

DIÁLOGOS CIENTÍFICOS EM DIREITO

**PRODUÇÕES ACADÊMICAS 2021.1
VOL. II**



ORGANIZADORES:
Camila Yamaoka Mariz Maia
José Carlos Ferreira da Luz
Marcel Silva Luz

ISBN: 978-65-5825-083-8

**DIÁLOGOS CIENTÍFICOS EM DIREITO:
PRODUÇÕES ACADÊMICAS 2021.1**

VOL. II

**Camila Yamaoka Mariz Maia
José Carlos Ferreira da Luz
Marcel Silva Luz
(Organizadores)**

Centro Universitário – UNIESP

Cabedelo - PB
2021



CENTRO UNIVERSITÁRIO UNIESP

Reitora

Érika Marques de Almeida Lima Cavalcanti

Pró-Reitora Acadêmica

Iany Cavalcanti da Silva Barros

Editor-chefe

Cícero de Sousa Lacerda

Editores assistentes

Márcia de Albuquerque Alves
Josemary Marcionila F. R. de C. Rocha

Editora-técnica

Elaine Cristina de Brito Moreira

Corpo Editorial

Ana Margareth Sarmiento – Estética
Anneliese Heyden Cabral de Lira – Arquitetura
Daniel Vitor da Silveira da Costa – Publicidade e Propaganda
Érika Lira de Oliveira – Odontologia
Ivanildo Félix da Silva Júnior – Pedagogia
Jancelice dos Santos Santana – Enfermagem
José Carlos Ferreira da Luz – Direito
Juliana da Nóbrega Carreiro – Farmácia
Larissa Nascimento dos Santos – Design de Interiores
Luciano de Santana Medeiros – Administração
Marcelo Fernandes de Sousa – Computação
Paulo Roberto Nóbrega Cavalcante – Ciências Contábeis
Maria da Penha de Lima Coutinho – Psicologia
Paula Fernanda Barbosa de Araújo – Medicina Veterinária
Rita de Cássia Alves Leal Cruz – Engenharia
Rodrigo Wanderley de Sousa cruz – Educação Física
Sandra Suely de Lima Costa Martins - Fisioterapia
Zianne Farias Barros Barbosa – Nutrição

Copyright © 2021 – Editora UNIESP

É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio. A violação dos direitos autorais (Lei nº 9.610/1998) é crime estabelecido no artigo 184 do Código Penal.

O conteúdo desta publicação é de inteira responsabilidade do(os) autor(es).

Designer Gráfico:
Mariana Moraes de Oliveira Araújo

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Biblioteca Padre Joaquim Colaço Dourado (UNIESP)

D537 Diálogos científicos em direito: produções acadêmicas 2021.1
[recurso eletrônico] / Organizadores: Camila Yamaoka
Mariz Maia, José Carlos Ferreira da Luz, Marcel Silva Luz.
- Cabedelo, PB: Editora UNIESP, 2021.
319 p. ; v.2.

Tipo de Suporte: E-book
ISBN: 978-65-5825-083-8

1. Produção científica – Direito. 2. Direito -
Interdisciplinaridade. 3. Diálogos – Conhecimento científico. I.
Título. II. Maia, Camila Yamaoka Mariz. III. Luz, José Carlos
Ferreira da. IV. Luz, Marcel Silva.

CDU: 001.891:34

Bibliotecária: Elaine Cristina de Brito Moreira – CRB-15/053

Editora UNIESP
Rodovia BR 230, Km 14, s/n,
Bloco Central – 2 andar – COOPERE
Morada Nova – Cabedelo – Paraíba
CEP: 58109-303

SUMÁRIO

1 A USUCAPIÃO EXTRAJUDICIAL NO NOVO CPC - José Agripino e Silva Filho, Luciano Honório de Carvalho	327
2 CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO COMO MEIO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS, PACIFICAÇÃO SOCIAL E EFETIVIDADE - Juszetty Marcia Vieira da Silva Oliveira, Prof. Christiane Patricia Ferraz Rabêlo	344
3 O DIREITO SUCESSÓRIO NAS FAMÍLIAS PARALELAS - Kamila Araújo Braga, Albérico Fonseca	366
4 APOSENTADORIA ESPECIAL - Karina Raphaela Rodrigues Silva, José Carlos Ferreira da Luz	398
5 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA FINALIDADE DA PENA - Laiane Kaline Peixoto da Silva, Arnaldo Sobrinho de Moraes Neto	424
6 OS RETROCESSOS NO DIREITO À PREVIDÊNCIA SOCIAL DO SERVIDOR PÚBLICO - Lourdemar Veras Fares David, Derly Pereira Brasileiro	448
7 GUARDA COMPARTILHADA - Márcio AntônioMaia de Barros, Luciano Honório de Carvalho	480
7 A INEFICÁCIA DO DIREITO PENAL BRASILEIRO EM FACE DO PSICOPATA DELINQUENTE - Milena Barboza de Oliveira, Camila Yamaoka M. Maia	507
8 LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA CONDUZIR INVESTIGAÇÃO CRIMINAL - Raphael Luiggi Franceschini, Valberto Alves de Azevedo Filho	539
9 RESPONSABILIDADE CIVIL DA GENITORA EM DECORRÊNCIA DA NEGATIVA DE PATERNIDADE - Raylane Cavalcante Santos, Luciano Honório	561
10 APLICAÇÃO DA LIBERDADE PROVISÓRIA E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - Sérgio Maia Góis, Valberto Azevedo	591
11 ABORTO DE EMBRIÕES COM MICROCEFALIA: DIREITO OU CRIME? - Thaís Pessoa Pontes, Ibérico Santos Fonseca	615

APRESENTAÇÃO

É com enorme satisfação que apresentamos à comunidade acadêmica o segundo E-Book do Curso de Direito do UNIESP: “Diálogos Científicos em Direito”.

A presente publicação tem por escopo criar e oportunizar mais um espaço para comunicação e divulgação da produção acadêmica dos nossos professores e alunos na seara jurídica e Ciências afins.

Esse veículo de comunicação reconhece a relevância da pesquisa científica na seara do Direito, que indissociavelmente ligada ao ensino e a extensão, é identificada como a marca das dúvidas suscitadas pelas reflexões, estudos e interpretações dos profissionais e estudantes do em sua trajetória de permanente formação.

A presente obra constitui uma rica diversidade de temas atuais em diversas áreas do Direito como Conciliação e Mediação, Direito Sucessório, Previdenciário, Penal dentre outros.

Seja bem-vindo e boa leitura!

Cordialmente,

Profa. Camila Yamaoka Mariz Maia

A USUCAPIÃO EXTRAJUDICIAL NO NOVO CPC

José Agripino e Silva Filho
Luciano Honório de Carvalho

RESUMO

Dentre as várias alterações trazidas pelo Novo Código de Processo Civil (NCPC), a matéria relacionada à usucapião extrajudicial é uma das que se destaca. A usucapião é uma das formas de aquisição de propriedade, tanto de bens móveis quanto de bens imóveis, que tem como requisitos básicos, a posse mansa e pacífica de um bem, além do requisito temporal determinado pela legislação. De acordo com o antigo CPC, a usucapião só poderia ser realizada por meio da propositura de uma ação judicial, demandando não apenas custos, mas um longo tempo para a solução do litígio. Essa questão foi sanada pelo NCPC, que trouxe a possibilidade de exercer o pedido da usucapião diretamente no Cartório de Registro de Imóveis, por meio de um advogado, observados alguns requisitos como a fundamentação do pedido, apresentação da planta e memorial descritivo do imóvel, da certidão negativa dos distribuidores do local do imóvel dentre outros. Dessa forma, o Código trouxe uma alternativa para aquisição de bem imóvel por meio da usucapião, que trouxe vantagens e desvantagens para o procedimento. Nesse sentido, o presente estudo tem como objetivo geral analisar essa nova modalidade de aquisição de bem imóvel por meio da usucapião extrajudicial, consonante o NCPC e as principais vantagens e desvantagens desse procedimento. De maneira específica buscou-se trazer as definições da usucapião, suas modalidades e requisitos, além de fazer uma comparação entre o procedimento realizado via judicial e via extrajudicial.

Palavras – Chave: Novo CPC. Aquisição de propriedade. Usucapião.

ABSTRACT

Among the various changes brought by the New Code of Civil Procedure (NCPC), the matter related to extrajudicial adverse possession is one of the highlights. The Adverse Possession is one of the ways to acquiring property, both movable and immovable property, which has as basics requirements, the meek and peaceful possession of a property, in addition to the temporal requirement determined by law. According the old CPC, adverse possession could only be carried out by filing a lawsuit, demanding not only costs, but a long time for the resolution of the litigation. This issue was resolved by the NCPC, which made it possible to exercise the application of the right of appeal directly to the Registry of Real Estate, through a lawyer, subject to certain requirements such as the reasoning of the application, presentation of the plan and a descriptive memorial of the property. The negative certificate of the distributors of the premises of the property, among others. Thus, the Code brought an alternative to acquire Real Estate trough adverse possession, which brought advantages and disadvantages to the procedure. In this sense, the present studas general objective to analyze this new modality of acquisition of Real Estate trough extrajudicial adverse possession, consonant the NCPC and the main advantages and disadvantages of this procedure. In a specific way, we tried to bring the definitions of adverse possession, its modalities and requirements, as well as to make a comparison between the procedure carried out judicial and extrajudicial route.

Key- Words: New CPC. Acquisition of Property. Adverse Possession.

1 INTRODUÇÃO

Sabemos que a usucapião é um procedimento que tem como finalidade a garantia do direito à propriedade esculpida em nossa Constituição Cidadã. Trata-se de um instrumento de fundamental importância para a efetiva materialização e fiscalização da função social da propriedade, que apesar de sua posição consagrada na Constituição Federal, às vezes é banalizado ou mitigado.

Ademais, a finalidade social da propriedade é o caminho para a legitimação da mesma, evitando as insurgências sociais. Enquanto a propriedade é um direito fundamental do proprietário, a função social da propriedade é um direito coletivo e não pode sofrer violações no sentido de ser mal utilizada ou mesmo inutilizada. Assim, o abuso do direito à propriedade permite ao Estado a intervenção no domínio privado, como forma de priorizar e garantir o interesse coletivo.

Nesse sentido, uma das novidades trazidas pelo do Novo Código de Processo Civil (2015), por meio de seu art. 1.071, foi a introdução no ordenamento jurídico brasileiro, de um novo procedimento de aquisição de propriedade por meio de usucapião extraordinário. Esse novo procedimento pode ocorrer pela via do próprio Cartório de Registro de Imóveis que o Tabelionato de Notas lavra a ata notarial que atesta o tempo de posse pacífica do imóvel pelo requerente conforme o caso e suas circunstâncias.

Tendo em vista essa inovação trazida pelo Novo CPC, os conceitos e modalidade da ação de usucapião, buscou-se através da presente pesquisa responder ao seguinte questionamento: A modalidade de usucapião extraordinária, introduzida pelo novo Código de Processo Civil, fornece a mesma segurança jurídica e produz os mesmos efeitos da sentença judicial declaratória de usucapião?

Para responder a esse questionamento, o presente estudo tem como objetivo geral analisar essa nova modalidade de aquisição de bem imóvel por meio da usucapião extrajudicial, consonante o NCPC, observadas as vantagens e desvantagens desse novo procedimento. De maneira específica buscou-se trazer as definições da usucapião, suas modalidades e requisitos, além de fazer uma comparação entre o procedimento realizado pela via judicial e pela via extrajudicial.

A pesquisa se justifica pelo reconhecimento da usucapião como um método originário de aquisição de propriedade por meio do fenômeno da desjudicialização que vem aumentando bastante nos últimos anos e ajudando a desobstruir as varas

judiciais e descongestionar o Judiciário. Por outro lado, o tema é atual e de suma importância para o ordenamento jurídico brasileiro, visto que a usucapião é uma ferramenta de adequação à realidade social e aos problemas que surgem em torno da má distribuição de propriedade.

Em termos metodológicos, o método usado na pesquisa foi o de revisão bibliográfica, que permitiu a análise do tema sobre diversas abordagens, bem como a produção de conclusões mais específicas acerca da proposta construída. Procurou-se responder ao problema proposto através de bibliografia recente, artigos científicos e outros trabalhos de natureza acadêmica, buscando conhecer as contribuições culturais e científicas de alguns autores sobre o tema da pesquisa.

Para tanto, o artigo ainda foi estruturado em três seções além desse introito. A primeira delas aborda o conceito, surgimento e evolução histórica da usucapião, bem como questões ligadas às modalidades desse instituto encontradas no Direito brasileiro.

A segunda seção detém-se a modalidade de usucapião extraordinária no ordenamento jurídico brasileiro e a terceira seção trata da relação existente entre a garantia da função social da propriedade pelo Estado e a modalidade de usucapião extraordinária.

2 A USUCAPIÃO

2.1 CONCEITO E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO INSTITUTO

De acordo com Salles (2010), a usucapião é uma modalidade de aquisição de propriedade sobre bens móveis ou imóveis através do exercício da sua posse pacífica e mediante outros critérios estabelecidos por lei. Em outras palavras, pode ser definida como a aquisição do domínio por meio da posse ininterrupta e prolongada de determinado bem.

Etimologicamente, o termo usucapião é oriundo do latim “usucapio”, ou seja, da união da palavra “usu”, que significa “pelo uso” e da palavra “capere”, que significa “tomar”, formando basicamente a expressão “tomar pelo uso”.

Desta feita, podemos afirmar que a usucapião nada mais é do que uma das formas originárias de aquisição de propriedade sobre bens móveis ou imóveis, caracterizado pela posse pacífica e prolongada dos mesmos, em detrimento da cessa-

ção do exercício desse direito por outra pessoa.

Assim, o poder de fato em relação ao bem imóvel está diretamente atrelado ao decurso de tempo na medida em que o proprietário da coisa poderá ser privado do seu patrimônio, em favor daquele que detém a posse do bem, uma vez que o objetivo da usucapião é justamente a consolidação da posse da propriedade.

Ou seja, o indivíduo que por um determinado período de tempo, geralmente, mantiver a posse sobre determinado bem, móvel ou imóvel, poderá reclamar a sua propriedade, satisfeitos os requisitos legais.

No que diz respeito a origem histórica do instituto da usucapião, apesar da divergência doutrinária, boa parte dos estudiosos afirma que o instituto da usucapião remete ao Direito Romano, e as Leis das XII Tábuas, apesar das dúvidas se a origem da prescrição aquisitiva ocorreu em Roma ou ainda na Grécia Antiga.

Com o crescimento econômico e populacional de Roma, o instituto da usucapião levou insegurança aos proprietários de grandes terras distantes umas das outras, tendo em vista que para o possuidor, surgiu a possibilidade de se tornar proprietário legítimo daquele bem geralmente esquecido ou abandonado, mesmo porque não havia sequer a necessidade de comprovação de título do bem e boa fé do possuidor.

