoa jurídica de direito privado segundo a legislação brasileira, são as associações, sociedades, fundações, organizações religiosas, partidos políticos, empresas individuais de responsabilidade limitada, agora acompanhando o grupo a empresa de prestação de serviços a terceiros que regira pela lei nº 13.429/2017, não impedindo também que seja explorada por uma sociedade, talvez uma brecha para maquiagem as leis trabalhistas onde

trabalhadores se associariam na prestadora de serviços, mas eles mesmos que prestarão o serviço, assim as empresas não pagarão verbas trabalhistas.

Dos impactos da lei 13.429/17 em relação aos trabalhadores.

Uma grande discussão apresentada para o ramo justralhista, na contemporaneidade, é no que é referente às novas regras da terceirização, considerando que o Projeto de Lei nº 4.302-E/1998, confirmado pela Câmara dos Deputados, em 22 de março de 2017, logo foi sancionado pelo Presidente da República, Michel Temer, em 31 de março de 2017, passando a ser na Lei Ordinária nº 13.429/2017 (CARVALHO, 2017).

Atualmente, a terceirização é vastamente usada nos mais distintos setores da economia. A doutrina apresenta os mais diversos posicionamentos referentes ao tema. No entanto, em meio a críticas e exaltações, a terceirização necessita de regulamentação apropriada que possa oferecer maior segurança jurídica para tomadores de serviço e trabalhadores terceirizados (BAPTISTA, 2017).

Oliveira (2017) alude que a Lei 13.429/2017 apresenta certos mecanismos importantes e indispensáveis para a eficácia atual do mercado. Ela ajusta uma das formas de terceirização: o uso de trabalho temporário. Contudo, muitas incertezas não foram superadas com a normativa e também restam pontos a serem abordadas.

Entretanto, Spagnol (2017) menciona que a Lei 13.249/2017, versada como Lei da Terceirização, alcançou somente alterações em uma das formas de terceirização empregadas: Trabalho Temporário nas Empresas Urbanas, adequado pela lei 6.019/74. A Lei do Trabalho Temporário sofreu modificações expressivas, que conferiram maior flexibilidade contratual para os empregadores e tomadores e determinadas garantias para os trabalhadores temporários.

A nova lei da terceirização 13.429/17, que tem sido vista por muitos como o aval para a terceirização irrestrita, aguardada pelo empresariado e duramente criticada pelas organizações de trabalhadores, a lei pretendeu esclarecer pontos relativos ao contrato de trabalho temporário e aos contratos de prestação de serviços genericamente considerados, entretanto, não cumpriu esse papel (SANTOS, 2017).

Conforme Oliveira (2017, p. 10) “importante, portanto, antes de se adentrar aos impactos da lei, compreender as diferenças entre contrato de trabalho temporário e contrato de prestação de serviços”. A própria lei determina que trabalho temporário é aquele praticado por pessoa física contratada por uma empresa de trabalho temporário, ficando esse empregado a dispor de uma empresa tomadora de serviços, atendendo assim as necessidade de substituição transitória

de pessoal efetivo ou à questão complementar de serviços. A mesma lei, quando discorre sobre contratos de prestação de serviços de forma genérica analisados, comunica que esses são referentes a quaisquer serviços, práticos e exclusivos, a serem exercidos em outras empresas.

Maciel (2017) diz que uma das mudanças mais significativas ressaltadas na lei é ser possível a contratação de trabalho temporário para a concretização de atividades-fim, as quais consistem em serem avaliadas como atividades e tarefas empresariais e laborais que se estabelecem ao centro da eficácia empresarial do tomador de serviços”. Antes, somente as atividades-meio poderiam ser terceirizadas.

Assim, Trindade (2017) fala que a legislação inova perante a compreensão jurisprudencial já concretizada. O contrato de trabalho, que antes era de no máximo 90 dias, foi ampliado para 180 dias, sendo possível ter a sua prorrogação por mais 90 dias. É indispensável destacar que, embora a lei garanta que não há vínculo de emprego em meio a tomadora de serviço e o trabalhador temporário, ela admite uma exceção. A tomadora não pode contratar o mesmo trabalhador temporário por um período de 90 dias depois o fim do prazo contratado, sob a punição de constituição de ligação trabalhista.

Contudo, Oliveira (2017, p. 13) descreve que a lei no seu artigo 1º, modifica uma série de artigos da Lei 6.019/74 (lei que originalmente trata da matéria).

No entanto, a mesma clareza não se vê quando a lei trata dos contratos de prestação de serviços. E, era justamente aqui o ponto em que o legislador, em tese, quis inovar, de modo a trazer para a legalidade os contratos de terceirização inclusive da atividade principal das empresas. A lei não é explícita, tal como o foi acima, quando trata das possibilidades de contratação (TRINDADE, 2017).

A rigor, Viana (2017, p. 18) limita-se a informar que “as empresas prestadoras de serviços a terceiros são destinadas à prestação de serviços determinados e específicos”. Ora, tem-se como questionamento se seria razoável inferir que serviços determinados e específicos englobam todo e qualquer serviço empresarial, incluindo a atividade-fim? Se a intenção era essa, porque o legislador não tratou a questão com a mesma clareza conferida ao contrato de trabalho temporário?

No entanto, Carvalho (2017) delinea que não parece, portanto, que a questão seja tão clara quanto se veicula nos noticiários e, certamente, demandará alguns anos para que se tenha um entendimento pacificado junto aos tribunais. Sabe-se que órgãos como a Justiça do Trabalho e o Ministério Público do Trabalho se posicionaram frontalmente contrários a essa lei e a qualquer possibilidade de terceirização irrestrita.

Portanto, ressalta-se que não seria demais apostar que a lacuna deixada é argumento suficiente para que os referidos órgãos sustentem que a terceirização da atividade fim está autorizada apenas para os contratos de trabalho temporários, mantida, portanto, a proibição para as atividades-fim.

Dos benefícios e desvantagens da lei nº 13.429/2017 para os trabalhadores.

A Lei nº 13.429/2017 tem atribuído muitas aceitações por causa da sua segurança aos contratantes, que antes apresentavam suas implicações determinadas pela jurisprudência, tem ocasionado apreciações diferentes referente das vantagens e desvantagens a empresários e trabalhadores (LIMA, 2017). Contudo, ainda Lima (2017), destaca que os sindicatos asseguram que a terceirização procederá nas circunstâncias das relações de trabalho pela extensa rotatividade de trabalhadores e a probabilidade da substituição de contratos por outros terceirizados.

Para Guglinski (2017) a maioria dos empresários são favoráveis à terceirização, na aceção de que o preceito já é uma realidade e decisiva, não sendo mais possível ser descartada do cotidiano das empresas. Porém, os empresários ainda garantem que o projeto não interfere nos direitos trabalhistas presumidos pela CLT e que o empregado possuirá “dupla garantia de direitos”, pelo fato de ser possível a responsabilização subsidiária da contratante referente aos despesas trabalhistas que não são pagos pela terceirizada.

Entretanto, Amarante (2017) menciona que as principais particularidades desse projeto se referem aos dois pontos chave relacionado ser possível que as empresas terceirizem do mesmo modo as designadas “atividades-fim” e também ser possível a terceirização no setor público. Portanto, a Lei nº 13.429/2017, faz com que o contrato de prestação de serviços tem a capacidade de considerar a respeito do acréscimo de atividades essenciais, adicionais ou integrantes à atividade econômica da contratante. Uma vez que anteriormente, somente atividades-meio, como vigilância, limpeza e manutenção constituiriam ser possíveis de terceirização. Assim, entende-se que os novos regulamentos, permitem que todas as atividades de uma empresa tem a capacidade de serem terceirizadas. Por exemplo: a escola por opção poderá contratar desde a faxineira até professores terceirizados.

Nesta aceção, Spagnol (2017) fala que os críticos já mencionam o primeiro problema referente a terceirização dos serviços, dizendo que desvia da principal finalidade para o qual a terceirização foi designada, exatamente o consentimento de que empresas especializadas

concretizem está sua capacidade para a contratante e consintam que esta última se complete de seu desígnio essencial.

Ressalta-se que uma das vantagens que mais se destacam nas modificações das leis da terceirização, com o surgimento da Lei nº 13.429/2017, para os que são a favor, pode ser na autorização para operar em todas as áreas, e não somente em atividades-meio, como na lei anterior, uma vez que a porta se abriria para que as empresas brasileiras se favorecessem de altos ganhos de produtividade dos últimos anos na gestão da organização empresarial e no campo das tecnologias da informação, contratando empresas que são especialistas, pois, a globalização admite o desenvolvimento das cadeias nacionais e internacionais de produção (AMARANTE, 2017).

Assim, Spagnol (2017) expõe que a Lei nº 13.429/2017 trouxe várias vantagens, mas para a autora uma das maiores é originar maior segurança jurídica para as empresas tomadoras de serviços, possibilitando o aparecimento de pequenas e médias empresas especializadas, determinando, deste modo, maior produtividade à tomadora desses serviços, que se focalizará em seu ponto forte e estratégico.

Contudo, como já era esperado, os movimentos sociais e as centrais sindicais surgem se manifestando contra o projeto, pontuando as diversas desvantagens que a terceirização ocasionará aos seus direitos de acordo com a história e conquistados, dentre eles Guglinski (2017, p. 10-11).

Como se vê, a Lei nº 13.429/2017 possivelmente tem a capacidade de ocasionar a diminuição de contratados com carteira assinada, da mesma maneira que a substituição de trabalhadores normais por terceirizados poderá gerar uma queda na qualidade geral de salários da economia, bem como um acréscimo na jornada de trabalho (LIMA, 2017).

Por conseguinte, Spagnol (2017) relata que os órgãos patronais, que são representados pelos setores ligados ao capital-empregador, são favoráveis a ampla terceirização, afirmando que a terceirização acrescentará a necessidade de especialização dos serviços, com uma coerente elevação de produtividade. Declaram também o aumento de vagas de trabalho e que a contratação de mão-de-obra temporária promoverá o desenvolvimento do emprego.

Logo, Maciel (2017, p. 02) destaca que “a Lei, na forma aprovada, apresenta preocupações, se for analisar ser prováveis as perdas dos benefícios trabalhistas conquistados ao longo do tempo”. Assim, tem-se como receio que, a terceirização tendo como consequência a diminuição dos benefícios trabalhistas (diminuição de salários, empregados exercendo mesmas funções, porém com salários caracterizados - o que, é inconstitucional, infringido os princípios da dignidade da pessoa e da isonomia).

Requisitos para o funcionamento das empresas de prestação de serviços a terceiros.

De início, o artigo 4º-B que agora reconhece empresas que contratam pessoas para negociar sua mão de obra e estabelece parâmetros da seguinte forma:

Art. 4º-B. São requisitos para o funcionamento da empresa de prestação de serviços a terceiros:

I - prova de inscrição no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ);

II - registro na Junta Comercial;

III - capital social compatível com o número de empregados, observando-se os seguintes parâmetros:

Este capital, depois de verificado os números se mostram incertos para o trabalhador que venha a requerer seus direitos trabalhistas futuramente, o autor considera que estas alíneas ferem o princípio da primazia da realidade, pois o capital econômico é incompatível para dar segurança a quantidade de trabalhadores que as empresas podem vir a contratar.

Como constata, com a facilidade de constituir uma empresa de prestação de serviço a terceiros, necessariamente se torna fácil sua dissolução que acarretando também descumprimento de obrigações, o que leva na maioria das vezes o credor acionar a justiça do trabalho, no caso mencionado, como diz respeito à prestação de serviços terceirizados muitos desses credores são trabalhadores das empresas.

Diante dessa prática, não só o trabalhador fica vulnerável a fraldes, a legislação, a União está sendo cobrada a pagar indenizações milionárias a trabalhadores terceirizados da Petrobras, por conta de empresas interposta que ficaram inadimplentes com seus trabalhadores, mas como a empresa contratante é responsável subsidiariamente pelos encargos acarretados pelas empresas prestadoras de serviço a terceiros, caso essas empresas não tenha condições de saldar suas dívidas à empresa em que foram realizados os serviços em suas dependências, será a responsável pelos encargos não saldados.

Números que só vem a crescer, simplesmente essas empresas desaparecem, mas não por inadimplência da União, mas porque elas não têm condições de pagar suas dívidas, muitas são mal estruturadas, às vezes pegam empreitas com preços bem abaixo do que se necessita para concretizar o serviço, perdem contratos e não consegue saldar as dívidas que serão transferidas a União.

Podem firmar contrato de prestação de serviço a terceiros, pessoa física ou jurídica desde que, seja determinado e específico, o que muitos consideram como uma empreita de determinado, e específico serviço.

Mas, o contratante é responsável subsidiariamente pelos direitos trabalhistas do trabalhador assim como relata parágrafo 5º do artigo 5º-A da lei 13,429/2017: § 5º A empresa contratante é subsidiariamente responsável pelas obrigações trabalhistas referentes ao período em que ocorrer a prestação de serviços, e o recolhimento das contribuições previdenciárias, observará o disposto no art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.

Dispõe o artigo 31 da Lei no 8.212, de 24 de julho de 1991, que a empresa contratante deverá reter 11% (onze por cento) do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços e recolher, em nome da empresa cedente da mão de obra, a importância retida até o dia 20 (vinte) do mês subsequente ao da emissão da respectiva nota fiscal ou da fatura, a retenção desse valor deverá ser destacada na folha de pagamento, para contribuição do seguro social dos seus segurados.

Este é o único artigo que versa em questão de direitos e garantias do trabalhador, no entanto, sem questionamentos frisam-se que os trabalhadores terceirizados de qualquer natureza que seja sua especificação ficam resguardados seus direitos sob a égide da consolidação das leis trabalhistas.

Então, verifica-se que o trabalhador de prestação de serviços a terceiros se encontra resguardado sobre as garantias sociais do artigo 7º da constituição federal, restando intacto seus direitos e garantias podendo ser observados também, os princípios da proteção do trabalhador para seu tratamento caso seja necessário.

Observa-se que a lei 13.429 de 31 de março de 2017, não altera ou fere os princípios e garantias do trabalhador, impondo maior parte do seu texto quanto às relações de prestação de serviços terceirizados, versando sobre especificação quanto às responsabilidades das empresas contratante e tomadora, no mais, estabelecendo requisitos para a constituição das empresas de prestação de serviços a terceiros e quesitos indispensáveis para a celebração de contratos.

Pode ser que o receio do estudioso, agora esteja mais perto de se concretizar com a recente regulamentação, até mesmo por conta do rumo que a terceirização poderá tomar daqui para frente, devendo o legislador estimular fiscalizações a prática, buscando sanar as fraudes que poderão surgir com a deliberação da mesma.

Parecer dos tribunais em relação a lei nº 13.429/2017.

O Tribunal Superior do Trabalho (TST) já sinalizou que não deve admitir a aplicação da Lei da Terceirização em contratos extintos antes da vigência da Lei nº 13.429, de 31 de março. Segundo entendimento do relator, ministro João Oreste Dalazen, a entrada em vigor da Lei nº 13.429/2017, geradora de profundo impacto perante a jurisprudência consolidada do TST, que alterou substancialmente a Lei nº 6.019/74 (que trata do contrato temporário), não se aplica às relações de emprego regidas e extintas sob a égide da lei anterior, sob pena de afronta ao direito adquirido do empregado a condições de trabalho muito mais vantajosas (AGUIAR, 2017). Ainda conforme Aguiar (2017, p. 01) “o julgamento, “aos contratos de trabalho celebrados e findos antes da entrada em vigor da Lei 13.429, prevalece o entendimento jurisprudencial firmado à luz da Súmula nº 331, I, do TST”.

Segundo Leite (2017), no momento, as empresas correm o risco de os Tribunais do Trabalho entenderem que a atividade desenvolvida pelo terceirizado integra a atividade-fim da empresa (teoria dos fins da empresa, de sua dinâmica empresarial), o que levará ao reconhecimento do vínculo diretamente com a empresa tomadora, provocando a geração de custos adicionais.

Não se pode olvidar que se a Lei da Terceirização fosse compatível com as conquistas trabalhistas e à luz dos princípios constitucionais, certamente, afastaria a insegurança jurídica, no que respeita à licitude da terceirização da atividade-fim da empresa, o que poderia provocar um aumento dos postos de trabalho ao estimular o crescimento de empresas especializadas. Até a criação da lei da 13.429/2017 somente era permitida essa modalidade quando a mão-de-obra fosse especializada conforme revela Garcia (2016)

E, diante disto, é que se pode entender a terceirização como um meio de empreendedorismo, onde o empresário é beneficiado, remanescendo grandes perdas aos direitos do trabalhador, tendo em vista que o mesmo tem afetado diretamente o seu salário, além de outras vantagens decorrentes da relação laboral.

Os tribunais do trabalho, no que tange ao tema terceirização, firmaram suas orientações no verbete da súmula 331 do TST, a qual foi responsável por delimitar e descrever as características e o âmbito de incidência da prestação de serviço na modalidade em referência.

Portanto, podemos entender que a terceirização poderá ser aplicada, com exceção da atividade fim, que adiante será minuciosamente tratada, em todas as áreas da empresa definida como atividade-meio, tendo como exemplo as seguintes profissões: serviços de alimentação, conservação patrimonial e limpeza, de segurança, de manutenção geral predial e especializada, engenharia, arquitetura e etc.

E nesses termos, temos o artigo 581, parágrafo 2º da CLT, onde relata sobre o que é uma atividade-fim, caracterizando a unidade do produto, operação ou objetivo final, para cuja obtenção todas as demais atividades convirjam exclusivamente em regime de conexão funcional.

Desse modo, em breve síntese, é possível perceber que a nova roupagem pela qual passou o direito do trabalho, especialmente quando se põe em discussão as atividades laborativas passíveis de terceirização, sofreram significativa modificação. Tal conjuntura requer, portanto, estudo minucioso e reflexivo, levando-se em consideração que ao se permitir que a terceirização incida indiscriminadamente sobre qualquer setor profissional, os efeitos advindos desse novo panorama jurídico poderão afetar, direta ou indiretamente, a população de modo geral.

Para seus defensores, a Lei nº 13.429/2017 aponta para serviços contratados, como aqueles determinados e específicos, sendo que sua delimitação estará definida no objeto do contrato, eliminando-se, desse modo, a possibilidade de utilizar terceirizados para outras funções não previstas em contrato.

No Senado, os desacordos mais intensos, e que transformaram a substituição da Câmara, incidiram na Comissão de Assuntos Sociais e Econômicos. Foi obtida a ativa participação do presidente do TST, ministro Almir Pazzianotto, o presidente do TRT/SP juiz Francisco Antonio de Oliveira, do professor José Pastore e o presidente da CUT, João Felício. Através de requerimento do senador Eduardo Suplicy, o Ministro do Trabalho, Paulo Paiva, do mesmo modo, foi ouvido na Comissão. Salienta-se também a participação da senadora Heloisa Helena nos debates, até mesmo expondo diversas emendas ao projeto (MORALES, 2017).

Ainda Morales (2017) divulga que dois ministros se submergiram de modo intenso nas ideias relacionadas aos Serviços Terceirizados e do Trabalho Temporário: Eliseu Padilha, da Casa Civil, e Antônio Imbassahy, da Secretaria do Governo. Os dois receberam o grupo de líderes do setor, tendo contato estreito com seus articuladores. A porta de seus ministérios foram abertas para que as sugestões fossem ouvidas e debatidas.

A Jurisprudência brasileira ainda admite que a responsabilização, quando se tratar de terceirização, pode atingir a administração pública, em face da responsabilidade objetiva do Estado, por força do que dispõe o artigo 37, parágrafo 6º da Constituição Federal.

Nessa esteira, para que os entes da administração pública possam ser responsabilizados, tendo em vista vigorar em nossa ordem jurídica a modalidade de culpa objetiva em face do Estado, não é necessária a existência de dolo ou culpa, vale dizer, a conduta censurável da administração pública é requisito dispensável.

Ademais, ressaltando os efeitos negativos advindos da prática da terceirização nas relações de emprego, Silva (2009) chama atenção para o fato de que o aumento no número de

desempregados é consequência natural dessa nova estrutura. E isso se deve, sobretudo, em razão do reduzidíssimo quadro de trabalhadores efetivos que a empresa detém.

Por fim, deve-se ponderar que recentemente foi promulgada a Lei 13.429 de 2017, por meio da qual diversas modificações foram inseridas na prestação do serviço temporário e regulamentação do serviço terceirizado.

Resultados

Após chegar ao término deste estudo, percebe-se que as novidades apresentadas pela Lei nº 13.429/2017, com inclusões na Lei nº 6.019/1974, não despontam diploma caracterizado daquele que transforma, no que a interpretação sistemática é norma que se atribui para o entendimento do assunto normativo que decorre, uma vez que se podem aceitar os diplomas como independentes, e justamente na associação de normas se completa ser provável extrair a percepção de que a intermediação de trabalho em atividade-fim continua reconhecida, além do estabelecido no artigo 455 da CLT, quando abrangida subempreitada evidente, nas simples circunstâncias de trabalho temporário, embora que hoje em dia, com a inerente ampliação da apreciação original, no apropriado conceito de ação excepcional de serviços, continuando o campo da atividade-meio como motivo de intermediação sem determinados delimitadores do tempo.

Acredita-se que muitas das alterações trazidas pela Lei nº 13.429,2017 para o trabalhador terceirizado significam garantias e melhorias, do mesmo modo quando determinam as responsabilidades do tomador pelas qualidades e ambiente de trabalho e expõem que o trabalhador terceirizado possa desfrutar dos mesmos benefícios do pessoal permanente da empresa tomadora dos serviços.

Ressalta-se que não existem outras inovações trazidas pela Lei 13.429 de 2017, no que se menciona à terceirização, além das que foram apresentadas neste estudo. Como visto, a nova lei não admite a intermediação de mão-de-obra, muito menos faz com que os trabalhadores tenham um número menor de garantias com a chamada “ampliação da terceirização”.

Assim, ao analisar os artigos, conclui-se que com a aprovação da lei nº 13.429/2017, haverá uma descentralização das responsabilidades dos encargos trabalhistas quanto a principal beneficiária da prática laboral, mesma a empresa contratante sendo responsáveis subsidiariamente quanto aos encargos trabalhistas, restando à responsabilidade de garantir os direitos e garantias do trabalhador, ficando o direito do trabalhador que é pessoa física intacta, isso porque, quando se trata do termo trabalhador, seus direitos estão resguardados sob a égide

da constituição federal com o artigo 7º e consolidação das leis trabalhistas a CLT, no entanto, a referida lei cria requisitos para ao funcionamento das empresas prestadoras de serviço a terceiro, fortalecendo as relações entre estas partes de forma parelha e transparente, mas com certa vulnerabilidade das empresas tomadoras considerando o baixo valor exigido para o capital da empresa, freso esta questão buscando o melhor entendimento visando à equidade de deveres, obrigações e direitos.

Por fim, conclui-se que, a habilidade de manter essas relações em nível justo entre os membros é consagrada ao se atualizarem as normas e sua aplicabilidade em solucionar as novas demandas diante expostas no âmbito jurisdicional buscando a pacificação de quaisquer lides que por ventura possam vir a ser demandadas. Tal atualização se faz necessária e constante em razão de limitar possíveis abusos entre as partes, assim justificando uma observação mais cuidadosa destas relações.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Adriana. **TST não aplica Lei de Terceirização a caso antigo**. 2017. <http://www.valor.com.br/legislacao/5100022/tst-nao-aplica-lei-de-terceirizacao-caso-antigo>. Acesso em 08/06/2018.

AMARANTE, Leonardo. **A nova lei da terceirização e os reflexos jurídicos no caso de acidente de trabalho**. 2017. Disponível no link: <http://www.conjur.com.br/2017-abr-05/terceirizacao-reflexos-juridicos-acidente-trabalho>. Acesso em 05/06/2018.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ADVOGADOS. **Conceito e classificação das pessoas jurídicas**. 2015. Disponível em <<https://aba.jusbrasil.com.br/noticias/176597777/conceito-e-classificacao-das-pessoas-juridicas>> Acesso em: 06/2018.

BAPTISTA, L. **A lei 13.429/17 e os seus impactos na terceirização brasileira**. 2017. Disponível em <http://baptistaluz.com.br/institucional/lei-13-42917-e-os-seus-impactos-na-terceirizacao-brasileira/>. Acesso em 09/06/2018.

BRASIL, **Consolidação das Leis do Trabalho**. 19º. ed. São Paulo: Rideel, 2015.

BRASIL, **Constituição** Federal 1988. 6º. Ed. São Paulo: Método, 2017.

_____. **Título II - Dos Direitos e Garantias**. 1988. Disponível em <http://legis.senado.leg.br/legislacao/ListaTextoSigen.action?norma=579494&id=16434803&idBinario=16434817>. Acesso em 07/05/2018.

BRASIL, Lei Nº 13.429, de 31 de Março de 2017. Altera dispositivos da Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, **que dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e dá outras providências; e dispõe sobre as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros, Casa Civil**. Brasília, DF, 31 Mar. 2017, Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13429.htm> Acesso em: 05/10/2017.

BRASIL. **A Terceirização vista pela Doutrina e Jurisprudência.** Disponível em:<http://www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao_julho2005/convidados/con_1.doc>. Acesso em 08/11/2017.

CARVALHO, Mariana Aparecida Adalberto de. **Breve análise da lei ordinária nº 13.429/2017 no que tange à terceirização.** 2017. http://www.fac.br/home/index.php?option=com_content&view=article&id=808:facnewsbreveanalisedaleiordinariano134292017noquetangeaterceirizacao&catid=225:facnews&Itemid=109. Acesso em 10/06/2018.

CAVALLINI, Marta. **Entenda o projeto de lei da terceirização aprovado na Câmara.** 2015. Disponível em <http://g1.globo.com/concursos-e-emprego/noticia/2015/04/entenda-o-projeto-de-lei-da-terceirizacao-que-sera-votado.html> Acesso em 10/06/2018.

COLUSSI Luiz. **Carteira de Trabalho.** Disponível em <<http://www.agencianossa.com/2017/10/04/reforma-trabalhista-permite-quarteirizacao-diz-juiz/>> Acesso em 06/2018.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**, 12ª ed. São Paulo: LTr. 2013.

GARCIA, G. B. **Manual de Direito do Trabalho**, Rio de Janeiro: Fonseca, 2016.

GUGLINSKI, Vitor, **A terceirização aprovada pela Câmara dos Deputados afetará, de fato, os concursos públicos? Muita calma nessa hora.** 2017. Disponível em <https://vitorgug.jusbrasil.com.br/artigos/441754530/a-terceirizacao-aprovada-pela-camara-dos-deputados-afetara-de-fato-os-concursos-publicos-muita-calma-nessa-hora>. Acesso em 08/06/2018.

LEITE, Gisele. **Terceirização e a Lei 13.429/2017.** <http://www.jornaljurid.com.br/colunas/gisele-leite/terceirizacao-e-a-lei-134292017>. Acesso em 09/06/2018.

LIMA, Ermínio. **Opinião de expressa no Artigo.** 2017. Disponível em http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/economia/2017/03/03/internas_economia_577781/planalto-quer-aprovar-projeto-que-permiteaterceirizacao-no-setor-pub.shtml. Acesso em 07/06/2018.

MACIEL, José Alberto Couto. **Comentários à lei 13.429, de 31 de março de 2017, no que concerne à terceirização.** 2017. <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI256807,51045-Comentarios+a+lei+13429+de+31+de+marco+de+2017+no+que+concerne+a>. Acesso em 06/06/2018.

MARTINS, Sergio Pinto. **Terceirização e o Direito do Trabalho.** 29. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MELO, Raimundo Simão de. **Lei da Terceirização retira garantias e precariza relações de trabalho.** 2017. <<https://www.conjur.com.br/2017-abr-21/reflexoes-trabalhistas-lei-terceirizacao-retira-garantias-precariza-relacoes-trabalho>> Acesso em 06/2018.

MORALES, Vander. **Para especialistas, terceirização pode gerar ações na Justiça e aumentar empresas.** 2017. Disponível em <https://www.anamatra.org.br/imprensa/anamatra-na->

midia/25160-para-especialistas-terceirizacao-pode-gerar-acoes-na-justica-e-aumentar-empresas. Acesso em 10/06/2018.

NASCIMENTO, Bárbara. **Ações de terceirizados podem gerar perda milionária à União.** 2017. Disponível em <<https://oglobo.globo.com/economia/acoes-de-terceirizados-podem-gerar-perda-milionaria-uniao-21339958>>. Acesso em 06/2017.

OLIVEIRA, Luís Carlos. **Impactos da Lei 13.429/2017 (antigo PL 4.302/1998) para os trabalhadores Contrato de trabalho temporário e terceirização.** 2017. Disponível em <https://www.dieese.org.br/notatecnica/2017/notaTec175TerceirizacaoTrabalhoTemporario.pdf>. Acesso em 09/06/2018.

PESSOA, Eudes André. **A Constituição Federal e os Direitos Sociais Básicos ao Cidadão Brasileiro.** In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 89, jun 2011. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9623>. Acesso em 2018.

SANTOS, Santos, Enoque Ribeiro dos. **A nova lei da terceirização: Lei n. 13.429/2017: um cheque em branco ao empresariado.** 2017. Disponível em https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/108554/2017_santos_enoque_nova_lei.pdf?sequence=1&isAllowed=y Acesso em 10/06/2018.

SILVA, Cláudia Ruth da. **D21 20 – a ilicitude da terceirização trabalhista nas empresas de telecomunicações.** Revista Eletrônica de Direito. 2009. Disponível em <http://npa.newtonpaiva.br/direito/?p=1384>. Acesso em 11/06/2018.

SPAGNOL, Débora A terceirização, a Lei nº 13.429/2017 e seus impactos - vantagens, desvantagens e modificações. 2017. Disponível em <https://deboraspagnol.jusbrasil.com.br/artigos/446554177/a-terceirizacao-a-lei-n-13429-2017-e-seus-impactos-vantagens-desvantagens-e-modificacoes>. Acesso em 08/06/2018.

TRINDADE, Rodrigo. **Lei 13.429 de 2017 e a intermediação de trabalho no Brasil: perspectivas políticas e hermenêuticas.** Disponível em: <http://www.amatra4.org.br/publicacoes/artigos/1235-lei13-429-de-2017-e-intemediacao-de-trabalho-no-brasil-perspectivas-politicas-e-hermeneuticas> Acesso em 11/06/2018.

UNIFACS - Universidade Salvador. **A Terceirização vista pela Doutrina e Jurisprudência.** 2005. Disponível em <http://www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao_julho2005/convidados/con_1.doc> Acesso em 2.2018.

VIANA, Marcio Tulio. **Para entender a terceirização.** 2ª edição. São Paulo: LTr, 2017.

A REVENGE PORN (VINGANÇA PORNOGRÁFICA) E A PROTEÇÃO A MULHER COM O DO PROJETO DE LEI DA CÂMARA (PLC) 18/2017

Bárbara de Castro Teixeira¹

Rogério Gonçalves Lima²

RESUMO

O objetivo desta monografia é compreender a *revenge porn* (vingança pornográfica) e sua regulação pelo ordenamento jurídico brasileiro. Para atingimento deste objetivo a autora desenvolveu o estudo por meio da pesquisa bibliográfica no primeiro capítulo para que haja a conceituação do tema, orientando no segundo capítulo uma pesquisa de legislação aplicável aos casos que se enquadrem no assunto e uma pesquisa jurisprudencial no terceiro capítulo. Muitos casais ao chegarem ao fim do relacionamento afetivo criam uma animosidade, diferente do existente em tempos anteriores, e isso acaba por ocasionar polêmicas situações como a divulgação da intimidade dos consortes, revelando situações especiais e que delimitam uma atuação policial e jurídica para reduzir os efeitos e consequências desse ato afrontoso a dignidade da pessoa vítima dessa exploração da imagem. As mulheres são os grupos que mais sofrem com a vingança pornográfica, afetando a sua conduta posterior ao fim da união devido a uma conduta demasiadamente ilegal que antigo parceiro venha a cometer. Embora exista punição aos casos de vingança pornográfica, não existe uma previsão focada na proteção a mulher, havendo um Projeto de Lei 18/2017 em andamento na Câmara para que se mude o texto da Lei Maria da Penha e acrescente uma proteção maior as mulheres nesse caso de vingança, tipificando especificamente uma severidade aos casos que envolverem mulher.

Palavras-chave: Lei Maria da Penha; Projeto de Lei 18/2017; Revenge Porn; Vingança Pornográfica.

ABSTRACT

The objective of this monograph is to understand revenge porn (pornographic revenge) and its regulation by the Brazilian legal system. In order to achieve this objective, the author developed the study through the bibliographical research in the first chapter so that the topic can be conceptualized, guiding in the second chapter a research of legislation applicable to the cases that fit the subject and a jurisprudential research in the third chapter. Many couples when they reach the end of the affective relationship create an animosity, different from the one existing in previous times, and this causes controversial situations like the spreading of the intimacy of the consorts, revealing special situations and that delimit a police and legal action to reduce the effects and consequences of this act affront the dignity of the victim of this exploitation of the image. Women are the groups that suffer the most from pornographic revenge, affecting their conduct after the end of the union due to too illegal conduct that former partner will commit. Although there is punishment for cases of pornographic revenge, there is no provision focused on protecting women, and a Bill 18/2017 is underway in the House to change the legislation of the Maria da Penha Law and add greater protection to women in this revenge case.

Keywords: Maria da Penha Law; Draft Law 18/2017; Porn of revenge; Pornographic Revenge.

INTRODUÇÃO

A *revenge porn*, traduzida para o português como vingança pornográfica, tem provocado uma preocupação a mais para as pessoas, quando o fim do relacionamento afetivo passa a ser marcado pelo medo da intimidade, que outrora existia, ser revelada para as demais pessoas.

Muitos casais ao chegarem ao fim do relacionamento afetivo criam uma animosidade diferente do existente tempos anteriores e isso acaba por ocasionar polêmicas situações como a divulgação da intimidade dos consortes, revelando situações especiais e que delimitam uma atuação policial e jurídica para reduzir os efeitos e consequências desse ato afrontoso à dignidade da pessoa vítima dessa exploração da imagem.

Com o tema do trabalho monográfico situado na *revenge porn* (vingança pornográfica), faz-se imprescindível demarcar a problemática a ser resolvida perante a identificação de objetivos e a resolução da pesquisa. A problemática do trabalho é de que forma o ordenamento jurídico brasileiro dispõe quanto a *revenge porn* (vingança pornográfica)?

Os objetivos da monografia foram divididos em objetivo geral e objetivos específicos. O objetivo geral é compreender a *revenge porn* (vingança pornográfica) e sua regulação pelo ordenamento jurídico brasileiro. Os objetivos específicos da monografia são conceituar a *revenge porn* (vingança pornográfica), analisar a aplicação das leis a determinados casos semelhantes a vingança pornográfica e citar jurisprudências sobre os casos.

No referencial metodológico tem-se a definição da forma de pesquisa que orientará a monografia, vendo-se a pesquisa bibliográfica no primeiro capítulo para que haja a conceituação do tema, orientando no segundo capítulo uma pesquisa de legislação aplicável aos casos que se enquadrem no assunto e jurisprudencial no terceiro capítulo.

A justificativa que provocou a instrução da monografia foi na crescente ameaça provocada pelo aumento dos números de casos de vingança pornográfica (*revenge porn*) existentes ao fim dos relacionamentos amorosos. Justificando a

monografia assim, para debater a vingança pornográfica e a proteção a mulher com o Projeto de Lei nº 18/2017.

A monografia possui três capítulos sucessivos e ordenados de acordo com a propositura da pesquisa. O capítulo primeiro exhibe o conceito de *revenge porn* (vingança pornográfica) e situa o aumento de casos no Brasil. O segundo capítulo mostra a lei e algumas instruções legais a esses casos de vingança pornográfica. O terceiro capítulo mostra a jurisprudência posta a vingança pornográfica e o Projeto de Lei nº 18/2017.

2. REVENGE PORN (PORNOGRAFIA DE VINGANÇA) E O AUMENTO CONSIDERÁVEL DO NÚMERO DE CASOS NA SOCIEDADE

Neste primeiro capítulo serão expostas algumas conceituações que já foram descritas ao tema *revenge porn*, que em português significa pornografia da vingança e brevemente cita-se demais assuntos correlacionados que serão estipulados no transcorrer da monografia, com o intuito de proporcionar um esclarecimento e um melhor entendimento ao leitor da pesquisa da monografia que se começa a desenvolver.

O capítulo que conceitua a *revenge porn* (pornografia da vingança) foi dividido em duas partes, tendo a primeira parte desse capítulo tratado do conceito e na segunda parte cita-se os dados sobre a pornografia da vingança e casos que mostrem a existência dessa forma de desafronta.

O tratamento e avanço da pesquisa da *revenge porn* (pornografia da vingança) mostram os rumos que têm sido tomados, após o fim dos relacionamentos amorosos no Brasil, onde uma das partes, que é contrariada com o fim da relação, acaba por ofender a integridade da outra, através da propagação desse tipo de vingança, expondo a intimidade da relação.

De início, mostra-se pertinente esclarecer que as relações de afeto entre os casais são regidos pelos princípios da lealdade, confiabilidade e boa-fé mútua e, em razão de toda a segurança depositada no parceiro, muitas pessoas decidem por registrar seus momentos íntimos, sendo, muitas vezes, tais registros entregues ao mesmo. (OLIVEIRA, 2015).

A vingança pornográfica está presente na sociedade brasileira, progressivamente ganhando audiência do público com casos de famosos ou casos que apesar de envolverem pessoas desconhecidas, tomam rumos tenebrosos e chamam atenção dos meios de comunicação, permitindo a sociedade que emita um parecer e atente sua curiosidade sobre um posicionamento no tocante ao tema.

A metodologia dessa parte da pesquisa e que contribuirá para finalizar o capítulo é inclinada para a pesquisa bibliográfica, pinçada em uma pesquisa descritiva do tema e expositiva de episódios que elucidam a *revenge porn* (pornografia da vingança) e seu gradual crescimento com o fim das relações amorosas e as decorrências desses atos.

2.1. O CONCEITO E O PROSSEGUIMENTO DA *REVENGE PORN* (PORNOGRAFIA DE VINGANÇA)

A proximidade e afetividade dentro dos relacionamentos faz com que muitos dos parceiros, em meio ao relacionamento amoroso, acabem por registrar fatos durante os atos de intimidade desses companheiros, com a utilização de imagens e vídeos para registrar determinados momentos.

Inicialmente, faz-se imperioso explicar o que significa o termo “Pornografia da Vingança”: O termo consiste em divulgar em sites e redes sociais fotos e vídeos com cenas de intimidade, nudez, sexo à dois ou grupal, sensualidade, orgias ou coisas similares, que, por assim circularem, findam por, inevitavelmente, colocar a pessoa escolhida a sentir-se em situação vexatória e constrangedora diante da sociedade, vez que tais imagens foram utilizadas com um único propósito, e este era promover de forma sagaz e maliciosa a quão terrível e temível vingança. (BURÉGIO, 2015)

Esse registro desses momentos de intimidade dentro dos relacionamentos amorosos que podem representar confiança, manifestações de amor, desejo entre os parceiros, também podem transparecer comportamentos inoportunos ao fim dos relacionamentos que afetam a integridade daqueles que se tornam vítimas.

Apesar de que se tem gradualmente visto um aumento dos episódios de *revenge porn* (pornografia da vingança) na sociedade, as pessoas tendem a ter um desconhecimento da origem desse termo e a própria conceituação desses acontecimentos que agregaram para se atentar quanto a sua crescente aparência.

A princípio usa-se o termo *revenge porn*, que no nosso idioma representa pornografia da vingança para se traçar um abreviado apanhado histórico desses episódios, remetendo-se ao território norte-americano, surgindo então nos Estados Unidos o alerta para esses acontecimentos. Gonçalves e Alves (2017) traça a histórico da *revenge porn*:

A “pornografia de vingança” ou “*revenge porn*” (em inglês) é uma expressão recente criada nos Estados Unidos, que remete ao ato de divulgar, através da internet, fotos ou vídeos contendo cenas de nudez ou sexo, sem autorização da pessoa que está sendo exposta, com o propósito de causar dano à vítima.

Representando uma divulgação de imagens dotadas de cenas nuas e em atos sexuais por uma pessoa próxima, a *revenge porn* tem alcançado na sociedade uma preocupação, visto que afeta diretamente a integridade da pessoa que tem sua imagem violada.

A *revenge porn* (vingança pornográfica) teve sua origem ainda na década de 1980, nos Estados Unidos da América, através de uma exposição de fotografias em uma revista

conhecida no país, retratando mulheres não conhecidas pelo pública de uma maneira geral em posições de nudez.

Quando uma popular revista adulta masculina passou a circular uma nova seção em suas páginas denominada “Beaver Hunt” (Caçada ao Castor), cujo propósito seria divulgar, em suas famosas páginas, fotos de mulheres comuns nuas, em poses cotidianas, muitas vezes tiradas em locais públicos. Essas imagens eram enviadas pelos próprios leitores, de maneira que rapidamente a seção tornou-se o epicentro de diversos processos indenizatórios movidos por mulheres que foram expostas sem que jamais tivessem consentido nem com o envio, nem com a publicação de suas imagens. (GONÇALVES e ALVES, 2017).

Em meio a divulgação por esse meio de comunicação, bastante conhecido no ramo das revistas masculinas nos Estados Unidos da América (EUA), foi crescendo a quantidade de denúncias de mulheres que tiveram suas imagens expostas na sociedade, devido a essa seção da revista que apresentava mulheres desconhecidas despidas.

O epicentro dessa discussão estava no intento do envio dessas imagens serem realizadas por outras pessoas, sem o devido consentimento dessas mulheres, que de uma hora para outra, viam suas imagens apresentadas a toda nação por um meio de comunicação bastante conhecido, atingindo um grau de exposição ainda maior e violando expressivamente a imagem dessas. Os dados da ONG Safernet (2014) avaliam a origem da revenge porn:

A “campanha”, chamada de “Beaver Hunt”, revelava, além das imagens, algumas informações sobre as mulheres e seu comportamento sexual – muitas vezes com o nome atrelado às fotos expostas. O resultado? Algumas imagens foram divulgadas sem o consentimento ou conhecimento das protagonistas, que **processaram a revista**.

Naquele tempo, as mulheres que tinham suas imagens publicadas pela empresa de comunicação ainda chegaram a questionar a publicação das imagens, pois não foram comunicadas dessa publicação, portanto não tinham ciência que seriam mostradas por essa revista.

Desde o início das primeiras reclamações que tinham como denúncia a divulgação dessas imagens como forma de vingança entre companheiros amorosos, as mulheres têm se manifestado de maneira mais contínua e conseqüentemente deixando os homens como os maiores praticantes dessa violação da intimidade dentro dos relacionamentos amorosos.

A referida expressão trata-se de um termo novo no ordenamento jurídico brasileiro, o qual se originou devido à facilidade de propagação das informações nos meios virtuais, ao longo dos últimos anos, trazendo tanto pontos positivos quanto negativos para a sociedade, como é o caso da pornografia de vingança, na qual o expositor utiliza-se do meio eletrônico com a rapidez nas trocas de informações para divulgar materiais com conteúdo íntimo da vítima, advindos do relacionamento expirado. (OLIVEIRA, 2015).

Diante dos primeiros casos referentes a pornografia da vingança nos Estados Unidos serem realizados pela divulgação em uma revista de grande circulação, o público começou a atrair-se pelo assunto, que veio a popularizar-se, ainda mais, com outros meios de comunicação, como a internet, que naquele momento começava a se consolidar na sociedade mundial.

O *boom* provocado pela internet, o baixo custo do seu uso e a facilidade de expansão desse assunto, por se tratar de exposições que chamam atenção das pessoas, por exporem a imagem, através de nudez, em posições íntimas e que visaram um novo campo.

Toda origem da *revenge porn* (pornografia da vingança) remonta aos Estados Unidos, pela divulgação inicial nas revistas, depois com uso da internet, que acentuou os casos, e a facilidade de conhecimento da sociedade, aguçando a curiosidade e a despertando a violência por trás desses atos.

“O intuito do ofensor é apenas se vingar de alguém que o feriu, findou um relacionamento, seguiu outro rumo ou quaisquer outros motivos que ele ache pertinente e conveniente”. (BURÉGIO, 2015).

A ampliação desses episódios pelo mundo teve na internet sua ferramenta importante, pois aproximou esses atos e despertou o interesse daqueles que no momento de ira provocaram a exposição dos seus parceiros, afetando a integridade desses e a imagem.

No Brasil, tal fenômeno alcançou visibilidade nos últimos anos, especialmente em virtude da popularização da internet e de redes sociais, e trouxe à tona uma contemporânea forma de violência contra as mulheres, já que elas figuram como expressiva maioria entre as vítimas desse comportamento deturpado. (GONÇALVES e ALVES, 2017)

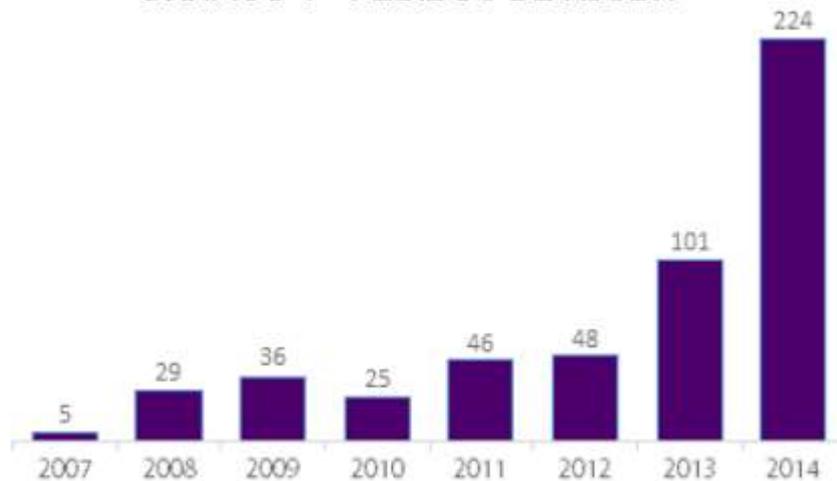
A vingança pornográfica (*revenge porn*) torna-se mais comum entre pessoas não famosas, apesar dos casos que envolvem famosos chamarem mais atenção, principalmente da mídia, tendo crescimento gradativo dos casos no Brasil, fortalecida a ameaça e a violação da intimidade e privacidade dessas pessoas com a divulgação sem consentimento desses arquivos.

“No Brasil já havia episódios esporádicos, acanhados, mas ultimamente está mais disseminada a divulgação das imagens e vídeos constando imagens, fotos e vídeos que as vítimas não autorizaram e não concordam com a ampla divulgação”. (BURÉGIO, 2015).

GRÁFICO 1 - PEDIDOS DE AJUDA

Os casos
juntando
de
da
frente a
Safernet,
ano de

um
com base
2007 a
como
para



Fonte: ONG Safernet

no Brasil,
as denúncias
pornografia
vingança
ONG
mostrados no
2015,
identificam
crescimento
nos anos de
2014, usados
parâmetro
entender-se

o aumento desproporcional dos casos de vingança pornográfica.

“No Brasil, conforme levantamentos estatísticos, a pornografia de vingança foi um dos crimes virtuais que tiveram um aumento significativo de reclamações ajuizadas”. (MELO Jr., 2016)

Nesse tipo de violação da intimidade e privacidade representada pela vingança pornográfica entre pessoas anteriormente dotadas de laços afetivos vê-se a quebra da confiança, a destruição dos laços de companheirismo e a cooperação entre os envolvidos, que passam a se opor pela divulgação.

A pornografia de vingança ou, na língua inglesa “*revenge porn*”, é um crime que ocorre quando fotos ou vídeos íntimos são divulgados ou compartilhados via internet, por um companheiro ou companheira, sem autorização da pessoa que está sendo exposta, com o propósito de causar dano à vítima, que geralmente é do sexo feminino. Como o próprio nome pressupõe, trata-se de uma forma de vingança, levada em alguns casos, pelo fim de um relacionamento amoroso, onde uma das partes visa lesar a imagem da outra, acarretando uma série de danos morais e psicológicos. (MELO Jr., 2016).

Pela citação acoplada ao texto, do escritor Marcelo Machado Melo Júnior em recente artigo publicado no ano de 2016, a vingança pornográfica é encarada como uma tentativa de atender a um dano, geralmente a pessoa do sexo feminino, maior vulnerável a esses casos.

O escritor vê no fim do relacionamento amoroso a maior causa da vingança pornográfica, com intento de provocar a lesão a integridade, a privacidade da vítima, afetando por consequência a vítima com danos psicológicos e morais, mais presentes em decorrência dessa divulgação.

A expressão pornografia de vingança (em inglês, revenge porn), se refere ao ato de divulgar nos meios eletrônicos arquivos com conteúdo íntimo de outra pessoa, sem o seu consentimento. Tal prática está se tornando bastante comum, após os fins dos relacionamentos, sendo o homem, na maioria das vezes, o divulgador das cenas íntimas como forma de vingar-se à mulher. (OLIVEIRA, 2015)

Vê-se infinitos conceitos da vingança pornográfica, todos atrelados a divulgação de imagens, sem o consentimento de quem é exposto, privando essa pessoa de ter sua integridade e privacidade intactas, invadindo a esfera moral e psicológica dessas pessoas.

Mais grave dentro da vingança pornográfica é a quebra da lealdade, que gera um sentimento de revolta no invasor, fazendo com que imagens e vídeos com conteúdo íntimo do casal ou somente da vítima passem a ser de conhecimento de todas as pessoas, atingindo êxito em sua vingança.