Nas palavras de Paiva (2014, p. 2):

A aquisição da propriedade pelo transcurso de tempo é admitida desde o direito romano. Era um direito do cidadão romano e “servia para adquirir a propriedade quiritária transferida sem o ritual de *mancipação* e para aperfeiçoar a alienação da coisa feita pelo alienante” sem direito sobre a coisa. Na Lei das XII Tábuas já constava a previsão de dois anos para usucapião dos imóveis e de um ano para os móveis. O exíguo prazo justificava-se pela extensão da própria cidade.

Segundo Costa (2015), logo após o advento do império Bizantino, o Imperador Justiniano reuniu em um dispositivo legal, que foi denominado de Corpus Júrís Civilis todas as normas e Leis existentes, modificando o prazo prescricional para a usucapião de bens imóveis para dez anos presentes ou vinte anos ausentes.

O mesmo dispositivo legal extinguiu a diferença ora existente entre os bens dos cidadãos romanos e os bens dos estrangeiros ou peregrinos, reunindo a extinção e a aquisição da propriedade num só ato, tendo em vista que, através do reconhecimento da propriedade do indivíduo possuidor, cessava a propriedade de outrem.

De acordo com Donzele (2013), no Brasil, a tradição do instituto jurídico da

usucapião está alinhada ao Direito Português. Nos primeiros anos após o descobrimento e com o início da instalação das famílias estrangeiras, havia o que se chamava à época de “posse-utilidade”, uma espécie de título usada para comprovação da propriedade de um bem imóvel, como explica Paiva (2014, p. 3), senão vejamos:

A tradição do instituto jurídico da usucapião, no Brasil, provém do Direito Português desde quando vigorantes na Colônia as ordenações do Reino, legislação que vigeu após a independência e durante todo o império só sendo totalmente afastada quando do advento do Código Civil de 1916, ano período republicano.

Dessa forma, antes do Código Civil de 1916, o prazo adotado para o direito a usucapir era de trinta anos, sem diferenciação para bens móveis ou imóveis e de quarenta anos se o bem pertencesse ao Estado ou a Igreja. Já havia a necessidade de comprovação de boa fé e presunção de título e já se adotava a impossibilidade de se usucapir bens de uso comum do povo, como as praças e ruas.

O Código Civil de 1916 passou a disciplinar que aquele que mantivesse a posse por vinte anos ininterruptos de determinado bem, poderia requerer em juízo, mesmo ausentes a boa fé e o título da propriedade, a declaração por sentença que serviria para o registro do imóvel. O mesmo Código adotou a presunção “jûris et de jure”, ou seja a presunção de boa fé e título.

Com efeito, o Código Civil de 2002, assim como o Código de Processo Civil de 2015 disciplinam as modalidades de usucapião em nosso ordenamento jurídico, com fulcro nos conceitos de posse e função social da propriedade, dos quais passamos a tratar adiante.

2.2 POSSE

Costa (2015) afirma que o termo “posse” é constantemente usado em sentidos diversos tendo em vista que, salvo os juristas e especialistas na área, as pessoas leigas não conseguem distinguir posse de propriedade.

Venosa (2012), apud Rodrigues (2014, p. 30) afirma que:

A posse é o instituto mais controvertido de todo o Direito, motivando divergências doutrinárias quanto às suas origens, natureza jurídica, elementos e conceitos, por influência, em parte, dos próprios textos romanos, na maioria das vezes, contraditórios, justificando que o conceito de posse, na história romana, foi sendo alterado nas diversas épocas, recebendo influências do direito natural, direito canônico e

direito germânico.

A posse é o estado do indivíduo que se encontra em possibilidade exercer a o poder sobre um determinado bem como se fosse o proprietário do mesmo. Um exemplo mais claro é quando um pai empresta seu carro ao filho. O pai continua sendo o proprietário, mas o filho é quem mantém sua posse por um determinado período de tempo previamente combinado entre as partes.

De acordo com Gonçalves (2015), as teorias que explicam juridicamente o instituto da posse são duas, ou seja, a teoria objetiva e a teoria subjetiva. A teoria subjetiva preconiza que a posse se manifesta pela reunião de dois elementos, quais sejam o corpus e o animus, que são o poder físico da pessoa sobre a coisa e a vontade de ter a coisa como sua respectivamente.

Já na teoria objetiva, é a distinção do bem ou da coisa que terá valor fundamental. A teoria objetiva estabelece que é por meio do critério da distinção econômica do bem que podemos reconhecer ou não sua posse. Aquele que utilizar a coisa para sua finalidade é que realmente tem a posse.

Por outro lado, conforme ressalva Venosa (2008) existe concessões a teoria subjetiva da posse, e dentre elas se encontra justamente a usucapião. Essa utilização da teoria subjetiva para a usucapião é resultado de algumas situações notadamente inusitadas que a utilização da teoria objetiva poderia trazer como no caso daqueles que exercem a posse com anuência do proprietário, tais como locatários e comodatários. Uma vez que verificada a posse, mesmo sem que houvesse o “animus” de dono da coisa, estes poderiam usucapir o imóvel que utilizam por meio da autorização do dono. O ordenamento jurídico brasileiro afasta essa possibilidade.

2.3 PROPRIEDADE

Etimologicamente a palavra propriedade advém do latim “proprietas”, que significa algo que pertence a alguém. A sua origem está ligada a necessidade em se determinar quais coisas pertenciam a cada uma das pessoas. No Direito Civil brasileiro, em se tratando de direito das coisas, a propriedade serve tanto para determinar o domínio de bens quanto de ideias ou invenções e pode ser utilizada objetiva ou subjetivamente.

Para Venosa (2012) apud Rodrigues (2014):

Ao contrário da posse, a propriedade não oferece a mesma facilidade intuitiva de percepção. Enquanto a posse, como fato natural preexistente ao direito, converte-se em fato jurídico e assim é protegida, a propriedade, por seu lado, já espelha um direito; e a compreensão e extensão do conceito de propriedade dependem do momento histórico da cada povo, ou seja, são variáveis no tempo e no espaço.

De acordo com a professora Maria Helena Diniz (2014), o atual Código Civil não conceitua propriedade, porém disciplina as características que devem ser observadas para sua verificação. Para a autora, o direito à propriedade é aquele em que uma pessoa, quer singular ou coletiva, exerce numa coisa determinada de forma continuada e absoluta e que todas as outras pessoas devem respeitar.

Para o ordenamento jurídico brasileiro, o proprietário é aquela pessoa física ou jurídica que o justo título da propriedade e o direito de usufruir o bem sob sua propriedade, além do direito de reaver a coisa de quem a detenha injustamente. Quando forem encontrados esses elementos, pode-se afirmar a propriedade plena.

Segundo Gonçalves (2015) outro direito que o proprietário possui é o de dispor da coisa, ou seja, o proprietário tem o direito de se desfazer de seu bem, gratuita ou onerosamente quando bem entender, podendo ainda realizar modificação na coisa ou dar o bem em garantia.

Nas palavras de Diniz (2014, p. 121):

Pode-se atribuir, num certo sentido, ao direito de propriedade, *caráter absoluto* não só devido a sua oponibilidade *erga omnes*, mas também por ser o mais completo de todos os direitos reais, que dele se desmembram, e pelo fato de que o seu titular pode desfrutar e dispor do bem como quiser, sujeito apenas às limitações impostas em razão do interesse público ou da coexistência do direito de propriedade de outros titulares.

Nesse sentido, dispõe o Código de Processo Civil no §4º do art. 1.228, que o proprietário não poderá reaver o bem se, por um prazo de cinco anos ininterruptos, o imóvel estiver ocupado de forma relevante socialmente, desde que a ocupação tenha sido realizada por meio de boa fé.

Ou seja, de forma prática, na existência de imensas áreas ocupadas por várias famílias que muitas vezes dali mesmo obtém seu sustento, por um período de cinco anos ou mais, é muito mais viável em termos sociais a destituição da propriedade de apenas um proprietário, ao invés de retirar várias pessoas do local, aten-

dendo ao que se chama de função social da propriedade.

Verificados os conceitos e características básicas de posse e propriedade, faz-se necessário ainda citar as principais modalidades de usucapião de bens imóveis encontradas no ordenamento jurídico brasileiro, senão vejamos.

2.4 PRINCIPAIS MODALIDADES DE USUCAPIÃO DE BENS IMÓVEIS ENCONTRADAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Usucapião ordinária: De acordo com Venosa (2008) a usucapião ordinária, além da posse com “animus domini”, requer outros requisitos como a boa fé e o justo título da propriedade, que é um instrumento em razão pelo qual o possuidor acredite ser o legítimo dono da coisa.

Por outro lado, a boa fé é a ignorância do possuidor de que existe algum vício que impede a transferência da propriedade. Ou seja, o possuidor acredita que é o real proprietário do bem.

Mas existe certa discussão acerca dessa boa fé. Quando, por exemplo, o interessado em usucapir, em algum momento, toma conhecimento da invalidade de seu título e verifica que não é o verdadeiro dono da propriedade, estaria ele agindo de má fé a partir desse momento? Na verdade não, por que a boa fé que se exige é em relação a origem do título, sendo ônus do oponente a comprovação de eventual má fé.

Outra característica da usucapião ordinária é que diz respeito aos prazos notadamente mais curtos, ou seja, existe a possibilidade de redução do prazo de dez para cinco anos se a aquisição do imóvel foi onerosa e se o mesmo foi utilizado para moradia ou ocorreu qualquer investimento de caráter social-econômico.

Usucapião especial urbana individual: Segundo Paiva (2014) a usucapião especial urbana individual foi introduzida pela própria Constituição Federal de 1988 por meio de seu art. 183 que prevê que o indivíduo que possuir uma área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos ininterruptos, e a utilizar para sua moradia ou de sua família, adquire a propriedade desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

O Código Civil de 2002 apenas reproduz essa disposição constitucional, reafirmando que área que pode ser usucapida por meio dessa modalidade de aquisição de imóvel urbano é de até duzentos e cinquenta metros quadrados, não podendo a

pessoa que possui uma área maior do que essa requerer a sua propriedade.

Nas palavras de Paiva (2014, p. 6):

A usucapião Especial de imóvel urbano é regulada pelo artigo 183 da Constituição Federal de 1988, artigo 1.240, parágrafos primeiro e segundo do Código Civil e art. 9º da Lei 10.257/01 – Estatuto da Cidade. Esse instrumento trata da possibilidade de aquisição de propriedade, sem justo título ou boa fé, se área urbana ou construção de até 250m², desde que o possuidor tenha como seu, sem oposição e ininterruptamente, terreno ou edificação pelo prazo de cinco anos e utilize o bem para sua própria moradia ou desua família, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano.

Usucapião especial urbana coletiva: Segundo Venosa (2008), a usucapião especial urbana coletiva foi introduzida pelo art. 10 do Estatuto da Cidade que diz que as unidades urbanas com até 250m², ocupadas por população de baixa renda exclusivamente para sua moradia pelo prazo de cinco anos ininterruptos são suscetíveis de serem usucapidas coletivamente.

De acordo com Paiva (2014):

A peculiaridade dessa modalidade não está só em função de que os sujeitos ativos são plúrimos, mas também, em função de que obriga os contemplados por este instrumento a constituírem um condomínio especial, individual. Assim, uma vez matriculada a área usucapida em nome dos possuidores, para individualização das áreas com matrículas autônomas, usar-se-á a regulamentação de condomínio edilício (Lei 4.591 e artigos 1.331 e seguintes do Código Civil).

Ademais essa modalidade permite ainda a substituição processual, no sentido de que a associação de moradores da área usucapida é legitimada processualmente para pedir o reconhecimento da usucapião coletiva, desde que autorizada pelos seus representados.

Usucapião especial rural (pro labore): A usucapião Especial rural, ou pro labore está prevista no art. 1.239 do Código Civil vigente que dispõe que o indivíduo que não seja proprietário de qualquer outro imóvel e possua como sua, por cinco anos ininterruptos e sem oposição uma área de terreno rural não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva para seu trabalho ou sustento, adquirirá sua propriedade.

A grande discussão paira sobre o que vem a ser uma zona rural, tendo em vista a urbanização crescente até mesmo no campo. Para a maioria dos autores, o critério para se diferenciar o que é urbano do que é rural é a Lei de cada município

que demarque o que é território urbano e o que é território rural.

Usucapião extraordinária: De acordo com Paiva (2014) a usucapião extraordinária, em termos quantitativos, era a modalidade que possuía menos requisitos. Estava prevista no art. 1.238 do Código Civil no sentido de que o indivíduo que por quine anos ininterruptos tiver a posse de um bem imóvel, independente de título ou boa fé, poderá requerer ao juiz a sentença que servirá de título no Cartório de Registro de imóveis.

Nas palavras de Paiva (2014):

A usucapião extraordinária é aquisição da propriedade pelo prolongado exercício da posse. Isto é, independente de justo título e da boa fé, não necessitando que o requerente faça prova. O único requisito que o autor da ação deve comprovar é a posse; a posse qualificada, com animo de dono, mansa, pacífica, ininterrupta e contínua, nos termos do art. 1.238 do Código Civil.

Essa modalidade de usucapião trazia ainda dois prazos distintos, não em decorrência da proximidade espacial do proprietário e do possuidor, mas em razão da finalidade da posse. Assim, em regra, o prazo para usucapião extraordinária era de quinze anos, mas poderia ser reduzido para dez anos se a posse se materializasse pelo direito à moradia, consoante parágrafo único do art. 1.238 do Código Civil.

Foi justamente essa modalidade que sofre uma acentuada transformação com o advento do Novo Código de Processo Civil de 2015, conforme veremos adiante.

3. A USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIA NO NOVO CPC

De acordo com Assumpção (2016), o Novo Código de Processo Civil de 2015, por meio de seu art. 1.071, introduziu na ordem jurídica brasileira o instituto da usucapião extrajudicial processada perante o próprio Cartório de Registro de Imóveis da localidade, como forma de desjudicialização do procedimento, que ganhou ênfase a partir da reforma do Judiciário.

Na verdade, a ideia de usucapião processada extrajudicialmente já vinha sendo defendida pelos Tabeliães desde o ano de 2009 e foi contemplada no Código de Processo Civil de 2015, com algumas modificações em comparação a ideia original.

Nas palavras de Paiva (2015, p. 3):

A concessão da usucapião, pela via administrativa, foi instituída no Brasil por meio da Lei nº 11.977/2009, mas esta é aplicável somente no contexto de projetos de regularização fundiária de interesse social. O novo instituto da usucapião extrajudicial, ao contrário da usucapião também de índole administrativa que contemplou procedimento previsto apenas para o reconhecimento da usucapião especial urbana (art. 183 da Constituição), terá amplo espectro de abrangência, contemplando procedimento aplicável à concessão das diversas espécies de usucapião de direito material previstas na legislação brasileira.