Para se reforçar a situação da vingança pornográfica e o crescimento dessa violação à intimidade e à privacidade pelos parceiros ao fim do relacionamento amoroso, como forma de afetar a outra parte. Gonçalves e Alves (2017) ilustram esses dados da vingança pornográfica:

Uma pesquisa realizada em 2014 pela organização EndRevengePorn revelou que 90% das pessoas que alegaram terem sido vítimas de "pornografia da vingança" eram mulheres. Destas, 57% alegaram que o conteúdo pornográfico foi disponibilizado por um ex-namorado, juntamente com o nome completo da vítima (59%) e perfil na rede social (49%).

Os percentuais informados pelos escritores Gonçalves e Alves (2017) ilustram que noventa por cento dos que são vítimas da vingança pornográfica são do sexo feminino, que ao terminar o relacionamento são privadas de sua intimidade por parte dos seus antigos companheiros.

Algumas informações trazidas pelos escritores citam que cinquenta e sete por cento citam os antigos companheiros como responsáveis pela divulgação dessas imagens ou vídeos de cunho sexual e nudez, para prejudicarem essas mulheres frente à sociedade com a divulgação de sua intimidade.

A complexidade dos casos de vingança pornográfica se fixa ainda mais, quando além da divulgação da imagem ou vídeo da vítima em situação desprovida, os divulgadores relacionam os nomes das vítimas aos arquivos pornográficos, vislumbrando um quantum de cinquenta e nove por cento.

Neste aspecto, o estudo apontou que 93% das vítimas relataram terem sofrido significativo estresse emocional devido ao ocorrido; 82% disseram terem sofrido relevante prejuízo em sua vida social ou ocupacional; 49% passaram a ser assediadas ou perseguidas na internet por usuários que tiveram acesso às suas gravações; 57% sentem medo que esta violência sofrida afete seu desempenho profissional; 54% têm dificuldades em se focar no trabalho ou estudo após o ocorrido e 51% passaram a ter pensamentos suicidas. (GONÇALVES e ALVES, 2017)

Os efeitos da vingança pornográfica foram apresentados e identificados pelos escritores, os quais ilustram que noventa e três por cento das vítimas tiveram como efeitos abalo emocional. Oitenta e dois por cento revelaram que os prejuízos atingiram a esfera social e a profissional dessas pessoas.

As mulheres que sofreram ataques decorrentes da vingança pornográfica ainda mostram que o assédio sexual teve um crescimento devido a essa divulgação de imagens, relatadas por cinquenta e nove por cento que mostraram que houve um crescimento no quadro de assédio depois de expostas essas imagens.

Uma das consequências mais perigosas e que foram contabilizadas na pesquisa é o efeito gerado na pessoa vítima que a leva a pensar na prática do suicídio. Percentual relevante de cinquenta e um por cento dos que exprimiram sua opinião como vítimas da vingança pornográfica.

Como exemplo, uma mulher de 34 anos foi vítima de estupro coletivo em São Gonçalo, Rio de Janeiro, no final de 2016. Conforme relato da vítima, esta não foi a primeira vez que foi obrigada a manter relações sexuais com o mesmo grupo. Moradora de favela, com filhas adolescentes para criar, ela teve medo de denunciar os estupradores, já que os mesmos fazem parte do grupo que lidera o tráfico na região onde mora. A mulher relatou à polícia que seu tormento começou quando há uns quatro anos seu ex-namorado divulgou um vídeo íntimo do casal. A partir deste episódio os homens sentiram-se no direito de abusar de seu corpo. (LÍCIA, 2017)

Exemplifica-se um dos casos de vingança pornográfica ocorrido no Rio de Janeiro, no ano de 2016, que dentre as consequências dessa forma de vingança, a mulher passou a ter sua imagem deturbada, sofrendo constantes assédios e violações ainda maiores, sofrendo inclusive estupro por causa da exposição sofrida depois da divulgação de sua imagem pelo ex namorado.

No caso dessa vítima, a divulgação do vídeo íntimo em que ela se relacionava sexualmente com o ex companheiro fez no seu entendimento que todos os homens que se aproximassem da mesma, passassem a querer tirar proveito da situação, razão em que ocorreram os estupros contra ela. Magesk e Soares (2015) ligam os dados obtidos para a pesquisa:

Não há dados oficiais, mas a estimativa de especialistas é que em torno de 20% dos casos de crimes eletrônicos já seja de pornografia de vingança. Em 2014, a delegacia registrou 1.800 ocorrências de delitos pela internet, 38% a mais do que no ano anterior, que teve 1.300 ocorrências. Desses 1.800 boletins, cerca de 360 casos são de cunho sexual, quase um crime por dia.

Os autores ao mencionarem esse tema, ainda trazem dados desse problema que auxiliam na reflexão dos impactos causados por essas violações de privacidade posteriores ao final do relacionamento como forma de retaliação ao ex companheiro:

Com base na sua experiência no assunto e pelo acompanhamento das vítimas, o investigador da Polícia Civil e especialista em Crimes Eletrônicos, Eduardo Pinheiro Monteiro, estima que cerca de 90% dos casos de pornografia de vingança atingem mulheres, com idades entre 12 e 30 anos. “Imagens de homens acontecem, mas são raras. Só me lembro de um homem, chantageado por um garoto de programa. Acredito que a cada 10 casos de crimes eletrônicos, dois são de conteúdo íntimo”, diz.

Magesk e Soares (2015) informam sobre o tema “Adolescentes são vítimas preferenciais da divulgação de fotos e vídeos íntimos, porque são os que mais usam câmeras e telefones celulares”.

Revelando uma conduta crescente entre os jovens, que torna a dimensão do problema ainda maior, pela condição de desenvolvimento e pela facilidade que esses jovens têm acesso à internet, permitindo uma expansão da exposição mais rápida e com isso afetando mais profundamente a integridade da vítima, principalmente dentro dos cenários escolares.

A conduta dos jovens em divulgar imagens e vídeos de cunho social para outros usuários da internet podem levar a transtornos maiores, quando não há apoio da família para que se possa resolver a situação, vindo o jovem a sofrer uma repressão social e dentro do ambiente domiciliar, Varella (2016) cita:

Quando Saori Teixeira chegou à escola, os colegas lhe encaravam com expressão de ultraje. O nó na garganta apertou quando, além dos cochichos e olhares furtivos, a menina se deparou com fotos suas na parede da escola em que estudava, no Recife. Eram retratos íntimos, que havia compartilhado ao confiar em um garoto com quem tinha se envolvido. Ela tinha 12 anos. Não demorou muito para que fosse chamada à diretoria, juntamente com seus pais, acionados pela escola. "Fui expulsa e apanhei muito dos meus pais, que são religiosos", conta.

O caso citado reflete a realidade de muitos jovens que ao terem sua vida exposta, por um ato impensado que gera consequências ainda mais profundas, acaba por sentir ainda mais isolado, pois não recebem o apoio necessário dos pais, que nesse exemplo reprimiram o ato da jovem com violência, como forma de castigo, aumentando o sofrimento perante o caso.

A depressão e a retirada da escola foram algumas das consequências a essa jovem, que vivia desde a divulgação das imagens, por um jovem mais velho, sendo alvo de piadas e sofrendo com efeitos da depressão e assim, ficando ausente do ambiente escolar por cerca de dois anos. (VARELLA, 2016).

Após analisar as pesquisas feitas nos artigos para o capítulo é oportuno e deve-se frisar que a conduta criminosa não só se enquadra nos casos com mulheres, valendo-se enfatizar que a divulgação não tem um grupo estabelecido, podendo ser enquadrado em qualquer pessoa (homens, mulheres, LGBT), sendo as mulheres pelos dados apresentados as maiores vítimas desses atos.

O capítulo trouxe basicamente conceitos e dados percentuais sobre o crime de vingança pornográfica, traçando um breve apanhado histórico da origem desse termo e os primeiros

relatos de utilização dessa forma de vingança por uma pessoa, denegrindo a imagem da outra, fazendo-se nesse capítulo uma base para o que se passa a discutir no segundo capítulo, a respeito da aplicação legal de alguns dispositivos do direito brasileiro a esses casos.

3. APLICAÇÃO LEGAL CONTRA OS DELITOS ENVOLVENDO PORNOGRAFIA DE VINGANÇA

Como já foi abordado nos capítulos anteriores, o comportamento que gera a pornografia de vingança pode sim ser considerado conduta delituosa no Brasil, uma vez que constitui lesão gravíssima aos direitos de personalidade do indivíduo, devendo ter uma repreensão eficaz pelo nosso ordenamento jurídico. Diante disso, surge o seguinte questionamento: “qual a legislação responsável por combater as condutas envolvendo a pornografia de vingança?”

Infelizmente, apesar de toda evolução legislativa ocorrida no Brasil nos últimos anos, não temos uma legislação específica que trata a respeito do tema. Contudo, diante da incidência deste comportamento, temos alguns institutos responsáveis por punir determinadas condutas.

Destaco portanto que, para responder o supracitado questionamento, este capítulo foi elaborado por meio da análise das legislações brasileiras, o qual é dividido em: a) crimes contra honra (Código Penal), b) Lei Maria da Penha, c) Marco Civil da Internet.

Assim, vejamos o capítulo a seguir que trata dos crimes contra a honra relacionados com a pornográfica de vingança, os quais estão disciplinados em nosso Código Penal Brasileiro, sendo especificamente o delito de difamação (art. 139 do CP) e o de injúria (art. 140 do CP).

3.1. CRIMES CONTRA A HONRA (CÓDIGO PENAL)

Inicialmente, é de suma importância analisar o posicionamento da doutrina contemporânea acerca do conceito de honra. Desse modo, destaco que houve uma divisão, pela qual constituiu a honra objetiva e subjetiva. Diante disso, no que se refere a honra objetiva, Fernando Capez (2014, p. 277) disserta:

Honra objetiva: diz respeito à opinião de terceiros no tocante aos atributos físicos, intelectuais, morais de alguém. Quando falamos que determinada pessoa tem boa ou má reputação no seio social, estamos nos referindo à honra objetiva, que é aquela que se refere à conceituação do indivíduo perante a

sociedade. É o respeito que o indivíduo goza no meio social.

Percebe-se, portanto, que a honra objetiva trata-se da imagem que cada indivíduo transmite para a sociedade, seja por meio de características físicas, morais ou intelectuais. Corroborando este entendimento, Victor Gonçalves (2011, p. 244) relata que:

O crime de difamação tutela também a honra objetiva, isto é, o bom nome, a reputação de que alguém goza perante o grupo social. De modo simplificado, honra objetiva é o que os outros pensam a respeito dos atributos de alguém.

Por outro lado, a honra subjetiva já nos faz uma remissão ao próprio indivíduo, ou seja, a opinião que ele tem de si mesmo, não possuindo como característica, a imagem que ele passa para a sociedade. Assim, é como discorre Capez (2014, p. 278)

Honra subjetiva: refere-se à opinião do sujeito a respeito de si mesmo, ou seja, de seus atributos físicos, intelectuais e morais; em suma, diz com o seu amor-próprio. Aqui não importa a opinião de terceiros. O crime de injúria atinge a honra subjetiva. Dessa forma, para a sua consumação, basta que o indivíduo se sinta ultrajado, sendo prescindível que terceiros tomem conhecimento da ofensa.

Feito estas considerações iniciais, ressalto que este capítulo pretende demonstrar os crimes contra a honra que possuem ligação com a pornografia de vingança, sendo eles o crime de difamação e injúria, os quais são utilizados para macular a honra e dignidade dos indivíduos.

Portanto, começo tratando do crime de difamação, que possui previsão legal no art. 139 do Código Penal Brasileiro. Assim, por questões didáticas, convém analisar o respectivo tipo penal. Vejamos então o que diz seu texto legal:

Difamação

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. (BRASIL, 1940)

A partir da leitura do respectivo artigo, percebe-se que a conduta de difamar um indivíduo consiste no ato de imputar a alguém, fato ofensivo a reputação do mesmo, pouco importando se esse fato seja verdadeiro ou falso. Observa-se que é

dessa forma que a doutrina moderna conceitua o crime de difamação, senão vejamos:

Conforme indica o próprio nome do delito, difamar significa causar má fama, arranhar o conceito de que a vítima goza perante seus pares, abalar sua reputação. Tal como ocorre na calúnia, a difamação pressupõe que o agente atribua à vítima um fato determinado, concreto, que, aos olhos de outrem, seja algo negativo. (GONÇALVES, 2011, p. 211)

Diante disso, destaco que o núcleo do tipo penal em questão é a conduta de atribuir fato ofensivo à reputação de alguém, o qual é levado ao conhecimento de outros prejudicando a imagem do indivíduo, como no caso em estudo, divulgando conteúdos de cunho sexual sem a autorização do mesmo.

É importante ressaltar que, se praticado a respectiva conduta delituosa por meio de divulgação em aplicativos e redes sociais, constitui causa de aumento de pena de um terço, uma vez que, determinadas ações facilitam a divulgação da difamação.

Também, outro ponto bastante importante é que, além dos que praticam a conduta de difamar alguém, os que divulgam ou compartilham o conteúdo também cometem o delito de difamação, respondendo portanto nos termos do art. 139 do Código Penal. Neste sentido é o que destaca o doutrinador Bittencourt (2012, p. 842):

O art. 139, que tipifica a difamação, não contém previsão de “propalar ou divulgar” a difamação[...]. À primeira vista, pode parecer que, ante essa omissão, o propalador ou divulgador não deve responder pelo crime de difamação. Contudo, essa impressão não é verdadeira e não se trata de analogia ou interpretação extensiva in malam partem. Ocorre que quem propala ou divulga fato desonroso imputado a alguém difama-o, isto é, pratica nova difamação.

Assim, compartilhando o mesmo entendimento que o supracitado autor, temos também o doutrinador Luis Régis Prado (2013, p. 291), o qual defende a ideia de que aquele que divulga e propaga a conduta difamatória contra outrem, comete nova infração penal. Vejamos:

O verbo nuclear imputar abarca, indubitavelmente, a propalação ou a divulgação. Conforme bem se assevera, o propalador do fato infamante comete outra difamação, aliás, autônoma, embora possa haver conexão instrumental entre elas.

Deste modo, é importante evidenciar que a difamação se consuma no momento em que as informações chegam ao conhecimento de terceiros. Portanto, consuma-se o eventual delito se um terceiro recebe conteúdos de cunho sexual de um

indivíduo sem a autorização do mesmo, com o objetivo de difamar a sua honra, seja por meio digital ou físico.

Todavia, antes de adentrar especificamente ao delito de injúria, vejamos o que a jurisprudência diz em relação a pornografia de vingança nos termos dos delitos contra a honra:

PENAL. APELAÇÃO. CRIMES DE INJÚRIA E DE DIFAMAÇÃO. ARTS. 139 E 140 DO CÓDIGO PENAL. **AGENTE QUE POSTA E DIVULGA FOTOS ÍNTIMAS DA EX-NAMORADA NA INTERNET. IMAGENS E TEXTOS POSTADOS DE MODO A RETRATÁ-LA COMO PROSTITUTA EXPONDO-SE PARA ANGARIAR CLIENTES E PROGRAMAS.** PROVA PERICIAL QUE COMPROVOU A GUARDA NO COMPUTADOR DO AGENTE, DO MATERIAL FOTOGRÁFICO E A ORIGEM DAS POSTAGENS, BEM COMO A CRIAÇÃO E ADMINISTRAÇÃO DE BLOG COM O NOME DA VÍTIMA. CONDUTA QUE VISAVA A DESTRUIR A REPUTAÇÃO E DENEGRIR A DIGNIDADE DA VÍTIMA. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. CONDENAÇÃO CONFIRMADA. RECURSO NÃO PROVIDO. [...] 3. Comete os crimes de difamação e de injúria qualificadas pelo emprego de meio que facilita a sua propagação - arts. 139 e 140, c.c. 141, II do CP - o agente que posta na Internet imagens eróticas e não autorizadas de ex-namorada, bem como textos fazendo-a passar por prostituta. (Apelação Criminal Nº 756.367-3, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do Paraná, Relator: Lilian Romero, Julgado em 07/07/2011, grifo nosso). (BRASIL, 2011)

Observa-se que, no caso acima, o agente buscou denegrir a imagem de sua ex-namorada publicando e divulgando imagens e textos, com o fim de ridicularizá-la e empregar a ela uma reputação de prostituta, a partir da criação de um blog, o qual induziu que a vítima estava capitalizando clientes para programas sexuais, ato este que, para a Segunda Câmara Criminal do TJ-PR, caracterizou como delito de injúria e difamação. Feito estas considerações, passo a análise do delito de injúria.

Inicialmente, tratando-se do crime de injúria, notamos que é o oposto do que se refere à difamação, vez que neste, utiliza-se como critério para sua configuração o vício subjetivo, consistindo no fato de alguém atribuir a outrem características negativas ou que induzem imperfeições. Vejamos que, mesmo sendo verdadeira a imputação injuriosa, isto não desclassifica o crime. Observamos portanto o que estabelece o artigo 140 do Código Penal Brasileiro:

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 vícios de fato, que, por sua natureza ou pelo meio empregado, se considerem aviltantes:
Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa, além da pena correspondente à violência.

§ 3o Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência: (Redação dada pela Lei nº 10.741, de 2003)
Pena - reclusão de um a três anos e multa. (Incluído pela Lei nº 9.459, de 1997) (BRASIL, 1940)

A partir da leitura do supracitado texto normativo, verificamos a presença do verbo injuriar. Trata-se de forma de manifestação que pode ser realizada por qualquer meio, expressando conceitos com o fim de ultrajar a dignidade ou decoro de alguém. Sobre isso, vejamos o que discorre Gonçalves (2011, p. 249):

A injúria difere totalmente dos outros crimes contra a honra porque é o único deles em que o agente não atribui um fato determinado ao ofendido. Na injúria, o agente não faz uma narrativa, mas atribui uma qualidade negativa a outrem. Consiste, portanto, em um xingamento, no uso de expressão desairosa ou insultuosa para se referir a alguém. A característica negativa atribuída a alguém, para configurar injúria, deve ser ofensiva à sua dignidade ou decoro.

Ainda, nota-se a possibilidade de praticar o delito de injúria por qualquer meio viável, ocorrendo bastante nos últimos tempos, através de cenários virtuais como aplicativos de comunicação e redes sociais.

Outro ponto importante, é que o Código Penal tratou de dividir a injúria em três espécies. A primeira delas é denominada como injúria simples, que se encontra prevista no *caput* do art. 140 do Código Penal. A segunda é chamada como injúria real, a qual esta descrita no parágrafo 2º do artigo 140 do Código Penal. Por fim, temos a injúria preconceituosa estabelecida no parágrafo 3º do artigo 140, do CP. Sobre estas espécies, Rogério Greco (2009, p. 457) disserta que:

De todas as infrações penais tipificadas no Código Penal que visam proteger a honra, a injúria, na sua modalidade fundamental, é a considerada menos grave. Entretanto, por mais paradoxal que possa parecer, a injúria se transforma em mais grave infração penal contra a honra quando consiste na utilização de elementos referentes a raça, a cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência, sendo denominada, aqui, de injúria preconceituosa[...]. Numa posição intermediária, situa-se a injúria real, prevista no §2o do art. 140 do Código Penal, cuja pena se compara à do delito de difamação.

Diante disso, verificamos que a modalidade de injúria assim denominada como simples, traduz-se na condição de ofender a pessoa do indivíduo manifestando genericamente atributos perjorativos e não imputando fatos. Vejamos o que estabelece Capez (2012, p. 288).

Observe-se que no delito de injúria a honra objetiva, ou seja, o valor que o

indivíduo goza na sociedade, também pode ser afetada, contudo tal ofensa é indiferente à configuração do crime; por exemplo: chamo alguém de ladrão e a atribuição dessa qualidade negativa é presenciada por terceiros. No tocante à injúria real, prevista no art. 140, § 2º, do Código Penal, por se tratar de um crime complexo, tutela-se também a integridade ou incolumidade física do indivíduo. No caso, contudo, a real intenção do agente é atingir a honra pessoal da pessoa, sendo a violência ou vias de fato apenas um meio de se concretizar tal desiderato”.

Em suma, nota-se que, diante das características dos delitos de ameaça e de injúria acima estudados surge divergência em qual deles a pornografia de vingança se enquadra. Podemos encontrar jurisprudências dizendo que *revenge porn* configura difamação e outras jurisprudência dizendo que configura injúria, contudo, o entendimento mais aceitável é que a respeito dessa conduta, não se trata de difamação, uma vez que, quando alguém divulga na internet fotos e vídeos íntimos de outrem, ele não está imputando à vítima fato determinado.

Neste caso, a publicação de conteúdos de cunho íntimo e sexual visa atingir a honra subjetiva da pessoa, especificamente a intimidade, a auto-estima, a dignidade e o decoro. Nota-se portanto que a pornografia de vingança não se ajusta perfeitamente ao crime de difamação previsto no art. 139 do Código Penal.

Assim, observa-se que a pornografia de vingança pode se caracterizar como injúria, uma vez que, analisando o caso concreto, verifica-se que ocorreu ofensa a honra subjetiva da vítima, atribuindo a ela, por meio dessas imagens, uma qualidade negativa, querendo vulgarizá-la.

3.2. LEI MARIA DA PENHA

Atualmente, nota-se que o principal e mais fundamental instituto no que se refere ao combate e repressão da violência contra a mulher no Brasil, sem dúvida alguma é a Lei Maria da Penha, (Lei nº 11.340/06), pois em seu texto normativo, trouxe diversos instrumentos e ações, com o escopo de punir e coibir condutas que violam os direitos das mulheres.

Observa-se que, respectiva legislação, trouxe em seu artigo 5º a definição do que é a violência doméstica e familiar contra a mulher, podendo ser por meio de uma ação ou omissão fundada no gênero feminino, capaz de provocar além da morte e da lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico, bem como dano moral ou patrimonial, vejamos:

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial: (Vide Lei complementar nº 150, de 2015)

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual. (BRASIL, 2006)

Verifica-se, portanto, que, o conceito trazido no artigo 5º, da Lei Maria da Penha, é extremamente amplo, pois a violência doméstica pode se dar por diferentes formas de violência, quais sejam, violência física, psicológica, sexual, patrimonial e moral. Assim, faz-se necessário a interpretação do artigo 7º, da respectiva lei, com o fim de complementar o referido conceito.

Diante disso, para complementar o conceito de violência doméstica, porém de forma didática, analisaremos o artigo 7º da Lei Maria da Penha, de forma fragmentada, para melhor entendimento. Pois bem, destaco então o que estabelece o inciso I, do artigo 7º:

CAPÍTULO II - DAS FORMAS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER - Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras: I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal; [...] (BRASIL, 2006)

Nota-se que a primeira modalidade a ser abordada pelo legislador é a violência física, a qual, nas formas de violência doméstica e familiar contra a mulher é uma das mais comuns, ao lado da violência psicológica. Essa espécie de violência, como o próprio texto legal diz, consiste em qualquer conduta que ofenda a integridade ou saúde corporal da mulher. Em seguida, vejamos o que estabelece o inciso II do artigo 7º:

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, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação;

Depreende-se, a partir da leitura do inciso supracitado, que a violência psicológica consiste em condutas capazes de causar danos emocionais e que diminuem a autoestima da vítima, podendo até prejudicar o ideal desenvolvimento dela, por meio de ações como ameaça, humilhação, constrangimento, manipulação, insulto, vigilância constante, perseguição contumaz, chantagem, ridicularização, e dentre outros atos que causem prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação.

Em termos de curiosidade, destaco que, alguns doutrinadores e aplicadores do direito (em sua maioria promotores de justiça) vão além, possuindo uma visão bastante aprofundada sobre o tema, compreendendo que a depender das consequências para a vítima, a pornografia de vingança pode se configurar lesão corporal, exemplo: um indivíduo espalha fotos íntimas de uma ex-namorada na internet, e após ela fica em estado de depressão.

Nota-se que neste caso, a depressão é uma lesão à integridade psicológica/mental. Sabemos que o delito de lesão corporal tutela as três saúdes da pessoa, sendo saúde física, mental e fisiológica. Verifica-se, portanto, que a pornografia de vingança pode acarretar uma depressão profunda e a vítima apresentar uma lesão psíquica. Imaginemos então que a vítima por conta da depressão não consegue sair de casa e nem praticar suas ocupações habituais por mais de 30 (trinta) dias.

Diante disso, alguns doutrinadores e aplicadores do direito entende que deve o autor da conduta que gerou a depressão na vítima, responder pelo delito de lesão corporal de natureza grave. A seguir, analisemos outra modalidade de violência trazida no inciso III, do art. 7º, da Lei nº 11.340/06:

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;

A violência sexual conceituada acima, sem dúvida alguma é a forma de violência mais banalizada e combatida por nosso legislador brasileiro. Nota-se que as ações que configuram determinada violência parte das condutas de impor, por meio do constrangimento, mediante coação, uso da força, ameaça ou intimidação, à prática de relação sexual ou a presenciar respectivo ato, de forma não consentida, dentre outras

formas. Vejamos a seguir o que dispõem os incisos IV e V do 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;

V - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.

A partir da análise dos incisos supracitados, observamos a presença de duas modalidades de violência. A primeira delas é a violência patrimonial, a qual não é tão importante para o nosso estudo, mas para fim de conhecimento convém interpretar.

Esta modalidade, na visão de nosso legislador, consiste naquelas condutas que tem o objetivo de provocar a subtração, destruição ou de reter objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e dentre outros bens de natureza patrimonial. Já a segunda modalidade é a violência moral, sendo aquelas condutas que configuram a prática da difamação, calúnia ou injúria.

Verifica-se assim, a partir da leitura dos respectivos textos normativo, que com a criação da Lei Maria da Penha, o legislador buscou tutelar não apenas a violência contra a integridade física da mulher, mas também a sua integridade psicológica.

Outro ponto característico da Lei nº 11.340/06, é que ela não se restringe apenas em relação à violência praticada no âmbito da unidade doméstica, mas também a toda e qualquer relação íntima de afeto, possuindo assim uma tutela jurisdicional mais ampla.

Portanto, para que se aplique a Lei Maria da Penha nos casos de pornografia de vingança, basta que a vítima e o autor responsável pela divulgação de conteúdos sexuais daquela tenham tido um relacionamento íntimo, mesmo que inexistente a situação de coabitação.

Em determinados casos de violação ao direito da mulher, existe alguns mecanismos responsáveis em combater essas formas de violência, os quais estão previstos no artigo 22, da Lei nº 11.340, vejamos:

Art. 22. Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras:

I - suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003;

II - afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida;

- III - proibição de determinadas condutas, entre as quais:
- a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor;
 - b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação;
 - c) freqüentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida;
- IV - restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar;
- V - prestação de alimentos provisionais ou provisórios. [...] (BRASIL, 2006)

Além destes mecanismos acima mencionados, existe também a possibilidade do magistrado, com o objetivo de reprimir essas violências contra a mulher, aplicar medidas protetivas de urgência, mesmo que não previstas pela Lei nº 11.340/06, se assim considerar necessário. É o que dispõe o parágrafo 1º, do artigo 22 da referida lei:

§ 1º As medidas referidas neste artigo não impedem a aplicação de outras previstas na legislação em vigor, sempre que a segurança da ofendida ou as circunstâncias o exigirem, devendo a providência ser comunicada ao Ministério Público. (BRASIL, 2006).

Feita estas considerações acerca da lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/06), podemos observar a preocupação do legislador em criar institutos e mecanismos com o fim de resguardar a integridade física e psicológica da mulher diante da violência. Contudo, veremos que não existe apenas legislações no âmbito criminal. A exemplo disso é o Marco Civil da Internet que estudaremos no capítulo a seguir.

3.3. MARCO CIVIL DA INTERNET

Até agora, vimos as formas de responsabilização criminal em razão da pornografia de vingança. No entanto, é importante também analisar qual o instituto responsável pela retirada dos conteúdos da internet referente à pornografia de vingança.

Inicialmente, destaco que antes da criação da Lei do Marco Civil da Internet, as vítimas da pornografia de vingança se quisessem que fosse retirado do ar os conteúdos de sua intimidade, só tinha o poder judiciário para recorrer, não existindo qualquer outra medida eficaz.

Ressalto, portanto, a rigidez das empresas provedoras de pesquisas na internet no sentido de retirar esses conteúdo das sugestões de busca, pautando-se no princípio da legalidade, esculpido no inciso II, do art. 5º da Constituição Federal, uma

vez que, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei”.

Portanto, diante da inexistência de regulamento legal sobre a remoção ou se quer o controle de conteúdo das URLs, as empresas provedoras de buscas recusavam-se a retirar determinadas sugestões com fundamento no princípio da legalidade.

Todavia, com o advento da Lei nº 12.965/14, denominada como Marco Civil da Internet, foi estabelecido garantias, deveres, direitos e princípios no que tange ao uso da internet, trazendo um maior amparo para as vítimas da pornografia de vingança.

Observa-se que, respectiva legislação trouxe um mecanismo essencial capaz de responsabilizar de forma subsidiária, os provedores de buscas que, após receberam notificação extrajudicial, deixaram de disponibilizar o conteúdo infringente. Vejamos o que diz o art. 21 do Marco Civil da Internet:

Art. 21. O provedor de aplicações de internet que disponibilize conteúdo gerado por terceiros será responsabilizado subsidiariamente pela violação da intimidade decorrente da divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado quando, após o recebimento de notificação pelo participante ou seu representante legal, deixar de promover, de forma diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, a indisponibilização desse conteúdo. Parágrafo único. A notificação prevista no caput deverá conter, sob pena de nulidade, elementos que permitam a identificação específica do material apontado como violador da intimidade do participante e a verificação da legitimidade para apresentação do pedido. (BRASIL, 2014)

Nota-se a partir da leitura do artigo que, mesmo diante da violação da intimidade da vítima com a divulgação de vídeos, imagens ou qualquer outro conteúdo de atos sexuais ou nudez de caráter privado e sem autorização, as empresas provedoras de pesquisas na internet só podem ser responsabilizadas subsidiariamente, após o recebimento da notificação pela vítima ou seu representante legal, se não diligenciar no sentido de indisponibilizar determinadas sugestões.

Contudo, tratando-se da notificação extrajudicial às empresas provedoras de pesquisa na internet, observamos que a Lei nº 12.965/14 não especifica os requisitos de validade desta notificação. Entretanto, entende-se que o simples comunicado via e-mail já se enquadra como a notificação prevista no art. 21.

Em suma, determinado mecanismo configura um grande avanço ao combate a Pornografia de Vingança, vez que a permanência de conteúdos expondo a intimidade

da vítima gera grandes consequências psicológicas e morais, e assim, justifica-se a necessidade da remoção imediata destes dados da rede mundial de pesquisa da internet.

Por fim, é importante destacar também a lei Carolina Dieckmann, contudo, ela não trata especificamente a pornografia de vingança, mas sim aos crimes de invasão a dispositivos informáticos. Ainda, cumpre informar que, existe diversos projetos de lei, na câmara e no senado, com o objetivo de tipificar a conduta de pornografia de vingança como um tipo penal com as devidas sanções punitivas, porém ainda não foram sancionados.

A seguir, vejamos algumas jurisprudências envolvendo os atos de pornografia de vingança no âmbito criminal, bem como, recente julgado do Superior Tribunal de Justiça, sobre a responsabilidade subsidiária dos provedores de pesquisa na internet.

4. DA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

Inicialmente, observa-se que a pornografia de vingança vem crescendo cada vez mais nos últimos tempos, e os magistrados buscam por meio de legislações como o Código Penal, o qual puni a conduta de difamação e injúria, bem como o Marco Civil da Internet, impedir que determinadas condutas continuem aumentando.

Todavia, nota-se que com a crescente demanda de ações no que se refere à responsabilização civil, os Tribunais se viram obrigados a fazer jogo de cintura e manifestarem com posicionamentos excepcionais em relação a responsabilidade dos provedores de busca diante da divulgação de conteúdos íntimos por seus usuários, sem autorização da vítima, tendo como sugestões estes conteúdos nas URLs.

Ressalto que o Marco Civil da Internet tem um papel fundamental em coibir determinados conteúdos infringentes, os quais violam a intimidade sexual das vítimas, que no caso em estudo, são em quase sua totalidade as mulheres.

Diante disso, é de extrema importância analisar a jurisprudência dos tribunais sobre a pornografia de vigança a luz do Marco Civil da Internet, verificando especialmente o recente Julgado proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, o qual teve como Relatora, a Minstra Nancy Andrighi, a qual demonstrou um posicionamento que excepciona o entendimento majoritario em relação à responsabilidade dos provedores de busca na internet.

Desde já destaco a dificuldade de analisar o inteiro teor dos julgados proferidos pelos tribunais no âmbito penal, vez que em sua maioria são resguardados por meio do segredo de justiça, diante da peculiaridade do caso.

Portanto, este capítulo será dividido em dois tópicos. O primeiro deles é em relação a responsabilidade subsidiária dos provedores de pesquisa na internet nas hipóteses de pornografia de vingança. Em seguida, apresentarei algumas ementas de julgados no âmbito penal a qual será analisada de forma objetiva, demonstrando punição dos agentes responsáveis pela conduta de vingança pornográfica, nos termos dos delitos de difamação e injúria, previstos em nosso Código Penal Brasileiro.

Assim, vejamos o tópico a seguir, o qual traz uma análise sistemática do Recurso Especial nº 1679465/SP, julgado pela terceira turma do Superior Tribunal de Justiça, proferido pela Ministra Relatora Nancy Andrichi no dia 13 de março de 2018.

4.1. RESPONSABILIZAÇÃO SUBSIDIÁRIA DOS PROVEDORES DE PESQUISA NA INTERNET

Diante da divulgação de fotos e vídeos íntimos e sexuais, conforme veremos, a vítima pode além de buscar a punição penal, exigir também a retirada de determinados conteúdos do campo de busca e pesquisa da internet, conforme recente posicionamento excepcional do STJ.

Ressalto que o Superior Tribunal de Justiça entende que os provedores de buscas não podem ser obrigados a eliminar de seu campo de busca, determinado termo ou expressão, bem como, exercer controle prévio do conteúdo dos resultados de pesquisa feitas por seus usuários. Todavia, vejamos o recente julgado do STJ:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. RETIRADA DE CONTEÚDO ILEGAL. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. PROVEDOR DE PESQUISA. FILTRAGEM PRÉVIA DAS BUSCAS. IMPOSSIBILIDADE. RETIRADA DE URLS DOS RESULTADOS DE BUSCA. POSSIBILIDADE. EXPOSIÇÃO PORNOGRÁFICA NÃO CONSENTIDA. PORNOGRAFIA DE VINGANÇA. DIREITOS DE PERSONALIDADE. INTIMIDADE. PRIVACIDADE. GRAVE LESÃO. 1. Ação ajuizada em 20/11/2012. Recurso especial interposto em 08/05/2015 e distribuído a este gabinete em 25/08/2016. 2. Na hipótese, o MP/SP ajuizou ação de obrigação de fazer, em defesa de adolescente, cujo cartão de memória do telefone celular foi furtado por colega de escola, o que ocasionou a divulgação de conteúdo íntimo de caráter sexual, um vídeo feito pela jovem que estava armazenado em seu telefone. 3. É cabível o recurso especial contra acórdão proferido em agravo de instrumento em hipóteses de antecipação de efeito da tutela, especificamente para a delimitação de seu alcance frente à legislação federal. [...] (REsp 1679465/SP, Rel. Ministra

A ação que originou o supracitado acórdão, trata-se de uma obrigação de fazer, mediante pedido liminar, a qual foi ajuizada pelo Ministério Público de São Paulo/SP, em defesa de uma adolescente que teve seu cartão de memória furtado por um colega de escola, que em seguida, divulgou na internet o conteúdo íntimo de caráter sexual da adolescente, especificamente um vídeo caseiro realizado pela jovem. Na época, o respectivo vídeo podia ser localizado por meio de buscas recorrentes. Vejamos mais um fragmento do acórdão em estudo:

[...] 4. A atividade dos provedores de busca, por si própria, pode causar prejuízos a direitos de personalidade, em razão da capacidade de limitar ou induzir o acesso a determinados conteúdos. 5. Como medida de urgência, é possível se determinar que os provedores de busca retirem determinados conteúdos expressamente indicados pelos localizadores únicos (URLs) dos resultados das buscas efetuadas pelos usuários, especialmente em situações que: (i) a rápida disseminação da informação possa agravar prejuízos à pessoa; e (ii) a remoção do conteúdo na origem possa necessitar de mais tempo que o necessário para se estabelecer a devida proteção à personalidade da pessoa exposta. 6. Mesmo em tutela de urgência, os provedores de busca não podem ser obrigados a executar monitoramento prévio das informações que constam nos resultados das pesquisas. [...] (REsp 1679465/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/03/2018, DJe 19/03/2018). (BRASIL, 2018)

A partir da análise do respectivo acórdão, nota-se que, houve um debate acerca da responsabilidade dos provedores de busca na internet em relação a divulgação de determinados conteúdos por seus usuários.

Antes de adentrar no mérito da questão, ressalto que, os provedores de busca na internet são empresas que disponibilizam aos seus usuários várias ferramentas, as quais, através de algoritmos e de indexação, auxiliam na pesquisa de websites bem como outros recursos, por meio de premissas inseridas no campo de busca. Neste sentido já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, vejamos:

Essa provedoria de pesquisa constitui uma espécie do gênero provedor de conteúdo, pois esses sites não incluem, hospedam, organizam ou de qualquer outra forma gerenciam as páginas virtuais indicadas nos resultados disponibilizados, se limitando a indicar links onde podem ser encontrados os termos ou expressões de busca fornecidos pelo próprio usuário. (BRASIL, 2012).

Portanto, conforme outras jurisprudência da mesma corte, a função do provedor de busca, consiste apenas na identificação de páginas de web, em que um

determinado dado ou informação esta publicado.

Diante desta característica dos provedores de pesquisa na internet, o STJ concluiu alguns pontos importantes a respeito da responsabilidade dessas empresas. A primeira delas é que os provedores de pesquisa não respondem pelo conteúdo do resultado das buscas realizadas por seus usuários.

Outro ponto importante também, é que essas empresas não podem ser obrigadas a exercer um controle prévio do conteúdo dos resultados das buscas feitas por cada usuário. Por fim, não podem ser obrigadas a eliminar do seu sistema os resultados derivados da busca de determinado termo ou expressão (REsp 1.316.921/RJ, Terceira Turma, julgado em 26/06/2012, DJe 29/06/2012).

Contudo, fazendo novamente remissão ao Recurso Especial nº 1679465/SP, ressalto que, mesmo diante do entendimento acima já consolidado, a Excelentíssima Senhora Ministra Relatora Nancy Andrighi, em seu voto, após reafirmar a jurisprudência da corte, fundamentou que as obrigações dos provedores de busca na internet também não podem ser neutras, sem quaisquer impactos sobre a sociedade, uma vez que, situações específicas, como no caso da pornografia de vingança, em que a atividade realizada pelos buscadores, por si própria, acarreta danos aos direitos e interesses de indivíduos, o Direito deve ser acionado com o fim de amparar o dano sofrido. Observemos:

[...] 5. Como medida de urgência, é possível se determinar que os provedores de busca retirem determinados conteúdos expressamente indicados pelos localizadores únicos (URLs) dos resultados das buscas efetuadas pelos usuários, especialmente em situações que: (i) a rápida disseminação da informação possa agravar prejuízos à pessoa; e (ii) a remoção do conteúdo na origem possa necessitar de mais tempo que o necessário para se estabelecer a devida proteção à personalidade da pessoa exposta. [...] 7. A "exposição pornográfica não consentida", da qual a "pornografia de vingança" é uma espécie, constituiu uma grave lesão aos direitos de personalidade da pessoa exposta indevidamente, além de configurar uma grave forma de violência de gênero que deve ser combatida de forma contundente pelos meios jurídicos disponíveis. [...] (REsp 1679465/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/03/2018, DJe 19/03/2018). (BRASIL, 2018)

Destaco que, no caso em apreço, não se tratou do instituto do direito ao esquecimento, mas sim da remoção de conteúdo infringente, a qual é uma modalidade consolidada há muito tempo e que foi reconhecida pelo Marco Civil da Internet, uma vez que não se estava julgando acerca de uma informação que poderia causar embaraços e sim de conteúdo íntimo que, a partir do momento de sua publicação, passou a causar imensas consequências à adolescente.

Em razão disso, em caráter de urgência, torna-se possível determinar que as empresas provedoras de pesquisas na Internet, retirem certas informações e conteúdos dos resultados de buscas efetuadas pelos seus usuários, em hipóteses que, a rápida propagação do conteúdo possa agravar os prejuízos à pessoa e quando a remoção da informação na origem demore mais tempo que o necessário para se estabelecer a devida proteção da personalidade.

Ainda, a jurisprudência em estudo, trata de mais um ponto importante em questão, qual seja, a natureza do conteúdo divulgado na Internet, a qual consiste em vídeo contendo cenas de nudez possuindo conotação sexual e de caráter totalmente privado da adolescente, sendo que a divulgação deste conteúdo se deu sem nenhuma autorização por parte da mesma.

Portanto, conforme já abordado anteriormente, a divulgação não autorizada deste mencionado tipo de conteúdo, íntimo ou sexual, é denominado como “exposição pornográfica não consentida” ou “pornografia de vingança”.

Destaco que, a prática de determinadas condutas são particularmente comuns nas situações que ocorrem o fim do relacionamento, em que um dos indivíduos divulga os conteúdos produzidos durante a união como forma de punir a outra parte devido o término do relacionamento.

Nos dias atuais, diante da evolução da tecnologia e de aparelhos como smartphone e computadores, é comum casais fotografarem ou filmarem momentos íntimos, porém, a partir do momento que ocorre desentendimentos e brigas do casal, os indivíduos utilizam-se dos conteúdos armazenados para se vingarem, compartilhando o material na internet.

Como já mencionado, a divulgação não autorizada de conteúdos de conotação íntima e sexual, recebeu a nomenclatura pela doutrina e pela jurisprudência como pornografia de vingança ou exposição pornográfica não consentida. Neste sentido, destaco a definição de Vitória Buzzi (2015):

O “termo pornografia de vingança”, tradução da expressão em inglês “revenge porn”, nomeia o ato de disseminar, sobre tudo na internet, fotos e/ou vídeos privados de uma pessoa, sem a sua autorização, contendo cenas de nudez ou sexo com objetivo de expô-la através da rápida viralização do conteúdo, e assim causar estragos sociais e emocionais na vida da vítima. (Pornografia de Vingança. Florianópolis: Empório do Direito, 2015).

Vejamos que se trata de uma nova modalidade de violência, a qual é suportada especialmente pelas mulheres, demonstrando que, diante da cultura

disseminada pelo mundo, refleti-se uma questão de gênero.

Destaco portanto que, a Excelentíssima Senhora Ministra Nancy Andrichi, em seu voto como relatora no REsp 1679465/SP, julgado em 13/03/2018, pela terceira turma do STJ, concluiu no sentido de que, a atividade dos provedores de busca, por si próprio, pode causar prejuízos a direitos de personalidade, em razão da capacidade de limitar ou induzir o acesso a determinados conteúdos.

Ainda, decidiu que, por se tratar de uma medida que se exige urgência diante da peculiaridade do caso e da grave lesão ao direito tutelado, é perfeitamente aceitável que se determine às empresas provedores de pesquisa na internet, que eliminem de seus campos de pesquisas (URLs), dados e informações publicado por seus usuários de forma infrigentes, nas hipóteses que a velocidade de divulgação do conteúdo, traz prejuízos irreversíveis à vítima, bem como, naqueles casos que a retirada do conteúdo em sua fonte de origem demore tempo demais, e assim, para resguardar e proteger a personalidade do indivíduo exposto, exige-se determinada medida.

A Excelentíssima Ministra Relatora também decidiu no sentido de que a espécie de violência aqui denominada como pornografia de vingança, a qual constitui uma modalidade de ameaça e lesão ao direito de personalidade ao indivíduo (na maioria dos casos são indivíduos do sexo feminino) que teve sua intimidade indevidamente exposta, além de caracterizar uma das formas mais graves de violência de gênero, esta deve ser reprimida por todos institutos jurídico existentes.

Ainda, depreende-se do acórdão proferido no REsp 1679465/SP, julgado em 13/03/2018, pela terceira turma do STJ, que a única exceção à reserva de jurisdição para a retirada de conteúdo infringente da internet, prevista na Lei 12.965/2014, está relacionada a “vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado”.

Vejamos que em determinadas situações, a empresa provedora de busca e pesquisa na internet torna-se subsidiariamente responsável, no momento que feita a notificação extrajudicial pelo indivíduo interessado na exclusão e remoção do material e informação publicado.

Em suma, vejamos que, na hipótese em julgamento, a adolescente foi vítima de “exposição pornográfica não consentida”. Portanto, como forma de proteção, se faz necessária a remoção imediata desse conteúdo, dos resultados de busca pelo provedor de pesquisa, por intermédio de tutela antecipada.

A seguir, analisaremos algumas jurisprudências envolvendo a pornografia de vingança no âmbito criminal, segundo as diretrizes das legislações penais e as que combatem a violência doméstica. Contudo, desde já ressalto que, em razão da peculiaridade e natureza de determinadas ações, estas são resguardadas pelo segredo de justiça, assim é possível apenas analisar a sua ementa em si.

4.2. RESPONSABILIZAÇÃO NO ÂMBITO PENAL

Como já ressaltado, não existe uma legislação penal específica responsável por criminalizar a conduta do indivíduo que divulga fotos íntimas da ex-namorada como forma de vingança. Contudo, o Estado não pode deixar de punir estas ações, e nestes casos, os magistrados aplicam as sanções penais nos termos dos delitos de difamação e injúria, combinado com a lei Maria da Penha, a qual é aplicada para punir a violência contra a mulher nas relações domésticas e que possuem relação íntima entre vítima e agressor moral.

Vejamos então, o acórdão proferido pela 3ª turma criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, o qual teve como Relator o Desembargador João Batista Teixeira, vejamos sua ementa:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR. DIFAMAÇÃO E INJÚRIA. PRELIMINARES DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ E CERCEAMENTO DE DEFESA. REJEIÇÃO. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. GRATUIDADE DE JUSTIÇA. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA PEREMPÇÃO. INVIABILIDADE. 1. O princípio da identidade física do juiz não é absoluto, razão pela qual, comprovado que o magistrado que presidiu a instrução criminal estava designado para exercício em outro juízo, não há nenhuma nulidade, motivo pelo qual se rejeita a preliminar de nulidade da sentença. 2. Se a ausência de oitiva de uma das testemunhas não foi arguida na fase processual adequada, opera-se a preclusão, não subsistindo a alegação de cerceamento de defesa. 3. **Inviável o pedido de absolvição dos crimes de difamação e injúria quando a materialidade e a autoria encontram-se comprovadas pelo depoimento da ofendida, corroborado pelos demais elementos probatórios, sobretudo as declarações de sua genitora e das testemunhas, que confirmam que o apelante ofendeu-lhe a honra objetiva e subjetiva ao encaminhar e-mail com fotos e vídeos íntimos para terceiros.** 4. O pedido de concessão da gratuidade da Justiça deve ser dirigido ao Juízo da Execução, o qual é competente para verificar a condição de hipossuficiência do condenado. 5. O prazo para a apresentação de contrarrazões de apelação é impróprio, razão pela qual não há falar em perempção da ação penal privada se a querelante ofertou-as mais de trinta dias após fazer carga dos autos para esse fim. 6. Apelação conhecida, preliminares rejeitadas e, no mérito, desprovida. (APR 20130111515407, 3ª Turma Criminal, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, publicado em 07/03/2016, Relator João Batista Teixeira, grifo nosso). (BRASIL,

A partir do acórdão supracitado, podemos observar que o ato de encaminhar e-mail com fotos e vídeos íntimos à terceiros, configurando pornografia de vingança, ofende a honra objetiva e subjetiva da vítima, e corroborado com as demais provas nos autos, a 3ª Turma Criminal do TJ-DF entende-se pela condenação do responsável, nos termos dos delitos de injúria e difamação.

A seguir, destaco o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Paraná, em que, no caso, o indivíduo divulgou através de postagens, fotos íntimas da ex-namorada, criando até um blog, induzindo que a vítima estaria angariando clientes para programas sexuais, vejamos:

PENAL. APELAÇÃO. CRIMES DE INJÚRIA E DE DIFAMAÇÃO. ARTS. 139 E 140 DO CÓDIGO PENAL. **AGENTE QUE POSTA E DIVULGA FOTOS ÍNTIMAS DA EX-NAMORADA NA INTERNET. IMAGENS E TEXTOS POSTADOS DE MODO A RETRATÁ-LA COMO PROSTITUTA EXPONDO-SE PARA ANGARIAR CLIENTES E PROGRAMAS.** PROVA PERICIAL QUE COMPROVOU A GUARDA NO COMPUTADOR DO AGENTE, DO MATERIAL FOTOGRÁFICO E A ORIGEM DAS POSTAGENS, BEM COMO A CRIAÇÃO E ADMINISTRAÇÃO DE BLOG COM O NOME DA VÍTIMA. CONDUTA QUE VISAVA A DESTRUIR A REPUTAÇÃO E DENEGRIR A DIGNIDADE DA VÍTIMA. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. CONDENAÇÃO CONFIRMADA. RECURSO NÃO PROVIDO. [...] 3. Comete os crimes de difamação e de injúria qualificadas pelo emprego de meio que facilita a sua propagação - arts. 139 e 140, c.c. 141, II do CP - o agente que posta na Internet imagens eróticas e não autorizadas de ex-namorada, bem como textos fazendo-a passar por prostituta. (Apelação Criminal Nº 756.367-3, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do Paraná, Relator: Lilian Romero, Julgado em 07/07/2011, grifo nosso).

Observa-se que a conduta do agente em criar o blog, postar fotos íntimas de sua ex-namorada, ofendeu sem dúvida alguma a honra objetiva, bem como a honra subjetiva da vítima, fato que foi combatido pela legislação penal.

Em suma, verifica-se que os tribunais brasileiros, atualmente, vêm tratando da matéria, reprimindo determinadas condutas consideradas extremamente graves, por meio da legislação penal vigente, bem como responsabilizando civilmente os indivíduos que infringem o direito a intimidade, o que no caso do presente estudo, a intimidade sexual, a moralidade e a dignidade da pessoa.

No entanto, diante da falta de regulamento legal específico, no que tange a pornografia de vingança, os magistrados ainda vem enfrentando dificuldades nestes quesitos, algo que ainda gera debates principalmente em relação a responsabilização civil.

Assim, como já relatado, existe vários projetos de leis com o fim de criminalizar esta conduta, porém é algo que ainda não foi concretizado no mundo jurídico. Diante disso, sabemos que a evolução tecnológica chegou a algum tempo, mas a falta de legislação dificulta a punição ideal destes infratores morais, pois a aplicação das penalidade hoje existentes passa uma ideia de impunidade em razão das pequenas sanções penais, algo que deve ser revisto urgentemente para se evitar o grande crescimento dessas condutas, denominadas como pornografia de vingança.

4.3. DO PROJETO DE LEI DA CÂMARA (PLC) 18/2017

Como já mencionado anteriormente, foram apresentados projetos de lei com a finalidade de tipificar e punir a conduta de divulgar e publicar, de forma não autorizada, fotos, vídeos e materiais, contendo cenas da intimidade sexual de alguém, tendo como vítima, na maioria dos casos, a mulher.

Portanto, para este tópico, faz-se importante a análise do Projeto de Lei da Câmara (PLC) 18/2017, o qual já foi aprovado pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ).

Destaco que, a PCL 18/2017, visa trazer modificações para o Código Penal Brasileiro, bem como para a Lei Maria da Penha (11.340/06), atribuindo a pornografia de vingança como uma das formas de violência doméstica contra a mulher, diante da exposição pública de sua intimidade.

Como ressaltado, o referido projeto de lei, tem o objetivo de acrescentar mais uma forma de violência doméstica, incluindo-a na Lei Maria da Penha, trazendo o seguinte conceito em seu texto original, sobre a violação da intimidade da mulher. Vejamos:

Art. 3º O art. 7º da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), passa a vigorar acrescido do seguinte inciso VI: "Art. 7º
..... VI - a violação da intimidade da mulher, entendida como a divulgação, por meio da internet ou outro meio de propagação de informações, de dados pessoais, vídeos, áudios, montagens e fotocomposições da mulher, obtidos no âmbito das relações domésticas, de coabitação ou hospitalidade, sem seu expresso consentimento." (NR) (BRASIL, 2006)

Vejamos que, o conceito atribuído a violação da intimidade da mulher, se enquadra perfeitamente na conduta denominada como pornografia de vingança, a qual consiste na divulgação de fotos e vídeos da intimidade sexual da mulher, sem o seu consentimento.

Observa-se também, que o projeto de lei, em seu texto original, cria um novo tipo penal, o qual foi denominado na proposta como exposição pública da intimidade sexual, devendo o mesmo ser acrescido no Código Penal. Vejamos o que propõem respectivo projeto de lei:

“Art. 4º O Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), passa a vigorar acrescido do seguinte art. 140—A: Exposição pública da intimidade sexual ‘Art. 140-A. Ofender a dignidade ou o decoro de outrem, divulgando, por meio de imagem, vídeo ou qualquer outro meio, material que contenha cena de nudez ou de ato sexual de caráter privado. Pena: reclusão, de três meses a um ano, e multa. Parágrafo único. A pena é aumentada de um terço a metade se o crime é cometido: I - por motivo torpe; II - contra pessoa com deficiência.”

Nota-se que o tipo penal criado se assemelha bastante ao delito de injúria, pois aqui também existe a ofensa ao decoro e a dignidade de outrem, com a diferença que, neste caso, a ofensa e propagada por meio de imagens, vídeos ou qualquer outro material que contenha cena de nudez ou ato sexual da vítima.

Em suma, podemos verificar, a partir da análise da tramitação do Projeto de Lei da Câmara (PLC) 18/2017, que este já sofreu, desde a sua origem, várias alterações por meio de emendas substitutivas, com o escopo de resguardar o máximo dos direitos das vítimas dessa violência.

Todavia, a demora para aprovação de determinado texto normativo causa preocupação, pois é evidente a agressividade das consequências provocadas pela pornografia de vingança na mulher, e diante disso, exige-se urgência na análise da matéria, para que seja o mais rápido possível reprimida essa conduta que vem crescendo cada dia mais.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A vingança pornográfica surgiu a bastante tempo, mas só veio a chamar a atenção para sua regulamentação pelo direito, mesmo que não ainda como parte da Lei Maria da Penha, recentemente passou a ser discutida, quando se tiveram ciência da ameaça que estava presente dentro desses casos de violação de intimidade consequente ameaça contra privacidade dessas mulheres.

A violência contra a mulher assume facetas dispare, apesar de mais conhecida e que tenha consequências e seja mais fácil de identificação a violência física, a mesma pode ser provocada em forma de violência moral, psicológica e outras formas que vem descritas na Lei 11.340/2006.

A inserção da pornografia da vingança como tipo dentro da violência contra a mulher protegida pela Lei Maria da Penha encontra-se sendo discutida, para que se possa regulamentar essa situação de maneira mais estrita e deixando mais possibilidade para que haja a sanção do que violar a intimidade da mulher em meio a pornografia da vingança.

Em andamento na Câmara dos deputados, o Projeto de Lei nº 18/2017 tem como propósito acrescentar a Lei Maria da Penha uma proteção maior as mulheres, para que quando se tenha uma tipificação dessa violação a intimidade da mulher, o direito brasileiro tenha uma sanção mais severa.

A vingança pornográfica teve um crescimento de casos que alarmou os juristas e os órgãos de segurança, que notaram que era preciso alterar a legislação e assim crescer a legislação existente uma variação para esses casos de exposição da imagem feminina.

As medidas já aplicadas pelo Poder Judiciário por meios das decisões jurisprudências tem se tido como intento a responsabilização dos que divulgam as imagens, mas baseado em dispositivos do Código Penal e outras leis de proteção a personalidade, além da Lei 12.737 de 2012.

A vulnerabilidade feminina nos relacionamentos marcados pela pornografia da vingança é evidente, tanto pelos números citados na monografia tem nas mulheres as maiores vítimas dessa forma de violência e privação de intimidade, que deve ser reconhecida legalmente para que se proteja essa condição mais vulnerável dentro dos relacionamentos.

Para dar uma proteção maior as mulheres, que são os maiores alvos da vingança pornográfica, o Projeto de Lei em tramitação na Câmara dos Deputados visa reconhecer a especialidade desses casos, como lei específica de proteção as mulheres e adentrar a essa forma de violência na própria Lei Maria da Penha, aumentando a sanção nesses episódios que a mulher for a vítima.

Para a monografia, os resultados manifestados situam que a vingança pornográfica no Brasil atualmente é vista sob a perspectiva principal dos crimes contra a honra no Código Penal, por representarem uma ofensa à dignidade da vítima e constante nisso, deveria normatizar uma legislação mais condizente com a condição da mulher, estipulando uma punição específicas para esses crimes nesses episódios.

Um ponto que carece de maior imposição do Direito brasileiro e responsabilização dos tribunais refere-se a branda punição aos provedores que veiculam essas imagens e vídeos, geralmente penalizados com a obrigação de retirar os conteúdos pornográficos de circulação.

A vingança pornográfica é um problema urgente, que com crescimento dos aparelhos tecnológicos e as redes sociais se tornaram ainda mais comuns no nosso meio. A condição da mulher de maior vítima dessa vingança pornográfica deve ser levada em consideração pelos legisladores, para que se possa impor penas consideráveis para os criminosos e responsabilizar mais diretamente e severamente os provedores, forçando-os a criar meios de controle da divulgação dessas imagens e vídeos sem antes ter uma comprovação e autorização para a divulgação, assim como controle daqueles usuários que divulgam essas imagens, para facilitar a punição deles.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal, 2:** parte especial: dos crimes contra a pessoa. 12. ed. — São Paulo : Saraiva, 2012.

BRASIL. **Apelação Criminal Nº 756.367-3.** Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do Paraná, Relator: Lilian Romero, Julgado em 07/07/2011, grifo nosso), 2011.

_____. **Recurso Especial**. REsp 1.316.921/RJ, Terceira Turma, julgado em 26/06/2012, DJe 29/06/2012), 2012.

_____. **Código Penal Brasileiro**. 18ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Constituição Federal (1988)**. 18ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em 21 de mai. 2018.

_____. **Lei nº 12.737, de 30 de novembro de 2012**. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12737.htm>. Acesso em 01 de jun. 2018.

BURÉGIO, Fátima. **Pornografia da Vingança**. Disponível em:<<https://ftimaburegio.jusbrasil.com.br/artigos/178802845/pornografia-da-vinganca-voce-sabe-o-que-e-isto>>. Acesso em 01 de mai. 2018.

BUZZI, Vitória. **Pornografia da Vingança**. <<https://repositorio.ufsc.br/.../TCC%20Vitória%20Buzzi%20Versão%20Repositorio.pdf>>. Acesso em 23 de mai. 2018.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**, volume 3: legislação penal especial; 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Apelação Criminal**. (Apelação Criminal Nº 756.367-3, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do Paraná, Relator: Lilian Romero, Julgado em 07/07/2011, grifo nosso). (BRASIL, 2011)

_____. **Apelação**. (APR 20130111515407, 3ª Turma Criminal, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, publicado em 07/03/2016, Relator João Batista Teixeira, grifo nosso). (BRASIL, 2016)

_____. **Curso de direito penal, volume 2, parte especial**: arts. 121 a 212. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. **Recurso Especial**. [...] (REsp 1679465/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/03/2018, DJe 19/03/2018), 2018.

EBRADI. **Nudes quais consequências jurídicas do vazamento de fotos íntimas?** Jusbrasil. Disponível em: < <https://ebradi.jusbrasil.com.br/artigos/483105689/nudes-quais-consequencias-juridicas-do-vazamento-de-fotos-intimas>>. Acesso em 10 de abr. 2018.

GONÇALVES, Ana Paula; ALVES, Fabrício da Mota. **A vingança pornô e a Lei Maria da Penha**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/56026/a-vinganca-porno-e-a-lei-maria-da-penha>>. Acesso em 01 de mai. 2018.

GONÇALVES, Gener. **7 informações sobre Pornografia da Vingança**. Disponível em: <<http://www.historiacao.com.br/7-informacoes-sobre-a-pornografia-de-revanche-r-evenge-porn>>. Acesso em 14 de abr. 2018.

GONÇALVES, Rodrigo Reis. **Crimes contra a honra praticado através das redes sociais, você já foi vítima ou...não?**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/58350/crimes-contr-a-honra-praticados-atraves-das-redes-sociais-voce-ja-foi-vitima-ou-nao>>. Acesso em 12 de mai. 2018.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Penal Esquemático: Parte Especial**. São Paulo: Saraiva 2011.

_____. **Legislação Penal Especial Esquemático**. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Especial**. Rio de Janeiro: Impetus. 2009.

LICIA, Brenda. **Revenge Porn: A Pornografia por Vingança**. Disponível em: <<https://brendaliciaalmeida.jusbrasil.com.br/artigos/493268425/revenge-porn-a-pornografia-por-vinganca>>. Acesso em 19 de abr. 2018.

MAGESK, Laila e SOARES, Leonardo. **Pornografia de vingança: um crime que não para de crescer**. Disponível em: <<https://grandesreportagens.gazetaonline.com.br/?p=606>>. Acesso em 30 de mar. 2018.

MELO JÚNIOR, Marcos Francisco Machado. **Pornografia de Vingança e Sua Relação Com a Lei Maria da Penha**. Disponível em: <<https://marcosfmachadomelojr.jusbrasil.com.br/artigos/299368736/pornografia-de-vinganca-e-sua-relacao-com-a-lei-maria-da-penha>>. Acesso em 20 de mai. 2018.

OLIVEIRA, Hayssa. **A Lei Maria Da Penha Em Combate Ao 'Pornô Vingança': necessidade de proteção à intimidade feminina**. Disponível em: <https://juridicocerto.com/p/hayssa-oliveira-adv/artigos/a-lei-maria-da-penha-em-combate-ao-porno-vinganca-necessidade-de-protecao-a-intimidade-feminina-1778?fb_comment_id=1052399811519273_1440617989364118>. Acesso em 10 de abr. 2018.

PAULA, Matheus Fellipe; FERREIRA, Allana R. **A pornografia de vingança e os desafios da proteção da privacidade online**. Disponível em: <<http://mfdpasilva.jusbrasil.com.br/artigos/407311374/a-pornografia-de-vinganca-e-os-desafios-da-protecao-da-privacidade-online>>. Acesso em

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Pena Brasileiro, volume 2: parte especial 11ª** Edição. Revista dos Tribunais, 2013.

SAFERNET. **Pornografia de Vingança**. Disponível em: <<https://pornografiadevinganca.com/inicio/como-surgiu/>>. Acesso em 20 de abr. 2018.

VARELA, Gabriela e SOPRANA, Paula. **Pornografia de vingança: crime rápido, trauma permanente**. Disponível em: <<https://epoca.globo.com/vida/experiencias-digitais/noticia/2016/02/pornografia-de-vinganca-crime-rapido-trauma-permanente.html>>. Acesso em 18 de mai. 2018.

VIEIRA, Monalyza. **Lei Carolina Dieckmann e a pornografia de vingança**. Disponível em: <<http://anaeufrazio.com.br/2014/03/lei-carolina-dieckmann-e-pornografia-de-vinganca-de.htm>>. Acesso em 20 de abr. 2018.

SERIAL KILLER COM O DIREITO PENAL BRASILEIRO E O DIREITO PENAL INTERNACIONAL

Genisson Costa Silva Carvalho¹¹

Alexandre Divino Roberto Rodrigues¹²

Tálita Carmo Ribeiro¹³

Rogério Lima¹⁴

Resumo

O presente trabalho tem como centro da exposição informar sobre a origem do termo Serial Killer e suas definições, analisados sob a perspectiva de casos concretos e exemplificativos. Sendo assim, a discussão será embasada dentro do conteúdo estudado por psicólogos fundamentados e renomados em sua função. Em segundo momento, ocorre a correlação entre a aplicação do Direito Penal Brasileiro e o Direito Penal Internacional. Tendo como obrigatoriedade afirmar o que cada um traz expresso em seus artigos e aplicações, nas competências que delimitam o caso ocorrido. Após isso, será explanado sobre as causas indutivas do comportamento que se enquadra na psicopatologia, são elas: imputabilidade; semi-imputabilidade e inimputabilidade. Buscaremos também uma forma de sanar se realmente os Serial Killers são penalmente imputáveis perante o ordenamento jurídico brasileiro. A metodologia utilizada é a qualitativa, utilizando de métodos de pesquisas bibliográfica juntamente com o método analítico-dedutivo.

Palavra-chave: Serial Killer; Direito Penal; Direito Penal Internacional.

Abstract

The present work has as information center to inform about the origin of the term Serial Killer and its definitions, based on a perspective of concrete and exemplary cases. Thus, a discussion will be incorporated into the portal studied by well-grounded and renowned psychologists in their function. Secondly, there is the application of Brazilian Criminal Law and International Criminal Law. To be such obligations are declined disclosure of their articles and related applications, in policies that delimit the case occurred. After this, it will be explained how the inductive causes of the behavior that fit the psychopathology, are: imputability; semi-imputability. We will also look for a way to remedy if Serial Killers are criminally responsible under the Brazilian legal system. The methodology used is qualitative, using bibliographic research methods together with the analytic-deductive method.

Keyword: Serial Killer; Criminal Law; International Criminal Law.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

¹¹Bacharelado no curso de Direito pela Faculdade Evangélica de Rubiataba.

¹²Bacharelado no curso de Direito pela Faculdade Evangélica de Rubiataba.

¹³Bacharelado no curso de Direito pela Faculdade Evangélica de Rubiataba.

¹⁴Bacharel em Direito pela Universidade Salgado de Oliveira e Mestre em Ciências Ambientais.

O trabalho no qual será tratado, incumbe um tema muito aludido hodiernamente, mas outrora não ouvia-se falar sobre os serial killers, tanto pela falta de criação do denominação, tanto pela falta dos meios de comunicação da época.

Uma sumária explanação sobre o tema: psicopatas e sociopatas são tidos como distúrbios mentais caracterizados pela má formação do cérebro, e tendo toda a percepção da realidade ao contrario dos psicóticos que não gozam de qualquer contato com a realidade, vivem dentro do seu próprio mundo, nem todo psicótico chegará a cometer crime.

Tal como alvo central, idem, objetivo geral: Os Serial Killers são penalmente imputáveis perante o ordenamento jurídico brasileiro ?. Não obstante, buscando soluções à problemática específica: Quem são eles? O que eles fazem ? Há algum meio de aplicar a inimputabilidade ou a semi-imputabilidade nestes casos? O que o Direito Penal Brasileiro dispõe sobre ? E o Direito Penal Internacional fala a respeito deles?

É aberta uma discussão sobre as hipóteses de aplicação de casos concretos dentro do ordenamento mundial, fazendo uma breve e sucinta diferenciação sobre o nacional e alguns internacionais. A metodologia utilizada é a qualitativa, utilizando de métodos de pesquisas bibliográfica juntamente com o método analítico-dedutivo.

O principal objetivo é trazer eventuais explicações sobre o tema, com o intuito de acabar com inúmeros enigmas criado no imaginário dos povos. Os temas, aqui tratados, carregam uma grande carga de mitos, criados pelos filmes Hollywoodianos. Vemos ao longo de anos, quando chega ao nosso conhecimento a execução de algum crime violento, já o ligamos aos psicopatas, não tendo conhecimento que há outras espécies, e tal caso poderá não se encaixar na psicopatia.

Idem, indaga abarcar toda a idade que buscam aperfeiçoamento e adquirir conhecimento acerca de tal.

1 A ORIGEM DO TERMO

A maioria das pessoas tem o termo assassinos em serie como um grande e novo fenômeno. Esse título é dado pois 20's atrás não havia um termo específico para essescaos e por isso ninguém jamais tinha falado sobre tais atrocidades. A maior parte

do século XX ninguém da mídia usou o termo assassinos em serie para relaciona-los ao crime, porem não podemos descartar que não existiram no passado.

Um dos serial killers norte-americano mais desconceituado de todos os tempos, Albert Fish, cometeu suas atrocidades na época da Grande Depressão 1929, seus crimes foram amplamente cobertos pelos jornais da época, entretanto não se vê Fish sendo descrito como um serial killer. A única e simples razão é que o termo ainda não tinha sido inventado, esse tipo de crime como hoje definimos sendo serial killer ou assassinos em serie era simplesmente agrupado sob a categoria geral de “homicídio em massa”.

Tem como o cunhador da expressão “serial killer” ao então agente especial do Federal Bureau of Investigation (FBI) Robert Ressler, um dos membros cofundador da chamada Unidade de Ciência Comportamental, também conhecida como “Caçadores de Mentes” ou “Esquadrão Psíquico”.

Em sua autobiografia *Whoever Fights Monsters* (Aquele que Luta com Monstros), publicado em 1992, o autor conta que no inicio dos anos 1970, quando participava de uma conferência acadêmica britânica de polícia, chegou aos seus ouvidos um colega fazer alusão a “crimes em série”, no sentido de “uma série de estupros, roubos, incêndios, criminosos ou assassinatos”. Conta, Ressler, que ficou tão deslumbrado com a frase que começou a usar o termo “serial killer” em uma de suas palestras para descrever “o comportamento homicida daqueles que praticavam um assassinato, depois outro e mais outro de forma bastante repetitiva”.

Há correntes em que falam que não foi Ressler o criador do termo, mas que em meados de 1960, o termo “homicida em série” já era tão popular, pelo menos no exterior. Confirmado pela inúmera repetição vezes no livro *The Meaning of Murder* (O significado de Assassinato), em 1966, escrito pelo britânico John Brophy:

Jack, o Estripador, que nunca foi identificado e tornou-se o mais famoso de todos os homicidas em série, não condizia com o arquétipo esperado. O típico assassino em série mata com frequência demais e é pego (CROWELL, 1966, p. 189)

Mesmo que Ressler não possa receber o título de criador da expressão, certamente ele foi uma dos pioneiros que ajudou a introduzi-la na cultura criminal norte-americana e, por tabela, no mundo todo.

1.1 Definições

Quando foi inventado o termo era de se esperar que criassem algo que caracterizasse um tipo específico de criminoso, fosse claro e direto, mas não é o caso. Entretanto, o termo o qual foi iniciado é cercado de grandes confusões. Nem mesmo especialistas estão de acordo. Vamos começar pela definição dada pelo FBI: “Três ou mais eventos separados em três ou mais locais distintos com um período de “calmaria” entre dois homicídios”. (FBI, 1992). Tal definição traz consigo três elementos para que possa ser colocado em prática: Quantidade: Tem de haver pelo menos três homicídios; Lugar: Os assassinos têm que ocorrer em locais diferentes; Tempo: Tem de haver um “período de calmaria”- um intervalo entre os assassinatos que pode durar de algumas horas a vários anos.

É dada a explicação que as duas ultimas qualificações é concebida ao “assassinato em massa” que caracteriza como o indivíduo suicida, tomado de fúria, perpetra sua carnificina em um grupo de pessoas de uma só vez.

O FBI tem encarado inúmeros problemas em relação à definição. Por um lado é muito ampla, já que pode ser aplicada a outros tipos de homicidas que não são serial killers: os matadores de aluguel, os foras da lei do Velho Oeste, como William Bonney, o “Billy the Kid”, que, segundo o mesmo, diz que matou 21 homens ate completar 21 anos de idade, a título de exemplo, todos se encaixam nos critérios do FBI, porem, nenhum corresponde a serial killers.

Por outro lado, a definição dada pelo FBI é estreita demais, já que especifica que um serial killer há de cometer seus crimes “em três lugares distintos”. Sem sombra de dúvida, inúmeros serial killers percorrem longas distancias em busca de suas vitimas. A exemplo, Ted Bundy, assassinou mulheres em sete estados diferentes. No entanto, outros preferem executar seus atos em um só lugar. John Wayne Gacy, por exemplo, transformou o porão de sua casa, em um câmara privada de torturas e assassinatos.

2 TRANSTORNOS

A classificação de transtornos mentais e comportamentais, com a sua 10ª revisão (CID-10), dispõe sobre os transtornos específicos de personalidade como sendo uma perturbação grave das características pessoais e das tendências comportamentais do indivíduo. Os transtornos de personalidade (TP) não são caracterizadas como doença, mas sim como uma deformidade no desenvolvimento

psíquico, sendo considerados na psiquiatria forense, como perturbação da saúde mental.

Os portadores desse tipo de transtornos poderão ser visto pelas pessoas com baixo índice de conhecimento como indivíduos problemáticos e com grande grau de dificuldade de se relacionarem interpessoalmente. Tem como característica marcante a improdutividade quando se olha em seu histórico de vida e findam por não estabelecer uma ordem nesse caos.(MORANA, STONE, FILHO, 2006)

2.1 Classificação

A CID, em sua décima revisão teve o papel de transcrever oito tipos de transtornos específicos da personalidade: paranoide; esquizoide; antissocial; emocionalmente instável; histriônico; anancástico; ansioso e dependente.(MORANA, STONE, FILHO, 2006)

A personalidade antissocial é uma das personalidades mais encontradas dentre os Serial Killers. Porém, nem sempre verificará à prática de atos criminosos, o qual é nosso alvo de estudo. Não necessariamente existira só o transtorno de personalidade antissocial, poderá sim conter um ou mais transtornos, sendo uma anomalia na má formação e desenvolvimento do cérebro.

Entre um ponto de vista, a psicopatia tem como sua identificação uma perturbação como característica a presença de um certo padrão comportamental. Que acaba com a manifestação de “menosprezo e violação” para com os direitos das outras pessoas, que começa desenvolver quando criança ou até mesmo na adolescência, perpetuando até a vida adulta.

Para um bom diagnóstico de Perturbação Antissocial da Personalidade tem que ter ao menos 18 anos. Para caracterizar tal incidente, o paciente deve apresentar três dos seguintes critérios: incapacidade de conformação às normas sociais no que diz respeito aos comportamentos legais; falsidade ou incapacidade de planejamento antecipado; irritabilidade e agressividade; desrespeito “temerário” pela própria segurança e pela dos demais; persistente irresponsabilidade; ausência de remorso (American Psychiatric Association, 2002).

3 SOCIOPATAS, PSICOPATAS E PSICÓTICOS

O policial que prendeu Howard Unruh perguntou se ele era “psicótico”, estava usando uma gíria popular nos EUA (“psycho”, abreviação de psicótico em inglês). Atualmente mais comumente associada ao título do filme clássico do autor Hitchcock, Psicose (Psycho, de 1960). Entretanto, a pergunta feita pelo policial é muito mais complicado do que parece. Há necessariamente dois tipos diferentes de “psycho”: psicopatas e psicóticos. A maioria dos serial killers está incluído na primeira categoria. Entretanto, há também quem se classifique na segunda categoria.(SCHECHTER, 2013, p. 27)

3.1 Psicopatas

Analisando descaradamente os psicopatas já é notório um nível considerável a mais de insanidade. Eles sabem diferenciar o certo e o errado. São pessoas com raciocínio muito aguçado, muitas vezes com uma inteligência invejável. Há casos que conseguem até ser bastantes charmosos e galanteadores, levando a uma facilidade maior para atrair suas vítimas. O fato mais assustadores deles é que aparentam ser tão normais, a capacidade que eles tem em agir normalmente em um situação que para muitos não saberiam o que fazer.

Apresentam uma personalidade agradável, mas não passa de pura encenação. Uma característica marcante destas pessoas é sua total falta de empatia. Os psicopatas são incapazes de amar ou de desenvolver afeto por alguém, e se desenvolvida não passa de encenação. Assim, não se importam com ninguém, não sente pena de qualquer pessoa a não ser dele mesmo. Ele vê as outras pessoas como meros objetos a serem usados e manipulados para o seu bel-prazer.(SCHECHTER, 2013, p. 27)

3.2 Sociopatas

Grandes são as discussões sobre esse termo, vários estudiosos defendem que “psicopatia” e “sociopatia” na verdade são sinônimos. Defendendo a ideia de que pode ser usado um ou outro termo, para a identificação dessas pessoas com distúrbios comportamentais e neurais.

A Organização Mundial de Saúde (OMS), traz em sua fundamentação a sociopatia em suas classificações de doenças CID-10. Usando o termo “distúrbio de

personalidade dissocial”, como com os psicopatas, os sociopatas tem como característica marcante a falta de consideração com o sentimento alheio.(HODARA, p.3 e 4)

Os sociopatas são incapazes de se corrigirem com a punição, quando chega ao seu conhecimento que a sociedade não aprova suas atitudes, eles procuram uma maneira de as esconder de alguma forma, mas nunca as suprimindo. Como eles são indivíduos com pouco índice de inteligência não são capazes de “esconder” da mesma forma que os psicopatas fazem, podendo normalmente fazer suas atrocidades e viver em sociedade. A maioria das vítimas dos psicopatas só ficam sabendo do seu lado obscuro minutos antes de sua morte cruel e na maioria das vezes sádica. Já o sociopata não irá conseguir ter relações com a sociedade.(HODARA, p. 12)

3.3 Psicóticos

Os psicóticos são definidos como sendo um transtorno mental grave, caracterizado por certo grau de deterioração da personalidade. Os psicóticos vivem em um mundo em que só eles veem, totalmente fora da realidade. São atordoados por alucinações e delírios- ouvem vozes, têm visões, vivem em uma total anormalidade com uma crença bizarra. Perderam totalmente o contato com a realidade. Ao contrário, do que estudamos sobre os psicopatas são aparentemente normais e conduz totalmente com a realidade que ele habita, mas vive vidas obscuras, grotescas. As principais formas de psicose é a esquizofrenia e a paranoia.(SCHECHTER, 2013, p. 28)

4. DIREITO PENAL APLICADO

As perguntas que não querem se calar é o que acontece com eles quando cometem algum crime, o que o Estado por meio das leis busca para a solução destes conflitos, porquê mesmo com os distúrbios e as qualificações de doentes mentais eles antes são cidadãos como qualquer outro.

Como já foi dito a psicopatia não é vista como uma doença mental, então não poderia se aplicar a inimputabilidade prevista no artigo 26 do Código Penal, sendo assim o caso de ser comprovada as ações criminosas do psicopata poderá ser penalizado normalmente. Mas há uma aplicação duvidosa para com o parágrafo único deste artigo, oque traz a respeito dos semi-imputáveis, uma vez que eles podem

encaixar em um quadro de perturbação na saúde mental, no caso dos psicóticos que vivem fora da realidade.

A jurisprudência tal como as doutrinas brasileiras pouco se falam acerca da imputabilidade dos psicopatas. Poucas e mínimas coisas que se tem publicado com o tema ou utilizam o termo “psicopata” indevidamente, tendo assim a caracterização do estereótipo de *serial killer*, o mesmo termo é aplicado aos indivíduos que possuem demências mentais, já era entendido na década de 30 e 50.

No exterior, inúmeros estudos são e estão sendo realizados em face dos indivíduos. A maioria dos autores são espanhóis e argentinos que tem um elevado grau de preocupação em discutir e descobrir respostas se aplica imputabilidade aos psicopatas.

Um dos casos que se foi cogitado a aplicação ou não aplicação da inimputabilidade, no caso de crimes que foram perpetrados por psicopatas foi no “Caso Castruccio”, em 1888, Buenos Aires, Argentina.

Castruccio era um imigrante que em 1878, chegou à Argentina para buscar algum sucesso profissional. Após varias tentativas de fracasso com os empregos, na província de Buenos Aires, teve como plano maligno aplicar um golpe: tinha em mente contratar uma apólice de seguro em nome de outra pessoa, onde se a tal falecesse receberia o dinheiro já que era o único beneficiário do seguro. Procurando uma vitima para o seu plano conheceu Alberto Bouchot Constantin, e fez com quem este assinasse o seguro, sem nenhum conhecimento do que Castruccio pretendia fazer futuramente.

Castruccio começou a por o crime em pratica após várias tentativas infrutíferas. Pois, estava utilizando “clorofórmio”, e viu que pouco adiantaria, usar este meio e começou uma saga de estudos para descobrir outra forma de matar um ser humano. Desta forma escolheu arsênico, um dos venenos mais utilizados pelos assassinos. Ele acompanhou todas as visitas do médico, anotando e fazendo suas observações, e era ele mesmo quem solicitava a visita do supracitado, por fim Constantin foi diagnosticado com uma grave gastrite.

Os dias se passaram com a aplicação de veneno continuou assiduamente, encontrou seu “amigo” agonizando e padecendo sob seu leito, ele então decidiu asfixiá-lo pondo-se os dedos no nariz e boca de Constantin, após ter efetuado a morte deitou ao lado do cadáver dormiu tranquilamente sem sentir nenhuma pena e remorso.

Após isto, ocorreu tudo como planejava, o médico atestou o óbito do seu amigo e subsequente o enterro aconteceu normalmente. Como uma característica marcante a vaidade dele foi uma das coisas decisivas para cair por terra todo o seu sonho de ser afortunado. Em um primeiro momento ele contactou à Companhia de Seguros com muita antecedência, e isso gerou grandes suspeitas acerca do beneficiário da apólice, a seguradora culminou uma denúncia policial e a detenção preventiva.

Castruccio chegou ao ponto de fazer carinho na mão do falecido durando a autópsia, após ser requerido constantemente pelo Dr. Agustín Dragó, Castruccio acabou soltando a autoria do crime, quando disse “o matou como Otella a Desdémona”, um clássico romance de Shakespeare . Única coisa que ele lamentava era a perda do dinheiro, incluindo os gastos com a apólice, com a inquirição da apólice, com o médico do enterro, foi descoberto em oito dias.

No julgamento de Castruccio foi administrada pela presença dos defensores que tinham em sua tese a afirmação de que tinha irresponsabilidade penal, pois se tratava de um louco moral; em uma outra escala os peritos o classificaram como sendo um delinquente nato. Foi condenado à pena de morte, foi excluído qualquer atenuante e aplicando-se as agravantes de premeditação, meio cruel (veneno) e perfídia.

À caminho do cadafalso, onde seria executado chegou o comunicado de mudança de pena, ficou alojado na Penitenciária Nacional por muito tempo ate ser transferido para o Hospício de las Mercedes.

Não obstante, fazendo um apanhado nos elementos legais e históricos desse caso, observaremos que foi aplicado o art. 54, inciso I e 95, inciso I, do Código Penal Argentino, vigente na época, que tinha expresso à perna de morte em casos que o homicídio era perpetrado por emprego de veneno. O julgados, não deu a ele a chance de se aplicar as causas previstas no art.81, inciso I, do CPA (Código Penal Argentino), que traz expresso causas de inimputabilidade nos casos de loucura, imbecilidade absoluta ou perturbação dos sentidos da inteligência.

No ano de 2001, o Tribunal Supremo da Espanha, manifestou-se acerca que a psicopatia não é uma verdadeira enfermidade mental, mas sim uma anomalia nas estruturas da personalidade. Diante o exposto este tribunal passou a entender que os psicopatas são plenamente imputáveis, em regra geral. Existem exceções cabíveis, por exemplo, com o uso de entorpecentes e álcool, que tem uma influencia diretamente na capacidade de distinguir do psicopata.

Há várias diferenças dentre um e outro ordenamento jurídico. No Código Penal Alemão, em seu artigo 20, que prevê a isenção de culpabilidade em casos que o sujeito tinha transtornos psíquicos patológico, ou profundo transtorno de consciência, debilidade mental ou alguma outra anomalia mental grave, tornando-o incapaz a compreensão da antijuridicidade do fato típico cometido.

Já o Código Penal Italiano traz expresso o artigo 88 e 89, como excludente e imputabilidade o vício total da mente no momento do crime, sendo assim afastada a capacidade de distinguir entre o que realmente quer, tendo em conta a enfermidade. No artigo 89 prevê vício parcial da enfermidade, atua de forma que não exclui a capacidade de entender ou de querer.

Não obstante, no Código Penal Francês, o que é exigido é o pressuposto biológico-psicológico, previsto no art. 121-I. Tendo assim, a inimputabilidade para aquele que em decorrência de transtorno psicológico ou neuropsicológico, não sendo capaz de compreender a antijuridicidade do fato e agir de acordo com seu entendimento. Assim, como no Brasil, o Código Penal Francês traz a possibilidade da semi-imputabilidade, ocorre que a culpabilidade é diminuída, e o sujeito não sofre de enfermidade “grave”.

4.1. Serial Killer no Brasil

Um dos casos que mais repercutiu na mídia nacional, em 1954, foi o praticado por Pedro Rodrigues Filho, apelidado de “Pedrinho Matador”. Nos relatos narrados, diz-se que começou à praticar seus crimes com 14 anos de idade, e ao correr dos anos teria matado em torno de 100 pessoas, nos presídios no qual passou foram 47 mortes.

Pedro, nascido em uma fazenda no Interior de Minas Gerais, na cidade de Santa Rita do Sapucaí. Quando sua mãe, ainda gestante, sofria inúmeras agressões do pai o que ocasionou ferimentos no crânio. Dando início aos seus atos homicidas, Pedro executou o vice-prefeito, alvejado com tiros de espingarda, em frente à prefeitura, pois o mesmo tinha demitido seu pai, um guarda escolar, o qual foi acusado de furtar merenda escolar. Após, isso, matou quem acreditava ser o verdadeiro autor do furto que ocasionou a demissão de seu pai.

Pedrinho se refugiou em Mogi das Cruzes, estado de São Paulo, no qual se envolveu com roubos em bocas de fumo e matar traficantes. Conheceu Botinha, uma viúva de um dos líderes do tráfico, foram viver juntos e acabou assumindo o posto do

ex-marido da viúva. Já vivenciando a vida no tráfico, executou vários policiais e alguns rivais, a polícia acabou executando sua esposa, o que fez Pedrinho arregimentar seu próprio negócio. Pedrinho matou e torturou todos que acreditava ter ligação com a execução de sua mulher, por fim, matou o mandante da execução, ainda tinha 18 anos.

Ainda vivendo em Mogi, matou seu próprio pai, após descobrir que ele matou sua mãe com 21 golpes de facão. Nutrido de raiva, desferiu 22 golpes de faca no pai, arrancou-lhe o coração e mastigou e depois cuspiu, segundo relatos do mesmo.

Finalmente, em 1973 onde passou toda a sua vida adulta. Como já foi dito, Pedrinho matou e feriu vários colegas de cela, para não morrer dentro da cadeia, sendo um dos apenados a durar um período maior de tempo preso, jurado de morte. Foi diagnosticado com “caráter paranoide e atissocial”. Foi solto, após cumprir 34 anos de prisão, solto em 2007, foi detido novamente em 2011 em Balneário Camboriú, estado de Santa Catarina. Cumpriu pena pelos homicídios, mas foi condenado por participar de seis rebeliões, e cárcere privado de um agente carcerário em um dos motins. A somatória de suas penas somam ao torno de 400 anos de prisão.

Analisando os fatos, vemos um grande desfalque no Sistema Penitenciário Brasileiro. Pois, como já foi dito, esses indivíduos tinham que ser regidos por tutela de medida de segurança, não podendo ser apenados como outros indivíduos, caracterizados como “normais”. Quando apenas eles junto com os outros, é um tanto quando perigoso para os outros, pois tem um elevado índice de persuasão podem induzir a fazer algo ou até mesmo matar os colegas de cela.

Como o Sistema Brasileiro permite somente 30 anos de prisão, como pena máxima, por crime, eles passam pouco tempo fora da sociedade, mas logo quando voltam à sociedade a vontade de matar vem com mais força, pois, quando estava preso, deveriam ter recebido ajuda psicológica, o que não acontece. O que nos faz questionar o que precisaria para adequar, ou tentar nos adequar a essa situação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante o exposto, vemos as ramificações acerca da asserção e tudo que ela abrange. A pesquisa cá utilizada é uma fugaz e sucinta explanação, tendo varias outras coisas a serem explicadas e faladas.

O intuito do presente trabalho foi elaborar a problemática e ao entrever no que tange às investigações e o nível de tecnologia que hoje temos, tendo em vista um tema

que tem muito a ser investigado e retratado, para que assim cheguemos em uma solução ou em partes. Porém, grande são os questionamentos, infra alegado, traz acerca do artigo 26 do Código Penal Brasileiro, que alude sobre as causas inimputabilidade, mas para que possa ser caracterizado tem que o agente não souber diferenciar o certo e o errado. Os psicopatas sofrem de transtorno dissociado de personalidade TI (transtorno antissocial), tendo sim a concepção do que é certo e errado. Já os psicóticos que não têm nenhuma ligação com a realidade poderá encobri-lo com a causa de semi-imputabilidade.

No Direito Penal Internacional há uma grande abundância de entendimento em seus ordenamentos mas na maioria deles prevê a isenção de culpabilidade, alegando a falta de percepção da realidade por ser portador de uma psicopatologia.

REFERÊNCIA

AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION. (2002). Manual de diagnóstico das perturbações mentais (5º ed; J. Almeida, Trad). Lisboa, Climepsi Editores. (Original publicado em 2000).

NUNES, Laura M. – Crime – psicopatia, sociopatia e personalidade anti-social. **Revista da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais**. Porto: Edições Universidade Fernando Pessoa. ISSN 1646-0502.6 (2009) 152-161.

MORANA, Hilda C P; STONE, Michael H; ABDALLA-FILHO, Elias. Transtornos de personalidade, psicopatia e serial killers. **Transtornos de personalidade, psicopatia e serial killers**, São paulo, p.575. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbp/v28s2/04.pdf>>. Acesso em: 29 jan. 2018.

OLIVEIRA, Alexandre Carvalho Lopes De. A Responsabilidade Penal dos Psicopatas. Rio de Janeiro, mar. 2018. Disponível em: <<https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/21158/21158.PDF>>. Acesso em: 29 set. 2018.

PENTA3. **Sociopatia**. Disponível em: <http://penta3.ufrgs.br/educacao/teoricos/mind/site_pessoal/psicologia_meus_artigos/sociopatia.pdf>. Acesso em: 29 set. 2018.

POLITICA E DIREITO. **Mentes perigosas o psicopata mora ao lado**. Disponível em: <<http://politicaedireito.org/br/wp-content/uploads/2017/02/mentes-perigosas-o-psicopata-ana-beatriz-barbosa-silva.pdf>>. Acesso em: 29 set. 2018.

SCHECHTER, Harold. **Serial killers: Anatomia do mal**. 1 ed. Rio de Janeiro: DarkSide, 2013. 473 p.

TRANSTORNOS DE PERSONALIDADE, PSICOPATIA E SERIAL KILLERS. **Transtornos de personalidade, psicopatia e serial killers**. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbp/v28s2/04.pdf>>. Acesso em: 29 set. 2018.

UMA ANÁLISE SOBRE O PROCESSO DE ENSINO-APRENDIZAGEM UTILIZADO NA EDUCAÇÃO DE JOVENS E ADULTOS NA UNIDADE PRISIONAL DE JARAGUÁ.

GONÇALVES, João Vitor Rodrigues¹⁵
TRINDADE, Thalita Lopes¹⁶

RESUMO

No início da década de 1950, a educação começou a ser pensada dentro do sistema penitenciário brasileiro, de fato, como um possível instrumento capaz de refazer a existência social de seus usuários, combatendo o conceito predominante de que as prisões tinham como único objetivo a privação de liberdade. Para elaboração da pesquisa é utilizado o método de análise bibliográfica, pesquisa em campo e observação participante, o método estatístico e o método hipotético dedutivo para elaboração das considerações finais. O objetivo do trabalho é analisar o modelo do processo de ensino-aprendizagem da Unidade Prisional de Jaguará investigando suas bases metodológicas de ensino, suas funções específicas e seu modo de ação. Pretende-se também apresentar ao leitor novos métodos e maneiras de reeducar alunos privados de liberdade, considerando suas diferenças e suas potencialidades. Os resultados apontam para a continuidade do modelo apresentado, expandindo-se aos anos finais com o propósito de atender uma determinada demanda, além de propor maior autonomia à educação prisional através de uma política pública eficiente que possibilite um currículo flexível alinhado a valorização salarial justa.

Palavras-chave: Alunos; Liberdade; Ressocializar.

ABSTRACT

In the early 1950s, education began to be thought of within the Brazilian penitentiary system, in fact, as a possible instrument capable of re-establishing the social existence of its users, combating the prevailing concept that prisons had as their sole objective the deprivation of freedom. For the elaboration of the research the method of bibliographic analysis, field research and participant observation, the statistical method and the hypothetical deductive method for the elaboration of the final considerations are used. The purpose of this study is to analyze the teaching-learning process model of the Jaguará Prison Unit investigating its methodological basis of teaching, its specific

¹⁵ Discente do Curso de Administração da Universidade Estadual de Goiás, dhc.goianesia@gmail.com;

¹⁶ Professora orientadora: Especialista, Faculdade Evangélica de Rubiataba, thalitalopes20@email.com

functions and its mode of action. It is also intended to present to the reader new methods and ways of re-educating pupils deprived of freedom, considering their differences and their potentialities. The results point to the continuity of the model presented, expanding to the final years in order to meet a specific demand, besides proposing greater autonomy to prison education through an efficient public policy that allows a flexible curriculum aligned with fair salary valorization.

Keywords: Students; Freedom; Re-socialize.

INTRODUÇÃO

Segundo o Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) órgão vinculado ao Ministério da Justiça e Segurança Pública (MJ), em 2013 cerca de 10% da população carcerária no Brasil exercia alguma atividade educacional ligada a Educação de Jovens e Adultos (EJA), em 2017 o mesmo órgão já notificou um crescimento de 3%, totalizando 13%. O significativo aumento, observado durante o período analisado, coloca em evidência o aumento da demanda e, ao mesmo tempo, a necessidade de investigar a qualidade e a forma de gerir a sua oferta.

A educação, em especial aos alunos privados de liberdade, atua como uma espécie de antídoto social a longo prazo, capaz de reparar injustiças, desigualdade de oportunidades e devolver a dignidade humana através da construção do senso de cidadania do reeducado, oferecendo meios significativamente reais de mudança.

Segundo Santos (2005 apud SALLA, 1999, p. 67) “[...] por mais que a prisão seja incapaz de ressocializar, um grande número de detentos deixa o sistema penitenciário e abandona a marginalidade por que teve a oportunidade de estudar”.

Por meio dessa expectativa de reabilitação do detento através da educação, o objeto de estudo analisado para estruturar a produção científica é o modelo do processo de ensino aprendizagem utilizado na EJA da Unidade Prisional de Jaraguá, com descrição qualitativa de como é composto todo o seu processo.

A justificativa encontrada, de acordo com a pesquisa, é poder desconstruir o preconceito adquirido pela sociedade em relação aos reeducados, uma vez privados de liberdade, e apresentar novos métodos e maneiras de reeducar atrás das celas.

O objetivo do trabalho é analisar toda a estrutura que compõe o processo de ensino aprendizagem na EJA da UPJA, investigando suas bases metodológicas de ensino, suas funções específicas e seus objetivos para com os alunos, possibilitando uma maior riqueza de detalhes e trazendo exemplos para facilitar a compreensão.

Os resultados do trabalho, obtidos através da pesquisa em campo, buscam propor a continuidade da oferta de ensino na UPJA expandindo-se para os anos finais, atendendo uma demanda que já concluiu a primeira etapa dos anos iniciais.

Além disso, deve-se propor uma maior autonomia institucional a educação prisional, incorporando-a com currículo flexível e adaptado com a realidade do sistema penitenciário, contando com profissionais de qualidade e que estejam ligados a capacitação específica com política salarial justa e compatível aos riscos.

MATERIAL E MÉTODOS

O processo metodológico científico pode ser definido, de acordo com o autor, como um conjunto de proposições coerentes, objetivas e desprovidas (até certo ponto) de valores extremamente subjetivos (SANTOS, 2005 apud JÚNIOR, 1989).

Para elaboração do referencial teórico, foi imprescindível à utilização do método de análise bibliográfica de caracterísita qualitativa a cerca das informações coletadas, baseada em produções científicas com temáticas semelhantes, legislações e relatórios oficiais de órgãos governamentais disponíveis em internet.

É empregado na estrutura de composição dos resultados e nas considerações finais o método hipotético dedutivo, com ênfase na observação sistêmica e participante. Na análise e discussão dos dados, extraídos através da pesquisa em campo, é utilizado o método estatístico que se faz necessário para análise e interpretação dos percentuais de resultados e na elaboração dos gráficos.

Os dados apresentados ao longo do desenvolvimento do trabalho foram coletados junto a administração da UPJA através de visita técnica supervisionada, com recorte de amostragem utilizando entrevistas com os sujeitos envolvidos, direta e indiretamente, no processo de ensino aprendizagem dos reeducados.

Através destes métodos estabelecidos na pesquisa foi possível mensurar quantitativamente alguns aspectos essenciais como, por exemplo, a capacidade de lotação, o percentual de alunos matriculados, o índice de concluintes da primeira etapa e a previsibilidade da demanda com expansão da oferta para segunda etapa.

DESENVOLVIMENTO

De acordo com último relatório divulgado pelo Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias do Ministério da Justiça (INFOPEN), em 2013 a população carcerária no Brasil se aproximava de algo em torno de 537 mil detentos. Atualmente, de acordo com os dados apresentados pela Rede Brasil Atual (RBA), essa estimativa já ultrapassa confortavelmente cerca de 700 mil presos em 2017, representando um aumento de 130% durante os últimos quatro anos analisados.

Juntamente com o crescimento da população que compõe o sistema carcerário, o índice de detentos que chegam as unidades prisionais com ensino fundamental incompleto salta de 44% em 2013 para 70% em 2017 (RBA, 2017).

Formados em sua maioria por homens (cerca de 93%) com idades variadas entre 18 e 30 anos, com traços étnico sociais comuns, composta geralmente por jovens negros, pobres e de baixa escolaridade, a maioria da grande da população carcerária do Brasil não usufrui corretamente de seus direitos assegurados por lei.

O acesso à educação, para homens e mulheres privados de liberdade, é um direito, dentre tantos outros, previsto e assegurado por lei, possível de ser encontrada em diversas legislações específicas que instituem, de forma facultativa, a atividade educacional como remição do tempo da sentença estipulada ao preso.

A lei nº 12.443/11, por exemplo, prevê a redução de parte do tempo de execução da pena do detento sendo viabilizada pelo ensino, estabelecendo o cumprimento de 12 horas de estudo para cada um dia de cumprimento da pena.

Em 2001, foi aprovado no Congresso Nacional, o Plano Nacional de Educação (PNE) que dava origem a modalidade da EJA, desenvolvendo o conceito de “educação ao longo de toda a vida” considerando, ao mesmo tempo, uma necessidade de reparar a desigualdade de oportunidades de acesso à educação.

O PNE (2001) estabelecia, entre suas metas, a necessidade de implantar nas unidades prisionais, programas de educação voltados ao nível fundamental e médio, e integrar ações do poder público que conduzissem à garantia destes projetos.

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB) considerada a educação de modo geral, de acordo com o artigo 5, como um “direito público e subjetivo” que deve ser notado com os princípios de liberdade e solidariedade, conforme art. 2.

A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento das pessoas, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho (CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, 1988, CAPÍTULO III, DA EDUCAÇÃO, DA CULTURA E DO DESPORTO, SEÇÃO I, DA EDUCAÇÃO, art. 205).

O mesmo documento faz referência, no artigo 208, quando prevê que a educação, e em especial o ensino fundamental, deve ser ofertada de forma gratuita e obrigatória a todos, incluindo os privados de liberdade que, por motivos legais, não gozam plenamente de seus direitos adquiridos e assegurados como cidadão.