Segundo Bueno (2015) a simplicidade do instituto facilita ao possuidor a aquisição da propriedade imobiliária fundada apenas na posse prolongada, representado por meio de advogado e mediante um simples requerimento instruído em ata notarial, acompanhado de planta e memorial descritivo do imóvel, certidões negativas, dentre outros documentos, no Cartório de Registro de Imóveis da comarca onde está localizado o bem para poder usucapi-lo.

Em relação a essa documentação, Vieira (2016, p. 2) explica que:

Os documentos necessários são, de regra, os mesmos do procedimento judicial, abarcando comprovações documentais do tempo de posse justa, mansa e pacífica do bem, certidões negativas dos distribuidores da comarca do imóvel e da comarca da residência do requerente, planta memorial descritiva do imóvel, dentre outros. A grande diferença ocorrerá na ata notarial, lavrada pelo tabelião, que comprovará ou não o tempo de posse, a depender das circunstâncias.

Nesse sentido, o início do procedimento por meio da lavratura do ato notarial pelo Tabelião de notas se mostra uma alteração significativa trazida pelo NCPD 2015 em seu art. 384. Dessa forma, na hipótese de usucapião o instrumento capaz de atestar o tempo de posse do requerente e de toda a cadeia possessória é justamente a ata notarial.

De acordo com Costa (2016), todo esse procedimento será assistido pelo Oficial de Registro de Imóveis, dispensada a orientação do Ministério Público ou homologação judicial, observadas as cautelas necessárias, à exemplo da notificação aos confrontantes, terceiros interessados e estes públicos como União, Estados e Municípios.

Ressalte-se que a principal característica do novo procedimento implica na celeridade prevista pelo NCPD, tendo em vista a duração média de 90 a 120 dias, assemelhando-se à retificação consensual prevista na Lei de Registros Públicos.

Por outro lado, conforme redação dada ao §2º do art. 216-A da Lei de Regis-

tros de Imóveis pelo NCPC, a manifestação dos entes Públicos dos confinantes ou terceiros interessados passa a ter um prazo de apenas quinze dias corridos e, transcorrido o prazo da última diligência realizada, sem que haja impugnação por parte de quem quer que seja, o Oficial de Registro de Imóveis registrará a aquisição da propriedade imobiliária em nome do possuidor requerente.

Por outro lado, essa redação dada ao §2º do art. 216-A da Lei de Registros Públicos, se mostra um tanto inadequada AA natureza do procedimento que é um instituto em que não é exigida a concordância entre as partes, mesmo que ausente esse consenso, mas preenchidos os requisitos legais, o usucapiente estará em condições de adquirir a propriedade do imóvel em questão.

Nas palavras de Paiva (2015, p. 4):

Restará, entretanto, um problema de difícil solução na hipótese em que haja o *silêncio* do titular do direito real sem que isso signifique propriamente *dis- cordância* com a realização do procedimento (§ 2º do art. 216-A), mas signi- fique *indiferença* às consequências de sua não manifestação expressa, que talvez venha a ser uma hipótese bastante recorrente no futuro, dada à for- ma como o procedimento foi concebido.

Mesmo assim, podemos afirmar que a usucapião terá um melhor funcionamento por meio do procedimento administrativo como instrumento de regularização fundiária, especialmente nos casos em que exista uma previa negociação entre o usucapiente e o titular de domínio do imóvel.

Mas essas dificuldades encontradas na prática do novo procedimento, aliadas a regulamentação da matéria pelo CNJ, poderão significar um aperfeiçoamento do instituto inovador trazido pelo NCPC. Nesse sentido se faz muito importante ainda o devido preparo técnico e jurídico tanto dos advogados quanto dos Cartórios de Registro de Imóveis tendo em vista que esse tipo de demanda só vai aumentar.

3.1 A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E A RELAÇÃO COM A USUCAPIÃO ADMINISTRATIVA

Outro ponto bastante controverso em relação ao novo procedimento adotado pelo NCPC diz respeito a função social da propriedade. Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988 em seu art. XXII prevê que é assegurado a todo cidadão brasileiro o direito à propriedade e em seu art. XXIII que essa propriedade deverá ter as-

segurada a sua função social.

De acordo com Santana (2015), a função social determina o exercício do próprio direito de propriedade sobre o bem. O interesse individual, assim, não se sobrepõe ao interesse coletivo, ou seja, o exercício da propriedade sobre determinado bem imóvel deve ser feito no sentido da utilidade não apenas para o titular do direito, mas para toda a sociedade em que esteja inserido. Este é o posicionamento consubstanciado da Jurisprudência emanada dos Tribunais Superiores, à exemplo do STF, senão vejamos:

STF - AG.REG. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO AI 822429 SC (STF).

Data de publicação: 29/05/2014. EMENTA: Agravo regimental no agravo de instrumento. Administrativo. Imóvel destinado à reforma agrária. Repasse a terceiros. Irregularidade. Pretensão de reintegração de posse pelo INCRA. Circunstâncias fáticas que nortearam a decisão da origem em prol dos princípios da função social da propriedade e da boa-fé. Reexame de fatos e provas. Impossibilidade. Precedentes. 1. A Corte de origem concluiu, em razão de circunstâncias fáticas específicas, que embora tenha sido irregular a alienação das terras pelo assentado original aos ora agravados, esses deram efetivo cumprimento ao princípio constitucional da função social da propriedade, com a sua devida exploração, além de terem demonstrado boa-fé, motivos pelos quais indeferiu a reintegração de posse ao INCRA, assegurando-lhe, contudo, o direito à indenização. 2. Agravo regimental não provido.

Tendo em vista que a usucapião extraordinária, conforme bem citamos anteriormente, não é uma novidade no ordenamento jurídico brasileiro, e é fundamental que continue presente, deve se cada vez mais observar o preenchimento desse requisito quando do reconhecimento da titularidade da propriedade.

Como bem explica Assumpção (2016), quando o proprietário deixa de cumprir suas funções como tal, dá oportunidade para que qualquer outrem que possa fazê-lo, desde que cumpridos os requisitos já expostos no presente estudo, inclusive pela via administrativa com o advento do NCPC.

Assim, é de suma importância que haja a possibilidade da aquisição de imóvel por meio da usucapião pela via administrativa, tendo em vista a grande quantidade de terras no Brasil que não são utilizadas para nenhum fim descrito na Constituição Federal, não cumprindo sua função social.

Acentuadamente no caso das propriedades rurais, em que muitas vezes as terras são praticamente abandonadas pelos grandes latifundiários, o procedimento administrativo se mostra uma ferramenta de grande valia, por dois motivos.

Primeiro por que, com o crescimento populacional e as crises econômicas, é

cada vez mais difícil para as famílias pobres em meio rural, adquirir terras até mesmo para sua própria subsistência, então nada mais justo do que tirar do grande latifundiário uma parcela de sua propriedade que geralmente nem é utilizada, para beneficiar essas famílias que passarão a subsistir de sua propriedade.

Em segundo lugar por que a grande maioria das áreas rurais é desprovida de varas judiciais e as demandas normalmente são encaminhadas para outras comarcas de cidades maiores vizinhas. Por outro lado, quase todas as cidades dispõem de Cartórios de Registro de Imóveis, o que viabiliza e acelera o processo de aquisição de propriedade daqueles menos assistidos.

Enfim, é de extrema importância que se observe a função social da propriedade em qualquer modalidade de usucapião, mas principalmente quando do procedimento administrativo extraordinário em que as exigências são menores, no sentido de garantir o acesso a propriedade pelos menos assistidos e ao mesmo tempo evitar fraudes e enriquecimento sem motivo dos que se acham mais espertos.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A nossa Constituição Federal de 1988 estabeleceu como uma das garantias inerentes ao cidadão brasileiro o direito à moradia e à propriedade, em se tratando de elementos essenciais para que possa ter uma vida digna e conseguir estabelecer e manter uma família.

Por isso, o Código Civil vigente elenca algumas das formas de aquisição de propriedade, dentre as quais se encontram as modalidades de usucapião, que é o instituto bastante antigo e conhecido da maioria dos cidadãos e amplamente divulgado e permitido porque desde os primórdios da sociedade existiu a necessidade de delimitar as propriedades e distribuí-las entre as pessoas. Na verdade, a usucapião teve origem ainda no Direito Romano, onde se mostrava uma das principais formas de aquisição de propriedade.

Não obstante, é um instituto que se mantém bastante forte no Direito Brasileiro nos dias atuais, tendo em vista que apesar de ser um direito que se perpetua a propriedade poderá eventualmente ser destituída se não forem preenchidos alguns requisitos, dentre eles, o mais importante que é o da função social de um determinado imóvel, terreno, lote, etc.

Nesse sentido, o advento do novo Código de Processo Civil de 2015, trouxe

consigo uma nova modalidade de usucapião de bens imóveis, qual seja a usucapião extraordinária ou administrativa, que reforça a importância do social instituto como instrumento para regularização da propriedade e de sua posse por determinado período de tempo. A medida busca desobstruir o Judiciário e acelerar o processo de aquisição do título de propriedade, optando pela via administrativa em detrimento da via judicial.

Após a conclusão do presente estudo pudemos verificar que a possibilidade de aquisição de propriedade por meio da usucapião extraordinária é de extrema importância para nossa sociedade, tendo em vista os requisitos necessários para sua validação, que afastam a possibilidade de eventuais fraudes e a celeridade do trâmite pela via administrativa que beneficia a adquirente e desobstrui o Judiciário.

Em nossa visão, essa possibilidade em se evitar a judicialização da ação de usucapião de bens imóveis é certamente o maior benefício da usucapião extraordinária, tendo em vista a sobrecarga de processos correndo nas varas judiciais de todo o país e a demora em um desfecho, que às vezes, sequer ocorre, seja por desistência da parte ou qualquer outro motivo.

Ressalte-se, no entanto, que o interessado em usucapir um bem imóvel pela via administrativa ou cartorária, deve, em conjunto com seu advogado, avaliar se de fato será possível fazê-lo, tendo em vista os requisitos desse procedimento, como a concordância de várias pessoas, que pode ser muito complicado de se obter.

Na verdade, a ausência do procedimento administrativo não implica na impossibilidade de conseguir usucapir um bem imóvel pela via judicial. Assim, se o interessado não conseguir cumprir os requisitos para o pedido extrajudicial, é recomendável que ingresse desde logo com o procedimento judicial, que conforme já citamos, pode levar muito tempo para ser concluído.

Enfim, a usucapião pela via extrajudicial ou cartorária foi um ótimo avanço trazido pelo novo Código de Processo Civil, principalmente quando se consegue reunir todos os requisitos e aporte financeiro para tal, em se tratando de um recurso notadamente caro para o padrão médio do cidadão brasileiro, mas que traz inúmeras vantagens sendo as principais delas a celeridade do trâmite e a desobstrução do Judiciário, este último um dos maiores problemas enfrentados por partes e advogados em praticamente todos os processos hoje em dia.

REFERÊNCIAS

- ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. O usucapião extrajudicial no Novo Código de Processo Civil. 2016. Conteúdo disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mai-18/direito-civil-atual-usucapiao-extrajudicial-codigo-processo-civil>> Acesso em 18 Abr 2017.
- ASSUMPÇÃO, Letícia Franco Maculan. A ata notarial e a usucapião extrajudicial: considerações amadurecidas. 2016. Conteúdo disponível em <<http://www.portaldori.com.br/2016/09/26/artigo-a-ata-notarial-e-a-usucapiao-extrajudicial-consideracoes-amadurecidas-por-leticia-franco-maculan-assumpcao/>> Acesso em 18 Abr 2017.
- BAIÃO, Eduardo Costa. Usucapião extrajudicial. 2017. Conteúdo disponível em <<http://revistamenteativa.com.br/cotidiano/usucapiao-extrajudicial/>> Acesso em 02 Mai 2017.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. São Paulo. Editora Saraiva. Vade Mecum Saraiva. 21ª edição.
- Código Civil. Lei Nº. 10.406 de janeiro de 2002. São Paulo. Editora Saraiva. Vade Mecum Saraiva. 22ª edição.
- Código de Processo Civil. Lei Nº. 13.105 de 16 de março de 2015. São Paulo. Editora Saraiva. Vade Mecum Saraiva. 22ª edição.
- BUENO, Raquel. Palavra de quem entende: usucapião extrajudicial? Avanço ou retrocesso no novo CPC? 2015. Conteúdo disponível em <<https://blog.grancursosonline.com.br/palavra-de-quem-entende-usucapiao-extrajudicial-avanco-ou-retrocesso-no-novo-cpc/>> Acesso em 02 Mai 2017.
- COSTA, Daniela. Usucapião extrajudicial – Possibilidade prevista no novo Código de Processo Civil. 2015. Conteúdo disponível em <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI223631,91041Usucapiao+extrajudicial+Possibilidade+prevista+no+novo+Codigo+de+Processo+Civil>> Acesso em 21 Abr 2017.
- COSTA, Valestan Milhomem da. A usucapião extrajudicial na sistemática do novo Código de Processo Civil frente aos requisitos tradicionais da usucapião e à competência funcional do tabelião de notas e do oficial do registro de imóveis. 2016. Disponível em<http://www.cabofrio1oficio.com.br/artigos/a_usucapiao_extrajudicial_na_sistemat_ica_do_novo_codigo_de_processo_civil_frente_aos_requisitos_tradicionais_da_usucapiao_e_a_competencia_funcional_do_tabeliao_de_notas_e_do_oficial_do_registro_de_imoveis.pdf> Acesso em 28 Abr 2017.
- DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. São Paulo. Editora Saraiva. 28ª edição. 2014.

DONZELE, Patrícia. Histórico de usucapião. 2013. Disponível em <<http://profpatriciadonzele.blogspot.com.br/2013/04/historico-de-usucapiao.html>> Acesso em 29 de abr 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro IV: Responsabilidade Civil. São Paulo. Editora Saraiva. 10ª edição. 2015.

KUMPEL, Vitor Frederico. O novo Código de Processo Civil: o usucapião administrativo e o processo de desjudicialização. 2014. Conteúdo disponível em

<<http://www.migalhas.com.br/Registralhas/98,MI207658,101048-O+novo+Codigo+de+Processo+Civil+o+usucapiao+administrativo+e+o>> Acesso em 30 Abr 2017.

MODANEZE, Jussara Citroni. A usucapião extrajudicial. 2015. Conteúdo disponível em <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/a-usucapiao-extrajudicial/15184>> Acesso em 21 Abr 2017.

NADER, Paulo. Curso de direito civil. Rio de Janeiro. Editora Forense. 2009.