A Lei de Execuções Penais (LEP) direciona o Estado como responsável de garantir a assistência educacional de seus detentos, pautado nos objetivos de oferecer instrução básica e oportunizar, por meio da educação, uma possível nova experiência de reinserção social. Entretanto, segundo Da Cunha (2010, apud GOFFMAN, 1978) antes mesmo do século XX, a sociedade caracterizava a prisão unicamente como uma instituição punitiva, com objetivo de privação da liberdade sem nenhum conceito aplicado a ressocialização dos seus usuários.

Essa visão socialmente construída ao longo do tempo afeta a respeitabilidade das instituições e fortalece a desacreditação do sistema penitenciário, julgando-o como incapaz de reinserir o reeducado novamente no convívio em sociedade.

Compartilhando desse mesmo conceito, mas ao mesmo tempo, pensando em alguma estratégia capaz de minimizar os estragos deste equívoco, Santos (2005) enfatiza o papel da educação no sistema penitenciário como uma possível solução ou tentativa válida de devolver ao indivíduo sua dignidade humana, moral e social.

A educação na prisão deve ser vista pela perspectiva de direitos humanos, por que ela constitui um valor em si mesma, um conjunto de ferramentas e de capacidades que ampliam as possibilidades de implementação de projetos que contribuam para a inclusão social, cultural e econômica das pessoas aprisionadas (JÚNIOR, 2015 apud ONOFRE, 2013, p. 52).

É necessário que haja uma distorção cultural significativa no entendimento da sociedade, de suas instituições e da mídia a cerca do sistema carcerário e de todos os seus agentes envolvidos, incluindo os detentos, desmistificando os papéis sociais e os estigmas concebidos ao longo do tempo para que os avanços sejam notados.

Sabendo disso, a educação situada neste contexto deve promover a restauração da autoestima do indivíduo focando na sua realização pessoal preparando-o para redesenhar seus papéis na sociedade (TEIXEIRA, 2007).

Com o propósito de compreender cientificamente o processo de ensino-aprendizagem da UPJA, a pesquisa acaba identificando determinados pontos físico-estruturais comuns que se repetem, de forma generalizada, nas demais prisões e que afeta, de algum modo, as condições de acesso à educação como um todo.

O grande problema é que esta oferta se organiza de forma precária e sem muita institucionalização na rede de ensino, como prevê a LEP. Na maior parte das Secretarias responsáveis pela Administração Penitenciária não há um setor para organizar a assistência educacional. Na falta de orientações por parte do Ministério da Educação, os Estados e o Distrito Federal foram organizando a oferta de acordo com seu entendimento e suas possibilidades e isto talvez explique um percentual tão baixo de presos participando das atividades educacionais (TEIXEIRA, 2007, p. 18).

O QUE HÁ DE TRÁS DAS CELAS?

A coleta de dados, realizada através da visita supervisionada, aponta um aumento de 311,4% acima da capacidade considerada ideal em comparação ao número de vagas permitido que, de acordo com a administração da unidade, deveria abrigar em média 70 detentos e atualmente comporta algo em torno de 218 presos.

Além da superlotação e da falta de infraestrutura adequada, a omissão do poder judiciário local juntamente com o poder executivo municipal tornam, cada vez mais, os recursos e apoios ligados ao projeto cada vez mais raros e escassos.

O índice de reeducados que frequentam a sala de aula representam apenas 4,5% do contingente total da unidade, totalizando em média cerca de 10 alunos, distante ainda dos 13% de acordo com a média nacional, segundo o DEPEN (2013).

A UPJA, por meio da EJA, oferta a etapa de alfabetização e a 1ª fase do ensino fundamental que contempla o 1º, 2º, 3º, 4º e 5º ano, divididos em semestres. Isso reforça

o comprimento da LEP em seu art. 18 onde se afirma que “o ensino de 1º grau será obrigatório, integrando-se no sistema escolar da Unidade Federativa.”

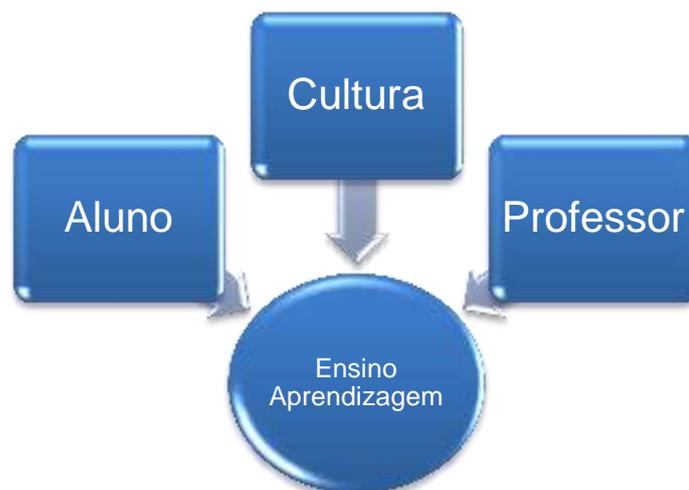
A regularização veio através de um projeto de extensão do Colégio Estadual Manoel Ribeiro de Freitas Machado. A estrutura curricular utilizada na UPJA é integrada ao sistema municipal e estadual de ensino fundamental, dividida em conteúdos comuns a todos os demais alunos regulares como, por exemplo: língua portuguesa, matemática, geografia, história, ciências e ensino religioso.

A COMPOSIÇÃO ESTRUTURAL DO PROCESSO DE ENSINO APRENDIZAGEM

O método de ensino utilizado na EJA da UPJA possui uma variedade de instrumentos didático-pedagógicos capazes de interferir, auxiliar e modificar diretamente, de forma positiva, o processo de aprendizagem dos reeducados.

Dentre essa diversidade de alternativas pedagógicas se forma a estrutura do processo de comunicação, que se torna indispensável e extremamente necessária para compreender o grau de conhecimento dos alunos e as suas experiências à cerca do conteúdo ministrado, de acordo com a vivência de cada um, levando em consideração a cultura pelo qual foram e estão inseridos.

Figura 01: A estrutura do processo de comunicação



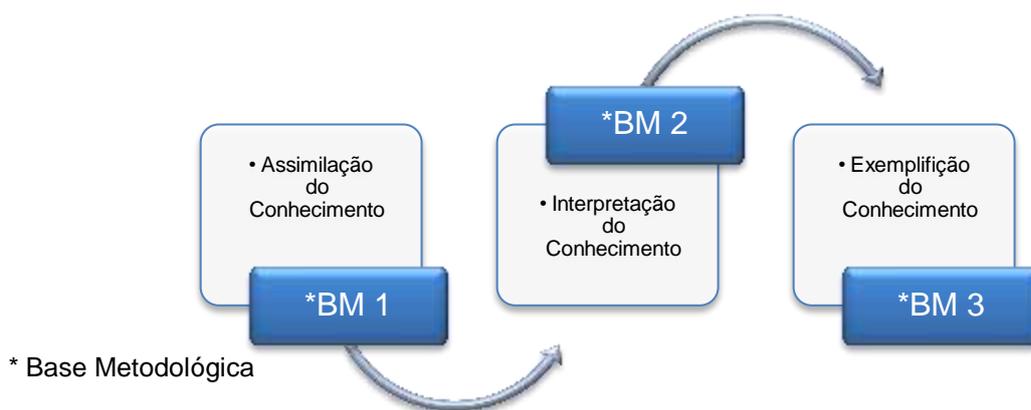
Fonte: João Vitor Rodrigues Gonçalves (2018)

Levar em consideração a cultura na qual estão inseridos e torná-la participante no processo de comunicação é ponto diferencial do ensino. Através dessa inserção e valorização da cultura é possível adaptar determinados conteúdos, temas, assuntos e

propor atividades que se adéquem ao perfil dos detentos em sala de aula. Isso facilita a compreensão e a absorção de conhecimentos e possibilita maior abertura e aproximação dos alunos juntamente para com o professor.

Por meio da pesquisa em campo, utilizando a observação participante, foi possível identificar a composição do processo de ensino aprendizagem e propor uma estrutura com características interdependentes, mantendo como base principal a assimilação do conhecimento, instrumento pelo qual se relaciona diretamente com os elementos citados acima, cujas bases metodológicas são diferentes, subdivididas com suas funções, especificando seus objetivos.

Figura 02: O modelo do processo de ensino aprendizagem na UPJA



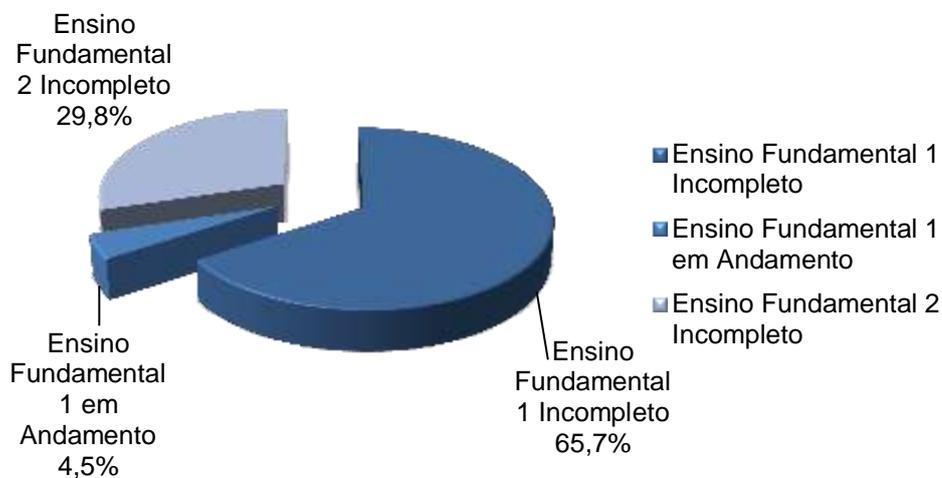
Fonte: João Vitor Rodrigues Gonçalves (2018)

Quadro 01: A descrição do processo de ensino aprendizagem

<p>BM 1</p> <p>ASSIMILAÇÃO DO CONHECIMENTO</p>	<p>O modelo de execução do processo de ensino aprendizagem se inicia com a assimilação do conhecimento, é a base pela qual o conteúdo deve ser trabalhado com função de exercitar a capacidade cognitivo-motora e de raciocínio lógico do detento. Essas funções são encontradas predominantemente na etapa de alfabetização, e tem por objetivo desenvolver a leitura, a escrita, a capacidade de realizar pequenas operações matemáticas e demais outras habilidades. Nessa primeira base os textos, os sons e as sentenças começam a se materializar e estes conhecimentos adquiridos se tornam obrigatórios para desenvolver a segunda base, a interpretação do conhecimento.</p>
--	---

da pesquisa em campo e são passíveis de observação, uma vez que a qualidade do processo de ensino-aprendizagem consegue alcançar seus objetivos.

Gráfico 01: O grau de instrução dos detentos da UPJA



Fonte: João Vitor Rodrigues Gonçalves (2018)

É necessário expandir a oferta da EJA para os anos finais, que contempla a segunda fase do ensino fundamental (6º ao 9º ano) com bases nos dados citados acima e, ao mesmo tempo, preservar o modelo do processo de ensino aprendizagem, atuando preventivamente em longo prazo, uma vez que, quanto mais cedo houver o contato e familiarização com a educação maior será a chance de o indivíduo reconstituir sua dignidade humana e se reinserir novamente em sociedade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através da pesquisa em campo foi possível concluir que a UPJA possui características estruturais e organizacionais sinônimas com o perfil de quase todas as unidades prisionais do país, representadas principalmente através da superlotação e de condições extremamente precárias nas celas ocupadas. A Constituição de 1988, a LDB, a LEP e o PNDE ao longo do trabalho, reforçam em alguns de seus artigos, o direito do acesso à educação aos detentos e desmistificam a ideia ilusória do que este direito se caracterizava como benefício adquirido.

Analisando as estruturas que dão origem de fato ao modelo do processo de ensino aprendizagem, formuladas por meio da visita técnica supervisionada, pode-se deduzir que o detento se torna sujeito e ao mesmo tempo protagonista do processo. As bases delimitam suas funções e constroem ao decorrer do processo todas as

habilidades técnicas e humanas, através da multidisciplinariedade, exigidas de acordo com a primeira etapa, mesmo com um pequeno índice de alunos participantes, o projeto surte efeitos significativos.

No que se diz respeito com a revisão bibliográfica e analisando as legislações que amparam e asseguram a educação no contexto prisional, pode se concluir que é extremamente necessário enfatizar uma união mais assídua entre o Governo Federal através MEC, MJ e dos Governos Estaduais através das suas respectivas Secretarias de Estado de Educação e Administração Penitenciária em um envolvimento maior tratando a educação carcerária como política pública, oferecendo formação pedagógica adequada aos professores e servidores.

Sabendo disto, deve-se propor um currículo flexível que permita uma maior liberdade na escolha de conteúdos por parte do educador, que atenda, de fato, as necessidades e expectativas de aprendizagem adaptadas ao aluno, contextualizando a cultura e o ambiente carcerário. Para que isso ocorra, órgãos governamentais e agentes políticos competentes devem construir debates intensos a cerca do assunto se apoiando em pesquisas já realizadas que demonstram avanços e possíveis resultados a médio e longo prazo, se comprometendo em custear financeiramente todos os encargos. Com todos os pontos considerados necessários neste trabalho, relacionando de forma direta entre si e assumindo o papel transformador que a educação propõe, é possível reeducar uma sociedade com algumas poucas pessoas privadas de liberdade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, Brasília, Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 15 out. 2018.

_____. Lei nº 7.210, de 11 de Julho de 1984. **Institui a Lei de Execução Penal**, Brasília, DF, jul 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm>. Acesso em: 15 out. 2018.

_____. Lei nº 9.394, de 20 de Dezembro de 1996. **Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional**, Brasília, DF, dez 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9394.htm>. Acesso em: 15 out. 2018.

_____. Lei nº 10.172, de 09 de Janeiro de 2001. **Aprova o Plano Nacional de Educação e dá outras providências**, Brasília, DF, jan 2001. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10172.htm>. Acesso em: 15 out. 2018.

_____. Lei nº 12.443, de 29 de Junho de 2011. **Altera a Lei no 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), para dispor sobre a remição de parte do tempo de execução da pena por estudo ou por trabalho**, Brasília, DF, jul 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12433.htm>. Acesso em: 15 out. 2018.

BRASIL (Distrito Federal). Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. **Educação no Sistema Prisional**. Brasília, 2013. 22p.

Da CUNHA, E. L. Ressocialização: o desafio da educação no sistema prisional feminino. **Cadernos CEDES**, Campinas, v. 30, n. 81, ago 2010. Disponível em :<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-32622010000200003&lang=pt>. Acesso em: 15 out. 2018.

De Oliveira, C. Direito Negado: Menos de 13% da população carcerária tem acesso à educação. **Rede Brasil Atual**. São Paulo, jul. 2017. Seção Educação. Disponível em:<<http://www.redebrasilatual.com.br/educacao/2017/07/menos-de-13-da-populacao-carceraria-tem-acesso-a-educacao>>. Acesso em: 15 out. 2018.

JÚNIOR, N. C. Educação e Direitos Humanos: Os desafios políticos e educacionais na elaboração e implantação do plano estadual da educação nas prisões do estado de Goiás. **Anais do VIII Seminário Política e Administração da Educação da Região Centro – Oeste**. Goiânia, mar. 2005. Seção GT – 05 Educação e Direitos Humanos, diversidade cultural e inclusão social. Disponível em: <<http://eventos.ufg.br/SIEC/portalproec/sites/site8981/site/documents/anais-VIII-seminario-anpege.pdf>>. Acesso em: 15 out. 2018.

SANTOS, S. M. Ressocialização através da educação. **Direito Penal**, ago. 2005. Seção Artigos. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2231/Ressocializacao-atraves-da-educacao>>. Acesso em: 15 out. 2018.

TEIXEIRA, C. J. P. O Papel da Educação como Programa de Reinserção Social para Jovens e Adultos privados de Liberdade: Perspectivas e Avanços. **Salto para o Futuro**. Rio de Janeiro, 2007. Seção PGM 1. Disponível em: <<http://cdnbi.tvescola.org.br/resources/VMSResources/contents/document/publicationsSeries/1426102139217.pdf#page=14>>. Acesso em: 15 out. 2018.

A SUPERPOPULAÇÃO NAS PENITENCIÁRIAS E A REVOLTA CAUSADA NOS PRESIDÁRIOS

LIMA, Rogério Gonçalves¹
MAIA, Lorena Andrade²
SOUZA, Nayron Carlos da Silva³
TAMEIRÃO, Jordana Alves⁴

RESUMO

A proposta de estudo do tema “A superpopulação nas penitenciárias e a revolta causada nos presidiários” insere-se num contexto brasileiro em que não são raras as denúncias de desrespeito aos direitos dos presos preconizados pela Lei de Execução Penal (LEP), causando revolta, violência e fuga dos apenados. A LEP foi criada em 1984 como um instrumento que pudesse nortear através do tratamento digno e humano durante a pena privativa dos presos e que possibilitasse sua reinserção na sociedade. O artigo tem como objetivo mostrar as consequências da superlotação dos presídios brasileiros, tanto para o Estado, gestor do sistema de execução penal, quanto para a sociedade que fica à mercê da atuação de presos fugitivos e que podem se tornar reincidentes. Para desenvolvimento do artigo, utilizou-se como metodologia a revisão bibliográfica, ou seja, leitura, interpretação e análise de dados retirados de livros, revistas especializadas e *web sites*. As considerações finais preliminares indicaram que dentre os vários motivos que provocam a revolta nos presidiários no Brasil está a superpopulação dos presídios, o desrespeito aos presos aos direitos do preso enquanto cidadão.

Palavras-chave: Lei de Execução Penal; Penitenciárias; Superpopulação.

ABSTRACT

The proposal to study the topic "Overpopulation in prisons and the revolt caused in prisoners" is part of a Brazilian context in which complaints of disrespect for the rights of prisoners advocated by the Criminal Enforcement Law (LEP) are not uncommon, causing a revolt, violence and flight of the grieving. The LEP was created in 1984 as an instrument that could guide through the dignified and humane treatment during the deprivation of prisoners and enable their reintegration into society. The article aims to show the consequences of the overcrowding of Brazilian prisons, both for the State, the manager of the criminal enforcement system, and for the society that is at the mercy of fugitive prisoners who may become repeat offenders. For the development of the article, a bibliographical revision was used as methodology, that is, reading, interpretation and analysis of data taken from books, specialized magazines and web sites. Preliminary considerations have indicated that among the several reasons that provoke the revolt in prisoners in Brazil is the overpopulation of prisons, the disrespect of prisoners to the rights of the prisoner as a citizen.

Keywords: Criminal Execution Law; Penitentiaries; Overpopulation.

1 INTRODUÇÃO

Não é raro no noticiário televisivo brasileiro as revoltas de presos por causa da superpopulação nos presídios, um claro desrespeito aos direitos preconizados pela Constituição Federal de 1988 que garante ao cidadão preso o respeito à integridade física e moral. Além da Constituição Federal, a Lei de Execução Penal, Lei 7.210/84, artigo 88: O “condenado será alojado em cela individual que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório [...] a) salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana; b) área mínima de 6,00m²”

A par deste levantamento inicial em relação aos direitos dos presos preconizados pela Lei de Execução Penal (LEP) e pela Constituição Federal de 1988 é que se insere a proposta de estudo do tema “A Superpopulação nas Penitenciárias e a Revolta Causada nos Presidiários”. Na atualidade, o número de presos no Brasil está abaixo apenas de três países: Estados Unidos e China, ocupando o 3º lugar com um número aproximado de 726.702 pessoas presas no Brasil, segundo dados do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN, 2017).

Estas informações foram sugestivas para o desenvolvimento da seguinte problemática: Quais as consequências da superlotação dos presídios brasileiros, levando-se em consideração o que preconiza a Constituição Federal de 1988 e a Lei de Execução Penal sobre os direitos fundamentais dos presos?

O que justifica o estudo é que os dados do DEPEN (2017) indicam que o número de presos no Brasil está em ascendência, ou seja, enquanto nos países com taxas de presos maiores como Estados Unidos e China a tendência é de diminuição dos presos, no Brasil, o caminho é o inverso. O resultado deste crescimento é que o sistema de execução penal brasileiro não consegue acomodar todos presos como preconiza a LEP, provocando a superpopulação carcerária.

Outra justificativa é que o Brasil excede a média mundial no que diz respeito ao número de presos por habitantes, que segundo a Organização das Nações Unidas (2017) deve ser de 144 pessoas presas para cada 100 mil habitantes, enquanto no Brasil essa média é de 306 pessoas presas, excedendo em muito, as recomendações da ONU.

Acrescenta-se ao rol de justificativas, as constantes rebeliões e revoltas provocadas pelos encarcerados nos presídios brasileiros. Todo e qualquer estudo neste sentido é de extrema importância, provocando uma reflexão nas consequências da superpopulação carcerária para a sociedade brasileira.

A revisão de literatura desenvolvida no artigo, pretendeu alcançar os seguintes objetivos:

1.1 Objetivo Geral

Mostrar as consequências da superlotação dos presídios brasileiros, tanto para o Estado, gestor do sistema de execução penal, quanto para a sociedade que fica à mercê da atuação de presos fugitivos e que podem se tornar reincidentes.

1.2 Objetivos Específicos

Analisar a Lei de Execução Penal e a Constituição Federal de 1988 em relação aos direitos dos presos no Brasil;

Descrever as consequências da superpopulação de presos no sistema prisional brasileiro.

2 METODOLOGIA

Este artigo tem como foco descrever as consequências da superpopulação nas penitenciárias e a revolta causada nos presidiários, através da revisão de literatura, ou seja, fez-se a leitura, interpretação e análise bibliográfica de autores que pesquisaram sobre o tema.

De modo específico, por meio de um procedimento quali-quantitativo e com base na análise descritiva, fez-se um levantamento da realidade contrastante da Lei de Execução Penal e Constituição Federal de 1988 no que se refere ao direito dos presos de cumprirem sua pena em celas individualizadas, de forma que possam ser assistidos por programas de ressocialização e reintegração à sociedade.

A pesquisa bibliográfica, baseada na análise descritiva de livros, revistas especializadas e *web sites* foi o primeiro passo para delimitação do tema e descrição dos conceitos utilizados pelos autores no que se refere à forma que a execução da pena ocorre nos presídios brasileiros e conseqüentemente, as consequências da superpopulação no sistema de execução penal.

Tanto na revisão de literatura quanto nos resultados e discussões foram utilizados quadros com pesquisa quantitativa que revelaram as características da população carcerária nos entes federativos e quantitativos de vagas e excedentes de presos nos presídios do país, com destaque para o sistema de execução penal goiano, exemplo que caracteriza a realidade não só do Estado de Goiás, mas também de outros Estados do País.

No artigo, buscaram-se conhecimentos sobre a Lei de Execução Penal (LEP) e a Constituição Federal de 1988 como instrumentos de Garantia dos Direitos dos Presos e as consequências da superlotação nas instituições do sistema penal brasileiro. Não foi foco desta investigação, a análise de programas ou projetos específicos desenvolvidos pelo Estado, mas a exploração analítica de autores que pudessem subsidiar o estudo do tema, bem como uma resposta consistente ao problema levantado e objetivos propostos.

3 REVISÃO DE LITERATURA

3.1 A Lei de Execução Penal (LEP) e a Constituição Federal de 1988 como Instrumentos de Garantia dos Direitos dos Presos no Brasil

Na reflexão sobre os instrumentos que garantem os direitos dos presos no Brasil, a legislação principal analisada aqui se refere a Lei de Execução Penal (LEP) e à Constituição Federal de 1988. A LEP foi criada em 1984 e entre suas disposições, o artigo 41 disciplina sobre os direitos dos presos.

Art. 41—Constituem direitos do preso:

I-alimentação suficiente e vestuário;

II-atribuição de trabalho e sua remuneração;

III-previdência social;

IV-constituição de pecúlio;

V-proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação;

VI-exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena;

VII-assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa;

VIII-proteção contra qualquer forma de sensacionalismo;

IX-entrevista pessoal e reservada com o advogado;

X-visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados;

XI-chamamento nominal;

XII-igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena;

XIII-audiência especial com o diretor do estabelecimento;

XIV-representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito;

XV-contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes. (BRASIL, 1984).

Este rol de direitos elencados na LEP são complementados pelo artigo 88 que estende os direitos dos presos recomendando que estes sejam alojados em cela individual que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório. Esta cela deverá possuir pelo menos 6,00m² (seis metros quadrados) oferecendo conforto e dignidade aos presos.

É importante destacar que a legislação brasileira está em consonância com o que também recomenda a legislação de outros países ou convenções da quais o Brasil é signatário, como por exemplo, as Regras de Mandela que atualizaram as regras mínimas para o tratamento das pessoas presas e que é corroborada pela Organização das Nações Unidas:

Regra 12

1. As celas ou quartos destinados ao descanso noturno não devem ser ocupados por mais de um preso. Se, por razões especiais, tais como superlotação temporária, for necessário que a administração prisional central faça uma exceção à regra, não é recomendável que dois presos sejam alojados em uma mesma cela ou quarto.

2. Onde houver dormitórios, estes deverão ser ocupados por presos cuidadosamente selecionados como sendo capazes de serem alojados juntos. Durante a noite, deve haver vigilância regular, de acordo com a natureza do estabelecimento prisional (ONU, 2016).

De igual modo, as regras do sistema penal europeias expressam que:

Cada preso deve ser alojado durante a noite em uma cela individual, exceto em caso que se considere a coabitação com outros presos benéfica para a vida do preso. No mesmo norte, uma cela deve ser partilhada somente se estiver adaptada ao uso coletivo e só deve ser ocupada por presos aptos a coabitar. Na medida do possível, os presos devem

ser consultados antes de serem obrigados a partilhar uma cela durante a noite (ONU, 2016).

Estes direitos são melhor compreendidos quando são descritos os tipos de estabelecimentos penais brasileiros, no intuito então de mostrar que grande parte deles, segundo (LOPES; PIRES; PIRES, 2015) e com raras exceções, conseguem obedecer aos dispositivos que garantem os direitos dos presos.

O Brasil possui quatro tipos de estabelecimentos penais:

1-Penitenciárias: Definida pelo artigo 87, as penitenciárias se destinam ao condenado à pena de reclusão, em regime fechado e deve ser construída em local afastado dos centros urbanos, mas com acesso facilitado para visitas dos familiares aos presos.

2-Colônia agrícola, industrial ou similar: Definida pelo artigo 91, as colônias agrícolas, industriais ou similares destinam-se ao cumprimento da pena em regime semiaberto. Neste tipo de estabelecimento, o condenado poderá ser alojado em compartimento coletivo, obedecendo-se ao limite de capacidade máxima que atenda os objetivos de individualização da pena.

3-Casa do albergado: Definido pelo artigo 93, as casas de albergado destinam-se ao cumprimento de pena privativa de liberdade em regime aberto e da pena de limitação de fim de semana. Para que cumpra suas funções efetivamente, as casas de albergado deverão situar-se em centros urbanos, separado dos demais estabelecimentos e caracterizar-se pela ausência de obstáculos físicos contra a fuga dos apenados. Estas casas de albergado devem ser construídas em cada uma das regiões do país e oferecer espaços para qualificação, treinamento e ressocialização dos presos, como cursos e palestras.

4-Cadeia pública: Definida pelo artigo 102, as cadeias públicas se destinam ao recolhimento dos presos provisórios. O Estado deve garantir a construção de pelo menos uma cadeia pública por comarca afim de resguardar o interesse da administração da justiça criminal e a permanência do preso em local próximo ao seu meio social e familiar.

Segundo Lopes, Pires e Pires (2015) no Brasil existem atualmente 1.701 penitenciárias; 43 colônias agrícolas; 45 casas do albergado e 1.124 cadeias públicas. Todos estes estabelecimentos deverão observar as exigências mínimas para reclusão ou acesso do preso referidas no artigo 88 da Lei de Execução Penal (LEP). Diante destes dados, Rocha (2016) esclareceu que apesar da complexidade para estas instalações, mais de um terço das instituições prisionais no Brasil, ou seja, 36% não foram construídas para receberem presos, mas adaptadas para esta finalidade, gerando um impacto negativo para os presos, uma vez que estas instituições, como preconiza a LEP não oferece espaços para assistência à saúde, à educação, ao trabalho e jurídica.

Corroborando com a Lei de Execução Penal, os direitos elencados e assegurados pela Constituição de 1988. Esta Constituição sugere uma política de execução penal que se caracteriza pelo princípio da dignidade e respeito aos direitos humanos e na proibição de tratamento desumano e degradante dos presos, inclusive com individualização da pena e com propostas de ressocialização do apenado visando sua reintegração à sociedade.

Numa perspectiva de Estado Democrático de Direito, fundamentado na dignidade da pessoa humana, a Constituição Federal de 1988 reconheceu diversos direitos aos presos, tanto pela sua condição humana, como pela necessidade de evitar os efeitos maléficos do cárcere (PRACIANO, 2008, p.8).

É preciso destacar que no dispositivo constitucional atual, tem-se a garantia dos direitos dos presos no seu artigo 5º preceituando que não haverá no sistema de execução penal “Penas de a) morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento e por último e) cruéis.” (BRASIL, 1988). Ao proibir estes tipos de penas que ainda persistiam na legislação penal anterior, o Brasil deu um passo importante na garantia dos direitos do preso enquanto cidadão.

No entendimento de Ferrajoli (2002) o compromisso constitucional de humanizar a pena estende-se a todos os presos, sejam eles provisórios ou definitivos, pois a pena não pode violar de maneira nenhuma a dignidade humana, seja na penitenciária ou em qualquer outro tipo de instituição de execução penal, o que na prática não ocorre no Brasil, uma vez que para este autor, o fato dos presos permanecerem em celas que subestimam em muito a quantidade e presos suportados é uma afronta à dignidade humana e por isso deve ser repensada pelos especialistas em segurança pública.

3.2 A Superlotação nos Presídios Brasileiros

Há um consenso entre os especialistas em segurança pública que o Brasil não consegue obedecer aos dispositivos constitucionais e da Lei de Execução Penal sobre a garantia dos direitos fundamentais dos presos provocada pela superpopulação carcerária.

Dados publicados no Relatório de Informações Penitenciárias através do Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN (BRASIL, 2017) mostram que o número da população carcerária ultrapassou o número de 700 mil pessoas privadas de liberdade, com aumento de aproximadamente 700% em relação ao total registrado na década de 90. Este aumento provocou um déficit de vagas no sistema prisional ocasionando a superpopulação dos presos. O quadro (1) mostra a população prisional referente ao ano de 2016¹⁷, o número de vagas, o déficit de vagas, taxa de ocupação e aprisionamento no Brasil.

Dados referentes ao período de 2016	
População Prisional	726.712
Número de vagas disponíveis	368.049

¹⁷ Para o cálculo da população prisional, foram desconsideradas as pessoas em prisão albergue domiciliar, por não se encontrarem em estabelecimentos penais diretamente administrados pelo Poder Executivo. Também foram desconsideradas neste levantamento as centrais de monitoração eletrônica, que serão consideradas em levantamento específico, a ser realizado pelo Departamento Penitenciário Nacional, no âmbito de sua política de penas e medidas alternativas à prisão (DEPEN, 2017).

Déficit de vagas	358.663
Taxas de ocupação	197,4%
Taxa de aprisionamento	352, 6

Quadro 1-População Carcerária Brasileira

Fonte: Adaptado de DEPEN (2017)

A partir dos dados do quadro (1) ficou claro que a população carcerária está excedendo ao número de vagas disponíveis pelo sistema de execução penal. Segundo Bittencourt (2014, p.64) ao permitir a superpopulação dos presos, o Estado negligencia um dos princípios fundamentais garantidos pela Constituição de 1988 que é do respeito à dignidade humana, pois a superpopulação não permite ao apenado o tratamento de individualização da pena, conforme suas características pessoais, nem mesmo a aplicação de um plano de atuação por parte do sistema penal para que não venha a sofrer os efeitos dessocializadores da prisão.

Sobre o problema da superpopulação no sistema de execução penal, Rodrigues (2015, p.12) esclareceu que esta tem como efeito imediato a violação das normas e princípios constitucionais e que “A superlotação no sistema penitenciário impede que possa existir qualquer tipo de ressocialização e atendimento à população carcerária, o que faz surgir forte tensão, violência e constantes rebeliões.”

O quadro (2) mostrou a realidade dos estados brasileiros em relação à ocupação dos presídios, indicando a porcentagem da taxa de ocupação de cada um dos entes federativos:

Estados	Taxa de Ocupação
Amazonas	484%
Ceará	309%
Pernambuco	301%
Paraná	282%
Alagoas	245%

Mato Grosso do Sul	242%
Goiás	237%
Sergipe	236%
Bahia	224%
Rondônia	218%
Paráíba	217%
Distrito Federal	210%
Rio Grande do Norte	207%
Roraima	195%
Amapá	193%
Minas Gerais	187%
São Paulo	183%
Rio de Janeiro	177%
Tocantins	175%
Acre	171%
Piauí	171%
Pará	167%
Maranhão	167%
Mato Grosso	163%
Rio Grande do Sul	156%
Santa Catarina	155%
Espírito Santo	145%

Quadro 2-Taxa de Ocupação nos Entes Federativos

Fonte: Adaptado de DEPEN (2017)

Os dados do quadro (2) evidenciaram que os estados do Amazonas; Ceará; Pernambuco; Paraná e Alagoas são os entes federativos com maior taxa de ocupação carcerária no Brasil e que Santa Catarina e Espírito Santos possuem a menor taxa de ocupação. Os dados do DEPEN (BRASIL, 2017) Mostraram também que a média da taxa de ocupação dos presídios considerando a totalidade no Brasil é de 197,8%. Estes dados mais uma vez caracterizam o sistema prisional e mostram que a superpopulação é um problema recorrente no país e não apenas um caso isolado desta ou daquela instituição penal e que poder inúmeras consequências à sociedade.

Dispõe o artigo 85 da LEP que o estabelecimento penal deve oferecer um número de vagas compatível com sua estrutura e finalidade. A esse respeito complementa o art. 185 da LEP que haverá excesso ou desvio de execução sempre que algum ato for praticado além dos limites fixados na sentença, em normas legais ou regulamentares, o que é recorrente no sistema de execução penal brasileiro, afrontando os direitos fundamentais dos presos. E o que é mais grave, a superlotação impede que se desenvolva, em grande parte das instituições penais, qualquer tipo de ressocialização e atendimento à população carcerária, o que faz surgir tensão, violência entre os presos, constantes rebeliões e o aumento de facções no interior do sistema penal.

3.3 As Consequências da Superlotação nas Instituições do Sistema Penal Brasileiro

Os problemas que agravam a superlotação, segundo Rocha (2016) estão ligados aos aspectos socioeconômicos, políticos e jurídicos. Os aspectos socioeconômicos estão relacionados às características econômicas da população carcerária. Grande parte dos presos brasileiros vem de famílias pobres, desempregados ou com estruturas familiares precárias.

Pesquisa realizada por este mesmo autor mostrou que grande parte das famílias com renda econômica mais modesta são os mais atingidos pela violência. Portanto, as localidades mais pobres, que não são contempladas com infraestrutura como segurança, escolas, saneamento e água, como ocorre nos bairros periféricos, assentamentos, invasões, dentre outros são os que mais sofrem com a violência, caracterizando-se por uma quantidade maior de marginalizados, excluídos e criminosos. “Por isso, tornam-se os redutos de delinquentes, pois que na deficiência do Estado a criminalidade encontra espaço para se expandir” (Rocha, 2016, p.81).

No aspecto político, Rocha (2016) esclareceu que os excluídos não são necessariamente os causadores da criminalidade, mas são vítimas da omissão do Estado em desenvolver políticas públicas que possam atender os menos favorecidos economicamente com infraestrutura básica. Essa omissão do Estado faz com que membros das famílias, principalmente os filhos sejam cooptados pelos criminosos. A falta de ação do Estado favorece a criação de facções e do crime organizado que acaba agindo na sociedade em que a gestão pública não oferece alternativa à vida do crime.

É justamente nessa sociedade marginal que o Estado deve agir oferecendo uma alternativa à vida do crime, ou seja, desmistificando a ideologia criminosa, mediante políticas públicas na área de educação, esporte, lazer, cultura, saúde, assistência e principalmente fomentando a oportunidade de um trabalho digno (ROCHA, 2016, p.83).

Em relação aos problemas jurídicos, a própria LEP esclarece que o preso tem direito à assistência jurídica¹⁸ (arts. 15 e 16). “Atualmente, por força do disposto da Lei Complementar Federal nº 80/1994, a assistência jurídica nas unidades prisionais é efetivada pela Defensoria Pública que atua de forma direta ou suplementar, fiscalizando os direitos dos presos e prestando os necessários esclarecimentos” (PRADO, 2017, p.22).

A assistência jurídica também deve se estender ao egresso, ou seja, ao indivíduo que cumprida a pena, deve ser reintegrado à sociedade. Essa assistência segundo a LEP deve ser de

¹⁸ Artigos 15 e 16 da Lei de Execução Penal (BRASIL, 1984).

um ano, e vista também fortalecer os vínculos do preso com sua família e reinserção social, uma vez que se constata preconceito e discriminação ao preso que é liberado do sistema prisional.

Diante do exposto em que se constatou através de Rocha (2016) e Prado (2017), os fatores relacionados à criminalidade no Brasil, ao compararmos o dispositivo 85 da LEP com o seu artigo 185, percebe-se claramente que a superlotação das instituições penais brasileiras é um exemplo de desvio de execução penal, uma vez que impõe ao preso o sacrifício de direitos, ou seja, exemplifica um estado de ilegalidade. A superlotação apresenta-se incompatível com as estruturas dos estabelecimentos penais e segundo Rocha (2016, p24) “Não se pode admitir que o interesse do Estado em satisfazer sua pretensão punitiva justifique a ruptura com os direitos fundamentais dos presos, garantida tanto pela LEP quanto pela Constituição Federal de 1988”.

Ao descrever as consequências da superlotação nos presídios brasileiros, Rocha (2016) explicou que:

Quando se discutem problemas como rebeliões, motins, fugas, maus-tratos, corrupção de agentes penitenciários e superlotação, apontam-se as instituições de segurança pública como responsáveis. Não almejando desqualificar a culpa das instituições de segurança pública, devem-se analisar os problemas do sistema penitenciário por uma óptica menos reducionista, ou seja, é preciso observar os diversos aspectos que influenciam no agravamento da crise do sistema penitenciário, sobretudo da superlotação (ROCHA, 2016, p.76).

Conclui-se este tópico com a constatação de que a superlotação dos presídios brasileiros é um dos responsáveis pela dificuldade de ressocialização dos presos, pois a não individualização da cela, como exige a LEP, não permite diante dos problemas estruturais do sistema de execução penal, o desenvolvimento de programas que visem a reinserção do preso à sociedade. Além disso, a superpopulação carcerária indica um forte indício motivador da reincidência de crimes, uma vez que, que se o preso não recebe de forma efetiva assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa, numa clara omissão do Estado, as facções e outros grupos criminoso pode cooptar os presos ou egressos para que continuem na criminalidade.

4, RESULTADOS E DISCUSSÕES

Conforme previsto na Lei de Execução Penal (LEP) e Constituição Federal de 1988, as instituições de execução penal no Brasil têm como objetivos, além de seu caráter retributivo, permitir através dos responsáveis pela gestão do sistema penal, a ressocialização e reintegração do apenado à sociedade.

É importante destacar que rol de direitos do preso elencados pela LEP, a assistência ao preso inclui ações ligadas à saúde, educação, religião, trabalho, psicológica, social e jurídica, que se estende aos seus familiares e que é de responsabilidade do Estado quanto da sociedade num sentido geral garantir que essa assistência seja respeitada.

No entanto, a prática mostra que há uma discrepância entre o que diz a Constituição Federal de 1988 e a LEP sobre essa assistência. Os estudos de Gomes e Molina (2012, p.5) esclarecem que a situação das prisões no Brasil não está em consonância com que exige grande parte dos tratados e acordos internacionais sobre os direitos humanos. “Aqueles que estão indo cumprir suas penas, ao invés de encontrarem condições dignas para se redimirem de seus crimes,

encontram um lugar onde há proliferação de criminosos”, ou seja, celas superlotadas que não oferecem o mínimo de condições de respeito à dignidade humana.

A revisão bibliográfica utilizada para construção desse artigo pressupõe que a superpopulação nos presídios brasileiros causas muitos problemas sociais. A constatação do Departamento de Penitenciária Nacional (DEPEN, 2017) é de que em todos os entes federativos há déficit de vagas para os condenados à pena restritiva de liberdade, o que fere o ordenamento jurídico e que é grande o número de presos que não são ressocializados ou conseguem reintegrar-se à sociedade devido à superlotação dos presídios.

Julgamos enriquecedor os dados publicados no artigo assinado por Velasco e Santana (2018) para o Jornal Diário da Manhã (2018) sobre as consequências da superpopulação do Complexo Prisional em Aparecida de Goiânia¹⁹ e que resultou na rebelião e fuga de diversos presos. Inspeção realizada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) identificou que este Complexo prisional tem capacidade para aproximadamente 2 mil presos, mas foram contabilizados um total de aproximadamente 5.800 presos, ou seja, 2,6 vezes a lotação máxima permitida. A inspeção do CNJ também revelou que em Goiás há 7.400 presos em regime fechado; 2.500 presos em regime semiaberto e 783 em regime aberto, além de 8.800 presos provisórios.

Os dados sobre este Complexo Prisional revelaram a seguinte situação sobre a Penitenciária Coronel Odenir Guimarães (POG):



Figura 01: Complexo Prisional Coronel Odenir Guimarães (POG).

Fonte: Velasco e Santana (2018).

¹⁹ O Complexo Prisional de Aparecida de Goiânia, o maior do Estado, abriga cinco presídios: A Penitenciária Coronel Odenir Guimarães (POG). A Casa de Prisão Provisória (CPP), a Penitenciária Feminina Consuelo Nasser; o Núcleo de Custódia e a Colônia Industrial e Agrícola de Goiás (VELASCO; SANTANA, 2018).

Esta Penitenciária tem capacidade para 720 presos, mas a população carcerária atual chega a 2.010 presos masculinos em regime fechado. Em decorrência da superpopulação este ano ocorreu uma rebelião com várias fugas e os meios de comunicação denunciaram as condições precárias desta penitenciária e os riscos de novas fugas e rebeliões.



Figura 02: Colônia Industrial e Agrícola do Estado de Goiás.

Fonte: Velasco e Santana (2018)

Esta Colônia Agrícola acolhe presos do regime semiaberto, todos do sexo masculino. Somente este ano já ocorreram duas rebeliões, totalizando 9 mortos, 14 feridos e 201 fugas, fugas de presos. O CNJ detectou 1254 detentos do regime aberto, no entanto, o presídio tem capacidade para 468 presos.

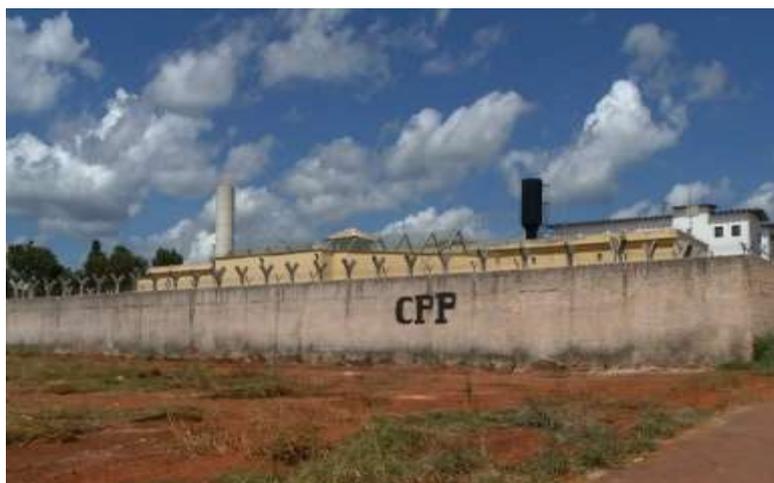


Figura 03: Casa de Prisão Provisória (CPP).

Fonte: Velasco e Santana (2018).

A Casa de Prisão Provisória (CPP) abriga presos provisórios do sexo masculino e feminino e o CNJ detectou que havia 2.293 presos do sexo masculino para apenas 710 vagas; enquanto havia 145 mulheres para 90 vagas. Segundo o CNJ não há garantia de assistência a

estes presos provisórios, como a assistência jurídica gratuita ou local destinado às mães que possuem crianças que necessitam de amamentação.



Figura 04: Penitenciária Feminina Consuelo Nasser

Fonte: Velasco e Santana (2018).

A Penitenciária Feminina Consuelo é a única unidade do sistema prisional goiano exclusivamente dedicada às presas, condenadas ao regime fechado. A capacidade desta instituição é de 51 detentas, no entanto, está sendo ocupada por 56 detentas, não oferecendo estrutura que garanta seus direitos fundamentais exigidos pela LEP, como por exemplo, cela individualizada ou espaço destinado para visita íntima.



Figura 05: Núcleo de Custódia.

Fonte: Velasco e Santana (2018).

O Núcleo de Custódia de Goiás é uma unidade de segurança máxima, destinada a presos de alta periculosidade do sexo masculino. Estes presos podem ser tanto provisórios quanto condenados. Sua capacidade é para 86 detentos, mas segundo a CNJ, atualmente abriga 110 presos.

Como foi observado nesta reportagem veiculada pelo Jornal “O Popular” e que reflete a maior parte dos complexos prisionais do Brasil, a superpopulação é uma característica que se configura por vários problemas, desde os motins até fugas e reincidência criminal.

Observação importante foi feita por Foucault (2007) quando esclareceu que a variação da população carcerária varia em decorrência do aumento da violência e que só é possível prever essa variação na quantidade de presos quando os gestores contemplam programas e políticas de segurança pública com ações de combate à criminalidade. “Não existe um número ideal de presos por população, bem como não existe um número de vagas necessário para se resolver o problema da superlotação” (FOUCAULT, 2007).

Os países como o Brasil que não possuem políticas de segurança pública eficientes e que não preocupam com a garantia dos direitos e garantias fundamentais dos presos, como preconiza o dispositivo constitucional, está infringindo as principais declarações referentes aos direitos humanos. A superlotação dos presídios pode trazer consequências desastrosas para a sociedade, como o aumento da criminalidade, pois o próprio Governo não consegue desenvolver ações de ressocialização, que por sua vez faz com que aumente a reincidência dos crimes, tornando-se um círculo vicioso e passível de preocupação por toda a comunidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da revisão de literatura em que se utilizaram os conceitos de diversos autores como referência para construção deste artigo, constatou-se que as prisões superlotadas do Brasil representam o caminho inverso do que preconiza tanto a Lei de Execução Penal (LEP) quanto a Constituição Federal de 1988 que sugerem a prisão em cela individualizada para aqueles que devem cumprir pena privativa de liberdade.

Constatou-se também que grande parte do sistema de execução penal brasileiro possui elevado número de presos caracterizados pela situação econômica deficiente, marginalizados e excluídos, o que provoca o aumento da criminalidade e conseqüentemente, superlotação das prisões.

Detectou-se nesta investigação que as causas da superlotação nos presídios brasileiros estão relacionadas com fatores socioeconômicos, políticos e jurídicos, além do descaso e omissão do poder público, que não consegue reestruturar os presídios de forma eficiente, tampouco desenvolver programas de ressocialização, importantes para a reintegração dos presos à sociedade.

Além disso, há uma falha do sistema de execução penal por centralizar as políticas públicas de segurança na construção de presídios, o que de fato, não resolvem os problemas dos encarcerados. Antes de qualquer mudança na estrutura do sistema penal, como por exemplo, construção ou ampliação de presídios, é preciso políticas públicas sociais eficientes que impeçam ou tirem os menos favorecidos ou em situação de risco da marginalidade, oferecendo-lhes melhores condições de vida.

Não há dúvidas de que a superpopulação dos presídios brasileiros causa grandes problemas à sociedade: O número elevado de motins, brigas e violência resultam em rebeliões e fugas que afligem a população. A consequência dessas fugas é o número elevado de reincidência criminal, fato que deve preocupar também os gestores pela segurança pública no país.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, César Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 10.ed. São Paulo: 2014.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Brasília: Gráfica do Senado, 1988.

COSTA, Flávio. **Rebelião em Goiás foi motivada por disputa entre PCC e o comando vermelho**. 2018. Disponível em:<<http://www. /noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2018/01/04/rebeliao-em-goias-foi-motivada-por-disputa-entre-pcc-e-o-comando-vermelho.htm>>. Acesso em: 27 jan. 2018, 9:23.

COSTA, Ivone Freire. **Polícia e Sociedade: gestão de segurança pública**. Salvador: EDUFBA, 2005.

DEPARTAMENTO DE PENITENCIÁRIA NACIONAL (DEPEN). **Levantamento nacional de informações penitenciárias**. 2017. Disponível em:< https://www.poder360.com.br/wp-content/uploads/2017/12/relatorio_2016_Junho.pdf>. Acesso em 26 jan. 2018, às 20:35.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. 16.ed. Petrópolis: Vozes, 2007.

_____. **Lei de Execução Penal**. Brasília: Gráfica do Senado, 1984.

LOPES, Hálisson Rodrigo; PIRES, Gustavo Alves de; PIRES, Carolina Lins de. **Princípios norteadores da execução penal**. 2015. Disponível em:<<http://www.ambito-juridico.com.br>>. Acesso em: 26 jan. 2018, 14:23.

MORAIS, Bruno. **As regalias do ex-senador, a Lei de Execuções Penais, a Constituição da República de 1988, as Regras de Mandela e o estado de coisas constitucionais**. 2017. Disponível em:< <https://jus.com.br/artigos/59683/as-regalias-do-ex-senador-a-lei-de-execucoes-penais-a-constituicao-da-republica-de-1988-as-regras-de-mandela-e-o-estado-de-coisas-inconstitucionais>>. Acesso em: 28 jan. 2018, 21:30.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Regras de Mandela**. Regras Mínimas das Nações Unidas para Tratamento dos Presos. 2016. Disponível em:<<http://www.onu.org/files/conteudo/arquivo/2016/05/39ae8b85kfuh.pdf>>. Acesso em: 27 jan. 2018, 10:21.

PRADO, Rodrigo Murad do. **A assistência ao preso e ao egresso na execução penal**. 2017. Disponível em:< <https://canalcienciascriminais.com.br/assistencia-ao-presos/>>. Acesso em: 29 jan. 2018, 10:26.

ROCHA, Alexandre Pereira. **O estado e o direito de pena:** a superlotação no sistema penitenciário brasileiro. O caso do Distrito Federal. 194 f. 2016. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) Universidade de Brasília-DF.

RODRIGUES, Aline. **Sistema carcerário brasileiro.** 2015. Disponível em:<<https://allinnee.jusbrasil.com.br/noticias/130186950/sistema-carcerario-brasileiro>>. Acesso em: 28 jan. 2018, 15:24.

VELASCO, Murillo; SANTANA, Vítor. Cenário de 3 rebeliões em 5 dias, **Complexo Prisional em Goiás abriga quase o triplo da capacidade de presos.** 2018. Disponível em:<[http://https://g1.globo.com/go/goias/noticia/cenario-de-3-rebelioes-em-5-dias-complexo-prisional-em-goias-abriga-mais-do-que-o-dobro-da-capacidade-de-presos.ghtml](https://g1.globo.com/go/goias/noticia/cenario-de-3-rebelioes-em-5-dias-complexo-prisional-em-goias-abriga-mais-do-que-o-dobro-da-capacidade-de-presos.ghtml)>. Acesso em: 29 jan. 2018, 11:40.

A IMPUTABILIDADE PENAL DO PSICOPATA A LUZ DO DIREITO PENAL BRASILEIRO E O PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

DIAS, Geovana Maria Martins²⁰
LIMA, Rogério Gonçalves²¹

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo, desenvolver um estudo sobre a imputabilidade penal do psicopata perante o direito penal brasileiro, levando em consideração a aplicação do princípio da individualização da pena cujo o problema proposto é responder se o princípio da individualização da pena é observado no cumprimento de pena do psicopata de forma eficaz no combate a reincidência. O trabalho busca analisar as sanções impostas a esse tipo específico de criminoso e esmiuçar acerca das possibilidades de reinserção desse indivíduo. Para atingir esse objetivo o autor desenvolveu o estudo tendo como base o método dedutivo, dividindo-se o trabalho em três capítulos. Nesse contexto, o tema foi esmiuçado, perpassando pelos conceitos de psicopatia, imputabilidade penal do psicopata, estudo do princípio da individualização da pena, até chegar-se a análise da efetiva aplicabilidade do princípio da individualização da pena, perante o cumprimento de pena do psicopata, e análise da efetividade do mesmo na prevenção da reincidência. Para se alcançar a conclusão necessária para resolução da problemática proposta, o autor analisou casos concretos de psicopatas em execução da pena e seus diversos tratamentos, tendo como base notícias veiculadas pela mídia, e julgados proferidos pelos Tribunais a respeito do caso. Por fim, mediante as pesquisas realizadas, concluiu-se que, o princípio da individualização da pena não é respeitado no cumprimento de pena do psicopata imputável, fazendo assim que haja crescente nível de reincidência. O trabalho propõe adoção do PCL-R, isolamento do indivíduo, criação de normas específicas, e implantação de equipe especializada para lidar com o psicopata.

Palavras-chave: Psicopata; Direito Penal; Psiquiatria Forense.

ABSTRACT

This work aims to develop a study on the criminal imputability of psychopath before the Brazilian criminal law, taking into account the application of principle of the individualization of the sentence whose problem is to answer if the principle of individualization of the sentence is observed in the punishment of the psychopath effectively in the fight against recidivism. The work justifies itself in analyzing the sanctions imposed on this specific type of criminal and debating about the possibilities of reintegration of this individual. To achieve this aim, the author developed the study

²⁰ Graduanda do Curso de Direito da Faculdade Evangélica de Rubiataba, email: geovana-martins@hotmail.com

²¹ Professor orientador: Mestre da Faculdade Evangélica de Rubiataba, email: rogeriolimma@hotmail.com

based on the deductive method, dividing the work into three chapters. In this context, the theme was fragmented, crossing by the concepts of psychopathy, criminal imputability of psychopath, study of principle of individualization of the sentence until the analysis of the effective applicability of principle of individualization of penalty, before the fulfillment of the psychopath's penalty and the analysis the effectiveness of prevention of recurrence. To reach the conclusion required for resolution of problematic proposal, the author examined specific cases of psychopaths in execution of the sentence and its various treatments, based on reports by the media, and deemed delivered by Courts regarding the case. Finally, through the research conducted, it was concluded that the principle of the individualization of the sentence is not respected in the execution of penalty of the psychopath imputable, thus there is a growing level of recidivism. The article proposes adoption of the PCL-R, isolation of the individual, creation of specific standards and deployment of specialized staff to deal with the psycho.

Keywords: Psycho; Criminal Law; Forensic Psychiatry.

INTRODUÇÃO

O tema do presente trabalho é a imputabilidade penal dos psicopatas à luz do direito penal brasileiro e o princípio da individualização da pena. Assim, pretende analisar as exigências no cumprimento de pena do psicopata, de forma a verificar se há ou não eficácia no cumprimento de pena e incidência do princípio da individualização da pena.

A psicopatia é um de um transtorno de personalidade que tem como principais características atos antissociais contínuos, ausência de empatia, ausência de caráter, tendências a manipulação e etc. Não é demais mencionar que até os dias atuais, não se encontrou nenhum tratamento eficaz afim de lograr êxito na cura do transtorno supracitado.

É necessário pautar que a psicopatia não apresenta ligação alguma com a inimputabilidade, pois, quem sofre desse transtorno não é acometido de nenhuma perturbação mental, invés disso, ocorre um desvio de caráter, fazendo que esse indivíduo veja o mundo de forma diversa a que uma pessoa normal enxerga.

É visível o aumento na incidência de criminosos portadores de psicopatia em nosso dia a dia, alguns amplamente divulgados pela mídia pela barbárie dos crimes cometidos, outros nem tanto, dessa forma passando despercebidos aos nossos olhos.

Diante de um transtorno, até então incurável, que pode levar uma pessoa a dizimar dezenas e até centenas de lares, é incompreensível a inexistência de uma punição específica no Direito Penal Brasileiro.

Tendo em vista as falhas do estado-juiz ao tratar desses criminosos com diagnósticos falhos, sistemas de benefícios aplicados indevidamente, ausência de um tratamento eficiente e as elevadas taxas de reincidência criminal que esse tipo apresenta, fica claro a necessidade de um tratamento diverso.

O direito como sendo uma ciência cultural, tem relações íntimas com as demais ciências que estudam o comportamento humano, sendo assim tem responsabilidade fundamental com esses criminosos, mas até então, mesmo que superficialmente, tem-se visto um cenário de total descaso, tendo em vista a inércia na criação de um regramento específico.

Diante disso, faz-se o questionamento, o princípio constitucional da individualização da pena é observado no cumprimento da pena do psicopata de forma eficaz no combate a reincidência?

Ante a esse questionamento, o roteiro dessa pesquisa tem como objetivo principal, verificar se o princípio constitucional da individualização da pena, é observado no cumprimento da pena do psicopata de forma eficaz no combate a reincidência.

Tem como objetivos específicos, estudar o princípio constitucional da individualização da pena; analisar as exigências ao cumprimento da pena do psicopata; determinar se há eficácia no combate à reincidência do psicopata; e por fim determinar se há eficácia no tratamento do psicopata.

Afim de lograr êxito nos objetivos supracitados, a presente pesquisa utilizará do método dedutivo, buscando respaldo em artigos científicos, além de entrevistas disponíveis na mídia sobre os casos mais relevantes.

Outrora será utilizado o método documental, buscando informações em artigos da Lei de Execução Penal, além de projetos de lei antigos que trataram sobre o tema. Não será possível a pesquisa jurisprudencial aprofundada diante da escassez de decisões acerca de psicopatia.

A principal fonte de pesquisa do presente trabalho será firmada pesquisa bibliográfica em artigos científicos, teses, pesquisas e livros acerca do tema além de qualquer outro meio que traga informações importantes para o êxito na conclusão do projeto.

Deste modo, o interesse pelo presente tema justifica-se em verificar os aspectos das sanções imputadas a este tipo específico de criminoso, as possibilidades de reinserção e cumprimento da individualização da pena, demonstrando a situação de omissão da Lei Penal quanto a isso e sugerindo soluções para resolução dos problemas supracitados.

O trabalho foi dividido em três capítulos. No primeiro capítulo, estudar-se-á a imputabilidade e características do psicopata, com foco em demonstrar como o mesmo é visto perante o direito brasileiro, para que a posteriori seja verossímil determinar se há eficácia no cumprimento de pena.

No segundo capítulo, buscou-se estudar o princípio da individualização da pena demonstrando suas várias fases e explicando como esse princípio atua levando em consideração o preso comum.

O terceiro capítulo, tratará determinar se há eficácia do princípio da individualização da pena nos estabelecimentos penais brasileiros, em se tratando do cumprimento de pena do psicopata imputável, ainda tem condão de demonstrar se o tratamento destinado ao criminoso psicopata é eficaz de forma a prevenir a reincidência.

MATERIAL E MÉTODOS

Para análise do tema descrito em sede de produção do presente artigo, pretende-se utilizou-se uma estratégia de pesquisa dedutiva com fatos extraídos da própria realidade, lançando-se mão de artigos e publicações que embasem o tema apresentado.

Priorizou-se o uso de fontes bibliográficas, como doutrinas e revistas especializadas, também foi utilizado para explicar a presente pesquisa, as fontes eletrônicas, como revistas digitais, e-books e artigos científicos (método dialético).

Outrora foi utilizado o método documental, buscando informações em artigos da Lei de Execução Penal, além de projetos de lei antigos que trataram sobre o tema. Por fim, a principal fonte utilizada para realização da presente pesquisa foi a pesquisa bibliográfica, tendo como fonte artigos científicos, doutrinas, monografias e teses.

O PSICOPATA: BREVE CONTEXTO HISTÓRICO

Existem relatos de crimes desde os primórdios da humanidade, sendo que o primeiro crime com indícios de psicopatia que se tem relatos se encontra justamente na Bíblia, quando Caim matou seu irmão Abel, sem se quer apresentar um traço de remorso ou compaixão (Gn.4: 8-9).

A mente criminoso sempre despertou interesse nos criminalistas, assim diversos estudos no mundo todo buscam analisar as características comportamentais daquele que comete delitos.

Com esse intuito nasceu a Criminologia, que segundo Pentead Filho (2012, p. 17) é “a ciência empírica (baseada na observação e na experiência) e interdisciplinar que tem por objeto de análise o crime, a personalidade do autor do comportamento delitivo, da vítima e o controle social das condutas criminosas”.

A Criminologia, como sendo uma ciência que busca analisar a personalidade do criminoso, se relaciona intimamente com a psicologia e a psiquiatria forense e juntas ajudam a compreender os motivos morais e sociais que levaram um indivíduo a delinquir, sendo assim, de suma importância para o âmbito jurídico.

No que tange aos transtornos analisados pelas áreas aludidas, destaca-se a psicopatia, tema do presente trabalho, que de acordo com Pentead Filho (2012, p. 286) é “o transtorno específico de personalidade, como uma perturbação grave da constituição caracterológica e das tendências comportamentais do indivíduo”. Extrai-se do entendimento do autor que, a psicopatia é tida como uma disfunção de personalidade em que o indivíduo desenvolve desvios de caráter com comportamentos agressivos nos níveis mais graves do transtorno.

Nesse mesmo sentido, discorre Amaral (2009):

O conceito atual de psicopatia refere-se a um transtorno caracterizado por atos antissociais contínuos (sem ser sinônimo de criminalidade) e principalmente por uma inabilidade de seguir normas sociais em muitos aspectos do desenvolvimento da adolescência e da vida adulta. Os portadores deste transtorno não apresentam quaisquer sinais de anormalidade mental (alucinações, delírios, ansiedade excessiva, etc.) o que torna o reconhecimento desta condição muito difícil.

Pode-se notar que, segundo os autores, a psicopatia é um transtorno de personalidade, não se confundindo com distúrbios mentais no sentido estrito da expressão, verifica-se dessa forma, que o psicopata é uma pessoa com a mente saudável, apta a saber o caráter lícito ou ilícito de seus atos. Não é demais salientar que, é normal que associem esse transtorno comportamental à criminalidade, porém, existem vários graus de psicopatia, onde quanto mais grave o nível, maior a propensão a incidir em ilícitos penais.

Por tanto, para a maioria dos autores, psicopata é aquele indivíduo que sofre de um transtorno de personalidade, não tendo nenhum tipo de alucinação mental, apenas características imorais e ausência de empatia.

DIFERENTES NÍVEIS DE PSICOPATIA

Existem vários índices idealizados por diferentes autores, que prometem determinar o nível de psicopatia de um indivíduo, levando em conta características de personalidade e ações típicas em situações chave.

Um desses índices, famoso por sua repercussão, é o “Índice da Maldade” disponível no site Mundo Estranho (2016), feito pelo psiquiatra forense Michael Stone, o qual é dividido em 22 níveis. No primeiro nível estão aqueles que matam em legítima defesa, estes são considerados pessoas normais que matariam apenas em situações extremas, a partir do nível 11 a pessoa já pode ser considerada psicopata, que são aqueles que matam pessoas que estão em seu caminho, já no último nível, situam-se aqueles psicopatas que matam pelo prazer em torturar.

Para o psiquiatra alemão Kurt Schneider (SCHNEIDER apud GOUVÊA, 2014), a personalidade psicopática não é dividida em níveis, mas sim em características individuais, onde o indivíduo é caracterizado de acordo com seu modo de agir, pensar e se expressar. Schneider, cuja classificação é amplamente difundida na psicologia, dividiu esses tipos em 10, sendo eles: a) hipertímicos; b) depressivos; c)

inseguros de si mesmos; d) lábeis do estado de ânimo; e) explosivos; f) de instintividade débil; g) sem sentimentos ou amorais; h) carentes de afeto; i) fanáticos; e j) astênicos.

Como é notável, nem mesmo a psicologia/psiquiatria tem um consenso quanto as tipificações de personalidades psicopáticas, podendo ainda ter elucidações mais simples como a classificação em leve, moderado e grave, nesse caso, é importante mencionar o entendimento de D'Assumpção (2011, p. 10):

É importante ressaltar que os psicopatas possuem níveis variados de gravidade: leve, moderado e grave. Os primeiros se dedicam a trapacear, aplicar golpes e pequenos roubos, mas provavelmente não cometerão assassinatos. Já os últimos são cruéis e sentem prazer ao realizar seus atos brutais.

Isto posto, percebe-se que quando se trata de psicopatia, não há um consenso quanto a classificação em níveis ou características, o tema se revela uma verdadeira incógnita, tanto para a psicologia, tanto para o direito, fundando-se isto na falta de estudos aprofundados na área.

IMPUTABILIDADE PENAL DO PSICOPATA

No direito penal brasileiro a culpabilidade é “elemento subjetivo que liga o fato ao seu autor, manifestando-se pelo dolo ou pela culpa.” (BRASIL, 1940) ou seja, é o estado daquilo que se pode imputar culpa, é culpável.

De acordo com a teoria tripartite, o crime é fato típico e ilícito, porém só é atribuído ao agente se este for culpável, ou seja, apresentou dolo ou culpa. Partindo de uma premissa de análise de um homem comum, espera-se encontrar uma conduta que a maioria adotaria, caso contrário, considera-se culpável (NUCCI, 2017, p.115).

Conforme Sanches (2016, p. 281): “conceitua-se a culpabilidade como o juízo de reprovação, que recai na conduta típica e ilícita que o agente se propõe a realizar. Trata-se de um juízo relativo à necessidade de aplicação da sanção penal.”. Sobretudo a culpabilidade analisa a capacidade moral do homem de escolher o politicamente correto a se fazer, ter um juízo de reprovação ao que é considerado

ilícito, levando em consideração possíveis fatores emocionais, internos e externos que possam fazer alguém a adotar conduta desapropriada.

Consoante entendimento de Nucci (2017, p.115) para que seja reconhecida a culpabilidade do agente, o Código Penal Brasileiro adotou a teoria normativa pura da culpabilidade, onde é considerado que sem dolo e culpa não há crime, toda ação humana tem um fim, podendo ser ele lícito ou ilícito. Caso o agente não quisesse o resultado e não o pudesse prever, descabida é a condenação.

Um dos requisitos para que o agente seja considerado culpável é a imputabilidade, para a Lei Penal vigente, inimputável é aquele que não tem condição de entender o caráter ilícito de determinado ato, podendo ser uma condição temporária que se deu ao momento da consumação do ato, ou permanente que dura o tempo todo, assim, transcreve o art. 26 do CP (BRASIL, 1940):

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)

De acordo com o Direito Penal Brasileiro (BRASIL, 1940) imputabilidade é a “possibilidade de se atribuir a autoria ou responsabilidade por fato criminoso a alguém, ou por circunstâncias lógicas ou por ausência de impossibilidades jurídicas.”, logo imputabilidade trata de verificar se o sujeito é passível de imputação do ato delituoso que tenha cometido.

É possível ainda analisar a imputabilidade de acordo com três sistemas mencionados por Jesus (2014, p. 543), critérios essenciais para aferição da inimputabilidade, sendo eles o sistema biológico, sistema psicológico e sistema biopsicológico, onde cada um realiza um exame levando em conta diferentes maneiras para análise da inimputabilidade, veja-se:

De acordo com o sistema biológico, leva-se em conta a causa e não o efeito. Condiciona a imputabilidade à inexistência de doença mental, de desenvolvimento mental deficiente e de transtornos psíquicos momentâneos. Assim, se o sujeito é portador de doença mental e pratica um fato típico e antijurídico, pela circunstância de ser doente é considerado inimputável, não importando que a causa tenha excluído ou diminuído a capacidade de compreensão ou de determinação da conduta delituosa.

Para o sistema psicológico, o que importa é o efeito e não a causa. Leva em conta se o sujeito, no momento da prática do fato, tinha condição de compreender o seu caráter ilícito e de determinar-se de acordo com essa

compreensão ou não. Se o agente não tinha capacidade de compreensão ou determinação, é considerado inimputável, sem que seja necessário precisar sua causa.

O sistema biopsicológico é constituído dos dois primeiros. Toma em consideração a causa e o efeito. Só é inimputável o sujeito que, em consequência da anomalia mental, não possui capacidade de compreender o caráter criminoso do fato ou de determinar-se de acordo com essa compreensão. A doença mental, p. ex., por si só não é causa de inimputabilidade. É preciso que, em decorrência dela, o sujeito não possua capacidade de entendimento ou de autodeterminação.

Nucci (2011, p.310) declara que a legislação penal brasileira adotou o critério biopsicológico para a definição de inimputabilidade, onde é necessário um laudo médico para comprovar doença mental. O laudo psicológico é a possibilidade de se mesclar de acordo com o entendimento do laudo médico e com o caráter ilícito do fato, embora o juiz não fique vinculado ao laudo pericial, se assim achar melhor.

A psicopatia, apesar de não ser um tema pacífico, é considerada de acordo com o CID:10 (Código Internacional de Doenças) como sendo um transtorno de personalidade dissocial que acomete pessoas de todos os lugares do mundo sem que haja qualquer predeterminação de gênero, raça ou qualquer outra característica física, não se confundindo portanto com doença mental. Hare (2013, p.6) conceitua psicopatia como:

A psicopatia é um transtorno da personalidade definido por um conjunto específico de comportamentos e de traços de personalidade inferidos, a maioria deles vista pela sociedade como pejorativa. Portanto, não é fácil diagnosticar um psicopata. Como acontece com qualquer outro transtorno psiquiátrico, o diagnóstico baseia-se no acúmulo de indícios presentes no indivíduo a ponto de satisfazer os critérios mínimos exigidos.

Tendo em vista esses conceitos, o psicopata não se encaixa em nenhuma das hipóteses ora mencionadas, é notável a disparidade entre o transtorno de personalidade e a inimputabilidade, necessitando assim tratamento diverso dos presos comuns imputáveis e inimputáveis. Assim, Hare (2013, p.18) explica:

[...] assassinos psicopatas não são loucos, de acordo com padrões psiquiátricos e jurídicos aceitáveis. Seus atos resultam não de uma mente perturbada, mas de uma racionalidade fria e calculista, combinada com uma deprimente incapacidade de tratar os outros como seres humanos, de considerá-los capazes de pensar e sentir. Esse comportamento moralmente incompreensível exibido por uma pessoa aparentemente normal nos deixa desorientados e impotentes.

O psicopata, diante desse entendimento, é uma pessoa de mente sã, capaz de agir com extrema precisão no que busca, calculando tudo nos mínimos detalhes de forma a alcançar o objetivo pretendido, sua única deficiência é a ausência de capacidade para considerar sentimento, ou seja, uma “inimputabilidade moral”, assim, as outras pessoas para esse indivíduo são apenas obstáculos ou meios para conseguir o que buscam, podendo ou não delinquir para tanto.

Nas palavras de Silva A. (2008, apud Letner; Paines; e Periolo, 2013, p. 2), a psicopatia não se trata de uma doença mental, mas na verdade, é uma personalidade deficiente moral, uma maneira de ver e ser, no qual o outro não representa nada. A grande maioria dos psicopatas não são necessariamente assassinos, podendo cometer outros delitos igualmente cruéis, como pedofilia e etc.

Nesse contexto, não há como dizer que um portador do transtorno de personalidade em questão não possa ser inimputável, uma vez que, sendo psicopata ou não, todos nós estamos sujeitos a eventuais distúrbios, podendo nascer com ele ou vir a adquiri-lo ao longo da vida. É de importante ressalva que psicopatia não é sinônimo de inimputabilidade. Nesse contexto afirma Mathias (2016):

Psicopatia trata-se de um tipo de transtorno “qualificado por atos antissociais permanentes” (sem consistir em sinônimo de criminalidade) e especialmente por uma incapacidade de adotar normas sociais em grandes aspectos do desenvolvimento da adolescência até a vida adulta. Quem possui este transtorno psicótico não apresenta nenhum sinal de anormalidade mental, assim como delírios, alucinações, tornando mais difícil a sua compreensão.

Alguns autores, porém, consideram o psicopata como sendo semi-imputáveis, como exemplo de Mirabete e Fabrinni (2015, p. 140) que destacam que os psicopatas são portadores de neuroses profundas e apesar de ter entendimento e determinação, não os tem plenamente, como visto:

Os psicopatas, as personalidades psicopáticas, os portadores de neuroses profundas etc. em geral têm capacidade de entendimento e determinação, embora não plena. Em todas as hipóteses, comprovada por exame pericial, o agente será condenado, mas, tendo em vista a menor reprovabilidade de sua conduta, terá sua pena reduzida entre um e dois terços, conforme art. 26, parágrafo único. A percentagem de redução deve levar em conta a maior ou menor intensidade de perturbação mental, ou quando for o caso, pela graduação do desenvolvimento mental, e não pelas circunstâncias do crime, já consideradas na fixação da pena antes da redução. Entretanto, tendo o Código adotado o sistema unitário ou vicariante, em substituição ao sistema duplo binário de aplicação cumulativa da pena e medida de segurança, necessitando

o condenado de especial tratamento curativo, a pena pode ser substituída pela internação ou tratamento ambulatorial.

Em outra concepção, a jurisprudência brasileira é bem dividida quanto a imputabilidade penal do indivíduo portador de psicopatia, como é o caso do TJ/GO onde o Silva Jr (2015, p.3), Relator do recurso em sentido estrito quanto ao caso de Tiago Henrique Gomes da Rocha, diz:

[...]O periciando Tiago Henrique Gomes da Rocha possui Transtorno de Personalidade Antissocial (CID-10: F.60.2), porém, mesmo apresentando tal condição, era à época da ação **inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato e inteiramente capaz de determinar-se de acordo com esse entendimento** ; [...]Portanto, conforme provas produzidas, concluo haver indícios de que o recorrente, quando da prática do fato, **agiu de forma voluntária e com plena consciência da ilicitude dos seus atos**, impossibilitando o reconhecimento da causa excludente da culpabilidade. (grifos nossos).

Já no TJ/RN, Nunes (2009, p.2) frisou entendimento divergente no que tange ao citado no parágrafo anterior, com o intuito de considerar o psicopata como semi-imputável, nas suas palavras:

Observo quanto à causa de diminuição o réu detinha plenas condições de entender o caráter ilícito do fato criminoso ao tempo da ação, conforme Laudo de Exame de Sanidade Mental, às fls. 102/104, que asseverou, ainda, sua condição de portador de transtorno de personalidade, especialmente PERSONALIDADE PSICOPÁTICA. **A despeito de sua capacidade de entender o caráter ilícito do fato concluíram os experts pela sua condição de semi-imputável**, em conformidade com a resposta ao quesito nº 4. (grifos nossos).

Como visto, de acordo com os autores tratados e análise do Código Penal brasileiro, fica claro que o conceito majoritário de psicopatia diverge totalmente do que se entende como inimputabilidade, porém, não se tem um consenso quanto ao seu tratamento no Brasil, sendo que para maior parte dos casos é considerado semi-imputável ou imputável.

Assim, apesar dos inúmeros índices e tabelas que prometem ajudar a identificar um indivíduo portador de psicopatia, não se tem consenso quanto ao método a ser utilizado ou quanto a confiabilidade desses métodos, trazendo à tona inúmeros problemas, como a dúvida sobre o tratamento que devem receber em cárcere ou mesmo se devem permanecer em cárcere.

O PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

Com a evolução da sociedade, o sistema punitivo utilizado veio sofrendo mudanças, deixando de lado as penas desumanas baseadas no livre julgamento de uma pessoa que agia soberano, e adotando as chamadas penas humanitárias.

Com a mudança surgiu o atual Código Penal de 1940, que trouxe penas que tem o intuito de recuperar e reinserir as pessoas em sociedade, e não só puni-las, porém, para tanto as leis nem sempre são suficientes, pois existem casos em que estas não se adequam a realidade, daí surgiu a necessidade da implementação de normas genéricas, que pudessem ser moldadas, dando fundamento a criação dos princípios.

Os princípios são frequentemente abordados no cotidiano dos operadores de direito, baseados em valores e regras são de suma importância para o equilíbrio na paz social. De acordo com Mello (2009, apud CAPEZ, 2013, p.50):

Princípio é, pois, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo.

Nucci (2017, p. 183) delibera que o princípio é uma norma de conteúdo irrestrito, pois serve como meio para complementar para interpretar e aplicar o direito positivo. São normas de conteúdo bastante genérico, podendo assim se adaptar a diversas situações afim de solucionar-las. Essa universalidade atribuída aos princípios, faz com que estes não sejam tão determinados quanto as leis, mas englobam-nas, servindo de auxílio quando essas não forem suficientes.

Deste modo, nota-se que o princípio é um meio auxiliar para as normas, que veio com o fim de esclarecer situações onde as regras não forem suficientes para resolução de uma determinada circunstância, assim dirimindo conflitos. A partir das definições de princípio ora apresentadas, pode-se tirar que esses são normas abstratas, ou seja, tem o conteúdo mais abrangente, maleável e por isso dependem de interpretação do julgador, afim de molda-los a cada situação fática.

Ainda de acordo com Mello (2009, apud CAPEZ, 2013, p.50), pode-se considerar que violar um princípio é ainda pior que violar uma norma, pois este não é

baseado somente em uma norma, mas além disso, tem todo um conjunto de valores fundamentais envolvido, representando assim insubordinação contra todo um sistema.

Na concepção de Nucci (2015, p. 12) princípio nada mais é do que uma ordenação que espelha o sistema normativo, facilitando a interpretação, conhecimento, aplicação e eficiência das demais normas.

Dentre inúmeros princípios relacionados ao direito pátrio, destaca-se em âmbito penal o princípio da individualização da pena, sendo considerado um dos princípios mais importantes para imputação e cumprimento da pena, pois, ao fazer análise de um caso concreto o julgador além de levar em consideração a legislação vigente, deve considerar também princípios explícitos e implícitos em nosso ordenamento jurídico, sendo a individualização da pena de suma importância para que haja efetividade nos resultados esperados pós cárcere.

Nas palavras de Nucci (2015) individualizar é o mesmo que tornar singular uma situação ou tornar alguém individual, é o mesmo que transformar uma coisa em exclusiva, única, privada para poder diferenciar de outras coisas, a fim de analisar extensivamente o objeto em questão. Já a pena é uma espécie de punição dada ao condenado, cujo objetivo é múltiplo, retribuir e prevenir a prática de novos crimes, além de ressocializar o condenado.

Ainda nas palavras de Nucci (2015) a junção dos dois termos “individualizar” e “pena” dá origem a individualização da pena, que é princípio essencial nos ditames do Direito Penal Brasileiro, garantindo a justa fixação da pena, repudiando a padronização e uniformização dos seres humanos, sem prejuízo do princípio da igualdade previsto na Constituição Federal “todos são iguais perante a lei”, pois cada ser tem uma história, não são iguais perante uns e outros. Assim, como dispõe o doutrinador supracitado, essas peculiaridades devem ser observadas pelo magistrado na aplicação da pena.

O princípio da individualização da pena está constitucionalmente previsto no art. 5º, XLVI, o qual descreve, “A lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e e) suspensão ou interdição de direitos;” (BRASIL, 1988).

Assim, este princípio protege contra padronização de penas, cabendo ao responsável medida punitiva exclusiva e proporcional pelo que cometeu. Abrange ainda o princípio da equidade, que resguarda a adaptação da lei a cada caso concreto,

assim, adapta a lei com o intuito de tratar os diferentes de forma diferente e os iguais de forma igual, afim de reconhecer o direito de cada um.

A individualização da pena tem grande destaque no Direito Penal, empenhando-se em julgar cada um de forma justa, com o objetivo de que se imponha uma pena cabível em um caso isolado, individual.

Na Lei de Execução Penal encontra ênfase no que diz respeito ao cumprimento de pena, levando em consideração determinados fatores para que exista um cumprimento adequado com o intuito de prevenir uma piora no comportamento do indivíduo e logicamente levando a ressocialização.

De acordo com Capez (2012, p.27) individualizar a pena significa adaptar ao caso concreto de cada condenado, analisando as características pessoais de cada um para combater a padronização das penas e atingir uma reintegração social eficiente.

Em sua concepção, Manson (2017, p.49) verbaliza que o princípio supracitado se baseia no princípio da justiça, de acordo com o qual é necessário atribuir a cada indivíduo o que lhe é devido, levando em consideração características individuais de seu comportamento perante a lei, ou seja, os aspectos subjetivos e objetivos do crime.

Nucci (2015, p.31) enfatiza a importância e conceito próprio do princípio da individualização da pena, vide:

A individualização da pena tem o significado de eleger a justa e adequada sanção penal, quanto ao montante, ao perfil e aos efeitos penderes sobre o sentenciado, tornando-o único e distinto dos demais infratores, ainda que coautores ou mesmo corréus. Sua finalidade e importância é a fuga da padronização da pena, da “mecanizada” ou “computadorizada” aplicação da sanção penal, prescindindo da figura do juiz, como ser pensante, adotando-se em seu lugar qualquer programa ou método que leve à pena preestabelecida, segundo um modelo unificado, empobrecido e, sem dúvida, injusto

Em sede de Lei de Execução Penal entende-se que o princípio da individualização da pena deve levar em conta a personalidade de cada sentenciado e analisar o fato cometido para que a condenação seja proporcional a ponto de ser efetiva.

Assim, o princípio da individualização da pena é um dos principais norteadores do direito penal brasileiro, atuando em todas as fases da condenação, afim de resguardar os interesses e obter resultados satisfatórios quanto ao ius puniendi do Estado Juiz, cujo o qual, como visto, tem múltiplos objetivos, seja estes retribuir e

prevenir, conseqüentemente ressocializando de acordo com a teoria mista, a mais aceita no que diz respeito a teoria das penas no direito penal.

Portanto, resta cristalino que a individualização da pena é de extrema importância para o direito penal, sem o qual o sistema judiciário e carcerário restaria em um verdadeiro caos, emanando ineficiência em seus diversos setores onde os objetivos permaneceriam apenas na teoria.

A EXECUÇÃO DE PENA DO PSICOPATA

Como abordado anteriormente, a psicopatia não deve ser sinônimo de inimputabilidade, porém, a doutrina e jurisprudência divergem ao caracteriza-lo, pairando entre o imputável e o semi-imputável e nos casos mais remotos inimputáveis.

Levando em consideração o conceito de imputabilidade e o parágrafo único do artigo 26 do Código Penal que traz os parâmetros para a semi-imputabilidade, necessário se faz apresentar opinião de Trindade, Beheragay e Cuneo (2009, p.133):

Embora a jurisprudência considere os psicopatas como pertencentes à categoria da culpabilidade diminuída, contemplada no parágrafo único do art. 26 do Código Penal, que prevê redução da pena em função do que a doutrina denomina semi-imputabilidade, semi-responsabilidade, responsabilidade diminuída, do ponto de vista científico e psicológico a tendência é considerá-los plenamente capazes, uma vez que mantém intacta a sua percepção, incluindo as funções do pensamento e da senso percepção, que, em regra, permanecem preservadas. Isso significa que o agente não apresenta alucinações, como no caso das esquizofrenias, nem delírios, como costuma acontecer nas perturbações paranoides. A semi-imputabilidade aplica-se a impulsos mórbidos, ideias prevalentes e descontrole impulsivo somente quando os fatos criminais se devem, de modo inequívoco, a comprometimento parcial do entendimento e da autodeterminação. Nos delitos cometidos por psicopatas – convém registrar – verifica-se pleno entendimento do caráter ilícito dos atos e a conduta está orientada por esse entendimento (premeditação, escolha de ocasião propícia para os atos ilícitos, deliberação consciente e conduta sistemática). Portanto, do ponto de vista psicológico-legal, psicopatas devem ser considerados imputáveis.

Assim, como não há pacificidade quanto a imputabilidade em se tratando do psicopata, vários casos têm julgamentos diversos, pois, como se sabe no ordenamento jurídico brasileiro, ao inimputável é cabível medida de segurança, ou seja, não cumprirão pena, mas serão internadas em hospitais de custódia com tratamento

psiquiátrico, ou conforme o caso tratamento ambulatorial de acordo com o artigo 96 do Código Penal (BRASIL, 1940).

Quanto ao sujeito considerado semi-imputável, aqueles enquadrados no parágrafo único do artigo 26 do Código Penal, se aplica a pena de forma reduzida e conforme o caso, a pena é substituída por internação de acordo com o artigo 98 do Código Penal (BRASIL, 1940).

Por fim, relativamente aos imputáveis, que são aqueles plenamente conscientes, cumprirão pena privativa de liberdade, em regime aberto, semiaberto ou fechado a depender da sentença condenatória, conforme descrito no art. 32 do Código Penal (BRASIL, 1940).

Conforme descrito outrora, a psicopatia é um transtorno de personalidade, onde o indivíduo não é acometido de nenhum tipo de doença mental e tem plena capacidade de entender o caráter ilícito podendo por vezes premeditar suas ações.

Desse modo, estabelecido os tipos de pena cabíveis no ordenamento jurídico brasileiro, há de se explicar que o psicopata por vezes sofre diferentes tratamentos por não haver pacificidade no que tange a sua imputabilidade, porém, quanto a exigência em seu cumprimento de pena, essa não existe, o psicopata cumpre pena como qualquer outro comum, sendo considerado imputável ou semi-imputável.

Como exemplo ao tratamento dispensado ao psicopata, cita-se o caso de Tiago Henrique Gomes da Rocha, o qual foi considerado pelo Tribunal de Justiça de Goiás como sendo imputável (manutenção da sentença), voto elaborado pelo Silva Jr (2015, p.2), o qual transcreveu:

Ao contrário do alegado pela defesa, o laudo pericial de fls. 386/402, atestou que o recorrente “não possui doença mental, nem desenvolvimento mental retardado ou incompleto e nem dependência química. O periciando Tiago Henrique Gomes da Rocha possui Transtorno de Personalidade Antissocial (CID-10: F.60.2), porém, mesmo apresentando tal condição, **era à época da ação inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato e inteiramente capaz de determinar-se de acordo com esse entendimento**” (fl. 382). (grifos nossos).

Assim, Tiago apesar de sofrer de psicopatia foi considerado imputável e cumpre pena com rotina semelhante aos demais presos, de acordo com o site da rádio CBN (2014) em primeiro momento o detento não deverá ter contato com os demais presos, permanecendo em cela de isolamento, com direito a tratamento com psicólogo e os demais direitos inerentes a qualquer preso, porém, há possibilidade de que a

posteriori seja liberada a convivência com os demais detentos. O objetivo do isolamento é preservar a integridade física do apenado.

Levando em consideração as informações abordadas no capítulo 2, há de se explanar que a psicopatia até os dias atuais, não tem tratamento eficiente para sua cura, e ademais esse indivíduo pode prejudicar a reeducação dos demais presos, como bem explanado em sede recursal por Silva Jr (2015, p.2) no caso de Tiago Henrique Gomes da Rocha, a medida de segurança, medicamentos e até mesmo acompanhamento psicológico não tem eficácia comprovada, podendo ser perda de tempo, realçando ainda mais a necessidade de uma medida diversa nesses casos, vide:

Entendo por bem frisar que a aplicação de medidas de segurança para um indivíduo diagnosticado com Transtorno de Personalidade Antissocial visando o tratamento é de eficácia não comprovada, pois, como bem destacou o perito na conclusão do laudo psicológico pericial **'que foram verificados traços de personalidade pouco acessíveis a intervenções medicamentosas, o que denota pouca possibilidade de responder aos tipos de tratamento existentes** e, por conseguinte, aumenta significativamente a possibilidade de reincidência criminal.(grifos nossos)

Desta feita, não se sabe se em casos isolados e não recepcionados pela mídia ocorre o mesmo tratamento na qual o famoso caso de Tiago se enquadra, porém, o tratamento aplicado a esses indivíduos continua recepcionado pelo extremo descaso Estatal, que paira entre o imputável e o semi-imputável, e não busca tratamento adequado.

Quanto a individualização da pena do psicopata, analisa-se ainda o caso de Francisco da Costa Rocha, o famoso “Chico Picadinho” que de acordo com o site Notícias ao Minuto (2017) cometeu dois homicídios em meados das décadas de 60 e 70, cujo em primeiro caso ficou oito anos em regime fechado, considerado como imputável e sem nenhum tipo de particularidade, logo, após ser solto por bom comportamento, voltou a cometer o mesmo crime e permanece preso (interdição cível) até os dias de hoje, 42 anos depois.

Após alegação de prisão perpétua por sua família em sede recursal, o relator Rômulo Russo proferiu decisão quanto ao caso de Francisco, denegando sua permanência na casa de custódia a qual se encontra, ainda apresentou informações relevantes quanto ao tratamento do mesmo no cumprimento de pena, vide:

Sob o ponto de vista médico desconhece-se terapêutica de cura. É problemática de difícil controle médico, sendo que usualmente se indica: 1. administração de medicamentos específicos, numa tentativa de contenção parcial medicamentosa de seus impulsos agressivos e tendência a 'curtos-circuitos'; 2. aporte psicoterápico como tentativa de introduzir lhe parcialmente regras ético-morais e 3. contenção externa hospital fechado. [...] (RUSSO, 2015, p.7 e 8).

Nesse caso, verifica-se escassa distinção do preso portador de psicopatia e o preso comum, onde as “individualidades” as quais os psicopatas tem acesso, são as mesmas das quais qualquer preso teria caso necessário. A título de exemplo, cita-se Tiago, o psicopata de Goiânia, cujo segundo informações da mídia se encontra em cela separada por ter sido ameaçado de morte, ou seja, para resguardar sua integridade física.

Quanto a aplicação de pena para o criminoso psicopata, não existem prisões especiais para o tratamento desses, ficando os mesmos fadados a tratamento igualitário com os demais.

Deste modo, percebe-se que o psicopata no ordenamento jurídico brasileiro tem tratamento correspondente ao percebido pelo preso comum, há divergências apenas no que tange ao isolamento aplicado a alguns casos e a administração de medicamentos, porém o tratamento aplicado não é eficaz e, como dito, o mesmo seria aplicado a qualquer preso se fosse necessário. Assim o tratamento dispensado ao psicopata é negligente e está fadado ao fracasso, podendo resultar em crescente reincidência caso este seja liberado.

EFICÁCIA NO COMBATE A REINCIDÊNCIA DO PSICOPATA

Ao longo do trabalho, muito se falou quanto as características e peculiaridades que tornam o psicopata diferente de qualquer tipo de pessoa, o que dificulta ou até impossibilita sua reabilitação para convivência em sociedade, sendo quase certo que esse volte a reincidir criminalmente.

A reincidência é um assunto muito recorrente no sistema penal brasileiro, porém no caso do criminoso portador de psicopatia, esse assunto se torna um pouco mais delicado, pois, segundo nossa legislação pátria, deve-se garantir tratamento igual a todos, entrando nesse rol o ramo penal.

Ante ao exposto no parágrafo acima, cabe explanar o que seria a reincidência. No âmbito penal pode-se obter um conceito para reincidência no art. 63

do CP, o qual dispõe: “verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior (BRASIL, 1940)”.

Reincidência deriva da palavra *recidere*, que é o mesmo que repetir o ato, ou seja repetir o delito. Segundo a doutrina pátria, existem duas formas de reincidência, a ficta e a real. A reincidência real é aquela onde o sujeito pratica nova infração após cumprir a pena imposta pelo crime anterior. Já a ficta é aquela onde o sujeito pratica novo crime após transito em julgado da sentença que o condenou por crime anterior. (JESUS, 2014, p. 613)

De acordo com o Depen (Departamento Penitenciário Nacional) o índice de reincidência no Brasil para o preso comum é cerca de 82%. Levando em consideração as peculiaridades do psicopata, a tendência é que esse índice seja ainda maior, quanto a isso dispõe Morana (2011, p. 3): “os psicopatas são aproximadamente três vezes mais propensos a reincidência criminal e quatro vezes mais propensos a recidivas em crimes violentos do que os não-psicopatas”.

Dessa forma, indaga-se qual seria a medida adequada afim de reduzir o elevado índice de reincidência, visto que, o tratamento terapêutico conforme pesquisas outrora realizadas, não surte efeitos em indivíduos portadores de psicopatia, podendo esse tratamento por vezes aplicados a psicopatas no Brasil, ser até mesmo prejudicial, visto que alguns mostram-se mais propensos a reincidir após esse método. (HARRIS, RICE e CORMIER apud TRINDADE, BEHEREGARAY, 2009, p. 39)

O único método que tem mostrado eficácia, tanto na identificação do indivíduo portador de psicopatia, quanto na redução de reincidência é o PCL-R (Psychopathy Checklist Revised), conhecida como escala de Hare que de acordo com Hare (1991 apud MORANA, 2009, p.6):

O PCL-R (Hare, 1991) baseia-se numa entrevista semi-estruturada de 20 itens destinados a avaliar a estrutura da personalidade, quantificando-a em uma escala ponderal, com um ponto de corte de 23 pontos, na versão brasileira, onde se separa a personalidade psicopática de outros traços e tendências considerados não psicopáticos.

Vale mencionar que no Brasil a escala de Hare (PCL-R) foi traduzida e validada pela psiquiatra forense Hilda Morana, a qual destinou sua tese de doutorado para verificar qual seria o ponto de corte da escala para os parâmetros brasileiros.

A escala de Hare, é uma entrevista com 20 itens, onde cada um deles é avaliado levando em conta a pontuação de 0 a 2 (0 para inexistência; 1 para talvez ou existência parcial; e 2 para existência), o levantamento dos itens é mensurado de acordo com o estilo de vida, afetivos, interpessoais e antissociais e a pontuação pode ser de no máximo 40. De acordo com Fiorelli e Mangini (2017, p.99) os itens são:

1) loquacidade, charme superficial; 2) superestima; 3) estilo de vida parasitário, necessidade de estimulação; 4) tendência ao tédio; 5) mentira patológica; 6) vigarice; 7) manipulação; 8) ausência de remorso ou culpa; 9) insensibilidade afetivo-emocional, indiferença; 10) falta de empatia; 11) impulsividade; descontroles comportamentais; 12) ausência de metas realistas a longo prazo; 13) irresponsabilidade; 14) incapacidade para aceitar responsabilidade pelos próprios atos; 15) promiscuidade sexual; 16) muitas relações conjugais de curta duração; 17) transtornos de conduta na infância; 18) delinquência juvenil; 19) revogação de liberdade condicional; 20) versatilidade criminal.

A PCL-R teve eficácia comprovada em diversos países, inclusive se encontra em uso em vários deles, como por exemplo os EUA, Austrália, Nova Zelândia, Alemanha, entre outros, sendo dessa forma considerado o instrumento com mais eficácia para identificação de criminosos sujeitos a reincidência, substituindo com louvor o atual exame criminológico que está em uso no Brasil atualmente. (MORANA, 2009, p.6)

De acordo com Avena (2017, p. 27) o único exame afim de determinar as questões psicológicas e psiquiátricas do apenado que se encontra em uso no Brasil, é o exame criminológico. Porém a partir da promulgação da Lei 10.792 de 2003, esse exame deixou de ser obrigatório para fins de progressão de regime, representando um grande retrocesso para o sistema penal brasileiro.

Já de acordo com o entendimento de Morana (2003, p. 27) no Brasil nenhum exame é efetivo para fins de avaliar a personalidade do preso e chance de reincidir, neste contexto a autora propôs a utilização do PCL-R, que facilitaria a identificação dos psicopatas em sede de cumprimento de pena e conseqüentemente diminuiria a reincidência.

As Comissões Técnicas de Classificação, estabelecidas nos arts. 6º a 9º da Lei de Execução Penal, tem como fim avaliar os antecedentes e personalidade do apenado, porém de acordo com Morana (2003, p.28) não é um órgão apto a lidar com psicopatas, pois não possui treinamento para tal, daí onde se aplicam benefícios e progressão de regime a indivíduos portadores de psicopatia e com altos níveis de

periculosidade, tendo como base apenas o pretense exame criminológico, onde o método que tem se demonstrado mais seguro e eficaz é o PCL-R.

A título de exemplo, cita-se o caso de Ademar de Jesus Silva, disponível no site Mundo Mau (2010), indivíduo diagnosticado com traços de psicopatia, que foi preso pela primeira vez em 2005, acusado de pedofilia, condenado a 10 anos e 10 meses, Ademar cumpriu pena até dezembro de 2009, quando após passar por exame criminológico, obteve progressão de regime, ao sair da cadeia matou seis jovens a pauladas.

Sobre este caso, Morana (2009, p. 4) pauta que não é correto liberar um psicopata simplesmente baseado em bom comportamento por determinação judicial, sem que passe por avaliação de um psiquiatra especializado no assunto, falha essa que seria suprida com treinamento na escala de Hare, PCL-R.

Quanto a reincidência do psicopata no Brasil, não existem dados catalogados para provar os altos índices desses, apenas pesquisas feitas por especialistas, citadas no início do presente tópico, onde se cataloga a reincidência de 82% para presos comuns, sendo essa muito maior no que se trata do psicopata.

Afim de evitar a reincidência, medida oportuna a ser tomada, seria a obrigação de análise de personalidade a todos os apenados, e separação dos considerados psicopatas em presídios de segurança máxima, afim de que estes não atrapalhem o cumprimento de pena dos bandidos comuns, o que se faria possível mediante a utilização do PCL-R, que conta com versão em português traduzida pela psiquiatra forense Hilda Morana, em sua tese de doutorado. Quanto a isso, Silva Barbosa (2008, p.129) diz:

No sistema carcerário brasileiro não existe um procedimento de diagnóstico para a psicopatia quando há solicitação de benefícios, redução de penas ou para julgar se o preso está apto a cumprir sua pena em um regime semi-aberto. Se tais procedimentos fossem utilizados dentro dos presídios brasileiros, certamente os psicopatas ficariam presos por muito mais tempo e as taxas de reincidência de crimes violentos diminuiriam significativamente. Nos países onde a escala Hare (PCL) foi aplicada com essa finalidade, constatou-se uma redução de dois terços das taxas de reincidência nos crimes mais graves e violentos. Atitudes como essas acabam por reduzir a violência na sociedade como um todo.

Nota-se extremo descaso Estatal e Judiciário quanto a identificação e prevenção de reincidência dos indivíduos em questão, onde os tratamentos aplicados são comuns aos demais presos e não tem eficácia alguma.

Em casos como o de Pedrinho Matador, psicopata brasileiro famoso pelo número de crimes, percebe-se que a justiça não sabe o que fazer quando cessa o tempo de prisão para esses indivíduos, onde Pedrinho permaneceu na cadeia por 34 anos, mesmo após cumprir o máximo permitido em lei, em virtude do receio de reincidência (CANABARRO, 2017).

Ante ao exposto, supõe-se que o tratamento dispensado aos psicopatas brasileiros não tem eficácia, ficando tanto os psicopatas quanto a sociedade à mercê do descaso, evidenciando ainda mais a necessidade de uma medida penal específica ao portador de psicopatia, a qual já foi tentada por meio do projeto de lei que se abordará no tópico seguinte.

PROJETO DE LEI Nº 6.858 DE 2010

Destina-se a apresentar o Projeto de Lei nº 6.858 de 2010²², o qual trata de medidas de extrema importância para a evolução do Direito Penal brasileiro no que tange a falha do sistema penal demonstrada nos tópicos acima.