PAIVA, João Pedro Lamana. Novas perspectivas de atos notariais: usucapião extrajudicial e sua viabilidade no ordenamento jurídico brasileiro. 2014. Conteúdo disponível em <http://www.lamanapaiva.com.br/banco_arquivos/usucapiao.pdf> Acesso em 02 Mai 2017.

. Novo CPC introduz usucapião extrajudicial no país. 2015. Conteúdo disponível em <http://www.irib.org.br/files/obra/Versa771o_correta_Artigo_Lamana_Paiva_Usucapiao.pdf> Acesso em 02 Mai 2017

RODRIGUES, Rivaldo Jesus. Monografia Jurídica apresentada ao Centro Universitário de Anápolis. 2014. Disponível em <<http://docplayer.com.br/8550639-Da-usucapiao-origens-evolucao-historica-e-a-sua-funcao-social-no-ordenamento-juridico-brasileiro-no-seculo-xxi.html>> Acesso em 04 mai 2017.

SALLES, José Carlos de Moraes. Usucapião de bens móveis e imóveis. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 7ª edição. 2010.

SANTANA, Aline Andrade. Usucapião administrativa: à luz da função social da propriedade. Aracaju. 2015. Artigo de conclusão de curso apresentado ao curso de Direito da Universidade Tiradentes. Disponível em <<http://openrit.grupotiradentes.com/xmlui/bitstream/handle/set/1214/tcc%20usucapi%203%83o%200012.pdf?sequence=1>> Acesso em 03 mai 2017.

VENOSA, Silvo de Salvo. Direito Civil. São Paulo. Editora Atlas. 6ª edição. 2008.

VIEIRA, Lucas. A usucapião extrajudicial e o novo Código de Processo Civil.

2016. Conteúdo disponível em <<http://direitodiario.com.br/o-usucapiao-extrajudicial-e-o-novo-codigo-de-processo-civil/>> Acesso em 02 Mai 2017.

CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO COMO MEIO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS, PACIFICAÇÃO SOCIAL E EFETIVIDADE

Juszetty Marcia Vieira da Silva Oliveira
Prof. Christiane Patricia Ferraz Rabêlo

RESUMO

O Presente artigo, objetiva uma análise acerca da mediação e conciliação como meios alternativos de resolução de conflitos na esfera judicial e extrajudicial, bem como verificar os desafios e as transformações nos Centros Judiciais de Soluções de Conflitos e Cidadania com ênfase na efetivação e pacificação social. Para tanto, são analisados a atuação do CEJUSC II, sob a ótica da Resolução nº125, do Conselho Nacional de Justiça – CNJ e o Novo Código de Processo Civil. Para subsidiar esse trabalho, foram realizadas pesquisas bibliográficas e documentais acerca da atuação dos CEJUSC's. Esse trabalho evidenciará a importância da mediação e a conciliação, como um meio pacificador das relações humanas e conflitos existentes. Tem-se ainda, a pretensão de apresentar dados sobre as audiências realizadas no CEJUSC II e sua eficácia, dirimindo assim, a idéia de que o Judiciário é o meio mais eficaz para solução dos conflitos. O estudo revelou que a mediação e a conciliação, contribuem para a construção de uma cultura de paz e de novos valores na sociedade.

Palavras-chave: Mediação/Conciliação, Cejusc Cível II, Efetividade e Pacificação Social.

ABSTRACT

The goal of this study is to analyze mediation and conciliation as alternative ways of conflict resolution in the judicial and extrajudicial area, as well as to verify the challenges and transformations in the Judicial Centers of Conflict Solutions and Citizenship with emphasis in effective and social pacification. The 125^o Resolution of National Justice Council – CNJ, was analyzed with CEJUSC II and Civil Procedure Code 2015. This study presents bibliographical and documentary researches on the activities of CEJUSC's. This paper will show the importance of mediation and conciliation, as a way of pacifying human relations and their conflicts. It is also intended to present data about the hearings that occurred in CEJUSC II and its effectiveness, and settling the idea that the Judiciary is the most effective way to resolve conflicts. This study revealed that mediation and conciliation bring peace and new values in society.

Keywords: Mediation/Conciliation; CEJUSC II; Effective and social pacification.

1 INTRODUÇÃO

Partindo do pressuposto que o homem como um ser social, interage constantemente com os demais indivíduos e com a sociedade e que dessa relação, nem sempre pacífica, surge os conflitos inerentes à vida em sociedade. Daí se

apresenta os institutos de grande importância na concretização da pacificação social que são a Mediação e a Conciliação como meios alternativos de resolução de conflitos. Com suas particularidades e especificidades, promove a interação entre as partes em litígio, possibilitando a comunicação eficiente, baseada na manifestação de vontade entre as partes conflitantes.

O conflito que pode ocorrer entre indivíduos, pode ser visto como divergências de opiniões ou de interpretações de acontecimentos que geram insatisfação interpessoal ou intrapessoal. Em regra se aborda o conflito como um fenômeno negativo nas relações sociais que dispõe geralmente perdas para uma das partes envolvidas, considerado um disparate, devido à insatisfação que gera na parte vencida (SILVA, 2008).

O estudo do presente artigo tem como intenção, apresentar a finalidade e os benefícios da mediação e conciliação como instrumento de solução de conflitos e pacificação social, de forma célere, justa e menos onerosa, expondo a importância desta, na busca por uma justiça célere e pacífica.

Nesse contexto, entende-se que os meios de pacificação de conflitos, propõem a transformação da cultura de litigiosidade, através do diálogo, estimulado as partes a chegarem a um consenso, bem como solucionar ações judiciais e extrajudiciais em tempo reduzido, antecipando a efetividade de um direito e evitando atos processuais e recursos desnecessários, que prolongam o conflito.

Importante dizer, que o direito de acesso à justiça, previsto no artigo 5º, XXXV, da constituição Federal, além da vertente formal perante aos órgãos judiciários, implica acesso à ordem jurídica justa, cabendo ao Poder Judiciário estabelecer políticas públicas de tratamento adequado aos problemas jurídicos e de conflitos de interesse, que ocorrem em crescente escala na sociedade.

A escolha desse tema ocorreu por perceber a importância que esses institutos têm na efetivação do acesso à justiça, como base de auxílio para o Poder Judiciário na solução dos litígios.

O objetivo desse artigo, é apresentar a mediação e a conciliação como meio de resolução de conflito e sua efetividade frente ao Poder Judiciário, bem como analisar a atuação do conciliador e mediador nas audiências, visto que, não necessariamente, será ele a pessoa a declarar sobre quem tem direito a lide, e sim, ser um facilitador do diálogo entre as partes, com o objetivo de favorecer a autocomposição e que não se tenha uma parte vencida, como acontece no

judiciário, que tem dificuldades em chegar de forma mais célere à resolução do conflito.

Pretende-se ainda, discutir a importância de mediar e conciliar como uma proposta positiva na busca de uma cultura de paz e de diálogo, encontrando soluções mais justas para as controvérsias. Por tudo isso, verifica-se a importância deste tema como meio relevante de pacificação social e cultural, desmistificando um entendimento arcaico de que o diálogo não resolve conflitos, não traz pacificação social e que não tem eficácia.

Para a abordagem do presente artigo, a técnica de pesquisa a ser utilizada, além do estudo bibliográfico que será feito a partir de análise de fontes secundárias que abordam, de diferentes maneiras, o tema escolhido para estudo, será o estudo de campo que compreende a observação de fatos e fenômenos exatamente como ocorrem na realidade, a coleta de dados referentes aos fatos e, finalmente, a análise e interpretação desses dados com base numa fundamentação teórica consistente, objetivando compreender e explicar o problema pesquisado, o qual servirá para agregar conhecimento ao presente TCC.

Serão abordados os diversos aspectos que envolvem a conciliação e a mediação, bem como conceitos, princípios, características, a figura do conciliador e mediador e sua distinção e, por fim, levantar dados que confirmem a eficácia desses institutos nos Centros de conciliação e mediação judicial ou extrajudicial. Nessa perspectiva, será feita uma análise, dentro do tema, sobre as vantagens da conciliação, assim como se apontará alguns obstáculos existentes para sua melhor aceitação, tais como: paradigmas, cultura, mitos e preconceitos por parte dos operadores do direito.

2 CONFLITOS E MEIO DE RESOLUÇÃO

Partindo da premissa de que o conflito pode ser definido como sendo o interesse divergente, ou forma diferente de interpretar acontecimentos e que os conflitos possuem aspectos negativos e positivos. A partir desse pressuposto, os problemas serão evidenciados e os conflitos pessoais e sociais poderão ser solucionados. A sociedade é, de fato, composta por indivíduos que se relacionam entre si, dessas relações, podem existir interesses incompatíveis e que se revelam a partir da ausência de cooperações, de divergências de interesses e de valores

comuns. O conflito é um fenômeno que está intrinsecamente atrelado às relações humanas, e que desse fenômeno tão abrangente, decorre o litígio e assim, se perpetuam os conflitos intrapessoais e interpessoais. Nessa perspectiva, os meios de resolução de conflitos surgem com a pretensão de compreender, fazer a identificação e tentar dar soluções aos fenômenos conflituosos.

Os conflitos, que por vez, não tenha solução, geram no indivíduo um desejo incessante de justiça, esse sentimento de descrença se entrelaça com a injustiça, gerando uma visão negativa frente ao Poder Judiciário. Nessa ótica, existem alguns caminhos para a solução pacífica das contendas: Autocomposição, que tem como principal fundamento a vontade das partes em resolverem consensualmente o conflito de interesse; heterocomposição, no qual um terceiro imparcial define a solução do conflito, tomando a decisão de maneira impositiva em relação às partes. Vale salientar que a heterocomposição pode acontecer de forma arbitral na qual o terceiro é denominado arbitro, que gozando de confianças das partes, será o indicado para resolver a contenda; ou jurisdicional, na qual o Estado, por meio de autoridade competente, decide o conflito, devendo os envolvidos sujeitar-se a essa decisão.

A Lei 13.140/2015 diz no seu artigo 3º em quais tipos de conflitos poderá ocorrer à mediação:

Art.3º - Pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação.

§ 1º A mediação pode versar sobre todo o conflito ou parte dele.

§ 2º O consenso das partes envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis, deve ser homologado em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público (BRASIL, 2015).

Os institutos de Conciliação e Mediação, que estimulam a participação das pessoas envolvidas numa contenda, de forma democrática, contribuem significativamente para uma nova sociedade. Porém, necessário se faz, o empenho e todas as pessoas envolvidas nesse processo de construção de uma nova sociedade, que prima por uma solução de conflitos baseada na autonomia com foco no diálogo.

TARTUCE, Fernanda, aborda em seu artigo, as dificuldades de adesão por meios consensuais, por parte os advogados.

“A dificuldade de adesão aos meios consensuais não se verifica apenas entre nós; ao abordar a realidade americana, Leonard Riskin e James Westbrook destacam que a falta de familiaridade dos advogados com métodos diferenciados de abordagem de conflitos, por falta de educação ou de interesse, é um obstáculo considerável; não obstante as escolas de direito e os tribunais se esforcem para promover esses meios, há muitos advogados que nem sequer conhecem a diferença entre mediação”. (TARTUCE, Fernanda).

2.1 MEDIAÇÃO

A Mediação e a conciliação são meios autocompositivos de resolução de conflitos. Para a autocomposição ser considerada válida, deve respeitar requisitos da disponibilidade material e processual da questão e a capacidade de quem expressa a vontade. Fernanda Tartuce (2008. p.48) ensina que ao se afirmar, no campo do direito e do processo civil, que uma pessoa pode dispor de certo direito, indica-se que a parte tem a liberdade de, por sua única e exclusiva vontade, usá-lo ou não. A mediação pode ser vista como uma negociação facilitada por uma terceira pessoa imparcial, como bem escreve o Manual de Conciliação e Mediação do CNJ.

A mediação pode ser definida como uma negociação facilitada ou catalisada por um terceiro. Alguns autores preferem definições mais completas sugerindo que a mediação um processo autocompositivo segundo o qual as partes em disputa são auxiliadas por uma terceira parte neutra ao conflito ou por um painel de pessoas sem interesse na causa, para se chegar a uma composição. Trata-se de um método de resolução de disputas no qual se desenvolve um processo composto por vários atos procedimentais pelos quais o(s) terceiro(s) imparcial(is) facilita(m) a negociação entre as pessoas em conflito, habilitando-as a melhor compreender suas posições e a encontrar soluções que se compatibilizam aos seus interesses e necessidades. (MANUAL DE CONCILIAÇÃO – CNJ, 2016, p. 20)

Destarte, o Estado conferiu ao indivíduo a disponibilidade de acessar ou não, o Poder Judiciário, cabendo as partes se manifestar e dispor de seus direitos iniciando, suspendendo ou extinguindo o processo, através da desistência ou da renúncia. A Mediação é de origem antiga, advém do latim *mediare*. A mediação é uma forma de resolução de controvérsias, na qual uma terceira pessoa, neutra e imparcial, facilita diálogo entre as partes, para que elas construam, com autonomia,

a melhor solução para o litígio. Essa forma de autocomposição, não impõe decisão alguma, porém, ajuda as pessoas envolvidas a chegarem a um consenso que compatibilizem seus interesses e necessidades. A mediação é um procedimento estruturado, conduzido por um terceiro imparcial em relação aos demandantes, pois esses não decidem nem impõe decisões, ele colabora para que as partes dialoguem, entendam e elas próprias resolvam os conflitos.

2.2 CONCILIAÇÃO

No que tange a Conciliação, que advém do termo latino Conciliare, pode se afirmar que é outro instituto antigo e definido como um método utilizado em resolução de conflitos, de forma que o conciliador, apresenta-se como um facilitador do diálogo, podendo atuar de forma mais ativa, não excluindo a neutralidade e nem a imparcialidade, é um processo consensual em que o conciliador, enquanto facilitador do diálogo, tenta fazer com que as partes tenham uma efetiva harmonização e a restauração da relação social entre as partes.