O PL foi apresentado em 2010 a Câmara dos Deputados por Marcelo Itagiba Deputado Federal/PSDB-RJ, influenciado por Hilda Morana, psiquiatra forense que é considerada a maior especialista brasileira em psicopatia e foi precursora da PCL-R no Brasil. Quanto a isso, Satriuc (2016) dispõe:

Hilda Morana, não somente foi a responsável pela tradução, adaptação e validação da Escala Hare no Brasil, como também lutou pela sua aplicação em nossos presídios e pela criação de prisões específicas para os psicopatas, esforços que acabaram por contribuir com o Projeto de Lei nº 6.858 de 2010.

O projeto tem como objetivo alterar a Lei nº 7.210, de 11 de junho de 1984 (Lei de Execução Penal) afim de criar uma comissão independente para avaliação da

²² BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de lei nº 6.858/2010. Altera a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, Lei de Execução Penal, para criar comissão técnica independente da administração prisional e a execução da pena do condenado psicopata, estabelecendo a realização de exame criminológico do condenado a pena privativa de liberdade, nas hipóteses que especifica. Disponível em: <<http://www.câmara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=467290>>. Acesso em 07 de maio 2018.

personalidade dos apenados, além de versar sobre o cumprimento de pena do condenado psicopata, onde até então a lei permanece omissa.

A proposta é a alteração do arts. 6º, 8º-A, §§ 1º e 2º, art. 84 §3º e art. 112 §3º, para a seguinte redação:

Art. 6º A classificação será feita por Comissão Técnica de Classificação que elaborará o programa individualizador da pena privativa de liberdade adequada ao condenado ou preso provisório, levando em consideração o resultado de exame criminológico. (NR)

.....
Art. 8º-A Sem prejuízo do disposto nos artigos 6º, 7º e 8º, para a obtenção dos elementos necessários a uma adequada classificação e com vistas à individualização da execução, o condenado ao cumprimento de pena privativa de liberdade, em regime fechado, será submetido a exame criminológico realizado também por comissão técnica independente.

§1º A comissão técnica de que trata este artigo deverá identificar os presos portadores de psicopatia para orientar a individualização da execução penal de que trata o art. 5º.

§2º A comissão será composta de profissionais da área de saúde mental e de psicologia criminal especialmente designados para a função, presidida por especialista de notório saber, com mandato de dois anos, permitida recondução.”

“Art. 84.....

§3º. O condenado ou preso provisório classificado como psicopata cumprirá pena em seção distinta daquela reservada aos demais presos.” (NR)

Art. 112.

§ 3º A transferência para regime menos rigoroso, a concessão de livramento condicional, o indulto e a comutação de penas do condenado classificado como psicopata depende de laudo permissivo emitido pela comissão técnica de que trata o art. 8º-A.

Como descrito no próprio PL, a proposta inicial é garantir a obrigatoriedade de exame criminológico ao apenado condenado a pena restritiva de liberdade, desde sua entrada no estabelecimento prisional, até a progressão de regime a qual tenha direito. O exame criminológico nesse caso tem por fim garantir a individualização da pena, fazendo com que presos com maior periculosidade tenham tratamentos distintos, e as decisões jurídicas responsáveis pela progressão de regime tenham maior segurança, afim de até mesmo prevenir a reincidência.

Nesse contexto, detalhe importante descrito no projeto de lei, é a imposição de que a equipe responsável pela realização do exame criminológico seja independente do estabelecimento penitenciário, e que seja composta por profissionais capacitados para avaliar as condições psicológicas e sociais do preso de voltar ao contato da sociedade.

A independência da comissão técnica realizadora do exame criminológico é importante, pois, essa não estaria ligada nem subordinada aos diretores ou responsáveis pelo presídio, garantindo dessa forma a imparcialidade, nesse contexto se dirige a alteração feita no artigo 6º e criação do art. 8º-A na Lei de Execução Penal.

No que tange ao § 1º do art. 8º-A sugerido no projeto aqui analisado, é abordada questão de extrema importância, que foi inúmeras vezes mencionada no presente trabalho, a separação do apenado portador de psicopatia dos bandidos comuns, onde caso ambos coabitem no mesmo local, a reeducação do preso comum restaria prejudicada em virtude da convivência com o psicopata, dando início a uma bola de neve de reincidência criminal. Sobre isso, Itagiba (2010) pauta em sua justificativa:

Assim é que, acredito, a LEP deve ser alterada para que o programa individualizador da pena privativa de liberdade do condenado ou preso provisório classificado como psicopata vise ao restabelecimento do portador da psicopatia, sem descuidar da recuperação dos demais presos. Para isso é preciso instrumentalizar o Estado com este fim, razão pela qual proponho a inclusão de §3º ao art. 84, para que o condenado ou preso provisório classificado como psicopata cumpra sua pena em seção distinta daquela reservada aos demais presos.

Por outro lado, o PL traz a necessidade de obrigatoriedade de laudo permissivo de equipe especializada para a concessão de benefícios penais, como sursis e livramento condicional, e progressão de regime para portadores de psicopatia afim de evitar casos de reincidência criminal, como o de casos famosos em exemplo de Chico Picadinho, que foi solto por bom comportamento e logo depois cometeu o mesmo crime.

Assim, pode-se notar que o projeto aqui analisado traduz totalmente a ideia do presente trabalho, onde necessita-se de uma política criminal específica, mais rigorosa, para lidar com esse tipo de preso sanando a enorme omissão do direito brasileiro quanto a esse assunto.

Porém, infelizmente, de acordo com informações colhidas no site da Câmara dos Deputados, o projeto de lei foi arquivado, onde nem mesmo passou por votação no plenário, enfatizando mais uma vez o descaso estatal quanto a situação do atual cenário.

COMPARAÇÃO A NÍVEL DE MUNDO

Ante a um assunto ainda tão controverso, passaremos agora a fazer direito comparado a nível de mundo, analisando o tratamento do apenado psicopatas em diversos países em comparação com o tratamento dado a esse indivíduo no Brasil.

Como abordado no tópico anterior, de acordo com Morana (2009, p.7) alguns países como USA, Austrália, Nova Zelândia, Grã-Bretanha, Bélgica, Holanda, Dinamarca, Suécia, Noruega, China, Hong-Kong, Finlândia, Alemanha dentre outros, adotaram para fins de identificação do psicopata o PCL-R, podendo deste modo, lidar melhor com o portador de psicopatia.

No Brasil o PCL-R, apesar de ter tradução e validação feita pela psiquiatra forense Hilda Morana, não é utilizado, pois conforme pesquisas realizadas anteriormente o projeto de lei que tentou instituir individualização de pena para o psicopata não foi aprovado.

Diante disso, é notável a evolução dos países estrangeiros perante ao Brasil logo de início, pois apenas com essas informações é possível perceber que o tratamento dado ao psicopata é diferente ao dado ao criminoso comum, quando no Brasil o psicopata recebe o tratamento garantido na LEP para qualquer criminoso. Quanto a esse assunto Silva (2009, p.129) dispõe:

A psiquiatra forense Hilda Morana, responsável pela tradução, adaptação e validação do PCL para o Brasil, além de tentar aplicar o teste para a identificação de psicopatas nos nossos presídios, lutou para convencer deputados a criar prisões especiais para eles. A ideia virou um projeto de lei que, lamentavelmente, não foi aprovado.

Interessante pautar que, em países como Inglaterra e Estados Unidos buscam remediar sintomas de psicopatia desde os seus primórdios, de acordo com estudos realizados pelo FBI, os traços de psicopatia surgem desde a infância, onde esses indivíduos demonstram crueldade com animais, e diante disso já são tratados e julgados de forma divergente daqueles que são considerados normais perante a sociedade. Desse modo, percebe-se que esses países buscam medidas preventivas, podendo assim lograr êxito no controle dos sintomas. (OLIVEIRA, 2015).

Prova disso é a enfermeira Elizabeth Thomas, que cresceu em Vancouver no Canadá, vítima de abusos sexuais por seu pai biológico, ao ser adotada demonstrou sérios sinais de psicopatia, onde enfiava alfinetes em seus animais de estimação

chegando até a mata-los, e agredia fisicamente seu irmão mais novo, isso tudo com apenas 6 anos de idade. Após passar por rigoroso tratamento psicológico, optou-se por internar a garota em um centro de tratamento para crianças com transtornos comportamentais, hoje Elizabeth é enfermeira e vive uma vida comum, ajudando crianças com transtorno de personalidade (SOUZA, 2016).

Outro exemplo é Mary Bell, de acordo com o Blog Criminologia e Psicopatologia Forense (2012), britânica nascida na Inglaterra, onde sofreu abusos sexuais e psicológicos por parte de sua mãe, matou dois garotos antes de completar 11 anos de idade, e foi diagnosticada com possível psicopatia, logo foi julgada pela corte e condenada por assassinado, cumpriu pena em uma clínica de alta segurança por 5 anos, e logo foi transferida para a prisão Moor Court Open por mais 18 anos.

Desta feita, já é notável total diferença em comparação ao cenário brasileiro, onde uma criança nunca seria julgada em virtude da diferença das legislações, pois, a maioridade penal é atingida somente aos 18 anos. Nos casos narrados acima, nota-se que lograram êxito no que tange ao tratamento dado as garotas, visto que, hoje aparentemente vivem vidas normais.

Acerca dos demais criminosos, pode-se extrair como exemplo Chico Picadinho, já mencionado algumas vezes nesse trabalho, que matou e esquartejou uma mulher e foi condenado a 18 anos de prisão, foi liberado após o cumprimento de 8 anos por bom comportamento. Após solto voltou a praticar o mesmo crime e permanece isolado em casa de custódia até os dias de hoje, em virtude do receio estatal de reincidência criminal. Caso esse que não ocorreria caso fosse adotado o PCL-R, como pauta Silva (2009, p. 129):

Um caso que exemplifica a importância de medidas como as descritas acima é o de Francisco Costa Rocha, mais conhecido como "Chico Picadinho", autor de dois dos crimes de maior repercussão da história policial brasileira. Em 1966, Francisco, que até então parecia ser uma pessoa normal, matou e esquartejou a bailarina Margareth Suida em seu apartamento no centro de São Paulo. Chico foi condenado a 18 anos de reclusão por homicídio qualificado e mais dois anos e seis meses de prisão por destruição de cadáver. Em junho de 1974, oito anos depois de ter cometido o primeiro crime, Francisco foi libertado por bom comportamento. No parecer para concessão de liberdade condicional feito pelo então Instituto de Biotipologia Criminal constava que Francisco tinha "personalidade com distúrbio profundamente neurótico", excluindo o diagnóstico de personalidade psicopática. No dia 15 de outubro de 1976, Francisco matou Ângela de Souza da Silva com os mesmos requintes de crueldade e sadismo do seu crime anterior. Chico foi condenado a trinta anos de reclusão e permanece preso até hoje.

Já na Rússia, tem-se Andrei Chikatilo que torturava e praticava canibalismo com as vítimas ainda vivas, em virtude disso recebeu o apelido de “O açougueiro de Rostov”. Andrei foi considerado capaz de compreender o caráter criminoso de suas ações, e após dois meses do início de seu julgamento, foi condenado a morte (solução adotada pela Constituição da Rússia para crimes gravíssimos, art. 20 2º) (SOUZA e SAIBRO, 2016a).

O nova-iorquino Albert Fish estuprou, matou e se alimentou de crianças, alegou ter matado 23 vítimas e molestado mais de 400, porém só teve 3 casos confirmados. Albert era sadomasoquista, chegando a se auto flagelar das formas mais brutais imagináveis, e obrigar seus próprios filhos a assistir. Ao ser levado a julgamento a defesa tentou de todas as formas provar a insanidade de Fish, porém, conclui-se que apesar de psicopata-sexual, Albert era sadio mentalmente, e assim foi condenado a morte na cadeira elétrica (SOUZA e SAIBRO, 2016b).

No Estado da Califórnia, Edmund Kemper, matou e estuprou os cadáveres de cerca de 8 mulheres, logo, confessou seus crimes e se entregou a polícia. Em julgamento, como nos demais casos, tentou-se provar a insanidade de Kemper, porém, essa tese foi descartada e Edmund foi condenado a prisão perpétua, onde permanece preso até os dias de hoje e é considerado preso-modelo, sendo destacado pelo FBI como uma das mentes mais inteligentes já vistas (SOUZA e SAIBRO, 2016c).

No Brasil, destaca-se o caso de João Acácio Pereira da Costa “O bandido da luz vermelha”, que iniciou seus crimes com furtos e roubos, para logo partir para latrocínios e homicídios. Foi o primeiro preso a permanecer 30 anos na cadeia no Brasil, alguns meses após ser solto foi morto com um tiro por um pescador, pois estava tentando estuprar a mãe do mesmo (CABRAL, 2016).

Ante a esses casos, percebe-se que no Brasil o criminoso psicopata tem dois possíveis destinos, a prisão perpétua mesmo que camuflada de interdição civil ou medida de segurança, ou a reincidência e conseqüente morte.

Já nos demais países, podemos notar que estes em maioria optam pela consideração do psicopata como imputável, destinando esses a prisão perpétua ou pena de morte, e em alguns casos raros tratamentos alternativos, como foi o caso de Elizabeth Thomas, que talvez por ser tratada ainda quando criança, logrou êxito em sua recuperação.

É conclusivo, que o princípio da individualização da pena não é respeitado em sede nacional de forma a recuperar e reinserir o apenado portador de psicopatia,

ao contrário, nota-se que o legislador encontra-se perdido no que tange ao transtorno de personalidade, tema do presente trabalho.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a presente pesquisa, observou-se que o transtorno de personalidade antissocial é um tema bastante ausente das discussões doutrinárias e jurisprudenciais, além disso, é um assunto controverso tanto no que tange ao seu conceito, quanto no que diz respeito ao procedimento adequado para lidar com esse tipo.

A análise da imputabilidade do psicopata, contribuiu para vislumbre de como o mesmo é tratado perante ao direito penal brasileiro, observando que nem quanto a isso se tem um consenso. Ao estudar o conceito e características do portador de psicopatia, pode-se notar que esse é um “inimputável moral”, com características duvidosas e alto poder de manipulação, fazendo com que esse indivíduo seja um perigo em qualquer meio que resida.

Neste contexto, o estudo do princípio da individualização da pena se fez essencial para que fosse possível entender como o mesmo funciona em suas fases, além de contextualizar a importância desse princípio na prevenção de reincidência e consequente alcance da ressocialização.

Do mesmo modo, de grande importância foi a análise do cumprimento de pena do psicopata, mediante pesquisas de casos concretos disponíveis na mídia, pois, assim fez-se possível determinar se o princípio da individualização da pena é respeitado no cumprimento de pena do psicopata de modo a prevenir a reincidência.

No decorrer da pesquisa, vislumbrou-se a divergência entre o conceito jurídico apresentado no art. 26, para inimputabilidade e semi-imputabilidade, e o conceito majoritário de psicopatia, bem como a ineficiência da pena no tratamento do psicopata, pois, no Brasil, ao que se percebe, o destino do criminoso psicopata passa longe do que se entende por ressocialização, pairando entre a prisão perpetua disfarçada de pena ou medida de segurança e a reincidência que só tem fim com a morte.

Notou-se ainda que, nos casos onde foram soltos, quer por benefícios penais comportamentais, quer por cumprimento total da pena que lhes foi imposta, voltaram a reincidir nos mesmos crimes que os levaram a ser presos, demonstrando a

necessidade de um exame a ser realizado na possível data de progressão de regime, afim de evitar que um indivíduo com alta periculosidade volte a conviver em sociedade, sem ter condições para tal.

Ante aos problemas encontrados em sede de pesquisa monográfica, sugere-se a adoção do PCL-R, que é o único exame comprovadamente apto a identificar o psicopata e sua possível chance de reincidência, o que seria de grande valia para lidar com esses indivíduos que até os dias de hoje são tratados como incógnitas.

O ideal seria a criação de normas específicas e implantação de equipe especializada, para tratar e lidar com o psicopata, pois quando agregado aos presídios, sem acompanhamento psiquiátrico especializado e em contato com os demais presos, a tendência é que sejam influências negativas na ressocialização dos demais presos.

Outra solução que se faz mais verossímil no que tange as normas já presentes em nosso ordenamento jurídico, seria estabelecer medida de segurança ou interdição cível obrigatoriamente a esses indivíduos, onde teriam contato com psiquiatras e ficariam segregados até cessar a periculosidade.

Por ser um tema bastante complexo e controverso, sugere-se novas pesquisas aprofundadas no assunto, para que se faça possível entender mais sobre o psicopata e futuramente obter um tratamento eficaz na a prevenção da reincidência criminal.

Com base nos estudos realizados, conclui-se a pesquisa respondendo que o princípio da individualização da pena não é respeitado no tratamento dado ao criminoso psicopata, sendo dessa forma, inadequado e incapaz de promover a prevenção da reincidência.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Osvaldo Lopes do. **Psicopatia**. Disponível em: <<http://www.inef.com.br/psicopatia.html>>. Acesso em 12 de dez. de 2017.

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Execução penal**: esquematizado. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

BORGES, Evelyn Costa Laranjeiras. **A mente criminosa e a psicopatia no âmbito jurídico e na legislação penal brasileira**. Disponível em: <http://noosfero.ucsal.br/articles/0003/1603/Evelyn_Costa_Laranjeiras_Borges.pdf>. Acesso em: 24 out. 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de lei nº 6.858/2010. Altera a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**, Lei de Execução Penal, para criar comissão técnica independente da administração prisional e a execução da pena do condenado psicopata, estabelecendo a realização de exame criminológico do condenado a pena privativa de liberdade, nas hipóteses que especifica. Disponível em: <<http://www.câmara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=467290>>. Acesso em 07 de maio de 2018.

_____. **Código Penal**. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Vade Mecum. São Paulo: Saraiva, 2016.

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

_____. **Decreto nº 24.559, de 3 de Julho de 1934**. Dispõe sobre a profilaxia mental, a assistência e proteção á pessoa e aos bens dos psicopatas, a fiscalização dos serviços psiquiátricos e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 3 de jul. 1934.

_____. **Lei de execução Penal**. Lei nº 7.210 de 11 de jul. de 1984.

BLOG CRIMINOLOGIA E PSICOPATOLOGIA FORENSE. **Caso Mary Bell**. Disponível em:<<https://psicologia-forense.blogspot.com.br/2012/11/caso-mary-bell.html>>. Acesso em: 08 de maio de 2018.

CABRAL, Danilo Cezar. **Psicopatas**: a escala psiquiátrica que mede 22 níveis de maldade. Disponível em: <<https://mundoestranho.abril.com.br/crimes/psicopatas-a-escala-psiquiatrica-que-mede-os-22-niveis-de-maldade/>>. Acesso em: 05 de dez. de 2017.

CANABARRO, Amanda. **Pedrinho Matador**: Serial Killer brasileiro. <<https://www.tricurioso.com/2017/05/29/pedrinho-matador-serial-killer-brasileiro-matou-mais-de-100-homens/>>. Acesso em 06 de maio de 2018.

CAPEZ, Fernando. **Execução Penal Simplificado**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

DALGALARRONDO, Paulo. **Psicopatologia e semiologia dos transtornos mentais**. 2. ed. – Dados eletrônicos. – Porto Alegre: Artmed, 2008.

D'ASSUMPÇÃO, Eduardo Farsette Vieira. **Psicopatia**: A Psicologia na Esfera Criminal. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2011/trabalhos_22011/EduardoFarsetteVieiraDAssumpcao.pdf>. Acesso em: 24 out. 2017.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/depen>>. Acesso em 30 de abr. de 2018.

FIORELLI, José Osmir. **Psicologia jurídica**. 8. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017.

GAMA, Sérgio Luiz Teixeira. Voto In BRASIL. Tribunal de Justiça de Espírito Santo. **Apelação Criminal 42030007050**. Relator: Desembargador Sérgio Luiz Teixeira Gama. Relatório em: 23/08/2006. Disponível em: <http://aplicativos.tjes.jus.br/sistemaspublicos/consulta_jurisprudencia/det_jurisp.cfm?edProcesso=42030007050%20&Justica=Comum&CFID=79732516&CFTOKEN=85440182>. Acesso em: 20 de abr. de 2018.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 19. ed. – Niterói, RJ: Impetus, 2017.

HARE, Robert D. **Sem consciência: o mundo perturbador dos psicopatas que vivem entre nós**. Tradução: Denise Regina de Sales; revisão técnica: José G. V. Taborda. – Dados eletrônicos. – Porto Alegre: Artmed, 2013.

ISHIDA, Válder Kenji. **Prática jurídica de execução penal**. 3. ed. – São Paulo: Atlas, 2015.

JESUS, Damásio de. **Direito penal, volume 1: parte geral**. 35. ed. — São Paulo: Saraiva, 2014.

LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

MANSON, Cleber. **Direito Penal Esquematizado: parte geral**. vol. 1. 11 ed. rev. atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

MATHIAS, Fernanda. **Psicopatia e crime: questão de imputabilidade**. Disponível em: <<https://fernandatmathias.jusbrasil.com.br/artigos/374893721/psicopatia-e-crime-questao-da-imputabilidade>>. Acesso em: 12 de dez. de 2017.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Execução penal: comentários à lei n. 7210/84**. 12. Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Código Penal Interpretado**. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MORANA, Hilda Clotilde Pentead. **Identificação do ponto de corte para a escala pcl-r (psychopathy checklist revised) em população forense brasileira: caracterização de dois subtipos de personalidade; transtorno global e parcial**. 2003. Tese (Doutorado em Psiquiatria) - Faculdade de Medicina, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/5/5142/tde-14022004-211709>>. Acesso em 07 de maio 2018.

_____. **Reincidência criminal:** é possível prevenir?. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI8114,71043-Reincidencia+criminal+e+possivel+prevenir>>. Acesso em: 01 de maio de 2018.

MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. **A Urgente Necessidade de uma Política Criminal para os Psicopatas.** Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id = 10907>>. Acesso em 24 out. 2017.

MUNDO ESTRANHO. **João Acácio Pereira da Costa, O bandido da luz vermelha.** Disponível em: <<https://mundoestranho.abril.com.br/crimes/joao-acacio-pereira-da-rocha-o-bandido-da-luz-vermelha/>>. Acesso em: 10 de maio de 2018.

MUNDO MAU. **Ademar de Jesus Silva.** <<http://omundomau.blogspot.com.br/2010/04/ademar-de-jesus-silva.html>>. Acesso em 06 de maio de 2018.

BÍBLIA, Português. **A Bíblia Sagrada:** Antigo e Novo Testamento. Tradução de João Ferreira de Almeida. Edição rev. e atualizada no Brasil. Brasília: Sociedade Bíblia do Brasil, 1969.

NOTÍCIAS AO MINUTO. **Chico Picadinho:** psicopata de SP pode ser solto após 41 anos. <<https://www.noticiasao minuto.com.br/justica/364704/chico-picadinho-psicopata-de-sp-pode-ser-solto-apos-41-anos>>. Acesso em 15 de mar. 2018.

NUCCI, **Guilherme de Souza. Curso de direito penal:** parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

_____. **Individualização da Pena.** 7ª edição. Forense, 2015.

_____. **Manual de direito penal:** parte geral. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

NUNES, Judite. Voto In BRASIL. Tribunal de Justiça do estado de Rio Grande do Norte. **Apelação Criminal 2008.009909-7.** Apelante: Sebastião Silva de Oliveira. Apelada: A Justiça. Relator: Desembargadora Judite Nunes. Voto em: 20/11/2009. Disponível em: <<http://consultajurisprudencia.tjrn.jus.br/jurisprudencia/public/jurisprudencia/view/Saj/2008.009908-7?words=>>>. Acesso em 08 de maio de 2018.

OLIVEIRA, Carmem Aristimunha; MATTOS, Maria Cristina Vieweger de. **Uma vez parece não bastar, existirá a próxima vez?** Disponível em: <<http://www.psicologia.org.br/internacional/pscl93.htm>>. Acesso em 25 out. 2017.

OLIVEIRA, Priscyla. **Direito comparado e a punibilidade do psicopata homicida.** Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/44929/direito-comparado-e-a-punibilidade-do-psicopata-homicida>>. Acesso em: 08 de maio de 2018.

PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. **Manual Esquemático de Criminologia**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SAÚDE, O.M. **Classificação Estatística internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde: CID 10**. 5ª ed. São Paulo: Edusp, 1997.

SANTOS, José Luiz John dos. Voto In BRASIL. Tribunal de Justiça de Rio Grande do Sul. **Apelação Criminal 70051164523**. Apelante: Daniel Santos da Silva. Apelado: Ministério Público. Relator: José Luiz John dos Santos. Relatório em: 28/03/2013. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70051164523%26num_processo%3D70051164523%26codEmenta%3D5183817++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70051164523&comarca=Comarca%20de%20Santo%20Ant%C3%B4nio%20da%20Patrulha&dtJulg=28/03/2013&relator=Jos%C3%A9%20Luiz%20John%20dos%20Santos&aba=juris>. Acesso em: 20 de abr. de 2018.

SATRIUC, Marisa Ferreira. **O Psicopata no ordenamento jurídico penal brasileiro**. Disponível em: <<https://juridicocerto.com/p/marisaferreiraadvocacia/artigos/o-psicopata-no-ordenamento-juridico-penal-brasileiro-2688>>. Acesso em: 07 de maio de 2018.

SILVA, Ana Beatriz Barbosa. **Mentes perigosas: o psicopata mora ao lado**. Rio de Janeiro: Fontanar, Objetiva, 2008.

SILVA JR, Edilson Miguel. Voto In BRASIL. Tribunal de Justiça de Goiás. **Recurso em Sentido Estrito 100774-34.2015.8.09.0051**. Recorrente: Tiago Henrique Gomes da Rocha. Recorrido: Ministério Público. Relator: Desembargador Edilson Miguel Silva Jr. Relatório em: 29/09/2015. Disponível em: <http://www.tjgo.jus.br/jurisprudencia/showacord.php?%20nmfile=TJ_1007743420158090051%20_2015102920151116_13836.PDF>. Acesso em: 08 de maio de 2018.

SOUZA, Bernardo de Azevedo e; SAIBRO, Henrique. **Albert Fish, O devorador de crianças**. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/albert-fish-o-devorador-de-criancas/>>. Acesso em: 10 de maio de 2018.

SOUZA, Taiz de. **O chocante caso de Beth Thomas, a menina psicopata**. 14 jan. 2016. Disponível em: <<http://www.psiconline.com/2016/01/o-chocante-caso-de-beth-thomas-a-menina-psicopata.html>>. Acesso em: 12 de maio de 2018.

_____. **Andrei Chikatilo, O açougueiro de Rostov**. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/andrei-chikatilo-o-acougueiro-de-rostov/>>. Acesso em: 10 de maio de 2018

_____. **Edmund Kemper, o gigante assassino.** Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/edmund-kemper-o-gigante-assassino/>>. Acesso em: 10 de maio de 2018.

STOUT, Marta. **Meu vizinho é um psicopata.** Editora Sextante, Rio de Janeiro, 2010.

TRINDADE, Jorge; BEHEREGARAY, Andréia; CUNEO, Mônica Rodrigues. **Psicopatia – a máscara da justiça.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

DA MITIGAÇÃO DA PRISÃO DOS AVOS QUANDO DO INADIMPLEMENTO DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR AVOENGA

LIMA, Arielc Carla de²³
SILVEIRA, Glaucio Batista da²⁴

RESUMO

O presente artigo busca analisar a prisão civil do devedor na obrigação avoenga, sob a ótica do princípio da dignidade da pessoa humana. No ordenamento há outros meios diversos da prisão civil, capazes de forçar o devedor de alimentos já idoso, a cumprir com a obrigação. Busca-se verificar a necessidade de expor esse devedor idoso ao constrangimento psicológico e físico diante da sociedade quando ocorre a privação de sua liberdade de ir vir. Será feita uma análise reflexiva e crítica sobre a constrangedora situação dos idosos que não possuem condições financeiras e mesmo assim são compelidos por uma determinação judicial de obrigação alimentar avoenga, e acabam, por consequência, sendo privados de seus remédios, alimentos, ou seja, o básico para sua própria subsistência. Possivelmente não se poderá provar da liberdade o idoso sem a análise do caso concreto.

Palavras-chave: Idoso. Dignidade da pessoa humana. Obrigação alimentar avoenga. Prisão civil.

ABSTRACT

The present article seeks to analyze the civil prison of the debtor in the obligation avoenga, from the point of view of the principle of the dignity of the human person. In the planning there are other means different from the civil prison, able to force the debtor of already elderly food, to comply with the obligation. It seeks to verify the need to expose this elderly debtor to the psychological and physical embarrassment before society when the deprivation of their freedom to come comes. A reflexive and critical analysis will be made of the embarrassing situation of elderly people who do not have the financial conditions and are nevertheless compelled by a judicial determination of avoenga food obligation, and, as a consequence, they are deprived of their medicines, food, basic for their own subsistence. Probably one can not prove the freedom of the elderly without the analysis of the concrete case.

Keywords:

Old man. Dignity of human person. Food obligation avoenga. Civil Prison.

INTRODUÇÃO

No ordenamento jurídico brasileiro existe a possibilidade de prisão civil somente para os casos de pensões alimentícias não cumpridas. É sabido que quando há impossibilidade do genitor arcar com a prestação, a mesma pode ser requerida dos

²³ Graduanda do 10º período do Curso de Direito da Faculdade Evangélica de Rubiataba, e-mail: arielccarla@hotmail.com

²⁴ Professor orientador: Especialista em Direito, Professor do Curso de Direito da Faculdade Evangélica de Rubiataba, glaucioweb@gmail.com, Advogado e Empresário.

avós. Seria possível a prisão em todos os casos dos avós quando não puderem cumprir a obrigação de pagar a pensão alimentícia?

Os ascendentes só devem ser chamados excepcionalmente, pois do contrário seria o mesmo que afirmar que os pais geram filhos para os avós os criarem, ainda que tal situação costumeiramente aconteça na prática, mas por estrita liberalidade, e não por obrigação legal.

Há uma calorosa argumentação no que tange a obrigação dos avós em alimentar os netos. Esta modalidade de assistência obrigacional alimentar entre avós e netos ganhou e vem ganhando repercussão nos Tribunais brasileiros. O STJ, já se posicionou a respeito da obrigação de pensão alimentar avoenga, que não pode ser transmitida automaticamente dos pais para os avós.

Importante frisar que isso ocorre em decorrência da solidariedade da obrigação no núcleo familiar, bem como da reciprocidade entre os parentes. Os alimentos podem ser definidos como tudo aquilo que o homem precisa no seu dia a dia para se manter vivo, e subsistir. Com base nisso, podemos imaginar que compõe os chamados alimentos, tudo aquilo que for essencial para a sobrevivência humana, conforme preceitua o artigo 227 da Constituição Federal.

Quando não for cumprida essa obrigação o devedor de alimentos pode ser preso ou ter os seus bens expropriados. A prisão civil do devedor é o método mais rápido e eficaz como forma de coagir o inadimplente a cumprir com a obrigação.

O objetivo é demonstrar se a prisão civil do idoso fere a dignidade humana dos avós que nesta fase da vida já se encontram debilitados e por este motivo gozam da proteção do Estatuto do Idoso.

Talvez existam outros meios eficazes de fazer com que se cumpra referida obrigação, sem que seja necessário expor o idoso a uma situação constrangedora e aviltante no caso de uma prisão.

Os idosos sofrem prejuízos psicológicos ao se aplicar as mesmas normas processuais que se aplicam a pensão alimentícia devida pelos pais. Importante analisar a necessidade de comprovação do binômio necessidade e possibilidade para que a parte perceba alimentos avoengos.

Na ausência dos pais ou avós a ação de alimentos poderá ser intentada também em desfavor dos irmãos, contudo a obrigação alimentar cessa neste grau de parentesco, conforme dizeres insertos no artigo 1967 do Código Civil.

Para o alcance do objetivo proposto, dividiu-se o presente artigo em 03 (três) capítulos, sendo que no primeiro a abordagem tem início em uma breve conceituação sobre alimentos, a finalidade e os sujeitos que possuem o direito de receberem a pensão alimentícia advinda do direito de família.

Prosseguindo, adentra-se aqui especificamente em alimentos avoengos, o binômio necessidade e possibilidade, que trata-se da análise da necessidade daquele que irá receber os alimentos e da possibilidade daquele que irá oferecê-los, desta forma, observa-se que o juiz não poderá obrigar o indivíduo a alimentar o neto se este não possuir condições financeiras para tanto.

Continuando no segundo capítulo, abordar-se-á o princípio da dignidade humana juntamente com o estatuto do idoso, a fim de verificar as nuances dos dois institutos que tem por objetivo a proteção do idoso.

No terceiro capítulo, a pesquisa é direcionada a abordagem sobre a prisão civil avoenga por obrigação alimentar subsidiária, a luz do estatuto do idoso, a pensão alimentícia origem e objetivos e a subsidiariedade da obrigação alimentar avoenga.

Para tanto, o método utilizado nesse trabalho foi o hipotético dedutivo. Esse método busca uma edificação de postulados baseado em hipóteses levantadas para sugerir respostas e sequentemente a resultados.

1 INSTITUTO JURÍDICO DOS ALIMENTOS

Neste capítulo será feito uma breve conceituação de alimentos, abrangendo a sua finalidade e fundamentação jurídica, com o intuito de esclarecer ao leitor a abrangência dos alimentos, para que se possa entender a necessidade dos alimentos avoengos diante da vulnerabilidade da criança, mas também analisando a vulnerabilidade e a hipossuficiência do idoso.

1.1 Breve Conceituação

De acordo com a lei civil, quem possui o dever de prestar alimentos são os parentes e os cônjuges. Vejamos o que diz o artigo 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 (BRASIL, 2002).

A alimentação é essencial à vida humana, diante disso a Constituição brasileira de 1988 trouxe em seu bojo constante no artigo 229 o dever que a família possui de se amparar mutuamente. Vejamos: “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).

De acordo com a Carta Magna, os pais devem amparar os filhos e os filhos amparar os pais na velhice, de forma que nenhum venha ficar desamparado. Vulgarmente os alimentos são classificados como tudo aquilo que é necessário à conservação do ser humano com vida’, e em seu significado amplo, "é a contribuição periódica assegurada a alguém, por um título de direito, para exigí-la de outrem, como necessário à sua manutenção" (GONÇALVES, 2007).

Diante das divergências doutrinárias, difícil é conceituar o direito alimentar. O artigo 1.920 do Código Civil traz o que se pode ter como uma definição de alimentos “o legado de alimentos abrange o sustento, a cura, o vestuário e a casa, enquanto o legatário viver, além da educação, se ele for menor”.

Consoante os artigos 229 da Constituição Federal e 1.920 do Código Civil, a família solidariamente, deve fornecer alimentos àqueles que necessitarem. Os alimentos em questão, não abrange somente a alimentação, mas também a saúde, educação, vestuário e o que realmente for imprescindível para a subsistência humana.

Cabe ressaltar, que a obrigação de alimentar, não cabe somente aos pais em detrimento dos filhos, o Código Civil traz a possibilidade de os filhos fornecerem alimentos aos pais em caso de carência, enfermidade e velhice, este é um dever recíproco, os pais cuidam dos filhos enquanto estes deles depender, mas a obrigação da família não cessa, sendo que se em algum momento os pais necessitarem, os filhos terão a obrigação de a eles fornecerem os alimentos.

É um dever recíproco entre os parentes, com o intuito de que um possa socorrer o outro diante da necessidade imposta pela vida. Os alimentos são irrenunciáveis, entretanto, cessando a necessidade o alimentando pode os alimentos dispensar.

Na linha de parentesco, a obrigação alimentícia não encontra limites, seja a linha ascendente ou descendente, preferindo os mais próximos aos mais remotos. De outra banda, não sendo possível satisfazer a obrigação com os parentes em linha reta, o dever será imposto aos parentes na linha colateral. Em qualquer hipótese, os alimentos entre parentes são, sempre irrenunciáveis, apenas comportando mera dispensa, quando o credor deles não necessitar, como explicita o art. 1.707 do Estatuto Civil (FARIAS E ROSENVALD, 2013. p. 627-628).

A família é ligada pela solidariedade e a obrigação de se socorrerem é dever de todos que pertencem ao núcleo familiar, ascendente, descendentes e colaterais. O direito civil visa resguardar que todos os entes desta relação estejam protegidos diante de suas hipossuficiências e que os membros deste corpo que detêm o poder aquisitivo possam suprir economicamente as necessidades de seus entes necessitados, até que a necessidade se desfaça.

A seguir será analisado as finalidades jurídicas dos alimentos.

1.2 Finalidades Jurídicas dos Alimentos

O conceito de alimentos não pode ser definido apenas como o que se come, mas abrange a tudo que é necessário para a subsistência do ser humano, exemplificando, também pode se entender por alimentos o vestuário, a moradia, a alimentação e assistência médica.

A natureza jurídica dos alimentos é tida como direito pessoal extrapatrimonial, por não haver relevância econômica, tendo em vista ser o objetivo do valor percebido suprir as necessidades do alimentado e também patrimonial por o pagamento ser feito em dinheiro.

Não se pode negar a qualidade econômica da prestação própria da obrigação alimentar, pois consiste no pagamento periódico, de soma de dinheiro ou no fornecimento de víveres, cura e roupas. Apresenta-se, conseqüentemente, como uma relação patrimonial de crédito-débito; há um credor que pode exigir de determinado devedor uma prestação econômica (GOMES, 1999, p. 427).

Cabe ressaltar que a prestação alimentícia possui ao mesmo tempo um caráter extrapatrimonial e patrimonial, tendo em vista que o alimentado recebe em pecúnia o valor e por esse motivo não se pode afastar a hipótese de patrimônio, no entanto é também extrapatrimonial, pois, o interesse é suprir as necessidades básicas como roupas e calçados.

Conforme corroborado no artigo 1965 do Código Civil os alimentos somente serão devidos ao indivíduo que não puder trabalhar para prover o seu sustento e somente poderá fornecer alimentos aquele que tiver a possibilidade de fazê-lo. Assim

estamos diante do fenômeno que a doutrina denomina binômio necessidade-possibilidade.

Os requisitos para que possa intentar uma ação alimentar em desfavor dos avós são: o genitor se encontrar em local incerto ou não sabido, ou este ser acometido de alguma invalidez que o impossibilite de prover o sustento da prole.

Superados todos os meios, a ação então é direcionada ao parente mais próximo, os casos mais comuns são os processos contra os avós. A lei estabelece uma ordem a ser observada no momento de requerer a pensão alimentícia, inicialmente a obrigação é dos pais e somente diante da falta dos requisitos supracitados caberá requerimento de pensão aos descendentes.

Se o parente, que deve alimentos em primeiro lugar, não estiver em condições de suportar totalmente o encargo, serão chamados a concorrer os de grau imediato; sendo várias as pessoas obrigadas a prestar alimentos, todas devem concorrer na proporção dos respectivos recursos, e, intentada ação contra uma delas, poderão as demais ser chamadas a integrar a lide (BRASIL, 2002).

Verifica-se que existe uma solidariedade entre os parentes no que tange aos alimentos, mas existe uma ordem para pedir tal benefício, sendo que primeiro deverá ser chamado os de primeiro grau, ou seja pai ou mãe e posteriormente, não podendo estes prestar os alimentos, estarão estes a encargos dos parentes de grau imediatos, neste caso, os avós, irmão e tios.

1.3 A possibilidade dos avós paternos e maternos figurarem como litisconsorte

Ressalta-se a possibilidade dos paternos dividirem a obrigação com os avós maternos diante da ausência de solidariedade nestes casos. Patino conceitua o litisconsórcio como: 'a pluralidade de partes no processo, tendo em conta que entre elas existe um elo de comunicação' (BRASIL, 2014).

Neste íterim, deve-se analisar o poder econômico dos avós paternos e maternos, com o intuito de que a obrigação não pese somente a um dos avós, sendo dividida a responsabilidade, pois, ao contrário do que pensa o senso comum, não é somente obrigação dos avós paternos suprir os alimentos dos netos na falta do pai, esta obrigação também é estendida aos avós maternos, tendo em vista que ninguém pode ser obrigado a cumprir com uma obrigação que não é capaz de suportar.

Na mesma linha, esclarece DINIZ:

Pode haver um rateio proporcional sucessivo e não solidariedade entre os parentes. Nada obsta, havendo pluralidade de obrigados do mesmo grau (pais, avós ou irmão), que se cumpra a obrigação alimentar por concurso entre parentes, contribuindo cada um com a quota proporcional aos seus haveres; mas se a ação de alimentos for intentada contra um deles, os demais poderão ser chamados pelo demandado, na contestação a integrar a lide (CC, art. 1.698) para contribuir com sua parte, na proporção de seus recursos, distribuindo-se a dívida entre todos. Apesar de a obrigação ter a característica da não solidariedade e da divisibilidade (CC, arts. 257 c/c 1.698, 1ª parte), ter-se-á, excepcionalmente, chamamento à lide dos coobrigados, quando um deles for acionado, tendo-se em vista que o art. 1.698 contém norma adjetiva especial posterior ao CPC, art. 77, III, prevalecendo, por tal razão. Ter-se-á, na verdade, litisconsórcio passivo facultativo ulterior simples (JTJ, 252:235; CPC, arts. 46 e 47). É um caso de intervenção de terceiro sui generis não previsto na lei processual. Há quem ache, como Cássio Scarpinella Bueno, que se trata de chamamento ao processo, provocado por iniciativa do autor, sendo, acrescenta ainda Fredie Didier Jr., admitida a legitimidade excepcional do Ministério Público nas situações do art. 82, II, do diploma processual civil, salientando que essa forma interventiva teria, no saneamento do processo, o limite máximo da possibilidade de sua provocação. É uma inovação do art. 1.698 (norma adjetiva contida no Código Civil). Temos uma nova intervenção de terceiros na ação de alimentos. Na sentença, o juiz rateará entre todos a soma arbitrada e proporcional às possibilidades econômicas de cada um, exceto aquele que se encontra financeiramente incapacitado, e assim cada qual será responsável pela sua parte (DINIZ, 2015, p. 583-585).

Observa-se que há possibilidade de todos os avós, tanto paternos quanto maternos, oferecerem em conjunto alimentos aos netos, este meio de solução ao conflito é interessante porque preserva o bem estar do neto e dos avós, não ficando a obrigação pesada para somente um dos avós e também diminui o risco de que em algum momento venham faltar a criança os alimentos que necessita e são essenciais a sua sobrevivência, garantindo também aos avós uma velhice tranquila.

2 DA PENSÃO ALIMENTÍCIA AVOENGA

Neste tópico, fala-se a respeito da obrigação dos avós em alimentar os netos, diante da não localização dos pais ou da hipossuficiência destes. Tratar-se-á dos requisitos ensejadores da prestação alimentícia avoenga com enfoque na dignidade humana destes idosos que já cansados se veem obrigados a dividir sua renda entre os remédios e os netos.

É direito dos filhos pedirem alimentos aos pais e aos pais reivindicarem alimentos dos filhos. O artigo 1.696 do Código Civil relata que “O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros” (BRASIL, 2002).

Diante da impossibilidade dos pais prestarem alimentos aos filhos, esta obrigação recai aos parentes. Em processos de pensão alimentícia, há casos em que a parte demanda diretamente aos avós, sem observar que o caso de prestação alimentícia pelos avós é uma obrigação subsidiária, que somente poderá ser requerida depois de esgotados todos os meios de exigir que os pais cumpram a obrigação.

Os requisitos para que possa intentar uma ação alimentar em desfavor dos avós são: o genitor se encontrar em local incerto ou não sabido, ou este ser acometido de alguma invalidez que o impossibilite de prover o sustento da prole.

Superados todos os meios, a ação então é direcionada ao parente mais próximo, os casos mais comuns são os processos contra os avós. A lei estabelece uma ordem a ser observada no momento de requerer a pensão alimentícia, inicialmente a obrigação é dos pais e somente diante da falta dos requisitos supracitados caberá requerimento de pensão aos descendentes.

É o que rege o artigo 1.968 do Código Civil:

Se o parente, que deve alimentos em primeiro lugar, não estiver em condições de suportar totalmente o encargo, serão chamados a concorrer os de grau imediato; sendo várias as pessoas obrigadas a prestar alimentos, todas devem concorrer na proporção dos respectivos recursos, e, intentada ação contra uma delas, poderão as demais ser chamadas a integrar a lide (BRASIL, 2002).

Coelho preceitua que:

Quem não tem ascendente ou descendente pode reclamar alimentos dos irmãos, tanto bilaterais como unilaterais (CC, art. 1.697, in fine). Cessa nesse grau, contudo, o parentesco gerador da obrigação alimentar. Os afins e colaterais além do segundo grau não estão obrigados a prover alimentos uns aos outros (COELHO, 2012, p. 221).

Na falta dos pais ou avós a ação de alimentos poderá ser intentada também em desfavor dos irmãos, contudo a obrigação alimentar cessa neste grau de parentesco, conforme dizeres insertos no artigo 1967 do Código Civil.

Os avós somente serão compelidos a cumprir a obrigação alimentar inicialmente conferida aos genitores do alimentante, diante da impossibilidade destes de prestarem alimentos aos filhos.

Não é necessário que os alimentos sejam intentados contra os avós maternos e paternos, pois o litisconsórcio é facultativo e a obrigação alimentar não é solidária e sim subsidiária.

O genitor que estiver com o menor sob sua guarda, tem a opção de escolher contra quem irá intentar a ação, tendo em vista que tanto os avós paternos e maternos são legitimados para integrar o polo passivo da ação.

A lei veio para proteger aquele que fica á mercê da vida quando o genitor está ausente ou não se encontra em condições de suportar com o sustento dos filhos, ao magistrado cabe analisar com destreza as provas, com o intuito de não cometer uma injustiça tanto com o menor quanto com os avós.

2.1 Do binômio necessidade – possibilidade

De acordo com este binômio os alimentos serão oferecidos por quem tem a possibilidade, ou seja, possui condições financeiras de alimentar àquele que tem a necessidade de ser alimentado, ou seja, por si só não consegue prover o próprio sustento.

Nas palavras de Venosa:

Assim, alimentos na linguagem jurídica, possuem significado bem mais amplo do que o sentido comum, compreendendo, além da alimentação, também o que for necessário para a moradia; vestuário, assistência médica e instrução. Os alimentos, assim, traduzem-se prestações periódicas fornecidas a alguém para suprir essas necessidades e assegurar sua subsistência (VENOSA, 2008, p. 348).

Deste modo, é notório que os alimentos não é somente a comida ou bebida, mas inclui também o aluguel, roupas, consultas médicas e odontológica e o que for necessário para que o alimentando tenha um bom estudo.

No entanto, o magistrado deve fixar os alimentos de acordo com a necessidade do alimentado e a possibilidade do alimentando, esta afirmação está expressa no Código de Processo Civil, no artigo 1694, parágrafo 1^a (BRASIL, 2002).

Ocorre que na prática, mesmo havendo previsão legal, primeiramente não se analisa o binômio necessidade – possibilidade, tendo em vista que os juízes tem deferido em sede de liminar os alimentos ao alimentado, sem citar o réu.

Deste modo, até que se prove a hipossuficiência o requerido passa a ter uma obrigação alimentar, mesmo que não consiga pagar o valor estabelecido. Nota-se então que o alimentante mesmo desempregado é obrigado a pagar a pensão alimentícia no valor estipulado pelo magistrado. Cabe salientar aqui, que a responsabilidade de alimentar os filhos é dever dos pais e não somente de um ou outro.

O binômio necessidade – possibilidade deve ser analisado a fim de que seja evitado que o filho ou neto receba mais do que necessita e que os pais ou avós paguem mais do que pode.

2.2 As providências diversas da prisão civil, para garantir o adimplemento de a obrigação alimentar

Caso o prestador de alimentos se abstenha de pagar a pensão alimentícia, o alimentando poderá recorrer ao judiciário para que este o faça cumprir a obrigação, nesses casos, poderão ser seguidos dois ritos diferentes, se as prestações alimentícias forem menor ou superior a 3 (três) meses o rito poderá ser de execução com fundamento no artigo 528 do Código de Processo Civil, que traz o seguinte texto:

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

Percebe-se que neste caso o exequente poderá pedir ao juiz que cite o executado a pagar voluntariamente e no prazo de 3 (três) dias a dívida, caso não ocorra o pagamento voluntário, a pedido do exequente o juiz concederá penhora em ativos financeiros do devedor.

Caso sejam encontrados ativos financeiros ou algum bem penhorável em nome do devedor, será procedido o termo de penhora e no caso dos ativos financeiros, o requerente poderá pedir a expedição de alvará para levantamento do crédito junto ao banco, caso seja penhorado algum bem móvel ou imóvel o exequente poderá pedir a

adjudicação do bem ou que este bem vá a leilão ou hasta pública, a fim de que haja a satisfação da obrigação.

Quando tratar da execução das 03 (três) últimas parcelas, o requerente poderá se valer da execução conforme preceitua os parágrafos do artigo 528.

§ 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.

§ 4o A prisão será cumprida em regime fechado, devendo o preso ficar separado dos presos comuns.

§ 5o O cumprimento da pena não exige o executado do pagamento das prestações vencidas e vincendas.

§ 6o Paga a prestação alimentícia, o juiz suspenderá o cumprimento da ordem de prisão.

§ 7o O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende até as 3 (três) prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo (BRASIL, 2015).

Consoante o artigo supracitado caso o devedor se esquivar de pagar as das 03 (três) últimas parcelas, este, a pedido do autor da ação, poderá ter a prisão civil decretada, caso o devedor depois de preso cumpra com o pagamento das 03 (três) últimas parcelas atrasadas das que vencerem no curso do processo, ficará em liberdade, pois o juiz suspenderá a ordem de prisão, caso não arque com o pagamento, permanecerá preso até que se cumpra o prazo determinado pelo juiz e não poderá mais ter a prisão civil decretada em detrimento daquelas parcelas pelas quais já cumpriu uma sanção.

É possível haver a constrição patrimonial como forma de obrigar o devedor de alimentos a cumprir a obrigação, quando se tratar de pessoa idosa, sem que seja necessário submetê-lo a prisão, tendo em vista ser a obrigação alimentar avoenga subsidiária.

No caso de dívida alimentar advinda de obrigação que deveria ser cumprida pelos avós, para que se evite o constrangimento da prisão, poderia ao invés desta, aplicar o meio coercitivo, que traz grandes resultados quando se busca o cumprimento de obrigação diante da inadimplência do devedor, qual seja, a expropriação de bens.

Este é um meio em que se garanta o cumprimento do dever de alimentar, pois, diante da penhora de bens, ou o dever vem a adimplir sua dívida, ou o bem

penhorado satisfaz a obrigação, sem, contudo, levar o idoso a ser comparado como um “criminoso”, como muitos se sentem no momento da prisão.

Para a realização da penhora, deve-se observar a ordem de preferência prevista no art. 854 do CPC, que segue transcrito:

Art. 854 Para possibilitar a penhora de dinheiro em depósito ou em aplicação financeira, o juiz, a requerimento do exequente, sem dar ciência prévia do ato ao executado, determinará às instituições financeiras, por meio de sistema eletrônico gerido pela autoridade supervisora do sistema financeiro nacional, que torne indisponíveis ativos financeiros existentes em nome do executado, limitando-se a indisponibilidade ao valor indicado na execução (BRASIL, 2015).

Percebe-se que em primeiro lugar há a penhora de dinheiro, que é feita na conta do devedor através do sistema BACENJU, depois de veículos terrestres através do BACENJUD, bens imóveis através do INFOJUD e assim sucessivamente. Este rol deve ser obedecido, não sendo possível por exemplo, pedir a penhora de veículos antes de pedir a penhora online de valores em contas do requerido.

Observa-se que este artigo possui um rol exaustivo e dificilmente um devedor que possua condições de cumprir com sua obrigação, passará sem que a cumpra.

Neste ínterim, o credor irá investir contra o patrimônio do devedor e não contra sua liberdade de locomoção, o que no caso dos idosos, previne tanto o constrangimento, quanto sua integridade física, visto que, para uma pessoa em idade avançada a prisão pode trazer transtornos físicos, e assim, preservará sua integridade psíquica, garantido a dignidade humana do devedor e do credor.

Deste modo, evita-se que o idoso seja preso e constrangido diante de uma dívida alimentar. Observa-se que o idoso, diante de sua idade avançada, tem sua saúde debilitada, o que pode gerar consequências diante de uma prisão.

No entanto, a prisão poderá sim ocorrer caso o mesmo esteja em plenas condições de saúde e financeira e ainda sim descumprir com a ordem de pagar exarada pelo juiz.

Prestigia-se assim dignidade da pessoa humana em detrimento da condição peculiar dos avós; no caso da obrigação alimentar avoenga; neste sentido, observou-se que se houver uma constrição patrimonial ou até mesmo o desconto do percentual devido ao alimentando direto na aposentadoria dos avós, não haverá constrangimento

e assim preservaria o direito do neto de ser alimentado conforme decidido pelo juízo e a dignidade dos avós que não seriam obrigados a suportar situação humilhante.

3. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL E DOUTRINÁRIA ACERCA DA RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DOS AVÓS

Pois bem, o terceiro e último capítulo desse artigo tem a finalidade de demonstrar qual o entendimento jurisprudencial e doutrinário sobre a responsabilidade dos avós na obrigação de prestar alimentos aos netos. Assim, pretende-se demonstrar em quais circunstâncias a lei admite o adimplemento dos alimentos por parte dos avós, e quais requisitos precisam ser observados para o pagamento da pensão avoenga.

Ainda que o entendimento inicial seja de que qualquer pessoa inclusive os genitores têm a obrigação de prestar alimentos para sua prole se ainda menores de idade, atualmente a jurisprudência e a doutrina posiciona-se no sentido de que, a obrigação dos pais em pagar os alimentos não finda através da maioridade dos filhos, no entanto, quando já alcançada a maioridade civil, cabe a prole demonstrar o motivo pelo qual ainda necessitam do sustento, ou que não podem provê-lo sozinho.

É nesse mesmo sentido o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, vejamos:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE EXONERAÇÃO DE ALIMENTOS. MAIORIDADE. EXONERAÇÃO AUTOMÁTICA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 83/STJ. NECESSIDADE DO ALIMENTANDO. COMPROVAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. 1. O Superior Tribunal de Justiça possui jurisprudência no sentido de que a maioridade não extingue, de forma automática, o direito à percepção de alimentos, de modo que caberá ao alimentando demonstrar a sua necessidade. Precedentes. Súmula 83/STJ. (STJ. 4ª Turma. E.Dcl no A.REsp 2013/0309450-5. Relatora Ministra Isabel Galloti – 28/10/2014). (STJ, 2014).

De acordo com o diploma civil em seu art. 1.696, obrigação em prestar alimentos é um dever que exige reciprocidade entre filhos e pais, entretanto, se houver necessidade, a obrigação poderá ser estendida aos demais ascendentes. Ocorrendo o caso hipotético, são chamados os avós para compor a relação alimentar, ficando no lugar principal dos responsáveis a cumprir a obrigação alimentar ou a complementação.

Diante desse entendimento, Orlando Gomes reafirma, dizendo que:

Na falta dos pais, a obrigação passa aos ascendentes de grau mais próximo, e na falta destes aos que lhes seguem na ordem do parentesco em linha reta. Primeiro, portanto, os avós, em seguida os bisavós, depois os trisavós e assim sucessivamente. (GOMES. 2002, p.440).

Como já antes salientado, a obrigação em prestar alimentos, refere-se a um direito de ordem público no que tange a subsistência dos descendentes, assim, não podem se eximir da obrigação os avós, considerando o princípio da solidariedade da família bem como da dignidade da pessoa humana, que na oportunidade prefere o abrigo da pessoa sem de alguma forma desestabiliza-lo tampouco o distanciar do seu núcleo familiar, haja vista a necessidade de preservar o melhor interesse da criança e adolescente de acordo com o que preconiza o ECA.

Sobre o assunto, Maria Helena Diniz aduz que: “Ter-se-á, portanto, uma responsabilidade subsidiária, pois somente caberá ação de alimentos contra avó se o pai estiver ausente, impossibilitado de exercer atividade laborativa ou não tiver recursos econômicos. (DINIZ, 2012, p. 598).

Isto é, para ficar comprovado a obrigação dos avós em prestar alimentos aos netos sejam eles maternos ou paternos, é imprescindível a comprovação da falta de condições dos pais da criança em pagar a prestação alimentar devida. Todo o exposto fica comprovado com o julgado abaixo, vejamos:

AÇÃO DE ALIMENTOS PROMOVIDA CONTRA A AVÓ PATERNA. ALEGAÇÃO DE QUE O GENITOR DO REQUERENTE É DEVEDOR CONTUMAZ DE ALIMENTOS. AÇÃO DE EXECUÇÃO DE SENTENÇA PROMOVIDA EM AÇÃO REVISIONAL DE ALIMENTOS. PAGAMENTO PELO GENITOR DO AUTOR. DETERMINAÇÃO DE REMESSA DOS AUTOS À CONTADORIA PARA CÁLCULO E DEDUÇÃO DOS VALORES PAGOS. RECOLHIMENTO DO MANDADO DE PRISÃO EXPEDIDO CONTRA O MESMO. NOVA AÇÃO REVISIONAL PROMOVIDA PELO PRÓPRIO PAI DO AUTOR, NO CURSO DA PRESENTE DEMANDA. ACORDO FIRMADO ENTRE O AUTOR E SEU GENITOR NA REFERIDA AÇÃO. ALIMENTOS FIXADOS EM 40% DO SALÁRIO MÍNIMO. AUTOR QUE VEM RECEBENDO ALIMENTOS TANTO DO PAI QUANTO DA AVÓ. INADMISSIBILIDADE. GENITORES DO AUTOR QUE SÃO PESSOAS JOVENS, SAUDÁVEIS E POSSUEM ATIVIDADE REMUNERADA. OBRIGAÇÃO DE ALIMENTOS QUE DEVE SER SUPOSTADA PELOS PAIS. OBRIGAÇÃO DA AVÓ QUE É APENAS SUCESSIVA E SUBSIDIÁRIA. INFORMAÇÃO DE QUE O PAI DO AUTOR RECEBEU AVISO PRÉVIO DA EMPRESA ONDE TRABALHAVA. REQUERIDA QUE ENCONTRA-SE ATUALMENTE INTERDITADA EM RAZÃO DAS DOENÇAS E ESTÁ

RESIDINDO EM CASA DE REPOUSO. PENSÃO RECEBIDA PELA AVÓ QUE DEVERÁ SER DESTINADA ÀS SUAS NECESSIDADES ESPECIAIS. EXONERAÇÃO DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR EM RELAÇÃO AO AUTOR. A obrigação dos avós de pagar alimentos para os netos é sucessiva e complementar, de sorte que a ação contra eles somente se justifica nos casos de falta ou comprovada impossibilidade dos pais, o que não ocorre na hipótese em questão, onde os genitores do autor são pessoas jovens, saudáveis e exercem atividade remunerada, de modo que podem perfeitamente prover alimentos para o filho menor. (Grifo Nosso) (TJSC. Apelação Cível, AC 2014.026734-2. Relator Saul Steil, Terceira Câmara de Direito Civil, julgado em 08/07/2014). (STJ, 2014).

O que se depreende do julgado acima é que o STJ reconheceu que se a obrigação alimentar for cassada por dois parentes (em grau contíguo), em detrimento da situação financeira, responderão estes de forma proporcional, não tendo que se falar na aplicação do princípio da solidariedade.

Portanto, como já mencionado anteriormente nesse trabalho, é subsidiária e complementar a obrigação dos avós, nesse caso só poderá existir se os pais não tiverem possibilidades econômicas de promover o sustento do filho, buscando a dignidade humana, já que se trata de uma obrigação de todas as pessoas respeitarem a integridade física do ser humano, o qual representa uma obrigação jurídica de uma garantia absoluta com respaldo no ordenamento pátrio.

Doutro lado, a jurisprudência entende que a pensão devida pelos avós àqueles netos que já tiverem atingido a maioridade civil apenas serão aqueles alimentos que são essenciais à subsistência da pessoa, já que o entendimento é de que esses alimentos não são provenientes de uma obrigação alimentar, mas sim em razão do vínculo de parentesco, como podemos notar no julgado abaixo:

DIREITO DE FAMÍLIA - APELAÇÃO CIVIL - EXONERAÇÃO DE ALIMENTOS - NETO MAIOR - PAGAMENTO DA PENSÃO PELO GENITOR E PELA AVÓ PATERNA - AUSÊNCIA DE PROVA DA NECESSIDADE DE SE MANTER O PENSIONAMENTO DA AVÓ PATERNA, CONCOMITANTEMENTE AOS ALIMENTOS PRESTADOS PELO GENITOR - EXONERAÇÃO DA AVÓ PATERNA CONFIRMADA. - A teor do disposto nos artigos 1.696 e 1.698 do Código Civil, frustrada a obrigação alimentar principal, de responsabilidade dos pais, os avós poderão ser acionados para prestar alimentos ao neto de forma "restritiva", formando um litisconsórcio passivo necessário. Todavia, a obrigação subsidiária deve ser diluída entre os avós paternos e maternos na medida de seus recursos, diante de sua divisibilidade e possibilidade de fracionamento. Assim, configura-se injusta a obrigação direcionada somente à avó paterna. - Uma vez atingida a maioridade, o encargo alimentar não mais se fundamenta no dever de sustento, decorrente do poder familiar, mas, sim, em razão do parentesco, nos

termos do art. 1694 do Código Civil, devendo restar comprovada a imprescindibilidade da prestação alimentar à subsistência da parte necessitada. (...) (TJ/MG Apelação Cível nº. 10518120001822002 MG – Relator Dárcio Lopardi Mendes. 4ª Câmara Cível, julgado em 14/05/2015). (STJ, 2015).

Diante do exposto, verifica-se que não existe mais a presunção de necessidade do alimentado, em razão disso, a continuidade do pagamento da pensão fica condicionada à comprovação da necessidade e da impossibilidade de prover o sustento próprio, por parte do beneficiário. Logo, se não houver a constatação da total impossibilidade da própria manutenção, deve a sentença exonerar a obrigação alimentar da avó paterna. Deve ser considerado que não será suficiente à exoneração da avó para deixar o alimentado sem amparo, considerando que a pensão subsistirá por parte do pai e a mãe possui possibilidades econômicas para realizar o sustento do apelante.

Sobre a obrigação alimentar Clóvis Beviláqua explica que:

A faculdade concedida ao necessitado de alimentos cria-lhe um direito de natureza especial. É um dever a que não se pode esquivar o parente, cônjuge ou companheiro a ele sujeito. E, neste sentido, o caráter é de ordem pública. Dada a sua finalidade de atender às exigências da vida, não é renunciável. (BEVILÁQUA, 1976, p. 124).

Logo, apenas na hipótese dos genitores não puderem arcar com o sustento de sua prole, poderão os avós ser chamados para dentro de seus meios possíveis comporem a prestação jurisdicional alimentar, com a intenção de que estes não sejam lesados com o seu próprio sustento.

3.1 A responsabilidade complementar dos avós

É pacífico o entendimento na legislação pátria que permite através do concurso entre parentes, a complementação da prestação alimentar, sendo que dessa forma, serão chamados os avós para realizar a complementação dos alimentos, sendo necessária a constatação devida da falta de condições dos pais em arcar com o custeio alimentar de seus filhos sem que possa prejudicar seu sustento próprio.

Em alusão ao art. 1.698 do Código Civil, Eduardo Leite, argumenta o seguinte:

Nada impede, porém, que os avós possam ser chamados para complementar a pensão, se provada pelo alimentante a insuficiência do que recebe. A doutrina é pacífica na admissibilidade do pedido de complementação; isto é, nada impede que se cumpra a prestação alimentar por concurso entre parentes, caso seja necessário se obter de um devedor a complementação do que outro paga. Os avós são, assim, chamados a complementar a pensão, que o pai, sozinho, não pode oferecer aos filhos. (LEITE. 2016, p.78).

No entanto, para que os avós sejam incumbidos do dever de prestar alimentos, deve restar comprovada a impossibilidade do pai ou da mãe em realiza-lo, sem que possa prejudica-lo. Nessa acepção, segue Apelação Cível como exemplo:

AÇÃO DE ALIMENTOS - PEDIDO FORMULADO EM FACE DOS AVÓS PTERNOS - OBRIGAÇÃO ALIMENTAR DOS AVÓS - NATUREZA SUCESSIVA E COMPLEMENTAR - PRESSUPOSTOS PARA A FIXAÇÃO DO ENCARGO - NÃO CONFIGURAÇÃO - PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE - RECURSO DESPROVIDO. - O legislador determinou uma ordem sucessiva do chamamento à responsabilidade de prestar alimentos, obrigando-se primeiramente os parentes mais próximos em grau e, somente na falta ou na impossibilidade destes de prestá-los, a obrigação recai sobre os parentes mais remotos, obedecendo-se a ordem legal. Nessa perspectiva, "a responsabilidade dos avós, na prestação de alimentos, é sucessiva e complementar a dos pais, devendo ser demonstrado, à primeira, que estes não possuem meios de suprir, satisfatoriamente, a necessidade dos alimentandos" (AgRg no Ag 1010387), sem o que o pedido de alimentos formulado em face dos avós deve ser julgado improcedente. (TJ-MG – Apelação Cível AC 10024096394630001 MG. 1ª Câmara Cível. Relator Eduardo Andrade – 18/02/2014).

Fica evidenciado que o valor adimplido pelo pai ou mãe que for obrigado, tem que ser comprovado insuficiente devidamente diante a necessidade do descendente (netos) ou ainda atestado o impedimento de assumir as despesas para que seja concedida a complementação, ou seja, os argumentos da impossibilidade não são suficientes para se eximir de tal responsabilidade, é necessário comprovar, com a intenção de requerer dos avós a complementação.

A obrigação alimentar resultante de parentesco possui como pressuposto a necessidade do alimentado e a possibilidade do alimentante em fornecê-lo, caracterizado pelo dever mútuo e recíproco entre ascendentes e descendentes, em virtude do qual, os que possuem recursos financeiros devem conceder alimentos para o sustento dos parentes que não podem prover o sustento pelo seu próprio trabalho. (VENOSA, 2003, p.373).

A vista disso tem os avós à obrigação complementar diante do alimentando, não obstante, sendo comprovada a inviabilidade dos pais em contrair sozinha a obrigação alimentar, esta impossibilidade deve ser comprovada devidamente para que, se não houver a necessidade do pagamento dos alimentos

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo teve como objetivo a análise da prisão civil avoenga quando estes se tornam inadimplentes quanto a pensão alimentícia.

Nota-se que para resolver a problemática proposta fora necessário diferenciar a obrigação alimentar da responsabilidade, partindo deste modo do pressuposto de que o avós não tem obrigação de prestar alimentos, tendo em vista ser a obrigação alimentar subsidiária em relação a responsabilidade.

A ação de alimentos é a medida que se impõe quando os pais ou responsáveis não prestam de forma voluntaria para os filhos os alimentos, em casos de inadimplemento da verba alimentar, a prisão é necessária para forçar o pagamento dos alimentos.

A jurisprudência no que tange a prisão civil dos avós tem decidido que esta medida não se impõe justamente pelo caráter subsidiário da responsabilidade, buscando sempre a proteção da dignidade da pessoa humana.

A prisão de um idoso mesmo que seja por dívida alimentar pode acarretar em danos irreparáveis ao idoso, pois este se preocupa demasiadamente com a visibilidade moral diante da sociedade e também em detrimento da do estado de saúde mental e física que na idade já se encontra desgastado. Deste modo, em detrimento do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana no momento da análise processual por parte do magistrado é necessário fazer uma análise criteriosa dos benefícios e malefícios trazidos com a prisão civil.

Deve-se levar em consideração que os danos aos idosos oriundos da prisão civil e não decretar a prisão civil avoenga é o que decidiu recentemente o Superior Tribunal de Justiça.

O injusto também é observado quando o idoso é obrigado a tirar do seu sustento para oferecer a um neto que em tese deveria estar sendo sustentado pelos pais, por ser subsidiária a responsabilidade dos avós.

Observa-se que em muitos casos, quando um juiz condena os avós a pagarem pensão, tirando de um necessitado para suprir a necessidade do outro. Deve-se aplicar o que lei propõe: necessidade e proporcionalidade.

Cumpriu-se com todos os objetivos propostos, vez que se mostrou o problema e a solução para que seja resolvido o litígio, pois, considerando que se os avós não prestam os alimentos porque não possuem condições, não há neste caso uma obrigação a ser imposta e caso estes avós possuam condições financeiras e haja uma determinação judicial para que ela seja cumprida, com o intuito de evitar que os idosos sejam constrangidos, seria viável que primeiro fossem esgotados todos os meios de expropriação de bens com o afincamento de que se cumpra com a obrigação e em última opção, a mais extrema das possibilidades, qual seja, a prisão civil do devedor.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Elson Moreira Alves. **Alimentos em consequência de ato ilícito**. In: CONGRESSO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 2. Belo Horizonte: IBDFAM, OAB/MG, 2000.

ASSIS, Araken de. **Da Execução de Alimentos e Prisão do Devedor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993

BRASIL. **Código Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 24. 11. 2017.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm. Acesso em 23.11.2017.

BRASIL. **Constituição Federal do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10.12.2017

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. 5ª ed. São Paulo, Saraiva. 2012.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4 ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 23ª ed., Ed. Saraiva. 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Família**. 6ª ed. Salvador: Juspodivn, 2013.

GERMANO, José Luiz. **Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões**. Magister 2014-Bimestral. Porto Alegre. 2014.

GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 11^a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual Elementar de Direito Civil**: direito de família e das sucessões. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LÔBO, Paulo. Direito civil: famílias. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PATINO, Ana Paula Correia. **Revista Nacional de Direito em Família e Sucessões**. Obrigação Alimentar: Litisconsórcio Necessário?. Porto Alegre: Magister, 2014.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil, vol. V: direito de família**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

TARTUCE, Flávio. Direito Civil, v. 5. **Direito de Família. – 9. Ed. ver., atual e ampl.** – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: direito de família**. 8^a ed. São Paulo: Atlas, 2008.

A INDENIZAÇÃO POR ABANDONO AFETIVO NAS RELAÇÕES ENTRE PAIS E FILHOS

SANTOS, Luna Gabriella dos²⁵

LIMA, Rogério Gonçalves²⁶

RESUMO

O objetivo deste artigo científico é analisar se a indenização por abandono afetivo nas relações entre pais e filhos é constitucional ou não, com fulcro no princípio da afetividade. Para atingir este objetivo foi escolhido o método dedutivo. A dedução é método que parte do geral e chega às conclusões particulares. Tal método foi escolhido, pelo fato de o estudo ser feito em cima das leis e dos princípios já existentes que regem a CFRB/88 e o Direito de família e a questão do abandono afetivo. Partindo de um problema geral, que será analisado através das leis e princípios que regem o ordenamento jurídico brasileiro, para se compreender como o Poder Judiciário vem decidindo acerca desses casos de abandono afetivo e a aplicação da responsabilidade civil. Nessa análise, presume-se ser a indenização por abandono afetivo constitucional, porque a pessoa abandonada pode ter vários danos psicológicos causados pelo abandono e a pessoa que abandonou possui responsabilidade civil no seio familiar. Sendo a indenização uma maneira de ressarcir a falta do afeto, mesmo não sendo suprido tal sentimento; é uma forma de não deixar a pessoa desamparada financeiramente. A escolha desta pesquisa se deu ao fato das grandes repercussões nos Superiores Tribunais, trazendo como novidade a indenização por abandono afetivo, obrigando aos pais e aos filhos que abandonam uns aos outros a pagarem uma indenização para poder amenizar a falta de afeto e os problemas psicológicos que tal abandono pode trazer.

Palavras-chave: Abandono Afetivo. Constitucional. Direito de Família. Poder Judiciário. Responsabilidade Civil.

ABSTRACT

²⁵ Graduanda do Curso de Direito do da Faculdade Evangélica de Rubiataba, lgabriellasantos@outlook.com.

²⁶ Professor orientador: Mestre, da Faculdade Evangélica de Rubiataba, e-mail@email.com

The objective of this scientific article is to analyze whether the compensation for affective abandonment in the relations between parents and children is constitutional or not, with a focus on the principle of affectivity. To achieve this goal the deductive method was chosen. The deduction is method that departs from the general and arrives at the particular conclusions. This method was chosen because the study was based on the existing laws and principles governing CFRB / 88 and Family Law and the issue of affective abandonment. Starting from a general problem, which will be analyzed through the laws and principles that govern the Brazilian legal system, to understand how the Judiciary has been deciding about these cases of affective abandonment and the application of civil liability. In this analysis, it is assumed to be the constitutional affective abandonment indemnity, because the abandoned person may have several psychological damages caused by abandonment and the person who abandoned has civil responsibility within the family. Since indemnity is a way of compensating for the lack of affection, even if no such feeling is provided; is a way not to leave the person financially helpless. The choice of this research was due to the great repercussions in Superior Courts, bringing as a novelty the indemnity for affective abandonment, forcing parents and children to abandon one another to pay compensation in order to alleviate lack of affection and psychological problems that such abandonment can bring.

Keywords: Affective abandonment. Constitutional. Family right. Judicial power. Civil responsibility.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como tema a indenização por abandono afetivo nas relações entre pais e filhos, com a finalidade de pesquisar se a indenização por abandono afetivo é constitucional ou não, tendo como base o princípio da liberdade afetiva. Cada indivíduo tem a liberdade de escolha, que é assegurada pelo art. 1º, inciso III da CRFB/88, ressaltando que o afeto não é imposto por regra, mas juntamente com o laço afetivo vem às responsabilidades dos pais com os filhos menores e incapazes e dos filhos com os pais idosos, uma vez que a relação familiar deve ser recíproca entres os integrantes da família (BRASIL, 1988, *online*).

O artigo 227 da CRFB/88, nos traz a reflexão de que a família é responsável por assegurar várias coisas aos seus integrantes, além de assegurar a convivência familiar e comunitária, deve resguardar também a responsabilidade civil, devendo oferecer aos entes

familiares condições básicas para que a pessoa tenha o mínimo de dignidade possível (BRASIL, 1988, *online*).

A CRFB/88 assegura também a liberdade afetiva como um princípio inserido no rol do princípio da dignidade humana, deixando livre para escolher por quem sentir afeto ou não, mas, depois de constituída a família os integrantes possuem a responsabilidade de assegurarem uns aos outros alguns direitos fundamentais (BRASIL, 1988, *online*).

O ordenamento jurídico brasileiro contemporâneo admite vários tipos de famílias. Podem constituir família quando houver sentimento e consentimento entre as partes, e podem ser desfeitas quando o sentimento acabar, porque todos possuem o direito à liberdade, o que inclui escolher com quem conviver ou não, por quem sentir afeto e de quem se quer distância.

Deste modo as pessoas se sentem livres para abandonarem as outras afetivamente, sem se preocuparem com os danos que poderão causar e sem se lembrarem da responsabilidade civil que se adquire com a formação de uma família.

Nessa análise presume-se ser a indenização por abandono afetivo constitucional, porque a pessoa abandonada pode ter vários danos psicológicos causados pelo abandono, e a pessoa que abandonou possui responsabilidade civil no seio familiar. Sendo a indenização uma maneira de ressarcir a falta do afeto, mesmo não sendo suprido tal sentimento, é uma forma de não deixar a pessoa desamparada financeiramente.

O objetivo geral dessa monografia é analisar se a indenização por abandono afetivo nas relações entre pais e filhos é constitucional ou não, com fulcro no princípio da afetividade. Com base nesse objetivo será feita uma pesquisa aprofundada nas relações familiares contemporâneas, nos princípios explícitos e implícitos da CRFB/88 relativos ao direito de família, e por último pretende-se analisar as necessidades básicas dos pais e dos filhos de acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana, e os direitos e garantias fundamentais dos seres humanos.

A escolha desta pesquisa se deu ao fato das grandes repercussões nos Superiores Tribunais, trazendo como novidade a indenização por abandono afetivo, obrigando aos pais e aos filhos que abandonam uns aos outros a pagarem uma indenização para poder amenizar a falta de afeto e os problemas psicológicos que tal abandono pode trazer.

Pretende-se expor casos concretos, com a finalidade de esclarecer melhor a pesquisa e enriquecer o estudo, analisando decisões de jurisprudência acerca da concessão da indenização derivada da responsabilidade civil por abandono afetivo, com base nos princípios do ordenamento jurídico brasileiro e leis vigentes.

O método escolhido para fazer a presente pesquisa, foi o método dedutivo. A dedução é método que parte do geral e chega às conclusões particulares. Tal método foi escolhido, pelo fato

do estudo ser feito em cima das leis e dos princípios já existentes que regem a CFRB/88 e o Direito de família e a questão do abandono afetivo. Partindo de um problema geral, que será analisado através das leis e princípios que regem o ordenamento jurídico brasileiro, para se compreender como o Poder Judiciário vem decidindo acerca desses casos de abandono afetivo e a aplicação da responsabilidade civil.

O presente artigo pretende estudar as famílias contemporâneas do ordenamento jurídico brasileiro, buscando trazer os tipos de famílias que existem e que são constitucionais e inconstitucionais, visando esclarecer em quais hipóteses pode-se considerar um grupo de pessoas como entidade familiar e quais responsabilidades essas pessoas terão uma com as outras.

Também, visa o estudo dos princípios explícitos e implícitos inseridos na CRFB/88, analisando quais princípios são utilizados pelo direito de família, que protegem a entidade familiar, e se tais princípios estão de acordo com o avanço da entidade familiar no ordenamento jurídico brasileiro, dando especial atenção ao princípio da afetividade.

Por fim, será feita a análise da constitucionalidade da indenização por abandono afetivo no ordenamento jurídico brasileiro, à luz dos princípios vigentes no ordenamento jurídico brasileiro, em especial ao princípio da afetividade, desdobramento do princípio da dignidade da pessoa humana.

MATERIAL E MÉTODOS

O método escolhido para fazer a presente pesquisa, foi o método dedutivo. A dedução é método que parte do geral e chega a conclusões particulares. Tal método foi escolhido, pelo fato do estudo ser feito em cima das leis e dos princípios já existentes que regem a CFRB/88 e o Direito de Família.

Documentação indireta

- a) pesquisa documental: documentos (leis, sentenças, acórdãos, pareceres, portarias) que podem ser encontradas em arquivos (públicos ou particulares, *sites* da *internet*, bibliotecas, etc.
- b) pesquisa bibliográfica: livros, artigos e outros meios de informação em periódicos (revistas, boletins, jornais), outras pesquisas podem ser encontradas em bibliotecas, *sites* da *internet*, etc.

DESENVOLVIMENTO

AS RELAÇÕES FAMILIARES CONTEMPORÂNEAS

Hodiernamente, a definição de “família” e o seu papel em uma comunidade está sendo constantemente desafiada e explorada. Esta instituição contém ideal em expansão de estrutura e finalidade de acordo com os mais variados especialistas do ramo.

A organização familiar, como qualquer outra, tem problemas e consequências. Essas consequências podem ser positivas e negativas, grandes e pequenas. Comunidades e nações são afetadas pelos debates morais e econômicos contemporâneos. Por sua vez, a comunidade política também é afetada pelas famílias, uma vez que esta é considerada a célula central do organismo chamado sociedade.

Muitos temas encontrados em políticas como casamento, aborto, violência e economia são vistos como questões separadas, mas através da pesquisa científica, esses tópicos podem ser encontrados diretamente associados à instituição familiar.

Conforme se depreende da narrativa da Bíblia Sagrada, o Ser Supremo que criou o universo viu que não era bom que o ser humano estivesse sozinho, e que necessitava de uma auxiliadora/adjutora que lhe fosse idônea. Para resolver tal problemática, criou a mulher e, então, instituiu a família segundo a concepção criacionista, a qual possui objetivos assistenciais, reprodutivos e afetivos. Entretanto, conforme destaca Dias (2015, p. 29):

Manter vínculos afetivos não é uma prerrogativa da espécie humana. O acasalamento sempre existiu entre os seres vivos, seja em decorrência do instinto de perpetuação da espécie, seja pela verdadeira aversão que todos têm à solidão. Parece que as pessoas só são felizes quando têm alguém para amar. Mesmo sendo a vida aos pares um fato natural, em que os indivíduos se unem por uma química biológica, a família é um agrupamento informal, de formação espontânea no meio social, cuja estruturação se dá através do direito.

Em linhas semelhantes, sabe-se que a família se constituiu com base em diversos fatores, dentre os quais destaca-se o genesíaco, consubstanciado nos laços de afeto que aproximam as pessoas, bem como os cuidados mínimos para a subsistência da prole, os quais “ tornam mais duradoura a associação do homem e da mulher, e que determinam o surto de emoções novas, a filoprogênie o amor filial, entre procriadores e procriado, emoções essas que tendem todas, a consolidar a associação familiar” (BEVILÁQUA, 1993).

E, junto com o pressuposto de que os seres humanos se agregam para viver em comunidade, emerge a necessidade de terem reguladas suas relações, em virtude dos conflitos delas decorrentes.

Então, surge o direito de família como instrumento jurídico regulamentador, a fim de possibilitar que o Estado intervenha nas relações jurídicas familiares para mantê-las conforme os objetivos preordenados. Isso por que:

Com o passar dos tempos esta sociedade familiar sentiu necessidade de criar leis para se organizar e com isso surgiu o Direito de Família, regulando as relações familiares e tentando solucionar os conflitos oriundos dela, através dos tempos o Direito vem regulando e legislando, sempre com intuito de ajudar a manter a família para que o indivíduo possa inclusive existir como cidadão (sem esta estruturação familiar, onde há um lugar definido para cada membro) e trabalhar na constituição de si mesmo (estruturação do sujeito) e das relações interpessoais e sociais. (NOGUEIRA, 2007, *online*)

Ademais, cumpre destacar que o direito de família trata justamente do relacionamento interpessoal de seus sujeitos, bem como dos fatos jurídicos dele oriundos, de modo que “o objeto do direito de família é, pois, o complexo de disposições, pessoais e patrimoniais, que se origina do entrelaçamento das múltiplas relações estabelecidas entre os componentes da entidade família” (GONÇALVES, 2012).

Ainda, cumpre destacar que na Declaração Universal dos Direitos Humanos foi escrito que a família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado.

A este respeito, é inolvidável que a missão do Estado é preservar a integridade do núcleo familiar, o qual é a base de sua existência. Assim como na disciplina, é possível verificar que a família possui natureza privada e pública, haja vista que os seus componentes atuam nos dois âmbitos. Ademais, “o direito das famílias, por dizer respeito a todos os cidadãos, revela-se como o recorte da vida privada que mais se presta às expectativas e mais está sujeito a críticas de toda sorte” (DIAS, 2015).

Dentre as inúmeras mudanças trazidas pelo então novo Código Civil, destaca-se o reconhecimento de vínculo familiar por meio da união estável, a flexibilização do princípio da imutabilidade do regime de bens, a igualdade entre os filhos, etc.

Posteriormente, outro avanço importante do direito de família foi a decisão do Supremo Tribunal Federal que assegurou às uniões homoafetivas os direitos e deveres iguais os da união estável, razão pela qual passou a ocorrer a conversão da união estável em casamento.

Já, o Superior Tribunal de Justiça foi o responsável por permitir a habilitação para o casamento de casais homoafetivos, posicionamento que foi utilizado como fundamento da Resolução n. 175/2013 do Conselho Nacional de Justiça (BRASIL, 2013, *online*), a qual preconizou que:

Art. 1º É vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo. Art. 2º A recusa prevista no artigo 1º implicará a imediata comunicação ao respectivo juiz corregedor para as providências cabíveis.

PRINCÍPIO DO PLURALISMO FAMILIAR

O princípio do pluralismo familiar, enquanto fonte do Direito de Família, traz a ideia de que a entidade familiar não se resume ao formato tradicional do casamento, mas que a família pode ser formada de modos diversos.

Sobre o princípio do pluralismo familiar, Figueiredo e Figueiredo (2015, p. 64) destacam que, “antes de 1988, o direito nacional apenas enxergava como família legítima aquela constituída dentro do casamento”, razão pela qual ocorreram tantas mudanças a partir do atual poder constituinte. Ainda, os referidos autores criticam que:

O direito, à época, ia na contramão dos outros ramos do conhecimento. Isto porque, como lembra Paulo Luiz Netto Lôbos, a antropologia, a sociologia, a psicanálise, a psicologia, dentre outros ramos do saber, não delimitavam a família ao casamento. Apenas com a Constituição Federal de 1988 que tal equívoco fora desfeito. Inovando o direito nacional, informa e Constituição Cidadã no seu art. 226 que "A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado". Passa, então, a legislação brasileira a fornecer instrumentário ao operador do direito para a tutela dos diversos arranjos familiares. Ainda neste mesmo artigo, o constituinte aborda como núcleos familiares típicos o casamento (parágrafos primeiro e segundo), a união estável (parágrafo terceiro) e a família monoparental (vertical, pois formada por quaisquer dos pais e seus descendentes, a exemplo de um viúvo e sua prole, conforme o parágrafo quarto) (FIGUEIREDO e FIGUEIREDO, 2015, p. 64).

Assim, embora fosse um preceito ético moral recorrente nos outros ramos do saber, o princípio do pluralismo familiar teve seu marco histórico na Constituição Federal de 1988, a qual inovou ao romper com o padrão de família baseado no casamento e dispor sobre formas de família atípicas, tais como união estável e família monoparental (PEREIRA, 2004, p. 117).

Não obstante, em que pese o pluralismo político ter sido adotado pela CRFB/1988: “Alguns doutrinadores defendem que o art. 226 da Constituição é uma “norma de clausura”, na medida em que elenca as entidades familiares que são objeto da proteção do Estado”. (PEREIRA, 2004, p. 117).

No escólio de Maria Berenice Dias (2015, p. 49), o referido princípio deve ser abordado como um dever do Estado de garantir a manutenção das múltiplas formas de entidades familiares, bem como acrescenta que:

Como as uniões extramatrimoniais não eram consideradas de natureza familiar, encontravam abrigo somente no direito obrigacional, sendo tratadas como sociedades de fato. Mesmo que não indicadas de forma expressa, outras entidades familiares, como as uniões homossexuais - agora chamadas de uniões homoafetivas - e as uniões paralelas - preconceituosamente nominadas de "concubinato adúltero" -, são unidades afetivas que merecem ser abrigadas sob o manto do direito das famílias. No mesmo âmbito se inserem tanto as famílias parentais como as pluriparentais. Excluir do âmbito da juridicidade entidades familiares que se compõem a partir de um elo de afetividade e que geram comprometimento mútuo e envolvimento pessoal e patrimonial é simplesmente cancelar o enriquecimento injustificado, é ser conivente com a injustiça.

E, apesar de o princípio do pluralismo familiar não estar expressamente previsto no texto constitucional brasileiro, é notório que, implicitamente, a Carta Política de 1988 trouxe a pluralidade das formas de família como regra do ordenamento jurídico brasileiro, o que foi amplamente consolidado da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal nos últimos anos.

Assim, o princípio do pluralismo familiar surge como um consectário do princípio da liberdade, haja vista que a pessoas têm o direito de compor ou participar de uma entidade familiar com as características que atendam seus interesses pessoais e sociais.

3.4 PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente sempre existiu em razão das vulnerabilidades vividas pelos menores de idade na sociedade e no seio familiar. Tal premissa impõe que ao se deparar com um conflito jurídico que envolva uma criança ou adolescente, a decisão deve sempre priorizar o que representa a garantia de mais direitos às crianças e aos adolescentes.

Sobre o advento do referido princípio, destaca que ele originou-se das diversas mudanças ocorridas no núcleo familiar em tempos hodiernos, de modo que a visão meramente econômica da entidade familiar cedeu à concepção afetiva dos relacionamentos familiares. Assim, após a alteração dos valores reputados como intrínsecos à família, tais como o da falsa paz no âmbito doméstico, houve uma maior proteção da dignidade da pessoa humana de todos os seus componentes (PEREIRA, 2004). A partir de então:

O menor ganha destaque especial no ambiente familiar, em razão de ainda não ter alcançado maturidade suficiente para conduzir a própria vida sozinho. Precisa dos pais – ou de alguém que exerça a função materna e paterna – para lhe conduzir ao exercício de sua autonomia. Em face deste novo perfil da família contemporânea, a ordem jurídica não ficou alheia a tantas transformações definidoras. (PEREIRA, 2004, p. 90-91)

Assim, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente garante àqueles que estão em processo de formação de caráter o eficaz acesso aos direitos básicos que

lhes são inerentes, dentre os quais se destaca “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”, conforme dispõe o artigo 227, *caput*, da CRFB/1988.

A existência de um princípio que garante tratamento especial aos casos que envolvam crianças e adolescentes é um dos principais fundamentos do Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, Figueiredo e Figueiredo (2015, p. 78-79) destacam que:

Uma das mais significativas mudanças de paradigma que o direito civil-constitucional experimentou foi a que inseriu a criança e o adolescente na condição de sujeito de direitos privilegiados, submetidos à proteção integral e à prioridade absoluta. O artigo 203 da CF/88 reconhece o direito de assistência social a ser prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição, destacando, todavia, que a mesma terá como objetivo a família, a maternidade, infância e a adolescência (inciso 1), enfatizando, logo após (inciso 11), o "amparo às crianças e adolescentes carentes". Ao dispor sobre a saúde, a *lex Fundamentalis*, em seu art. 208, reconhece a garantia à educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezesete) anos de idade, assegurando, inclusive, oferta gratuita deste direito a quem dele necessitar (inciso 1). A educação infantil (inciso IV, art. 208), em creche ou pré-escola, o acesso aos níveis mais elevados de ensino também ali estão presentes.

Coaduna a essa ideia a proposição feita no artigo 227 da Constituição Federal de 1988, com reconhecimento da condição especial vivida por crianças e adolescentes, havendo a definição da prioridade absoluta no tratamento desse grupo, destinando a eles valores que mantenham sua dignidade dentro da sociedade. Figueiredo e Figueiredo (2015, p. 78-79) invocam:

Todavia, o mais emblemático dos preceitos constitucionais sobre o assunto é o do art. 227, o qual impõe à família, à sociedade e ao Estado o dever de assegurar à criança e ao adolescente, "com absoluta prioridade", o direito a vida, a educação, a saúde, a alimentação, ao lazer, a profissionalização, a cultura, a dignidade, o respeito, a liberdade e a convivência familiar, colocando-os a salvo de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Sem dúvida, a mera leitura destes preceitos é prova concreta do garantismo constitucional diferenciado em favor da criança e do adolescente.

Por fim, não se pode olvidar que o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente está integralmente fundado no princípio do melhor interesse (ou da proteção integral), merecendo destaque o teor do artigo 3º (BRASIL, 1990, *online*), segundo o qual:

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.

Portanto, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente possui posição de destaque no Direito de Família, uma vez que os responsáveis legais devem sempre respeitar com a máxima exigência todos os direitos que a referida classe possui.

3.5 PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE

Por fim, tem-se o princípio da afetividade, o qual “é o princípio que fundamenta o Direito de Família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia em face de considerações de caráter patrimonial ou biológico” (DIAS, 2012, p. 52).

Isso porque não há que se falar, em tese, em estabelecimento de vínculo familiar sem a existência de afeto, razão pela qual a existência da entidade familiar faz presumir e exige a existência de afetividade.

Por essa razão, a afetividade tem se mostrado como um dos principais orientadores dos relacionamentos familiares contemporâneos, e isso se dá em razão de a sociedade ter adotado o vínculo afetivo como fundamento de todos os relacionamentos interpessoais, principalmente a partir do final do século XX. Uma prova disso é o reconhecimento da paternidade socioafetiva, a qual dispensa qualquer técnica de reconhecimento biológico e ainda comprova o ditado “pai é quem cria” (CALDERÓN, 2017). Ademais, cumpre asseverar que:

No cenário atual, figura ao seu lado e com proeminência o elo afetivo, identificado como merecedor de reconhecimento jurídico e tutela. A jurisprudência brasileira desempenhou um papel fundamental na valoração jurídica da afetividade, pois anteriormente a qualquer previsão legislativa diversas decisões judiciais a acolheram na solução de casos concretos. O Superior Tribunal de Justiça foi o protagonista na sua consolidação jurisprudencial, principalmente no reconhecimento do vínculo parental decorrente da denominada socioafetividade. Também o Supremo Tribunal Federal tem proferido emblemáticas decisões envolvendo a temática da afetividade, reforçando a sua atual proeminência: a primeira, que reconheceu as uniões homoafetivas como uniões estáveis (STF, ADIN 4.277/DF e ADPF 132/RJ).

Conforme destacado pelo referido autor, o princípio da afetividade, além de reger os relacionamentos familiares como um todo, proporcionou a adoção da concepção de entidades familiar distinto da forma tradicional, de modo a romper com o paradigma de que a relação jurídica era regida por determinada forma objetiva, e não em razão do subjetivismo de sua existência.

Ademais, acrescente-se que o princípio da afetividade tornou possível o reconhecimento de paternidade socioafetiva dos filhos de criação, o que, segundo Pereira (2004, p. 130-131), é uma das mais importantes consequências. Isso por que:

A filiação biológica não é nenhuma garantia da experiência da paternidade, da maternidade ou da verdadeira filiação. Portanto é insuficiente a verdade biológica pois a filiação é uma construção, que abrange muito mais do que uma semelhança entre os DNAs. Afinal, o que é essencial para a formação de alguém, para que possa tornar-se sujeito e capaz de estabelecer laço social, é que uma pessoa tenha, em seu imaginário, o lugar simbólico de pai e de mãe. A presença do pai ou da mãe biológicos não é nenhuma garantia de que a pessoa se estruturará como sujeito. O cumprimento de funções paternas e maternas, por outro lado, é o que pode garantir uma estruturação biopsíquica saudável de alguém. Por isso, a família não é um dado natural, genético ou biológico, mas cultural, insista-se.

Interessante à visão de Dias (2015, p. 52) quando afirma que o direito ao afeto está diretamente ligado ao direito fundamental à felicidade. Tal assertiva é tão verossímil que já existe posicionamento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o abandono afetivo acarreta a responsabilização por danos morais aquele que tem o dever de cuidado. Porém, essa temática será abordada com maior profundidade, no próximo capítulo, o qual será dedicado à análise das responsabilidades dos membros das entidades familiares à sua manutenção.

Portanto, em que pese o princípio da afetividade não esteja expressamente previsto no ordenamento jurídico brasileiro, ele fundamenta a existência das relações jurídicas familiares, bem como constitui objeto de grandes polêmicas no Direito, em razão de sua violação poder ser considerada um ilícito civil.

Ademais, como resultados, percebeu-se que a entidade familiar possui amparo constitucional em sua essência, uma vez que ela é a célula *mater* da sociedade, carecendo, assim, de maior proteção. A partir da análise das relações familiares contemporâneas e dos princípios norteadores do direito familiar, no terceiro capítulo será levantada a discussão sobre a (in) constitucionalidade da responsabilidade civil pelo abandono afetivo.

DOCTRINA

Em linhas gerais, Tartuce (2016, p. 1185-1186) posiciona-se de modo favorável a responsabilidade civil daquele que abandona afetivamente seu filho, ao lecionar que “(...) é perfeitamente possível à indenização, eis que o pai tem o dever de gerir a educação do filho, conforme o art. 229 da CF/1988 e o art. 1.634 do CC. A violação desse dever pode gerar um ato ilícito, nos termos do art. 186 do CC, se provado o dano à integridade psíquica”.

A partir de tal posicionamento, surge a seguinte indagação: o abandono afetivo é um ilícito civil? Sobre o assunto, o jurista Lôbo (2011, p. 310-311) preconiza que:

Sob esta expressão, a doutrina e a jurisprudência brasileiras atentaram para o fato de o pai, que não convive com a mãe, contentar-se em pagar alimentos ao filho, privando-o de sua companhia. A questão é relevante, tendo em conta a natureza dos deveres jurídicos do pai para com o filho, o alcance do princípio jurídico da afetividade e a natureza laica do Estado de Direito, que não pode obrigar o amor ou afeto às pessoas. [...] São casos difíceis com ponderáveis razões em cada lado. Entendemos que o princípio da paternidade responsável estabelecido no art. 226 da Constituição não se resume ao cumprimento do dever de assistência material. Abrange também a assistência moral, que é dever jurídico cujo descumprimento pode levar à pretensão indenizatória.

Assim, o abandono afetivo configura ilícito civil, fato gerador do dever de indenizar, uma vez que decorre da violação do princípio da paternidade responsável, que, por sua vez, é inerente ao exercício do poder familiar, que traz consigo o dever de provisão das necessidades materiais e imateriais.

Ademais, Dias (2015, p. 97-98) posiciona-se de modo favorável ao dever de indenizar decorrente da prática de abandono afetivo, sob o fundamento de que se o afeto é o fundamento das relações familiares contemporâneas, sua violação é passiva de responsabilização civil. *In verbis*:

O conceito atual de família é centrado no afeto como elemento agregador, e exige dos pais o dever de criar e educar os filhos sem lhes omitir o carinho necessário para a formação plena de sua personalidade. A grande evolução das ciências que estudam o psiquismo humano acabou por escancarar a decisiva influência do contexto familiar para o desenvolvimento sadio de pessoas em formação. Não se pode mais ignorar essa realidade, tanto que se passou a falar em paternidade responsável. Assim, a convivência dos filhos com os pais não é um direito, é um dever. Não há direito de visitá-lo, há obrigação de conviver com ele.

Portanto, os doutrinadores que são favoráveis à responsabilização civil daquele que perpetra o abandono psicológico dos filhos possuem como fundamento o princípio da afetividade, o qual, por ser pedra angular do conceito atual de família, deve ser valorado e tutelado como direito subjetivo.

JURISPRUDÊNCIA

Na jurisprudência, fonte do direito de relevante valor no cenário jurídico hodierno, a responsabilidade civil derivada do abandono afetivo também possui posicionamentos favoráveis e contrários.

A análise dos referidos posicionamentos é crucial para a resolução da problemática, haja vista que serão analisados julgados dos tribunais superiores que podem influenciar diretamente na percepção da [in] constitucionalidade da responsabilidade civil por abandono afetivo.

Em linhas iniciais, o Supremo Tribunal Federal, em análise do Recurso Extraordinário n. 567.164, decidiu em 2009 que a matéria afeta a responsabilidade civil prevista na legislação infraconstitucional não é matéria de ordem constitucional. Veja-se a ementa da referida decisão:

CONSTITUCIONAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONVERSÃO EM AGRAVO REGIMENTAL. ABANDONO AFETIVO. ART. 229 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DANOS EXTRAPATRIMONIAIS. ART. 5º, V E X, CF/88. INDENIZAÇÃO. LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL E SÚMULA STF 279. 1. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, consoante iterativa jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 2. A análise da indenização por danos morais por responsabilidade prevista no Código Civil, no caso, reside no âmbito da legislação infraconstitucional. Alegada ofensa à Constituição Federal, se existente, seria de forma indireta, reflexa. Precedentes. 3. A ponderação do dever familiar firmado no art. 229 da Constituição Federal com a garantia constitucional da reparação por danos morais pressupõe o reexame do conjunto fático-probatório, já debatido pelas instâncias ordinárias e exaurido pelo Superior Tribunal de Justiça. 4. Incidência da Súmula STF 279 para aferir alegada ofensa ao artigo 5º, V e X, da Constituição Federal. 5. Agravo regimental improvido. (BRASIL, *online*, 2009)

Assim, apesar do entendimento de que o dever familiar e o princípio da dignidade da pessoa humana estão tutelados pela Carta Magna, o STF entendeu que tais normas jurídicas seriam afetadas apenas indiretamente pelo abandono afetivo, razão pela qual sua tutela deve se limitar apenas ao âmbito infraconstitucional.