O Manual de Conciliação e Mediação do CNJ trás a seguinte definição sobre Conciliação:

A conciliação pode ser definida como um processo autocompositivo breve no qual as partes ou os interessados são auxiliados por um terceiro, neutro ao conflito, ou por um painel de pessoas sem interesse na causa, para assisti-las, por meio de técnicas adequadas, a chegar a uma solução ou a um acordo. Originalmente, estabeleciam-se diversos pontos de distinção entre a mediação e a conciliação, sugerindo-se que: i) a mediação visaria à „resolução do conflito“ enquanto a conciliação buscaria apenas o acordo; ii) a mediação visaria à restauração da relação social subjacente ao caso enquanto a conciliação buscaria o fim do litígio; iii) a mediação partiria de uma abordagem de estímulo (ou facilitação) do entendimento enquanto a conciliação permitiria a sugestão de uma proposta de acordo pelo conciliador; iv) a mediação seria, em regra, mais demorada e envolveria diversas sessões enquanto a conciliação seria um processo mais breve com apenas uma sessão; v) a mediação seria voltada às pessoas e teria o cunho preponderantemente subjetivo enquanto a conciliação seria voltada aos fatos e direitos e com enfoque essencialmente objetivo; vi) a mediação seria confidencial enquanto a conciliação seria eminentemente pública; vii) a mediação seria prospectiva, com enfoque no futuro e em soluções, enquanto a conciliação seria com enfoque

retrospectivo e voltado à culpa; viii) a mediação seria um processo em que os interessados encontram suas próprias soluções enquanto a conciliação seria um processo voltado a esclarecer aos litigantes pontos (fatos, direitos ou interesses) ainda não compreendidos por esses; ix) a mediação seria um processo com lastro multidisciplinar, envolvendo as mais distintas áreas como psicologia, administração, direito, matemática, comunicação, entre outros, enquanto a conciliação seria unidisciplinar (ou monodisciplinar) com base no direito. (MANUAL DE CONCILIAÇÃO – CNJ, ano, p. 21)

A conciliação mostra-se como um meio de solução de conflitos, permitindo que as pessoas procurem sanar as divergências e conflitos com a ajuda de um terceiro, este chamado de conciliador. São Princípios basilares da mediação e da conciliação aplicados aos conciliadores e mediadores: Confidencialidade; Decisão informada; Competência; Imparcialidade; Autonomia; Respeito à ordem pública e às leis vigentes; Empoderamento; Validação. No que tange a conciliação, são primordiais seguir com as etapas, fazendo uma abertura pautada na clareza, mostrando às partes sobre a importância de suas ações, criar opções e sugestões e o acordo. No que se refere a mediação é importante seguir com a pré-mediação, investigação, criação e escolha das opções, favorecer o acordo entre as partes e finaliza com a assinatura.

A eficácia da conciliação exige discussão aberta, direta e franca entre as partes. Pode acontecer antes ou depois da instauração do processo. É importante alternativa de aproximação e participação dos envolvidos na solução do conflito. Mas também proporciona efetivo acesso à justiça, já que sua eficácia depende do tratamento igualitário entre os contendores que decidem, em conjunto e da melhor forma, a situação conflituosa, buscando a maior harmonia e a mútua satisfação (FARINELLI; CAMBI, 2011, p. 288).

O novo código de processo Civil, positiva de forma muito objetiva onde e quando será aplicada, cabendo aos operadores do direito, se adaptarem aos novos tempos e participarem de forma efetiva na busca da pacificação social, única forma de se obter a melhor atuação do Poder Judiciário, e a prestação jurisdicional de forma mais eficaz.

O Poder Judiciário sofre atualmente, com o grande número de ações de altas

e baixas complexidades, e com um método de jurisdição engessado em procedimentos e soluções de litígios retrógrados confirmados pela morosidade, recaindo sobre o judiciário nacional, a descrença da população no que se refere à justiça. Fala-se de um cenário ineficaz e lento para todos. O excesso de processo e a baixa quantidade de serventário da justiça, têm ocasionado o congestionamento do judiciário, essa correlação entre efetividade e tempo, gera um grande impasse, levando a resolução de conflitos de maneira arbitrária por um terceiro, mantendo o caráter conflituoso da relação.

Dessa forma, a necessidade de agilidade na prestação jurisdicional ensejou a inclusão no artigo 5º da CF/88, pelo legislador constituinte derivado, através da EC nº 45/04, do inciso LXXVIII, assegurando a todos a razoável duração do processo: “Art. 5º, LXXVIII, CF/88 – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Nesse contexto, é notório o “desafio” do Poder Estatal em dar solução às controvérsias judiciais, com eficácia, celeridade e dinamismo jurídico.

Daí se percebe a importância dos métodos autocompositivos, como uma proposta para a redução da Crise do Poder Judiciário com a diminuição de processos, como soluções mais rápidas para aqueles que já estão em tramitação, bem como dar uma maior ênfase a cultura de paz, a construção de uma convivência pacífica, favorecendo o enfrentamento às controvérsias de maneira menos litigiosa e com mais diálogo.

Essas inovações legislativas, através da Mediação e Conciliação, como meio de resolução de conflitos, vem primando pela agilidade, serenidade, pela satisfação dos litigantes e acima de tudo, por uma cultura de paz. Vale ressaltar, que o mediador e o conciliador, tem um papel significativo nessas inovações, pois ele será o elo entre os litigantes, e este favorecerá o diálogo entre as partes, além de ter o emponderamento em suas mãos e usará das técnicas de mediação para se conseguir resultados êxitos ao final de cada audiência. É importante ressaltar, que resultados exitosos não poderão ser vistos somente quando houver acordos, mas sim, na reabilitação de laços de cordialidade, por vez, perdido entre as partes.

3. A MEDIAÇÃO E A CONCILIAÇÃO FRENTE AO PODER JUDICIÁRIO

A inserção dos meios alternativos para resolução de conflitos acontece, notadamente, devido às dificuldades enfrentadas pelo Judiciário diante da sua forma de gerenciar o Sistema Judicial face ao grande número de processos em tramitação. A quantidade de demandas no Judiciário, por anos, tem dado outra roupagem aos magistrados, que se vestem de uma realidade que perpassam seus desejos, fazendo com que esses, optem pela quantidade de sentenças e esqueçam a qualidades das mesmas, porém, diante de tamanha precariedade em que se encontra o Judiciário, os magistrados, ainda conseguem realizar a atividade constitucional dando ênfase aos direitos fundamentais, bem como a garantia ao Estado Democrático de direitos.

Essa busca crescente por ver sanado seus litígios e a possibilidade de solução rápida e justa ofertada pelo Estado, está relacionado, não só pela comunicação, mas pelo conhecimento sobre a celeridade do processo e êxitos nos objetivos alcançados. Assim sendo, os indivíduos buscam o Poder Judiciário para obter resultados imediatistas.

Para atuação do Poder Judiciário, necessário se fez a estruturação, levando em conta os ritos, os códigos e prazos. Todavia, para o momento, essa estrutura torna-se incompatível, necessitando complementar a atividade jurisdicional tradicional, para que se possa dirimir o volume de demandas. Notadamente, é dever do Estado, prestar a tutela jurisdicional e, essa garantia, historicamente conquistada. Os problemas no judiciário são de conhecimentos de toda a sociedade, é marcado por uma grande sobrecarga de processos, por lentidão, por ineficácia e por falta de prestação jurisdicional em tempo hábil, conferindo assim, a falta de credibilidade e por consequência, apresentando a crise e descrença da sociedade face ao Poder Judiciário.

Conforme a atual situação vivenciada, a morosidade do processo ainda é o principal motivo pela descrença e por inúmeros problemas que levam as pessoas a se angustiarem e desistirem de buscar, algumas vezes, o judiciário, para sanar seus conflitos. Assim sendo, tem-se a conciliação e a mediação como aliados do Poder Judiciário, se apresentando como meios eficazes de resolução de conflitos, permitindo restabelecer a confiança e ofertando à sociedade, mecanismos para a resolução de seus litígios de forma célere e menos onerosas, além de estar contribuindo para descongestionar o Poder Judiciário

Nessa linha, tem-se a mediação e a conciliação como um meio significativo para dar segurança jurídica, colaborando ainda, para a diminuição de demandas levadas até o judiciário, bem como obtendo resultados pacificadores e exitosos para as partes.

O que se percebe, ainda é um problema cultural, a busca pelo judiciário, como um meio de intervenção, no desejo incessante de se fazer justiça. Essa justiça sob a ótica do julgamento e da briga por quem ganha e quem perde sem que se leve em conta o real problema, e a melhor forma de solucioná-lo.

Evidencia-se, portanto, que esse método de conciliação e mediação deverá ser divulgado por toda a sociedade, com o objetivo de gerar uma transformação nas pessoas, permitindo assim, um entendimento que as leve a perceber, que elas terão a responsabilidade na solução do conflito.

3.1 A CONCILIAÇÃO E A MEDIAÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O Novo Código de Processo Civil, que teve como início de vigência o não 2016, recepcionou a Resolução 125 do CNJ, que traz em seu bojo, mecanismos que impulsionam e reforçam ainda mais a adoção de instrumentos de solução de conflitos, quais sejam a mediação e a conciliação, de forma rápida e eficiente, na tentativa de desafogar o judiciário em inúmeras demandas judiciais. Conforme rege o artigo 334 do NCPC, se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 dias, devendo ser citado réu com pelo menos 20 dias de antecedência.

“Art.334 [...]

§ 4º A audiência não será realizada:

I - se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual;

II - quando não se admitir a autocomposição.

§ 5º O autor deverá indicar, na petição inicial, seu desinteresse na autocomposição, e o réu deverá fazê-lo, por petição, apresentada com 10 (dez) dias de antecedência, contados da data da audiência.

§ 6º Havendo litisconsórcio, o desinteresse na realização da audiência deve ser manifestado por todos os litisconsortes.

§ 7º A audiência de conciliação ou de mediação pode realizar-se por meio eletrônico, nos termos da lei.

§ 8º O não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado. [...]

§ 11. “A autocomposição obtida será reduzida a termo e homologada por sentença”. Art. 334, NCPC.

É importante ressaltar que o direito de defesa e de contestação do réu não será prejudicado pela mediação ou conciliação, quando ele não puder comparecer, nas hipóteses de cancelamento de audiência ou quando não houver composição, conforme prevê o Novo Código de Processo Civil art. 335.

“Art. 335 O réu poderá oferecer contestação, por petição, no prazo de 15 (quinze) dias, cujo termo inicial será a data:

I - da audiência de conciliação ou de mediação, ou da última sessão de conciliação, quando qualquer parte não comparecer ou, comparecendo, não houver autocomposição;

II - do protocolo do pedido de cancelamento da audiência de conciliação ou de mediação apresentado pelo réu, quando ocorrer a hipótese do art. 334, § 4º, inciso I”; (BRASIL, Lei 13.105 de 2015)

4 - CENTROS JUDICIAIS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS E CIDADANIA – CEJUSC.

A partir da Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010, o Conselho Nacional de Justiça deu um passo fundamental para a estimulação da Mediação e Conciliação, instituindo a Política Judiciária Nacional de tratamento aos chamados conflitos de interesses, incumbindo aos órgãos judiciários, de ofertar mecanismos de soluções de controvérsias, ou meios consensuais, prestando assim, atendimento e orientação ao cidadão. Essa Resolução nº 125 determinou que os Tribunais criassem os Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, e para atender aos Juizados, Juízos, ou Varas com Competência nas áreas cível, fazendária, previdenciária, de família ou dos Juizados Especiais Cíveis, Criminais e Fazendários, foi determinado a criação dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, conhecidos como os CEJUSC, que teria a responsabilidade de realizarem as sessões de conciliação e mediação pré-

processuais, cujas audiências são realizadas por conciliadores e mediadores credenciados junto ao Tribunal.

Os CEJUSC, criados a partir da Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça, que trata sobre a Política Pública de Tratamento adequado aos conflitos de interesses, bem como, dá outras providências para que se possa alcançar o incentivo, a promoção e a execução de meios alternativos que possa dirimir conflitos entre as partes.

Aos órgãos judiciários incumbe oferecer mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão [...]. (BRASIL. Resolução nº 125, art. 1º § único, 2010)

O CEJUSC atua necessariamente em setores Pré-Processual, Processual e de Cidadania. Cada setor tem sua atuação pautada no que rege o Novo Código de Processo Civil e a resolução nº 125 do CNJ.

A atuação pré-processual acontece antes de a ação ser ajuizada no judiciário, na área Cível ou na área Família. Para tanto, se faz necessário que a parte interessada procure o Centro, faça o relato do conflito e requeira que seja agendada uma audiência de conciliação ou mediação para tentar resolver a controvérsia de forma extrajudicial. Nessa atuação, não se faz necessário a presença de um advogado. O Centro de Conciliação enviará uma carta-convite a outra parte, com data, hora e local designado para realização da audiência. Vale ressaltar que o comparecimento a essa audiência é espontâneo, tendo em vista, não haver nenhum tipo de punição, caso a parte demandada não compareça. Durante a audiência, o conciliador ou mediador, facilitará o entendimento entre as partes, com o intuito de promover o diálogo e o entendimento da controvérsia, podendo ter como resultado, a realização do acordo. Ao final da audiência, havendo consenso entre as partes o acordo será reduzido a termo, que deverá ser assinado pelas partes e conciliadores. Por se tratar de demanda pré-processual, não se faz necessária a homologação do acordo por parte do magistrado, pois o acordo ali celebrado, tem valor de título executivo extrajudicial. Vale ressaltar, que nos casos de família, havendo menores ou incapazes, antes da expedição da sentença, o processo deverá ser encaminhado ao Ministério Público.

O CEJUSC também realiza atendimento às empresas, proporcionando

mutirões de audiências, com processos judicializados. Esse mutirão de audiência acontece de maneira extrajudicial, com uma quantidade significativa de processos e com resultados exitosos para as partes. O CEJUSC dá todo o suporte a empresa, na realização desse mutirão, desde a articulação para que ele aconteça de maneira organizada e que se tenha os resultados desejados alcançados, o espaço, a carta convite, o atendimento e a participação dos conciliadores como o facilitador ou mediador do diálogo.

No que tange o Setor Processual, tem-se o agendamento da audiência de conciliação, ainda no curso do processo ajuizado, este será encaminhado ao CEJUSC que agendará audiência. Ao final, logrando êxito com acordo, o processo retornará à sua vara de origem para posteriormente ser homologado, se restar infrutífera a tentativa de conciliação, este voltará para que seja dado prosseguimento.

Ainda sobre esses setores, tem-se a atuação do CEJUSC no setor de Cidadania, que é um mecanismo significativo de prestação de serviço disponibilizado à sociedade a orientação e encaminhamento para que este obtenha documentos, a esclarecimento de dúvidas quanto ao Registro de Imóveis, de Registro Civil, entre outros, prestação no serviço de psicologia e assistência social. Ressalto ainda, que no CEJUSC ainda poderá dispor de serviços decorrentes de convênios com a Prefeitura, a Justiça Eleitoral, a Justiça do Trabalho, o PROCON (projeto de super endividamento).

4.1 CEJUSC NA PARAÍBA

Os centros Judiciários de resolução de Conflitos e Cidadania são órgãos do Poder Judiciário do Estado da Paraíba, tendo sua atuação atrelada às varas e juizados especiais. As atividades dos CEJUSC's têm como foco conciliar e mediar para a resolução dos conflitos judiciais e extrajudiciais existentes, assim, a lei admita a possibilidade de acordo ou transação. Para que seja implementado os CEJUSC's no Fórum ou em outro local na Comarca, se faz necessário que seja por ato do Presidente do Tribunal ou por provocação do Diretor do Fórum, que também contam com a participação das diversas Instituições de Ensino Superior que são conveniadas ao órgão do Poder Judiciário, que apresentam toda estrutura de condições humanas e materiais para o bom funcionamento.

Os Centros de Conciliação, Mediação e Arbitragem são instituições por entidades públicas ou privadas, sem fins lucrativos, que são conveniadas com o Tribunal de Justiça da Paraíba e que tem finalidade semelhante ao CEJUSC, porém, essa é administrada e mantida pelas instituições que as mantêm, tendo o Poder Judiciário como o órgão supervisor, orientador e coordenador, através do Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos – NUPEMEC.

Na Paraíba, existe 22 Centros Judiciais de Solução de Conflitos e Cidadania, quais sejam: CEJUSC do Segundo Grau – TJPB Tribunal de Justiça da Paraíba; CEJUSC I - Varas Cíveis de João Pessoa - IESP Hall do Fórum Cível da Capital; CEJUSC das Varas de Família

– TJPB Endereço: Fórum Cível da Capital ; CEJUSC II - Varas Cíveis de João Pessoa – IESP

Fórum Cível da Capital ; CEJUSC I - Varas Cíveis – FESP Fórum Desembargador Flósculo da Nóbrega; CEJUSC II - Varas de Família de Mangabeira – FESP Fórum Desembargador Flósculo da Nóbrega; CEJUSC de Bayeux – Maurício de Nassau Fórum Inácio Machado de Souza; CEJUSC de Cabedelo – IESP Fórum Des. Júlio Aurélio Moreira Coutinho; Núcleo do Programa Pro endividados – João Pessoa Fórum Cível da Capital – 7º andar ; CEJUSC I - Patos – FIP; CEJUSC de Sousa – UFCG; CEJUSC de Cajazeiras – FAFIC; CEJUSC de Guarabira – UEPB - Fórum Alcides Carneiro; CEJUSC I – Campina Grande - (FACISA e Programa Pro endividados); CEJUSC II - Campina Grande - (PROCON ESTADUAL); CEJUSC de Sousa - Varas Cíveis; CEJUSC III - Campina Grande - (PROCON MUNICIPAL); CEJUSC IV - Campina Grande (ACCG/CBMAE); CEJUSC V - Campina

Grande - Varas Cíveis Fórum Afonso Campos; CEJUSC II - Patos (PROCON Municipal)

;CEJUSC III - Patos - (Varas Cíveis) Fórum Ernani Sátiro CEJUSC - Santa Rita (estruturado, previsto inauguração 2017) - FAP Fórum Juiz João Navarro Filho

4.2 ATUAÇÃO DO CEJUSC II NA PARAÍBA

No Fórum Cível da Capital, funciona o CEJUSC II – Tendo a parceria da Instituição de Ensino IESP, que promove a atividade de estágio supervisionado, por alunos de 4º e 5º período do curso de Direito. Esses estagiários compõem o grupo de conciliadores, recebendo orientação dos professores e coordenadores dos Centros,

atuam também, os monitores, que já foram estagiários do Centro e obtiveram uma experiência singular, além de ter os conciliadores voluntários do TJPB, que foram capacitados, através do curso de conciliadores, pelo próprio NUPEMEC e, receberam portaria para estarem atuando de forma voluntária. E essa prática de atuação voluntária prevalecerá nos Tribunais, pois não há nenhuma divulgação por parte do Poder Público, com apresentação de dotação orçamentária, que viesse custear o pagamento da prestação de serviços por parte dos Conciliadores e mediadores, nos Centros Judiciais de Soluções de Conflitos e Cidadania.

Esse Centro de Conciliação e Mediação, realiza audiência extrajudicial e judicial, respeitando as normas estabelecidas pela Resolução nº125, bem como às exigências pautadas no Novo Código de Processo Civil. O Centro tem como foco principal, as questões de ordem cível, e pautada pela busca incessante da pacificação social, da interação dos indivíduos e do desejo de ver sanado os problemas ali apresentados. Levando em consideração a vida das pessoas que se encontram ávidos por laços estreitos de relação pessoal. E assim, chegam aos CEJUSC'S, buscando solucionar as controvérsias, muitas vezes desgastadas por algumas tentativas infrutíferas de resolver os conflitos em apreços. Eis que entram os conciliadores e mediadores, com novas técnicas e abordagens diferenciadas, que surtirão efeitos significativos para a solução dos conflitos.

As técnicas de comunicação permitem que uma audiência seja conduzida de maneira pacífica, equilibrada e focada num olhar construtivo entre as partes. As pessoas envolvidas nos conflitos, tendem a mudar o pensamento, bem como o comportamento, quando se deparam com a possibilidade de verem seus anseios não solucionado, e as técnicas servirão para desmistificar essa ideia de que não sai com o acordo, é um perdedor. Na medida em que o diálogo vai acontecendo, o facilitador do diálogo, com o conhecimento que tem, certamente, facilitará esse diálogo, e permitirá que as partes vejam de forma pacífica, a melhor solução para seu litígio, percebendo então, que o consenso é a maneira mais eficaz e salutar para as partes. Vale ressaltar, que a conciliação poderá ser mais difícil quando uma das partes for Empresa, pois essa normalmente, é tendente a não querer reparar o dano conforme deveria fazer, a empresa, numa relação processual, apresenta-se mais pretensiosa, e fechada ao acordo, que em diversas vezes é exitoso e outras vezes não. Diante da negativa do acordo, é dada sequência para que o juiz possa apreciar e julgar a ação.

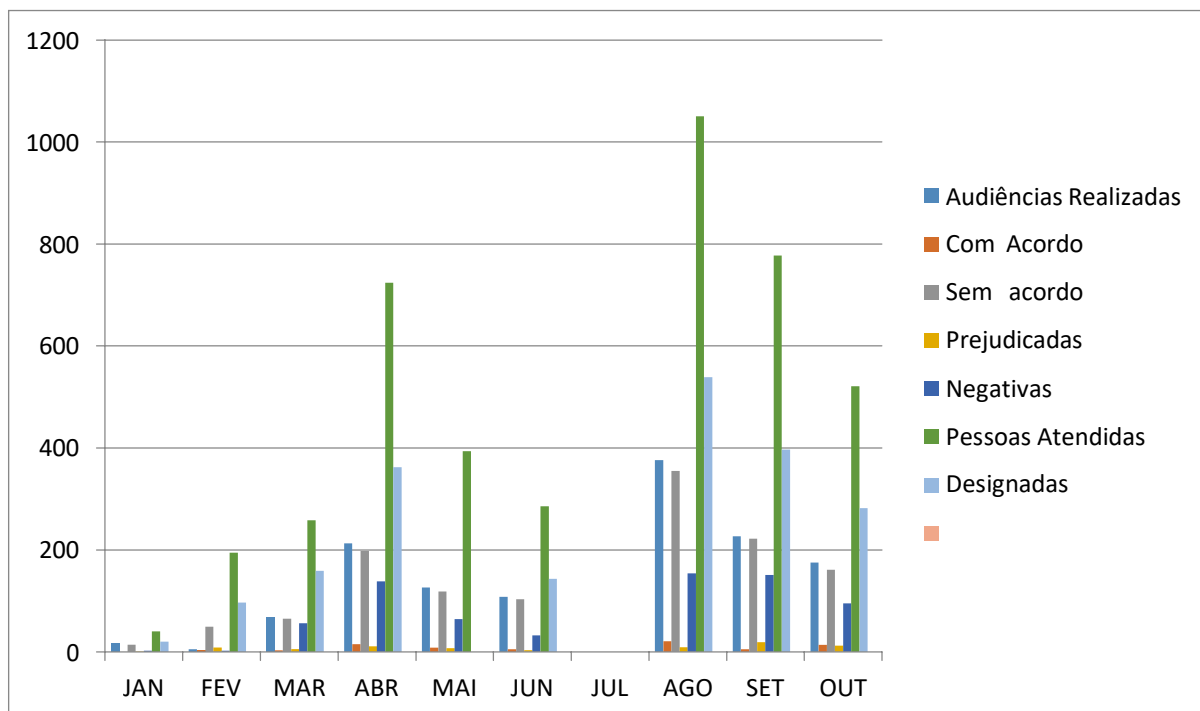
4.3 RESULTADOS DE AUDIÊNCIA DO CEJUSC II

O CEJUSC II, no período de janeiro a junho de 2017 e de agosto a outubro de 2017 realizou um total de 1.315 audiências de conciliação. Desse total, houve 73 audiências com acordos, 1.188 audiências sem acordos. Houve ainda, 75 prejudicadas, 1.999 designadas, 694 negativas e um total de 4.245 pessoas atendidas nesse período. O quadro abaixo apresenta detalhadamente, mês a mês, os dados das audiências no Centro Judicial de Solução de Conflitos e Cidadania.

AUDIÊNCIAS DE CONCILIAÇÕES DO CEJUSC II CIVEL - DE JANEIRO A OUTUBRO DE 2017 EM JOÃO PESSOA.

	JAN	FEV	MAR	ABR	MAI	JUN	JUL	AGO	SE T	OU T
Audiências Realizadas	17	5	68	213	126	108	-	376	227	175
Com Acordo	0	2	3	15	8	5	-	21	5	14
Sem acordo	14	49	65	198	118	103	-	355	222	161
Prejudicadas	1	8	5	11	7	3	-	9	19	12
Negativas	2	2	56	138	64	32	-	154	151	95
Pessoas Atendidas	40	195	258	724	394	286	-	1050	777	521
Designadas	20	97	159	362	-	143	-	539	397	282

FONTE: TJ/PB



FONTE: TJ/PB

O referido Centro Judicial de Solução de Conflitos e Cidadania atuando na área cível, tem significativa importância para as Varas Cíveis, em virtude de estar contribuindo para a solução de uma grande demanda de processos nos Judiciário, aproveitando para realizar as audiências que são passíveis de Conciliação. Essa nova cultura de inserção do diálogo e de pacificação social está sendo muito bem trabalhada e praticada por um público que parecia descrente na atuação do Judiciário, acreditando que nada era resolvido, que era oneroso e não era célere. Essa mudança de percepção, esse olhar negativo, aos poucos está se repaginando, isso é perceptível, basta observar os dados elencados acima, que traz o crescente número de demandas e soluções dadas. Notadamente, ainda é preciso um esforço maior, para fazer as pessoas perceberem que a maneira mais célere, menos onerosa e de resultados exitosos é conciliar. Embora, ainda nos depararmos com muitas dificuldades, pois os jurisdicionados ainda tem o meio processual como o meio mais eficaz, por ser uma prática antiga, já houve e continuará havendo avanços significativos, pois a semente do diálogo, da pacificação e da humanização no atendimento e resolução dos conflitos vem sendo semeada em uma sociedade, carente de efetivação na realização dos seus direitos, e, quando essa prestação é atendida e ofertada de forma mais célere, menos onerosa e mais

humana, traz uma maior satisfação para as partes, advogados e todos os envolvidos, repercutindo diretamente no comportamento social. Ainda assim, é necessária a participação incansável de todos aqueles que estão a frente da Conciliação e Mediação, e que tem o condão de disseminar essa prática de utilização dos meios consensuais, para se resolver os litígios. Ao conciliador e ao Mediador também é incumbido o dever de se empenhar e a responsabilidade de apresentar a importância desse mecanismo para uma cultura de paz, de eficácia e de composição de forma amigável.

4.4 ATUAÇÃO DO CEJUSC NA SEMANA NACIONAL DE CONCILIAÇÃO

A Semana Nacional de Conciliação, é promovida pelo Conselho Nacional de Justiça - CNJ, e é um dos projetos da Política Judiciária de tratamento adequado de conflitos de interesse. A Semana de Conciliação, é realizada nos Tribunais de todo o país, visando a estimulação de solução consensual de conflitos, com uma ampla campanha de divulgação na sociedade, proporcionando aos indivíduos a rápida solução de seus processos. É possível Conciliar, bastando que se manifeste sobre esse interesse, não só apenas na Semana de Conciliação, mas em qualquer momento. Vale ressaltar, que os Conciliadores atuam em caráter voluntário, na semana de conciliação, sem nenhuma possibilidade de remuneração.

5 A EFETIVIDADE DA MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO NA PACIFICAÇÃO SOCIAL.

A efetividade da Conciliação e Mediação acontece por um processo de transformação cultural, pela credibilidade e confiança ao qual o indivíduo encontra ao buscar os Centros Judiciais de Solução de Conflitos e Cidadania. Embora as pessoas ainda cheguem com o desejo de disputa, guerra, tristeza, briga e agressão, esses sentimentos que consistem numa disputa e que abalam as relações humanas. Cabendo ao facilitar do diálogo, usando de suas técnicas, oportunizar, consoante a complexidade, a melhor maneira de realizar a audiência e chegar ao resultado exitoso e eficaz. Assim, contemplando as partes com a possibilidade de pacificar as relações e sanar os conflitos. A pacificação social, surge como a transformação da cultura de confrontos para uma cultura de

paz, de diálogo, de tolerância, de equilíbrio, de aproximação e de entendimento. Essa mudança ainda escondida e encoberta na sociedade, precisa aflorar, aparecer e disseminar para a pacificação, permitindo que a conciliação e a mediação deem a sua contribuição para uma cultura de paz. Rodrigues, Milaine Ferreira Pinto, apresenta em sua dissertação de mestrado o posicionamento da pesquisadora em mediação de conflitos Montovani Delfini, apud Lima
(2012):10

[...] A melhor forma de levar a Pacificação para o coletivo é, antes de tudo, pacificar o nosso interior, a nossa alma. É encontrar a paz, a harmonia, a tranquilidade, o sossego, a quietude de ânimo, a ausência de guerra e de dissensões. É nesta qualidade que se encontra a verdadeira Pacificação Social. Do contrário, estaremos apenas "brincando de pacificar" e o efeito será muito menor e menos verdadeiro. Creio que todo Projeto de Pacificação Social deve começar com a transformação verídica e efetiva dos Pacificadores. Mas para isso existem dois itens essenciais que é a vontade e a consciência... A consciência da responsabilidade que é tornar-se um pacificador social, consciência que se exige uma mudança interna e uma postura adequada com os valores que são transmitidos no âmbito externo. Os Pacificadores precisam conhecer e percorrer o caminho para alcançar a Pacificação e assim mostrar esse caminho para as pessoas que não se conectaram a ela. Creio que o caminho é a própria transformação de cada ser humano e os verdadeiros Pacificadores podem mostrar esse percurso a quem necessita de amparo em suas relações conflituosas.