Enquanto última instância da justiça ordinária no ordenamento jurídico brasileiro, na época em que o STF proferiu o acórdão supracitado, o Superior Tribunal de Justiça já possuía entendimento desfavorável acerca da responsabilidade civil decorrente do abandono afetivo, conforme se vê nos seguintes julgados da Quarta Turma:

RESPONSABILIDADE CIVIL. ABANDONO MORAL. REPARAÇÃO. DANOS MORAIS. IMPOSSIBILIDADE. 1. A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária. 2. Recurso especial conhecido e provido. (BRASIL, *online*, 2005)

Ainda vê-se outra posição jurisprudencial:

CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. RECONHECIMENTO. DANOS MORAIS REJEITADOS. ATO ILÍCITO NÃO CONFIGURADO. I. Firmou o Superior Tribunal de Justiça que "A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária" (Resp n. 757.411/MG, 4ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, unânime, DJU de 29.11.2005). II. Recurso especial não conhecido. (BRASIL, *online*, 2009)

Destaque-se que no Resp n. 757.411/MG, dois fatores foram determinantes para a prolação de jurisprudência contrária ao dever de indenizar por abandono afetivo: em primeiro lugar, as circunstâncias do caso concreto indicaram que o abandono afetivo não se deu por culpa exclusiva do pai da criança, moralmente abandonada, mas sim em razão do doloroso processo do divórcio a que a família foi submetida; em segundo lugar, o relator expressou que o deferimento do pedido indenizatório do filho contra o pai inviabilizaria qualquer possibilidade de restabelecimento do vínculo paterno-filial (BRASIL, *online*, 2005).

Mas, apesar do respeitável posicionamento acolhido pela Quarta Turma do STJ, em 2012, a Terceira Turma, no julgamento paradigmático do Resp 1.159.242/SP, reconheceu a responsabilidade civil do genitor que abandona afetivamente seu filho. Veja a ementa do referido julgado:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88. 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia - de cuidado - importa em vulneração da imposição legal, exsurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de e excludentes ou, ainda, fatores atenuantes - por demandarem revolvimento de matéria fática - não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada. 7. Recurso especial parcialmente provido. (BRASIL, 2012, *online*)

Em precisas lições sobre o referido julgado, Calderón (2017, p. 263) preconiza respaldando os valores existentes dentro da temática do abandono afetivo, em análise ao julgamento em questão.

importa anotar como esse relevante julgamento evidencia o momento de travessia no qual se encontram tanto o Direito de Família como a doutrina que estuda a responsabilidade civil brasileira. Isso porque, os estudos em ambos os campos do Direito Civil não mais se limitam a uma análise restrita do texto legal, mas, com base em uma leitura civil-constitucional, criam espaço para a construção de outras respostas a partir das situações concretas apresentadas, como no caso em apreço. O julgamento da supracitada situação de abandono afetivo exigiu a análise de valores, de princípios e de regras constitucionais, de direitos fundamentais, dos direitos da personalidade, da parte geral do Direito Civil, da responsabilidade civil e do Direito de Família. A tarefa do

jurista frente a tais casos não é singela: exige dedicação e uma ampla compreensão da complexidade na qual se constitui o Direito contemporâneo.

A decisão proferida pela Terceira Turma do STJ destaca-se em razão de a relatora ter destacado que a perda do poder familiar, enquanto única medida recorrentemente utilizada para punir aqueles que não desempenhavam o *múnus* a eles designado, não se revelava suficiente para a satisfação do dano causado às vítimas, razão pela qual excluía a possibilidade de indenizações e compensações (BRASIL, *online*, 2012).

Posteriormente, a Terceira Turma do STJ proferiu nova decisão acerca do tema, especificando pontos cruciais para o reconhecimento da prática de abandono afetivo passivo de responsabilidade civil, justamente para combater alguns dos pontos suscitados pela doutrina contrária. *In verbis*:

RECURSO ESPECIAL. CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ABANDONO AFETIVO. NÃO OCORRÊNCIA. ATO ILÍCITO. NÃO CONFIGURAÇÃO. ART. 186 DO CÓDIGO CIVIL. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA CONFIGURAÇÃO DO NEXO CAUSAL. SÚMULA Nº 7/STJ. INCIDÊNCIA. PACTA CORVINA. VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM. VEDAÇÃO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. NÃO CARACTERIZADO. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. 1. A possibilidade de compensação pecuniária a título de danos morais e materiais por abandono afetivo exige detalhada demonstração do ilícito civil (art. 186 do Código Civil) cujas especificidades ultrapassem, sobremaneira, o mero dissabor, para que os sentimentos não sejam mercantilizados e para que não se fomente a propositura de ações judiciais motivadas unicamente pelo interesse econômico-financeiro. 2. Em regra, ao pai pode ser imposto o dever de registrar e sustentar financeiramente eventual prole, por meio da ação de alimentos combinada com investigação de paternidade, desde que demonstrada a necessidade concreta do auxílio material. 3. É insindicável, nesta instância especial, revolver o nexo causal entre o suposto abandono afetivo e o alegado dano ante o óbice da Súmula nº 7/STJ. 4. O ordenamento pátrio veda o pacta corvina e o venire contra factum proprium. 5. Recurso especial parcialmente conhecido, e nessa parte, não provido. (BRASIL, 2016, *online*)

Assim, verifica-se que o fato de a Terceira Turma do STJ ter decidido pelo reconhecimento da prática de ilícito civil pelo abandono afetivo não significou que a matéria seria banalizada e o afeto mercantilizado.

Por essa razão, entende-se que esse seja um raciocínio jurídico sujeito a pacificação pelas turmas no Superior Tribunal de Justiça, haja vista que seus fundamentos se complementam.

A [IN] CONSTITUCIONALIDADE DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO

Conforme visto em linhas volvidas, apesar de o STF ter decidido que o abandono afetivo é matéria que está indiretamente relacionada a preceitos constitucionais e, portanto, não haver que se falar em inconstitucionalidade da mesma, cumpre asseverar que o próprio Supremo já elencou o princípio da afetividade como corolário de índole constitucional. Veja-se:

Há a destacar, no entanto, o outro requisito cuja satisfação se apresenta, de modo autônomo, bastante por si só, como causa impeditiva do ato de expulsão. Refiro-me ao vínculo de afetividade que deve conformar, para tal efeito, as relações entre o súdito estrangeiro e o seu filho brasileiro. Isso significa considerar o afeto como valor jurídico impregnado de natureza constitucional, em ordem a valorizar, sob tal perspectiva, esse novo paradigma como núcleo conformador do próprio conceito de família e foco de irradiação de direitos e deveres resultantes de vínculos fundados no plano das relações familiares. Cabe enfatizar, por isso mesmo, que esse entendimento – no sentido de que o afeto representa um dos fundamentos mais significativos da família moderna, qualificando-se, para além de sua dimensão ética, como valor jurídico impregnado de perfil constitucional – tem o beneplácito de expressivo magistério doutrinário. (STF. HC 114901. Rel. Min. Celso de Mello. Medida liminar deferida para impedir a expulsão do paciente até final decisão do habeas corpus. Decisão citada no Informativo nº 690 do STF.) (BRASIL, *online*, 2012)

Assim, se o princípio da afetividade foi o coadjuvante na mutação do conceito de família tradicional previsto na Constituição Federal, o mesmo não deve ser tratado como mero primado de caráter infraconstitucional.

E, em razão da afetividade estar elevada ao *status* de princípio constitucional, deve-se considerar que a responsabilidade civil pela prática de abandono é constitucional, tanto diretamente quanto indiretamente, haja vista que seu axioma é o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º da CRFB/88.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em breves digressões, é possível afirmar que o objetivo geral deste artigo foi alcançado, haja vista que cada seção do presente trabalho foi minuciosamente dedicado a responder, de modo direto, se a indenização por abandono afetivo nas relações entre pais e filhos é constitucional ou não, com fulcro no princípio da afetividade.

Partindo da análise das relações familiares contemporânea, que foram objeto de estudo, e após o enfrentamento dos princípios explícitos e implícitos da CRFB/88 relativos ao direito de família, o desenvolvimento textual do presente trabalho culminou da análise da constitucionalidade da indenização por abandono afetivo.

Conforme destacado alhures, as exposições de casos concretos ajudaram a esclarecer melhor a pesquisa e enriquecer o estudo, haja vista que a análise das jurisprudências sobre o

assunto proporcionou uma maior perspectiva sobre constitucionalidade da responsabilidade civil em razão do abandono afetivo.

Quanto ao mérito, *data vênia* às teses em sentido contrário, é preciso entender que de fato não se trata de monetarização do afeto, mas sim em responsabilização civil daquele que deixou de prestar apoio moral e psíquico para a criação de um filho.

Porém, é preciso entender que não se podem banalizar os instrumentos legais para a reparação de danos morais concretos causados pelo abandono afetivo, sob a pena de se fomentar a existência de um maior abismo nas relações familiares que talvez um dia poderiam ser reatadas.

Assim, verifica-se que a constitucionalidade da indenização por abandono afetivo não existe apenas por ser o posicionamento acolhido pelos tribunais, mas principalmente em razão de o princípio da afetividade estar estreitamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana, máxima constitucional brasileira.

REFERÊNCIAS

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito de família**. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1993.

BOBBIO, Noberto. **Teoria da norma jurídica**. Tradução: Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru: EDIPRO, 2001.

BRASIL. **Constituição**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 29 jan. 2018.

_____. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Publicado no Diário Oficial da União em 11 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 29 jan. 2018.

_____. **Lei 11.340, de 07 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da constituição federal, 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. Publicado no Diário Oficial da União de 08 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em 28 jan. 2018.

_____. **Lei 12.318, de 26 de agosto de 2010.** Dispõe sobre alienação parental e altera o art. 236 da Lei 8.096, de 13 de julho de 1990. Publicado no Diário Oficial da União de 27 de agosto de 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112318.htm>. Acesso em 05 fev. 2018.

_____. **Lei 8.069, de 13 de julho 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>. Acesso em 29 jan. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 646721**, Rel. Min. Marco Aurélio. Rel. p/ acórdão: Min. Roberto Barroso. Tribunal Pleno, julgado em 10/05/2017, acórdão eletrônico repercussão geral DJe 08/09/2017, publicado em 11/09/2017. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudenciarepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4100069&numeroProcesso=646721&classeProcesso=RE&numeroTema=498>>. Acesso em 08 fev. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 567164 RD**. Rel. Min. Ellen Gracie, 2ª Turma. Julgado em 18/08/2009. Publicado em 11/09/2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=602396>>. Acesso em: 18 abr. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 114901 MC**. Rel. Min. Celso de Mello. Julgado em 26/11/2012. Publicado em 29/11/2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000176871&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 18 abr. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 514.350**. Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, 4ª Turma. Julgado em 28/04/2009. Publicado em 25/05/2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=resp+514350&b=ACOR&p=true&l=10&i=2>>. Acesso em: 18 abr. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.159.242**. Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma. Julgado em 24/04/2012. Publicado em 10/05/2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=resp+1159242&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=4>>. Acesso em: 18 abr. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 757.411**. Rel. Min. Fernando Gonçalves, 4ª Turma. Julgado em 29/11/2005. Publicado em 27/03/2006. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=REsp+757411&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=3>>. Acesso em: 18 abr. 2018.]

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1493125. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. 3ª Turma. Julgado em 23/02/2016. Publicado em 01/03/2016. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:superior.tribunal.justica;turma.3:acordao;resp:2016-02-23;1493125-1514517>>. Acesso em: 18 abr. 2018.

_____. **Resolução 175, de 14 de maio de 2013.** Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo. In: Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2504>>. Acesso em: 11 dez. 2017.

CALDERÓN, Ricardo. **Princípio da afetividade no direito de família.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DINIZ, Maria Helena. **Código civil comentado.** São Paulo: Saraiva, 2011.

DONIZETTI, Elpídio; QUINTELLA, Felipe. **Curso didático de direito civil.** 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016.

MADALENO, Rolf. **Direito de família.** 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

FIGUEIREDO, Luciano Lima; FIGUEIREDO, Roberto Lima. **Coleção sinopses para concursos – direito civil – família e sucessões.** 2. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro – volume 6 – direito de família.** 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo.** Repertório de Jurisprudência IOB. [S.I.], v. 3, n. 13, p. 411-418, 2. quinz. jun. 2006. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011-/39750>>. Acesso em: 18 abr. 2018.

NOGUEIRA, Mariana Brasil. **A família: conceito e evolução histórica e sua importância.** Disponível em: <www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/18496-18497-1-PB.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2018.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARTINS-COSTA, Judith. **Dano Moral à Brasileira.** Livro Homenagem a Miguel Reale Junior. 1ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2014.

NEVES, Murilo Sechieri Costa. **Indenização por abandono afetivo: impossibilidade.** In: Carta Forense. 2012. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/-artigos/indenizacao-por-abandono-afetivo-impossibilidade/8268>>. Acesso em: 18 abr. 2018.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família.** Tese de Doutorado. Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito. Universidade Federal do Paraná: Curitiba, 2004. Disponível em:<http://www.acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/2272/Tese_Dr.+Rodrigo+da+Cunh?sequence=1>. Acesso em 25 jan. 2018.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico conciso.** 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

SIMÃO, José Fernando. **De Alexandre a Luciane: da cumplicidade pelo Abandono ao Abandono punido!** In: Professor Simão. 2012. Disponível em: <<http://professorsimao.com.br/artigos/artigo.aspx?ti=De%20Alexandre%20a%20Luciane%20%20da%20cumplicidade%20pelo%20Abandono%20ao%20Abandono%20punido!%20&id=131>>. Acesso em: 18 abr. 2018.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil:** volume único. 6. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Cuidado de pai e de mãe é dever de natureza objetiva.** In: Consultor Jurídico. 2012. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-mai-04/regina-beatriz-cuidado-pai-mae-dever-natureza-objetiva>>. Acesso em: 18 abr. 2018.

PRINCÍPIOS DO DIREITO EMPRESARIAL E ADMINISTRATIVO

Alessandra Teodoro de Matos¹
Juliana Soares Castor²
Katiane Cristina Borges³
Magna Soares Teodoro⁴
Silvane Antônio de Oliveira Sertão⁵

RESUMO

O direito brasileiro se divide em vários ramos, dentre estes estão o direito empresarial e o direito administrativo, os quais possuem um vasto campo de princípios, que podem ser encontrados de forma expressa na legislação brasileira vigente. Cuida-se o presente artigo científico de explanar os princípios de direito administrativo e direito empresarial, expondo de maneira objetiva a evidenciar sua aplicabilidade no contexto prático, demonstrando o nível de relacionamento dos princípios entre o entendimento contextual de matéria distintas do direito. Os princípios constitucionais do âmbito administrativo visam dar credibilidade ao ato administrativo praticado pelo gestor da administração pública, seja pelo cumprimento da lei; obedecendo a publicidade e moralidade, mas sempre buscando a eficiência do bom serviço público, e praticando-o sempre de modo impessoal, buscando tão somente prestar o serviço público em prol dos administrados. Os princípios constitucionais do âmbito empresarial servem como base para o instituto, o qual auxilia nas matérias a serem discutidas na construção deste artigo. O estudo do presente artigo procurou deixar de forma clara a diferenciação entre cada princípio exposto e o nível de aplicabilidade de cada qual. Ademais, é importante mencionar que o presente artigo científico fez uso de pesquisa em obras de renomados doutrinadores, para melhor esclarecimento da temática abordada.

Palavras-chave: Aplicação; Constituição; Princípios.

INTRODUÇÃO

A ideologia surge como referência a um conjunto de valores. Não há vida em sociedade, sem que as pessoas incorporem, em razão de suas experiências nos ambientes familiar, estudantil, profissional ou social, preceitos sobre o que é certo e o que é errado fazer em suas

atitudes cotidianas. Os valores sintetizam regras de conduta e são cultivados e reafirmados tanto de modo verbal, como no do comportamento de cada indivíduo – mais neste último que naquele.

O conjunto de valores geralmente nutridos e adotados como pertinentes por um grupo de pessoas ou classe social é uma “ideologia”. Cada ramo do direito tem, neste sentido, sua “ideologia”, isto é, um conjunto de valores que visa prestigiar, por meio ordenamento jurídico, composto neste assunto de normas constitucionais, legais ou regulamentares. São normas de âmbito amplo, que se costumam chamar de princípios. Os princípios de uma disciplina jurídica formam sua ideologia.

Princípios são ordens fundamentais da matéria, levando à direcionamentos de condutas. São livres de hierarquia formal, ou seja, nenhum é mais importante que outro. Cabe ponderar que, nenhum princípio é absoluto, pois são questionáveis em casos concretos, podendo sofrer limitação quando entram em conflito com outros princípios, devendo ser analisado com cautela e de forma minuciosa.

No decorrer deste artigo abordaremos princípios do Direito Empresarial e do Direito Administrativo, visando realimentar, trazer à tona os princípios norteadores de tais disciplinas, também se objetiva conhecer as especificidades e detalhe de cada um. Assim, visamos definir e explicar de forma clara e eficaz, para que o leitor possa ler e compreender o que foi escrito com intuito de contribuir, mesmo que de forma simplificada, com o compartilhamento de informações à respeito da temática em questão.

1. PRINCÍPIOS DO DIREITO EMPRESARIAL

1.1. Princípio da Propriedade Privada

Determinado princípio, assim como outros que iremos tratar, está fundamentado no art. 170, inciso II da Constituição Federal de 1988. No Direito Empresarial, segundo Brucato (2011), a titularidade dos bens é pressuposto da atividade empresarial. Aqui, a propriedade é vista com caráter empresarial controlando fatores, como de produção, intermediação, ou prestação de serviços, sendo então instrumento de geração de riquezas.

Depreende-se então, que a propriedade mencionada no artigo 170 da Constituição Federal de 1988, se refere a um conjunto de bens componentes do estabelecimento empresarial, que de acordo com o artigo 1142 do Código Civil (2002), conceitua: “considera-se estabelecimento todo o complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade

empresária”. Assim, a ordem econômica resguarda especificamente a propriedade dos fatores de produção, que sustenta o sistema capitalista

Assim, entende-se também que propriedade privada é de ingerência dos proprietários, portanto, ao Estado é proibido interferir sem motivos relevantes naquilo que é a mola propulsora da atividade econômica. Tal direito positivado constitucionalmente, é garantido ao indivíduo de forma bastante ampla, exceto apenas, quando quebrados alguns limites, onde o Poder de Polícia exige que atinja a função social. A propriedade privada é característica essencial ao capitalismo, sendo que, sem a mesma o sistema não faria sentido e é em função dela que toda a cadeia produtiva é impulsionada.

1.2. Princípio da Valorização do Trabalho Humano

Assim como outros, o princípio da valorização do trabalho humano é pilar fundamental do ordenamento jurídico econômico. Possui previsão constitucional no artigo 170, onde dispõe que a ordem econômica deve ser fundada na valorização do trabalho humano. A dignidade do trabalho humano é um direito fundamental possuindo grande relevância para o ordenamento jurídico, de forma que sua recusa implica em uma grave violação do texto magno.

José Afonso da Silva entende que a ordem econômica prioriza os valores do trabalho humano sobre todos os demais valores da economia de mercado:

A Constituição declara que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na iniciativa privada. Que significa isso? Em primeiro lugar quer dizer precisamente que a Constituição consagra uma economia de mercado, de natureza capitalista, pois a iniciativa privada é um princípio básico da ordem capitalista. Em segundo lugar significa que, embora capitalista, a ordem econômica dá prioridade aos valores do trabalho humano sobre todos os demais valores da economia de mercado. Conquanto se trate de declaração de princípio, essa prioridade tem o sentido de orientar a intervenção do Estado, na economia, a fim de fazer valer os valores sociais do trabalho que, ao lado da iniciativa privada, constituem o fundamento não só da ordem econômica, mas da própria República Federativa do Brasil - art. 1º, IV (SILVA, 2007, p. 788).

Depreende-se que o exercício de qualquer atividade econômica incompatível com o princípio da valorização do trabalho humano estará na contramão da Constituição, de forma que este exercício fica condicionado às exigências do referido princípio. A valorização do trabalho humano explana a legitimidade da ordem construída sobre um empenho constante e permanente em promover a dignidade do trabalho do homem no desenvolvimento e progresso de uma atividade econômica.

1.3. Princípio da Defesa do Consumidor

Esculpido no artigo 170, inciso V, da Constituição Federal, refere-se a relação da empresa com seus consumidores e nas relações comerciais, onde o consumidor é visto como a parte mais vulnerável em uma negociação. Logo recebe atenção especial do Estado com órgãos específicos para que se concretize sua proteção.

Sobre o princípio de defesa da parte vulnerável nas relações de consumo, ensina Eros Roberto Grau:

A par de consubstanciar, a defesa do consumidor, um modismo modernizante do capitalismo – a ideologia do consumo contemporizada (a regra “acumulai, acumulai” impõe o ditame “consumi, consumi”, agora porém sob proteção jurídica de quem consome) – afeta todo o exercício de atividade econômica, inclusive tomada a expressão em sentido amplo. O caráter constitucional conformador da ordem econômica, deste como dos demais princípios de que tenho cogitado, é inquestionável (GRAU, 2008, p. 249).

O consumidor é reconhecido por ser parte hipossuficiente, tanto técnica como financeiramente, sendo essencial a proteção do Estado e dos fornecedores de bens e serviços. O consumidor é elemento essencial a ordem econômica constitucional, pois afeta todo o exercício de atividade econômica, razão pela qual mereceu tutela constitucional, considerando a disparidade de forças entre o estabelecimento comercial e o consumidor, vindo o Estado a garantir-lhe privilégios que os colocam em igualdade de condições, assim, o Estado dita as leis, atos e sentenças, e os agentes econômicos regulados por princípios e regras estatais.

1.4. Princípio Da Livre Iniciativa

A livre iniciativa é princípio constitucional tratado no *caput* do art. 170 da Constituição Federal de 1988, trata-se de direito fundamental que garante o direito de acesso ao mercado de produção de bens e serviços por conta, risco e iniciativa própria do homem que empreende qualquer atividade econômica. Veja-se:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei (BRASIL, 1988).

Assim, do comando constitucional auferem-se, que a livre iniciativa é base da ordem econômica em conjunto com a valorização do trabalho, consagrando o direito individual de participação na ordem econômica.

Sobre a liberdade de iniciativa econômica, José Afonso da Silva ensina que:

A liberdade de iniciativa envolve a liberdade de indústria e comércio ou liberdade de empresa e a liberdade de contrato. Consta do art. 170, como um dos esteios da ordem econômica, assim como de seu parágrafo único, que assegura a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo casos previstos em lei (SILVA, 2007, p. 793).

Para Rossignoli (2015), o conceito é ainda mais abrangente:

O Estado irá garantir que todos tenham essa liberdade, reconhecendo a livre iniciativa como um direito titularizado por todos que é o de explorarem as atividades empresariais, decorrendo no dever, imposto a todos os demais entes, particulares ou públicos, de respeitarem o mesmo direito constitucional, bem como a ilicitude dos atos que impeçam o seu pleno exercício e que se contrapõem ao próprio Estado, que somente pode interferir na economia nos limites constitucionais definidos contra os demais particulares (ROSSIGNOLI, 2015, p. 43).

Depreende-se que o princípio da livre iniciativa é fundamental para a ordem econômica brasileira, atribuindo a iniciativa privada o papel essencial na produção ou circulação de bens ou serviços. Assim, constitui alicerce sobre o qual se constrói a ordem econômica, atribuindo ao Estado função supletiva, pois conforme art. 173 da Constituição Federal, a ele cabe apenas a exploração direta da atividade econômica quando necessária a segurança nacional ou relevante interesse econômico. Assegura a todos o art. 170 da Carta Magna o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei. Assim, referido princípio constitucional evidencia o reconhecimento de um direito em que todos são titulares, que é o de explorarem as atividades empresariais.

1.5. Princípio Da Livre Concorrência

Também se trata de princípio previsto na Constituição Federal, em seu art. 170, inciso IV: “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) IV - livre concorrência (...)”.

Referido princípio, deriva da livre iniciativa, mas também atua como limite do seu exercício. Neste sentido, busca prevenir que ocorram abusos da livre iniciativa, permitindo a utilização da mesma em igualdade de condições. Assim, SILVA (2007, p. 795), explica que “a

Constituição reconhece a existência do poder econômico. Este não é, pois, condenado pelo regime constitucional. Não raro esse poder econômico é exercido de maneira antissocial. Cabe, então, ao Estado intervir para coibir o abuso”.

Denota-se então, que o princípio da livre concorrência objetiva proteger o livre acesso ao mercado, ampliando o direito de escolha dos consumidores. Sendo ainda instrumento indispensável para o justo exercício da livre iniciativa. Trata-se pois de uma liberdade em a favor da coletividade, de modo que estabelece proibição da intervenção estatal desnecessária, estando as atividades econômicas um nível de concorrência livre, onde todos estão cumprindo os requisitos legais, criando-se então alicerce para a economia de mercado e um patamar valorativo que proporcione equilíbrio econômico e social.

Por fim, a livre concorrência, importante para as empresas competidoras, é também essencial para o desenvolvimento nacional e ótima ferramenta para os consumidores, uma vez que há um aumento da variedade e da qualidade dos produtos e uma conseqüente diminuição dos preços.

1.6. Princípio Da Boa-Fé

O art. 422 do Código Civil dispõe que: "Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé". A disposição trás que a boa-fé deve nortear as atividades comerciais, exigindo que as partes devam agir de forma correta do início ao fim da relação.

Para Bruscato (2011), é fundamental para o direito empresarial, visto que, para que as regras sejam estabelecidas legalmente, ou disposições entre particulares, deve-se partir da boa-fé dos contratantes, ou seja, as pessoas interessadas devem pactuarem de forma lícita.

Depreende-se, que a boa-fé consiste na confiança entre os sujeitos. O direito empresarial pauta-se neste princípio, pois os atos de uma Empresa devem ser orientados de acordo com a boa-fé, permitindo pois aos contratantes confiar uns nos outros, de modo que a legislação brasileira confere proteções àquele que foi enganado, em caso de infração do princípio da boa-fé.

1.7. Princípio da Função Social da Empresa

É extrema a importância da Função Social da Empresa, reconhecida pela Constituição da República Federativa Brasileira em seu art. 170, pelo Código Civil Brasileiro e também pelo

Enunciado nº 53 do Conselho de Justiça Federal, o valor de tal princípio é claro no ordenamento jurídico do país. Vejamos o comentário do renomado autor:

No Brasil, a ideia da função social da empresa também deriva da previsão constitucional sobre a função social da propriedade (art. 170, inciso III). Estendida à empresa, a ideia de função social da empresa é talvez uma das noções de mais relevante influência prática e legislativa no direito brasileiro. É o principal princípio norteador da “regulamentação externa” dos interesses envolvidos pela grande empresa. Sua influência pode ser sentida em campos tão díspares como direito antitruste, direito do consumidor e direito ambiental (COMPARATO, 2008, p. 132).

A Função Social é um dos princípios que trouxe maior grau de justiça nas relações sociais, com o objetivo de evitar os abusos individuais e promover a coletivização. Frente a essa nova realidade a empresa deixa de possuir apenas o objetivo ao lucro, e suas metas passam ter por base uma exploração econômica atrelada aos valores sociais de bem-estar coletivo e justiça social.

Portanto, fica clara a possibilidade de se desenvolver uma atividade econômica lucrativa aliada à execução da Função Social da Empresa, possibilitando assim o maior desenvolvimento de uma sociedade justa e interligada, buscando o bem comum.

1.8. Princípio da Preservação da Empresa

No cenário atual, percebe-se com clareza que a decretação de falência de uma empresa acarreta o fim de empregos e a queda no recolhimento de tributos, e, conforme o caso, sérios problemas para a economia regional.

Aufere-se que o princípio da preservação da empresa atua em duas frentes: uma inerente à manutenção da atividade empresarial em momentos de crise econômico-financeira, em processo falimentar ou de recuperação judicial; e outra – associada à ideia de função social da empresa e à capacidade econômica do contribuinte –, relativa ao exercício da atividade empresarial, assumindo, assim, a feição de nítido limite ao poder de tributar (COELHO, 2008).

1.9. Princípio da Liberdade de Associação

Tal princípio encontra-se presente no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que a constituição da república já é inaugurada aplicando o referido princípio, ao reconhecer como um de seus fundamentos o pluralismo político (art. 1º, v), que, consolidado na liberdade de associação, firma a participação de toda a sociedade no estado democrático de direito.

Ainda, o mesmo diploma aduz no art. 5º, em seu inciso xvii, que é plena a liberdade de associação para fins lícitos, sendo vedada a de caráter paramilitar, o que novamente ratifica a presença do associativismo no ordenamento jurídico brasileiro.

Contudo, leciona trindade (2011, pág.74) que:

A Constituição brasileira (art. 8º) não estabelece uma liberdade absoluta, posto que, como disposição limitadora, impõe a unicidade sindical, a sindicalização por categoria e a observância da base territorial mínima (inc. Ii do art. 8º), contrariamente à Convenção n. 87, que, no art. 2º, expressamente reconhece aos trabalhadores e empregadores “o direito de constituir as organizações que acharem convenientes”, isto é, aos interessados cabe a escolha do critério em função do qual desejam estruturar a organização sindical (categoria, empresa, profissão, ramo de produção etc.), a definição da área geográfica de representação, e, ainda, a subsistência da unidade ou pluralidade de organismos sindicais representativos dos trabalhadores e empregadores numa determinada base territorial.

O princípio da liberdade de associação assegura a liberdade de reunião e associação pacífica de um grupo de pessoas agregadas por objetivos comuns, não necessariamente ligadas em função de interesses econômicos ou profissionais.

2. PRINCÍPIOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO

2.1. Princípio da Legalidade

O princípio da legalidade é inerente ao Estado de Direito, sendo um de seus pressupostos. Não há possibilidade de separar um e outro, visto que a completa submissão do Estado à lei é imprescindível para sua caracterização. O ilustre Bandeira de Mello (2013, p. 102) indica a relação deste princípio ao Estado de Direito, quando afirma que o princípio da legalidade “é específico do Estado de Direito, é justamente aquele que o qualifica e que lhe dá a identidade própria”.

O citado princípio está previsto na Constituição Federal, expressamente, no caput do art. 37 “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”(BRASIL, 2018).

O princípio da legalidade, que não está albergado apenas no artigo 37, mas também nos artigos 5º, incisos II e XXXV, e 84, inciso IV da Lei Maior, importa em subordinação do administrador à legislação, devendo ser fielmente realizadas as finalidades normativas, posto que só é legítima a atividade do administrador público, se estiver compatível com as disposições legais.

O MM. Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul relatou na Revista EMERJ, v. 11, nº 42, 2008 que:

Em razão do princípio da legalidade, somente é considerada legítima a atuação do agente público ou da Administração Pública, se for permitida por lei. Isto porque, toda atividade administrativa que não estiver autorizada por lei é ilícita, ressaltando-se que, se ao particular é dado fazer tudo quanto não estiver proibido; ao administrador somente é franqueado o que estiver permitido por lei, já que a atuação administrativa encontra-se subordinada de forma indelével à vontade legal (EMERJ,2008).

Encontra-se evidente que o princípio da legalidade constitui uma das principais garantias dos direitos individuais, já que a própria lei, que define os aludidos direitos, também estabelece os limites da atuação administrativa, restringindo, por vezes, o exercício de tais direitos, em benefício da coletividade.

2.2. Princípio da Impessoalidade

O princípio da impessoalidade ou finalidade, referido na constituição de 1988 (art.37, caput), deve ser entendido como aquele princípio que vem excluir a promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos sobre as suas realizações administrativa.

Vejamos o conceito doutrinário dado por Daiane Garcias Barreto(2012) sobre a impessoalidade:

Objetiva coibir a prática de atos que visem a atingir fins pessoais, impondo, assim, a observância das finalidades públicas. O princípio da impessoalidade veda, portanto, atos e decisões administrativas motivadas por represálias, favorecimentos, vínculos de amizade, nepotismo, dentre outros sentimentos pessoais desvinculados dos fins coletivos (BARRETO, p. 56, 2012).

Em relação ao princípio da impessoalidade, percebemos que de tal forma ele estabelece um propósito para realização no papel tanto do administrador quanto da própria Administração, analisando e examinando a eficácia e à aplicabilidade no poder administrativo, que tem papel fundamental que cumpre as exigências de um bom funcionamento da máquina pública. Em razão de todo o exposto esse princípio busca eficácia para a sua correta aplicabilidade dentro da esfera administrativa.

Referido princípio, vem então para afastar qualquer promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos sobre as suas realizações administrativa. Ou seja, é vedado aos agentes públicos que tenham privilégios, esse princípio é, portanto, característica visível do princípio republicano. Trata-se pois da necessidade de que a atuação administrativa seja impessoal e genérica, com vistas a satisfazer o interesse coletivo

2.3. Princípio da Moralidade

O texto constitucional ao apontar os princípios que devem ser observados pelo administrador público no exercício de sua função, inseriu entre eles o princípio da moralidade. Isso significa que em sua atuação o administrador público deve atender aos ditames da conduta ética, honesta, exigindo a observância de padrões éticos, de boa-fé, de lealdade, de regras que assegurem a boa administração e a disciplina interna na Administração Pública (MARINELLA, 2005).

Pelo princípio da moralidade administrativa, não bastará ao administrador o cumprimento da estrita legalidade, ele deverá respeitar os princípios éticos de razoabilidade e justiça, pois a moralidade constitui pressuposto de validade de todo ato administrativo praticado (MORAES, 2014).

Assim, denota-se que este princípio não significa apenas agir de acordo com a moral comum, mas com um conjunto de regras que excluem as convicções subjetivas e íntimas do agente público, primando pela atuação com ética máxima, evitando-se então que a atuação administrativa distancie-se da moral, que deve imperar com intensidade e vigor no âmbito da Administração Pública.

2.4. Princípio da Publicidade

O artigo 37 da Constituição Federal estampa o princípio da publicidade, aplicável a todos os Poderes, em todos os níveis de governo. Como regra geral, os atos praticados pelos agentes administrativos não devem ser sigilosos. Portanto, salvo as ressalvas legalmente estabelecidas e as decorrentes de razões de ordem lógica, o processo administrativo deve ser público, acessível ao público em geral, não apenas às partes envolvidas.

Leia-se a norma instituída no ordenamento jurídico pátrio:

Todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado (*art. 5º, XXXIII da CF*) (BRASIL, 1988).

Para que os atos sejam conhecidos externamente, ou seja, na sociedade, é necessário que eles sejam publicados e divulgados, e assim possam iniciar a ter seus efeitos, auferindo eficácia ao termo exposto. Ou seja, tal princípio impõe à administração divulgar seus atos,

principalmente através do diário oficial, seja da União, do Estado ou do município, na forma de obrigação constante na lei para garantir a transparência da administração, assim, a mesma deve conduzir ao conhecimento de terceiros, o conteúdo e a exata dimensão do ato administrativo, a fim de facilitar o controle dos atos da administração.

2.5. Princípio da Eficiência

O princípio da eficiência tem sua fundamentação, e a sua respectiva origem de criação na qual tem previsão legal preestabelecido no artigo. 37 da Constituição da República Federativa do Brasil, convalidado por meio da emenda constitucional 19 de 1998.

A real intenção da inclusão do princípio da eficiência segundo Carvalho (2015, p.86) e que a prevenção Governamental desta forma ira conferir direitos aos usuários dos diversos serviços prestados pela Administração ou por seus delegados e estabelecer obrigações efetivas aos prestadores. Priorizando de forma direta a descontentamento da sociedade diante de sua antiga impotência para lutar contra a deficiente de prestação de tantos serviços públicos, que por inúmeras vezes vem causando prejuízos aos usuários.

De forma conceitual Oliveira (2013, p. 113) define o princípio da eficiência um instituto pelo qual deve manter relação diretamente com a necessidade gerando-se resultados de maneira célere. Dispondo aos agentes públicos o dever e poder de desempenhar a função pública de forma eficiente. Tendo como real intuito de satisfazer as respectivas necessidades sociais de forma generalizada. Com respectivo amparo jurídico no art. 5, LLXXVIII da CRFB de 1988 que dispõe: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Para a criação do princípio da eficiência contou-se como núcleo do princípio:

A procura de produtividade e economicidade e, o que é mais importante, a exigência de reduzir os desperdícios de dinheiro público, o que impõe a execução dos serviços públicos com presteza, perfeição e rendimento funcional. Há vários aspectos a serem consideradas dentro do princípio, como a produtividade e economicidade, qualidade, celeridade e presteza e desburocratização e flexibilização, como acentua estudioso sobre o assunto (CARVALHO, 2015, P. 87).

Segundo Batar e Torres (2015) para que seja atendido à eficiência, tem relação direta com a concepção de estado democrático de Direito, no qual tem como regulamentação preordenada mente estabelecida as regras e a atuação administrativa buscam dar garantias à coletividade, mas também protegem o indivíduo, inclusive de uma atuação exageradamente onerosa ou ineficiente do Estado que ele sustenta, através dos tributos. O princípio prevê para o

futuro maior oportunidade para os indivíduos exercerem sua real cidadania contra tantas falhas e omissões do Estado.

Carvalho (2015) afirma que, o princípio da eficiência leva com seus aspectos estreita aproximação com moralidade social de forma exposta indiretamente guardando relação o princípio da eficiência com outros princípios básicos da Administração, entre ele sendo princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade e da razoabilidade.

Em suma a administração pública deve ser eficiente, visando sempre o equilíbrio das contas e despesas públicas com controle adequado da captação dos recursos e seu uso deve contemplar as necessidades da sociedade. Exige, também, a organização da Administração Pública, com devida atenção aos padrões de gestão, a fim de diminuir o sistema burocrático, com o objetivo de lograr os melhores resultados na prestação dos serviços públicos postos à disposição dos cidadãos.

2.6. Princípio da Hierarquia

O princípio da hierarquia entende Mazza (2013, p.115) que “tem como função pretendida a realização de normas nas quais vem Estabelecer as relações de coordenação e subordinação entre órgãos da Administração Pública Direta, sempre mantendo relação normativa com a legislação vigente.”

Define-se a fundamentação do princípio da hierarquia segundo KNOPLock (2018) as relações aos órgãos da Administração Pública e as atividades por eles desempenhadas. Essas relações serão de subordinação do órgão menor ao órgão mais elevado, conforme a escala hierárquica. São consequências da hierarquia:

Delegação de atribuições dos superiores os seus subordinados, a fim de desconcentrar as atividades a cargo dos órgãos superiores; avocação de atribuições, que ocorre quando o superior atrai para si atividades que originalmente deveriam ser desempenhadas por seu subordinado, devendo esta ser encarada sempre de forma excepcional, a fim de não desprestigiar os subordinados; poder de revisão dos atos dos subordinados por seus superiores; poder disciplinar, pelo qual o subordinado pode ser punido por seus superiores; dever de obediência do subordinado a seus superiores, dever este não absoluto, vez que as ordens manifestamente ilegais não devem ser cumpridas, sob pena de responsabilidade solidária com o mandante(KNOPLock, 2018, P.101).

A hierarquia é princípio segundo dispõe Mazza (2013) imprescindível para a organização administrativa. É importante esclarecer que a subordinação hierárquica só existe relativamente às funções administrativas, não em relação às legislativas e judiciais. Decorrente

da subordinação decorre prerrogativas para a Administração sendo se elas: rever atos dos subordinados, delegar e avocar competências e punir os subordinados.

Os órgãos da administração, dispõe PIRES (2013, p.06) que “são mantidos com uma certa estruturação pré-ordenada de modo a existir uma relação de ordenação e subordinação”. Do princípio de hierarquia resultam outros poderes sendo eles o poder disciplinar, de avocar, delegar, fiscalizar e dar ordens.

2.7. Princípio da Indisponibilidade

O princípio da indisponibilidade entende Coutinho e Rodor (2015) de acordo com entendimento regulamentador do direito administrativo e devidamente considerado como sendo um princípio implícito, mantendo a ideologia de que não é concedida liberdade absoluta ao administrador, devendo sempre realizar atos pelos quais encontra previsto em leis vigentes no momento do ato. Sendo o povo os verdadeiros titulares do poder, donos das coisas públicas, mas para manter o equilíbrio de toda uma estrutura organizacional criou-se a administração pública para geri-la.

A forma adotada pelo estado brasileiro e a forma republicana de governo. Definindo as coisas públicas como de todos não apontado nada de forma individualizada. Segundo o que se encontra preestabelecido, no parágrafo único da constituição da república federativa do Brasil de 1988 - todo poder emana do povo -.

O Princípio da indisponibilidade pode então ser definido da seguinte forma:

Sendo interesses qualificados como próprios da coletividade internos ao setor público, não se encontra na livre disposição de quem quer que seja por impróprios. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles no sentido de que lhe incumbe apenas cuidar-los o que é também um dever na estrita conformidade do que dispuser a *intentio legis* (MELHO, 2017)

O princípio da indisponibilidade, dispõe Knoplock (2018) que deixa de forma transparente a atuação de nem um servidor público detém poderes para dispor dos mesmos, devendo todos os atos manter simplesmente concordância com o que se encontra previsto em lei sempre prevendo o fim público. Em regra geral a administração pública não pode renunciar os seus bens e direitos.

2.8. Princípio da Razoabilidade

O princípio da razoabilidade é definido como sendo um princípio constitucional implícito, em decorrência do devido processo legal.

A Administração, segundo Coutinho e Rodor (2015), mantém determinadas limitação em sua atuação, deve fazer uso de meios adequados, proporcionais aos fins que pretende alcançar. Ultrapassando esse limite, a conduta encontrará obstáculo no princípio da razoabilidade e acarretará a nulidade do ato.

Segundo Knoplock (2018) referido princípio tem a finalidade de limitar a administração em seu campo de atuação, restringindo a discricionariedade. Como regra geral e devidamente disposto que a administração pública somente pode agir de acordo com a previsão legal, mais nos, entretanto em determinadas situações, a própria lei dispõe de uma margem de liberdade para que o agente decida como agir diante do caso concreto, configurando o poder discricionário da administração pública, assim:

A razoabilidade, portanto, age limitando a atuação administrativa ao exigir que a mesma se dê de forma adequada, compatível e proporcional ao fim que se quer alcançar com cada ato, razão pela qual se verifica que o princípio da proporcionalidade está, na verdade, abrangido pelo princípio da razoabilidade, conforme a Lei nº 9.784/1999, ao dispor que se impõe à Administração Pública a adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público. O fiscal de vigilância sanitária deve agir de forma razoável, não aplicando uma penalidade desproporcional à falta cometida (KNOPLock, 2018, P.100).

Nesse contexto Borges e Sá (2015), define o princípio da razoabilidade de forma a destacar-se como sendo um instrumento de grande importância de controle da atividade legislativa, tendo como finalidade a garantia da legitimidade da ação administrativa, evitando-se a prática de atos arbitrários e com desvio de finalidade tendo como prioridade a igualdade e a justiça social.

2.9. Princípio da Autotutela

O princípio da autotutela significa, de forma análoga, autocontrole, da Administração Direta sobre os próprios atos por ela realizados, contando com o poder de revê-los, modificá-los ou desfazê-los. Esse princípio encontra respaldo na Súmula 346 do STF: “A administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos”. Da mesma forma, a Súmula 473 do STF prevê: “administração pode anular os próprios atos, quando eivados de vícios que tornam

ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”.

Segundo Oliveira (2013, p.149) “a autotutela administrativa encontra limites importantes que são impostos pela alta necessidade de respeito à segurança jurídica e à boa-fé dos particulares.”

Segundo a doutrina, pode-se definir referido princípio como:

Um controle interno que a Administração Pública exerce sobre seus próprios atos. Como consequência da sua independência funcional (art. 2º da CF), a Administração não precisa recorrer ao Judiciário para anular seus atos ilegais e revogar os atos inconvenientes que pratica. Consiste no poder-dever de retirada de atos administrativos por meio da anulação e da revogação. A anulação envolve problema de legalidade, a revogação trata de mérito do ato (MAZZA, 2013, P.95).

Para Pires (2013, p.08) implica em “anulação e revogação com efeitos *ex tunc* tem efeito retroativo, ou seja, atinge situação anterior, produzindo seus efeitos também no passado e *ex nunc* seus efeitos não retroagem valendo somente a partir da data da decisão tomada para frente, respectivamente.”

2.10. Princípio da Tutela ou do Controle

O princípio da tutela ou do controle é definido para Faria (2011) como sendo o poder de fiscalização dos atos das entidades da administração indireta aquelas que são compostas por entidades que, por meio de descentralização de competências do governo, foram criadas para desempenhar papéis nos mais variados setores da sociedade e prestar serviços à população, fiscalizado pelos órgãos centrais da administração direta sendo aquela na qual é composta de órgãos que estão diretamente ligados ao chefe do poder executivo.

É importante pontuar que não a subordinação entre a Administração Direta e a Indireta, mas tão somente vinculação, a regra será a autonomia; sendo o princípio da tutela ou do controle a exceção, não podendo ser presumida somente poderá ser exercida de acordo com os limites preestabelecidos em lei (FARIA 2011).

Faria (2011), ainda dispõe que o princípio da tutela ou do controle tem como aplicabilidade porque a administração direta tem a responsabilidade de assegurar que as entidades administrativas indiretas atuem de acordo com as conformidades com os fins que justificaram a sua criação, por mais que tenha a administração indireta suas responsabilidades ainda recaem o controle geral sobre a administração direta.

CONCLUSÃO

Em relação à respectiva pesquisa abordada neste trabalho, é de imensa importância salientar que os princípios do direito administrativo e do direito empresarial, são considerados como orientadores e auxiliam na interpretação da legislação, bem como norteiam a atividade jurisdicional referente ao Direito Empresarial e ao Direito Administrativo.

Foi possível notar que a Constituição de 1988 prevê vários princípios, estes, servem como fundamentos, sendo definido como base para todo o sistema jurídico, são como um alicerce das normas jurídicas, preceitos que permitem uma ação ou exigem uma determinada conduta mantendo de forma direta ou indiretamente uma relação interdisciplinar em mais variáveis ramos do ordenamento jurídico sempre conservando como forma principal de cada princípio suas essenciais específicas em espécie.

Os princípios de forma conceitual em relação às disciplinas abordadas se definem no ordenamento jurídico diante das análises abordado por este artigo, sendo primordial e fundamental mantendo a estruturação democrática de direito em concordância como os regulamentos da Constituição da República Federativa do Brasil vigente.

Em relação às análises dos principais foi possível perceber, a preocupação de cada qual de sua forma individualizada em manter sempre uma análise crítica dos fenômenos sociais, baseando precipuamente nas necessidades humanas. Preocupado em sempre manter o comportamento humano em sociedade, tais como fenômenos econômicos e fenômenos demográficos.

Conclui-se que no ordenamento jurídico da atualidade conta com uma ocupação significativa de teorias expostas através de princípios, com reflexos diretos na compreensão e aplicação do direito como um todo. Adotando se os princípios posição de norma de proteção de uma classe de bens ou categoria de pessoas.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 05.10.2018

_____. **LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 10 janeiro 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 05.10.2018

_____.Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 346.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=1576>> Acesso em: 05.10.2018

_____.Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 473.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=1602>> Acesso em: 05.10.2018

BARRETO, Daiane Garcias. **Sinopses Jurídicas de Direito Administrativo.** Edijur, São Paulo, 2012.

BORGES, Cyonil; SÁ, Adriel. **Direito Administrativo Facilitado.** São Paulo: MÉTODO, 2015

BRUSCATO, Wilges. **Manual de Direito Empresarial Brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2011.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial: direito de empresa.** São Paulo: Saraiva, 2008, p. 13.

COMPARATO, Fábio Konder. **O poder de controle na sociedade anônima.** Rio de Janeiro: Forense, 2008.

CARVALHO. José dos Santos Filho. **Manual de direito administrativo.** São Paulo: Atlas, 2015.

COUTINHO, Alessandro Dantas; RODOR, Ronald Krüger. **Manual de direito administrativo.** São Paulo: MÉTODO, 2015.

FARIA, Edimur Ferreira de. **Curso de direito administrativo positivo.** Belo Horizonte: Del Rey. 2011.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988.** São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

KNOPLOCK. Gustavo Mello. **Manual de direito administrativo.** São Paulo: método, 2018.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo.** Salvador: Juspodivm, 2005.

Mazza, Alexandre. **Manual de direito administrativo.** São Paulo: Saraiva, 2013.

MELLO. Celso Antonio Bandeira de. **Princípios do direito administrativo.** São Paulo: Métodos, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso De Direito Administrativo.** São Paulo: Malheiros, 2018

NETO. Fernando Ferreira Baltar; TORRES. Ronny Charles Lopes de. **Sinopses direito administrativo.** São Paulo: Editora juspodio, 2015.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** São Paulo: Atlas, 2014.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: MÉTODO, 2018.

PINTO, Alexandre Guimarães Gavião. **Revista EMERJ**, Rio Grande do Sul, v. 11, nº 42, 2008.

PIERE. Antonio Cecilio Moreira. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013.

ROSSIGNOLE, Estefânia. **Direito Empresarial: Sinopses Para Concursos**. Juspodivm: 2015.

SILVA. José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2007.

TRINDADE. **Liberdade de Associação no Direito Brasileiro**. Disponível em <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/18498/Liberdade_de_Associa%C3%A7%C3%A3o_Sindical.pdf?sequence=2> Acesso em 05.10.2018