Notadamente, os conflitos estão presentes em toda sociedade, pode se dizer que ele faz parte da evolução do homem. Manifestam-se nas mais diversas formas de agir, pensar e falar. Daí se pensa na justiça indo de encontro com aquilo que o indivíduo acredita ser melhor, elevando a razão diante das partes envolvidas no conflito. Eis que surge, o meio alternativo de resolução de conflitos, com o condão de ser um meio pacificador das relações, estimulando valores e mudanças de comportamento, prezando por uma convivência, tranquila, pacífica e harmoniosa. Necessário se faz que as pessoas percebam que a participação delas nessa mudança cultural, enquanto pessoas na sociedade, de sair da zona de conflito para a busca da pacificação social, vendo a mediação e a conciliação como um meio de eficácia para dirimir os conflitos de interesses e primando por uma convivência tranquila, pautada no respeito e na tolerância.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A abordagem sobre a Mediação e Conciliação como meios alternativos de solução de conflitos, trouxe uma reflexão sobre a importância e a eficiência desse instituto como um meio pacificador das relações humanas.

Nesse contexto, visto que se vive em uma sociedade em que os indivíduos busca resposta no Poder Judiciário, por acreditarem por décadas, que as respostas para seus litígios, terão eficácia se vier por meio de sentença. Notadamente, estas ideias estão sendo modificadas, pois a nova cultura pautada numa visão de humanização, harmonização, equilíbrio, respeito e diálogos, estão gerando impactos e desmistificando o olhar para as desavenças, intrigas, desequilíbrio e desgastes das relações.

Como bem positiva a Resolução 125 do Conselho Nacional e Justiça – CNJ e o Novo Código de Processo Civil – NCPC, a Conciliação e a Mediação segue parâmetros que contribuirá de forma significativa para quebrar paradigmas e desafogar o judiciário, resolvendo às demandas que são possíveis de conciliação ou mediação além de por fim numa visão antagônica vencedores e vencidos.

Destarte, é de grande importância que a sociedade tenha conhecimentos desses métodos consensuais para a solução de controvérsias, bem como os operadores do direito, que abraçam ainda, timidamente esses meios alternativos, esquecendo por vez, que essa é uma solução célere, menos onerosa, eficiente, com garantia de confidencialidade, privacidade e rapidez.

É importante ressaltar, que para a realização desse projeto, julgou-se necessário conhecer o funcionamento dos CEJUSC's, mais precisamente o CEJUSC CIVEL II, em João Pessoa. Na oportunidade, obtidas informações de coleta de dados sobre a quantidade de pessoas atendidas, e audiências realizadas, com acordos e sem acordos, bem como as designadas e negativas. Nessa perspectiva, foi apresentado como acontece as audiências de Conciliação e mediação, em que consiste a atuação dos CEJUSC's e qual a importância que o centro tem para a sociedade. Os Centros atuam em parceria com o Tribunal de Justiça e com a participação da Instituição de Ensino IESP, que tem significativa importância para a vida acadêmica dos estudantes de direito.

Assim sendo, foi de grande valor debruçar nessa pesquisa, e ao mesmo

tempo perceber que os resultados foram exitosos e o objetivo dessa pesquisa foi alcançado, que se poder ver que a mediação e a conciliação tem eficácia nos CEJUSC's, ainda com resultados pequenos, mas com uma procura significativa e crescente a cada mês, como foi bem explanado na tabela e gráfico apresentado. Observou-se que a sociedade de uma maneira geral, caminha pra uma nova concepção positiva, acreditando numa composição amigável numa cultura de pacificação social a partir do diálogo.

REFERÊNCIAS

Apostila CEJUSC. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Disponível em: Acesso em outubro de 2015.

BRAGA NETO, Adolfo. Alguns aspectos relevantes sobre a mediação de conflitos In: Grinover, Ada Pellegrini (coord.). Mediação e Gerenciamento do Processo: Revolução Na Prestação Jurisdicional: Guia Prático para a Instalação do Setor de Conciliação e Mediação, São Paulo: Atlas, 2008.

CAPPELLETTI, Mauro e GARTN, Bryan. Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Fabris, 1988.

Cartilha da Conciliação e Mediação - Perguntas e Respostas (Conselho Nacional de Justiça- 2017)

<http://conciliar.tjpb.jus.br/quero-conciliar/acessoem25/11/2017>

FARINELLI, Alisson; CAMBI, Eduardo Augusto Salomão. Conciliação e mediação no novo Código de Processo Civil (PLS 166/2010). Revista de Processo, São Paulo, v. 36, n. 194, p. 277-305, abr. 2011.

ISIDRO, Bruno César Azevedo. <http://ccapb.blogspot.com.br/search?updated-max=2010-12-03T06:40:00-03:00&max-results=12>

Implantado Núcleo Permanente de Conciliação da Comarca do Crato. Blog do Crato. Disponível em: <<http://blogdocrato.blogspot.com.br/2014/04/implantado-nucleo-permanente-de.html>>;

Manual de Mediação Judicial 2016 6ª EDIÇÃO De acordo com a Lei 13.140/15 (Lei de Mediação), a Lei 13.105/15 (Novo Código de Processo Civil) e a Emenda 2 da Resolução 125.

MENEGHIN, Laís. Meios alternativos de pacificação de conflitos - mediação, conciliação e arbitragem. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 28 jun. 2010. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.27288>>. Acesso em: 05 jun. 2017.

www.tjpb.jus.br/wp-content/.../RELAÇÃO-DE-CEJUSC'S-ATUALIZADOS

2017. acesso em 26/11/2017

NUPEMEC – TJPB Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos <http://conciliar.tjpb.jus.br/quero-conciliar/> Acesso em: 26/11/2017 e 05/05/2017.

OLIVEIRA SOBRINHO, Afonso Soares de. Conciliação, mediação e acesso à Justiça no novo Código de Processo Civil. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVIII, n. 136, maio 2015. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15302>. Acesso em nov 2017.

RODRIGUES, Milaine Ferreira Pinto. A Mediação e Conciliação pré-processual como meios de prevenção e solução de conflitos: o papel do 3º Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania de Goiânia-GO.

ROSA, Graziela Matos Souza Santa. Arbitragem, conciliação e mediação, seus benefícios e desafios. *Conteúdo Jurídico*, Brasília-DF: 02 ago. 2013. Disponível em:

<<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.44587&seo=1>>. Acesso em: 05 jun. 2017.

TARTUCE, Fernanda. Mediação no Novo CPC: questionamentos reflexivos. In *Novas Tendências do Processo Civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*. Org.: Freire, Alexandre; Medina, José Miguel Garcia; Didier Jr, Fredie; Dantas, Bruno; Nunes, Dierle; Miranda de Oliveira, Pedro (no prelo). Disponível em <http://www.fernandatartuce.com.br/artigosdaprofessora>. Acesso em 28/11/2017

O DIREITO SUCESSÓRIO NAS FAMÍLIAS PARALELAS

Kamila Araújo Braga
Albérico Fonseca

RESUMO:

O presente trabalho tem o objetivo analisar o direito sucessório nas famílias paralelas. Essas famílias passaram a ser estudadas devido à incidência do princípio da dignidade humana, princípio da pluralidade da famílias, e também o princípio da afetividade nas relações familiares. A partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, esses princípios possibilitaram o reconhecimento da união estável e também de diversas outras entidades familiares, sendo uma dessas a família paralela. Uma vez que a família simultânea venha a ser reconhecida no plano jurídico, nota-se que ela surtirá seus devidos efeitos. Dessa forma é necessário o estudo do direito sucessório baseado na jurisprudência vigente quanto à possibilidade da ex convivente da família concomitante ser titular de direito sucessório do de cujus.

Palavras-Chave: Direito de família; concubinato; direito do (a) amante; famílias paralelas.

ABSTRACT:

This study aims to analyze the inheritance law in the parallel families. These families came to be studied due to the incidence of the principle of human dignity, the principle of plurality of families, and also the principle of affection in family relationships. Since the enactment of the 1988 Federal Constitution, these principles enabled the recognition of common-law marriage and also various other family entities, one of these parallel family. Since the simultaneous family will be recognized in law, it is noted that it shall take its due effect. Thus the study of inheritance law is necessary based on existing case law on the possibility of the former cohabitant concomitant family hold the succession law of the deceased.

Key Words: family law; concubinage; right(a) lover; parallel families.

1 INTRODUÇÃO

A pesquisa é sobre as famílias simultâneas, fenômeno dotado de grande relevância para as ciências sociais e que vem sendo enfrentado com divergência pelo Poder Judiciário. O reconhecimento das famílias paralelas ainda é um tema muito polêmico em nossa Sociedade, apesar de ser algo muito comum acontecer. Quando o assunto é tratado nos tribunais vira um grande problema.

A Constituição Federal de 1988 fez incidir novos valores sobre a entidade

familiar, através de concepções abertas e plurais da família eudemonista, o que acabou por repercutir na esfera jurídica pátria, em contraposição à perspectiva clássica do Direito Civil. Atento ao fato de que o ordenamento jurídico brasileiro, em matéria de família, não possui previsão normativa específica acerca da simultaneidade familiar no âmbito da conjugalidade, busca-se averiguar a viabilidade de reconhecê-la como um núcleo familiar com base em princípios constitucionais e na jurisprudência, que já apresenta julgamentos em benefício da companheira paralela.

De antemão, destaca-se que aqui não se busca avaliar ou julgar a conduta daqueles indivíduos participantes de uma convivência paralela como certa ou errada, moral ou imoral, visto que esta não é tarefa dos operadores do Direito. O que se pretende, em verdade, é empenhar-se na melhor solução para os casos concretos, dado que estes existem, geram efeitos na esfera social, e, por isto, não podem ser condenados à invisibilidade jurídica.

De acordo com Maria Berenice Dias (2011), infringir o dogma da monogamia assegura privilégios. A manutenção de duplo relacionamento gera total irresponsabilidade. Uniões que persistem por toda uma existência, muitas vezes com extensa prole e reconhecimento social, são simplesmente expulsas da tutela jurídica. A essa amante somente se reconhecem direitos se ela alegar que não sabia da infidelidade do parceiro.

Para ser amparada pelo direito precisa valer-se de uma inverdade, pois, se confessa desconfiar ou saber da traição, recebe um solene: bem feito! É condenada por cumplicidade, punida pelo adultério que não é dela, enquanto o responsável é absolvido. Quem mantém relacionamento concomitante com duas pessoas sai premiado. O infiel, aquele que foi desleal permanece com a titularidade patrimonial, além de ser desonerado da obrigação de sustento para com quem lhe dedicou a vida, mesmo sabendo da desonestidade do parceiro. Paradoxalmente, se o varão foi fiel e leal a uma única pessoa, é reconhecida união estável, e imposta tanto a divisão de bens como a obrigação alimentar. A conclusão é uma só: a justiça está favorecendo e incentivando a infidelidade e o adultério.

Ainda segundo a autora, negar a existência de famílias paralelas – quer um casamento e uma união estável, quer duas uniões estáveis – é simplesmente não ver a realidade”. Coloca ainda que a justiça acaba cometendo enormes injustiças. Realmente, não se pode condenar uma família, deixar de reconhecer os seus

direitos, devido à forma como se constituiu. Atualmente, muito se fala em famílias monoparentais e em famílias homoafetivas, reconhecendo-se perante o universo jurídico. Não há razão para tanta resistência ao reconhecimento das famílias simultâneas.

O objetivo deste trabalho é analisar a possível direito sucessório para as famílias paralelas. Para atingir tal objetivo, o trabalho está dividido em nove capítulos. No primeiro capítulo, será abordado sobre a evolução histórica da família. No Segundo faz-se a referência do Direito de Família, conceitos e o que representa. No terceiro e quarto, será apresentado conceitos preliminares acerca de direito de sucessão, mencionando o Código Civil. No capítulo quinto, será debatido informações sobre os Princípios Constitucionais da família. Em seguida, trataremos das famílias paralelas e das relações concubinárias. No nono capítulo, serão apresentadas a boa-fé dessas relações concubinárias paralelas e por fim, a abordagem do direito sucessório nessas famílias.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA SOBRE A FAMÍLIA E SEUS CONCEITOS

A origem do direito sucessório brota das primeiras formações familiares, assim, para compreender o direito sucessório pátrio, remete-se ao estudo da história da civilização Romana. A família estava intimamente ligada à religião, a relação de parentesco era graduada de acordo com o culto. Logo, pertenciam à mesma família aqueles que adotavam, a mesma crença. As primeiras normas do direito sucessório romano pairavam sobre o princípio de que a sucessão e o culto eram institutos inseparáveis, crença e propriedade estavam interligadas, o direito sucessório tinha como base fundamental a religião. Nesse sentido, destacam-se as palavras de Sílvio de Salvo Venosa, A propriedade e culto familiar caminhavam juntos.

A propriedade continuava após a morte, em razão da continuidade do culto. Fustel de Coulanges (2004) discorre sobre as normas da época (Religião e Sociedade). Deste princípio se originaram todas as regras do direito sucessório entre os antigos. A primeira é que sendo a religião doméstica como já foi visto, hereditária, de varão para varão, a propriedade também o era. Assim, sendo o filho o natural e necessário continuador do culto, herda também os bens. Nisso está o surgimento do princípio da hereditariedade; não era pois o resultado de simples convenção entre homens, apenas.

Como regra geral, porém, o Direito Civil moderno apresenta uma definição mais restrita, considerando membros da família as pessoas unidas por relação conjugal ou de parentesco. As várias legislações definem, por sua vez, o âmbito do parentesco. O direito de família estuda, em síntese, as relações das pessoas unidas pelo matrimônio, bem como aqueles que convivem em uniões sem casamento; dos filhos e das relações destes com os pais, da sua proteção por meio de tutela dos incapazes por meio da curatela (VENOSA, 2011).

Desse modo, importa considerar a família em um conceito amplo, como parentesco, ou seja, o conjunto de pessoas unidas por um vínculo jurídico de natureza familiar, porém esse conjunto não recebe tratamento pacífico e uniforme. A ordem jurídica enfoca-a em razão de seus membros, ou de suas relações recíprocas. O conceito de família atravessa o tempo e o espaço, sempre tentando clarear e demarcar o seu limite. (PEREIRA, 2007).

O Direito Romano marcou de forma expressiva o Direito de Família. Os conceitos de família e filiação eram alicerçados no casamento e no autoritarismo, imposto pela figura do pater, dando origem ao termo pátrio poder, hoje denominado poder familiar. Esses conceitos incorporaram-se ao antigo Código Civil brasileiro, sendo que ainda hoje se percebe a sua influência e seus resquícios na legislação vigente.

O Direito Canônico, diferentemente do Direito Romano, foi marcado pelo advento do cristianismo. A partir desse momento só se instituíam famílias através de cerimônia religiosa.

De acordo com Pereira (2007) o casamento sofreu uma grande variação em sua essência, pois o cristianismo elevou o casamento à sacramento. “[...] O homem e a mulher selam a sua união sob as bênçãos do céu, transformando-se numa só entidade física e espiritual e de maneira indissolúvel”. O sacramento do casamento não poderia ser desfeito pelas partes, somente a morte separaria a união indissolúvel entre um homem e uma mulher, simbolizada através da troca de alianças.

No que compete a realidade brasileira, enquanto perdurou a vigência do Código Civil de 1916, atravessando o lapso temporal até o nascentoll da Constituição Federal de 1988, é possível dizer que a “ter filhos” era uma das obrigações do casamento. O matrimônio era a única forma lícita de constituição de família. A família válida era legitimada somente através do casamento e aos

cônjuges impunha-se uma posição passiva em relação às funções matrimoniais, identificadas com as funções da própria família (DENZ, 2007).

De acordo com Meireles (1998, p. 105) pode-se dizer, atualmente, que a família brasileira é predominantemente urbana, é menor, nuclear e muito menos hierarquizada. E, principalmente, o fato de ser menor indica uma redução de sua função meramente procriadora se comparada com a família que serviu de modelo para o Código Civil de 1916.

Sendo assim, Fachin (1992, p. 46) aborda o Código Civil de 1916 como continuidade de um movimento inaugurado tempos antes, ainda no Império, onde definiu a família em função da proteção moral, preservando sua constituição através do matrimônio.

As uniões que não eram consagradas pelo matrimônio eram, por sua vez, discriminadas, bem como os filhos delas advindo. Era época de valor exclusivo da família formada a partir do casamento e filhos gerados das justas núpcias gozavam da presunção absoluta da sua paternidade marital. Além deste privilégio legal, a prole concebida na constância do casamento ainda adquiria diferenciada estratificação social, ao ser qualificada como filiação legítima, contrastando num degrau nitidamente degenerativo com a chamada filiação ilegítima, ou simplesmente biológica. (...) Era tempo de entender que o preconceito deitava sobre os filhos e não sobre os pais; (...) invariavelmente, a sociedade valorizava o brocado de que pai era quem demonstrava o casamento, fonte de natural aceitação da procriação. Por obra do matrimônio, os filhos do casamento legítimo eram registrados por qualquer um dos seus ascendentes, bastando comprovar o matrimônio para a incidência instantânea da presunção absoluta da filiação ser fruto do casamento (MADALENO, 2000, p. 155).

Novas essências familiares formadas no decorrer dos posteriores à promulgação do Código Civil de 1916, manifestadas paulatinamente em leis esparsas, foram recepcionadas pela Constituição Federal de 1988 que, superando o antigo caráter individualista, imprimiu importância ímpar à dignidade da pessoa humana, o que resultou o reconhecimento de uniões até então discriminadas (GAMA, 2003).

A Constituição de 1988 altera o objeto da tutela jurídica e deixa de enaltecer, como sempre fizera em nome da paz doméstica, apenas a família conjugal e passa a dar proteção a qualquer das entidades familiares constitucionalmente

credenciadas, independentemente da formalidade ou informalidade de sua origem e até quando constituída por apenas um dos pais, devendo qualquer comunidade familiar ser preservada apenas como instrumento de tutela da dignidade da pessoa humana.

Segundo Madaleno (2000), a Constituição Federal de 1988, por sua vez, revogou inúmeros artigos no Código Civil, que até então, permanecia intocado. Ao tratar das matérias referentes à família, conseguiu, de maneira aprofundada, embora ainda não satisfativa, atender às necessidades de uma sociedade completamente diferente daquela retratada na antiga codificação.

Com base no que vimos até agora, percebe-se que, sem dúvidas, a Constituição Federal trouxe inúmeras modificações para o Direito da Família, que passou a ser vista de maneira pluralista. Sendo assim, criou bases para o Novo Código Civil, criado no ano de 2002, que corroborou com as previsões da Constituição Federal de 1988.

Entre a promulgação da Constituição Federal de 1988 e o Novo Código Civil, em vigor desde 2002, relevante as legislações que trataram provisoriamente de assuntos relacionados à entidade familiar. Assim, observa-se a Lei nº 8.069 (Estatuto da Criança e do Adolescente), que assumiu papel de lei fundamental no tocante às relações paterno-filiais, dando execução às linhas estruturais fixadas pela Constituição Federal de 1988. Outro importante texto legislativo foi o de nº 8.560/92, que aprimorou o tratamento legal a respeito da filiação extramatrimonial, ampliando os meios disponíveis para reconhecimento voluntário ou judicial do vínculo, corroborando com o já previsto na Constituição Federal que eliminou a classificação de ilegítimos para aqueles filhos havidos fora do casamento (BARBOZA, 1999).

Conforme Madaleno (2003) desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, as uniões familiares não são mais restritas ao vínculo conjugal, mas alargam para o reconhecimento das uniões estáveis entre o homem e a mulher e aos grupos chefiados por um homem ou uma mulher sem cônjuge ou companheiro.

Diante do exposto, pode-se dizer que, a família é formada, tanto de afeto, quanto de laços consanguíneos, já que a mesma sofreu mudanças impostas pela necessidade, pela época, pelos costumes e pelo próprio direito. Percebe-se que, com o passar do tempo nasceu um novo conceito de família, ou seja, aquela formada não unicamente pelo sacramento do casamento, mas pelo elo do afeto, surgindo assim, a família da pós-modernidade, o qual será analisado no terceiro

capítulo.

3

O DIREITO DE FAMÍLIA

De acordo com Carlos Alberto Bittar (1993), em suas interações na sociedade, tende o homem a reunir-se em grupos, ou núcleos, em que satisfaz as suas necessidades básicas, de ordem pessoal ou patrimonial, assumindo relevo especial a da família. Como centro irradiador de vida, de cultura e de experiência, a família é a célula básica do tecido social, em que o homem nasce, forma a sua personalidade, e se mantém, perpetuando a espécie, dentro de uma comunidade duradoura de sentimentos e de interesses vários que unem os seus integrantes. Constitui, pois, instituição geradora e formadora de pessoas e núcleo essencial para a preservação e o desenvolvimento da nação, alimentando-a com seres forjados e preparados para a sua missão na sociedade. Daí, a regulamentação própria que recebe no plano jurídico, em ramificação do Direito Civil denominada Direito de Família, fortemente submetida a intervenção estatal, desde o enlace formal de que se origina, ou seja, o casamento.

O Direito de família representa, em si, o conjunto de princípios e de regras que regem as relações entre o casal e os familiares, vale dizer, pessoas ligadas por vínculos naturais ou jurídicos, conjugais ou de parentesco. Completa-se com as de assistência, resultantes de liames jurídicos tutelares, previstos para a proteção de incapazes e de ausentes. Comporta, portanto, em seu contexto, a disciplina do relacionamento-base, ou seja, o da união solene entre homem e mulher; dos direitos e dos deveres entre cônjuges; de relacionamento com os filhos; do liames com os parentes; das relações entre assistentes e assistidos, nos institutos da tutela e da curatela; e, no regime codificado, da ausência, com a participação, em todos, de entidades estatais especializadas.

Sobre a visão dos doutrinadores acerca do conceito vejamos o que dispõe Maria Helena Diniz, seguindo o pensamento de Clóvis Beviláqua (1917):

Constitui o direito de família o complexo de normas que regulam a celebração do casamento, sua validade e os efeitos que dele resultam, as relações pessoais e econômicas do matrimônio, a dissolução deste, a união estável, as relações entre pais e filhos, o vínculo de parentesco e os institutos complementares da tutela e curatela. Abrange esse conceito lapidadamente, todos os institutos do direito de família, regulados pelo Código Civil nos arts 1.511 a 1.783.

Com mais propriedade de interpretação Carlos Roberto Gonçalves conceitua família da seguinte forma:

O direito de família é, de todos os ramos do direito, o mais intimamente ligado à própria vida, uma vez que, de modo geral, as pessoas provêm de um organismo familiar e a ele conservam-se vinculadas durante a existência, mesmo que venha constituir nova família pelo casamento ou pela união estável. Lato sensu, o vocábulo família abrange todas as pessoas ligadas por vínculo de sangue e que procedem, portanto, de um tronco ancestral comum, bem como as unidas pela afinidade e pela adoção. (GONÇALVES, 2011, p.17).

De acordo com Dias (2011), em sede de direito das famílias, é mister distinguir os direitos familiares pessoais dos direitos familiares patrimoniais. Cabe lembrar que se chama de direito objetivo o conjunto de normas gerais e abstratas que buscam ordenar a vida social. Direito subjetivo é a posição de uma pessoa frente a determinada norma de direito objetivo. Essa posição pode ser favorável à alguém, o que o torna titular do direito; ou pode ser desfavorável, o que leva ao surgimento de um dever jurídico.

Os direitos patrimoniais da família, embora não fiquem imunes às características peculiares da matéria familiar, são direito reais e obrigacionais. José Lamartine C. de Oliveira e Francisco José F. Muniz (1990), trazem a noção de direito pessoal e direito de família, distinguindo poder-função de direito-dever, em que ocorre a dissociação entre titularidade do poder e titularidade do interesse.

O exemplo clássico é o poder familiar, em que o titular do interesse é o filho, sendo o genitor e o titular do dever. Essa dicotomia é que leva ao conceito de direito subjetivo da família com característica funcionalista, ou seja, o titular do direito subjetivo é obrigado a exercê-lo, pelo interesse a que serve, pela função do direito que atende a interesse de outrem. Assim o direito de família não se destina exclusivamente a conceder direitos, mais muito mais a atribuir deveres. No entanto, o direito pessoal de família também serve ai interesse próprio de seu titular. O poder familiar, por exemplo, não é exercido apenas no interesse do filho, mas atende também a necessidade biológica dos pais.

4 CONCEITO DE DIREITO DAS SUCESSÕES

Direito das Sucessões é o ramo específico do Direito que tem como objetivo a transmissão patrimonial do falecido aos seus sucessores. Dentre os vários campos

de incidência do Direito, a sucessão é na maioria das vezes presentes em vários atos da vida civil, em outras palavras é capaz de determinar novas diretrizes em relação ao exercício dos direitos. Podemos dizer que a sucessão, do latim sucedere, é a perpetuação do direito do seu titular através de seus sucessores, seja ela legalmente ou testamentária – Art. 1786, CC: A sucessão dá-se por lei ou por disposição de última vontade.

De acordo com Gonçalves (2011) a palavra “sucessão”, em sentido amplo, significa o ato pelo qual uma pessoa assume o lugar de outra, substituindo-a na titularidade de determinados bens. Porém, no direito das sucessões, o vocábulo é empregado em sentido estrito, para designar tão somente a decorrente da morte de alguém, ou seja, a sucessão causa mortis. O referido ramo do direito disciplina a transmissão do patrimônio, ou seja, do ativo e do passivo do de cujus ou autor da herança a seus sucessores.

Como diz Maria Helena Diniz (2002) em seus ensinamentos, o sucessor toma posição jurídica do autor da herança no momento de sua morte não alterando em nada a relação jurídica, apenas se muda o sujeito. A sucessão implica em “não extinção da relação jurídica”, o sujeito (herdeiro) assume os direitos e obrigações de seu antigo titular. A palavra “sucessão” tão-somente para Washington de Barros Monteiro nos remete apenas a transferência da herança ou do legado pela morte, interpretando restritivamente o vocábulo dependendo do evento morte, não vigendo o preceito em que a morte dissolve tudo.

Na mesma direção, Eduardo de Oliveira Leite (2003) aponta que sucessão em sentido estrito é aquela em que os bens de uma pessoa se transmite em razão de sua morte e diz que em sentido amplo é o ato que uma pessoa toma o lugar da outra substituindo-lhe em seus direitos. O termo “morte” é entendido como ponto chave para se tratar de sucessão sendo que para Sílvio Rodrigues esteja fora de alcance a transmissão de bens inter vivos. A razão de existência do Direito das Sucessões se dá por conta de dois institutos combinados: A propriedade e a família que muito antes, na Antiguidade, se pregava este preceito, mesmo que arcaico.

Segundo Venosa (2011) suceder é substituir, tomar o lugar de outrem no campo dos fenômenos jurídicos. Na sucessão, existe uma substituição do titular de um direito. Esse direito é o conceito amplo de sucessão no direito. Quando se fala, na ciência jurídica, em direito das sucessões, está tratando de um campo específico do direito civil: a transmissão de bens, direitos e obrigações em razão da morte. É o

direito hereditário, que se distingue do sentido lato da palavra sucessão, que se aplica também à sucessão entre vivos.

O direito da sucessão, foi o que mais sofreu transformações ao longo da história. Esta mudança vem acontecendo desde o aparecimento dos povos primitivos, representado por crenças religiosas, que eram a força motriz das unidades familiares. O direito a sucessão já era tratado no Código de Hamurabi, onde havia previsão legal do direito sucessório, ante a necessidade de regramento para transmissão de patrimônio aos sucessores.

No direito romano, a partir do Código de Justiniano, a sucessão legítima passa a ser fundamentada unicamente no parentesco natural, com a seguinte ordem de vocação hereditária: os descendentes, os ascendentes, os irmãos e irmãs consanguíneos e outros parentes colaterais.

Cretella Jr. (1980), completa que o direito romano utilizou, ao longo dos vários séculos de seu desenvolvimento (desde a fundação de Roma, em 753 a.C., até o Digesto de Justiniano em VI d.C.) quatro sistemas: I) Sistema das XII Tábuas; II) Sistema do direito pretoriano; III) Sistema do direito imperial; IV) Sistema de Justiniano.

Dois princípios regulam o direito das sucessões no período de tempo marcado pela vigência da Lei das XII Tábuas: a) se alguém morre sem testamento e sem deixar herdeiro seu, que o agnato (relação de parentesco por linha masculina) mais próximo tenha a sucessão;

b) se não tem agnato, que os gentiles tenham a sucessão.

“Enquanto o paterfamilias está vivo, os filhos são, pelo menos em teoria, coproprietários do patrimônio, ao qual todos contribuem para aumentar. Morrendo o pai, continua a mesma situação, pois não houve acréscimo dos bens existente. Desse modo, entram os heredes na posse dos bens sobre os quais tinham uma espécie de direito abstrato. Na classe dos herdeiros seus não se faz distinção de sexo”.

O direito de sucessão foi passando por transformações, pelos romanos, pelos gregos, pelos franceses, ingleses e alemães, até chegarmos no direito moderno, que trouxe inovações, novas ideias mais justas e generosas, numa tentativa de ajudar e uniformizar a transmissão hereditária.

Em 1.º de Janeiro de 1916 foi promulgado o Código, com vacatio legis de 1 ano, vigorando, portanto em 1.º de Janeiro de 1917. O Código de 1916 estava

arraigado pelas influências jurídicas e filosóficas do direito germânico (por influência da Escola de Recife, de Tobias Barreto e do positivismo de Augusto Comte). Tinha conformação parecida com o BGB alemão. Especialmente quanto ao livro reservado ao “Direito das Sucessões” expunha regras gerais de transmissão hereditária, sucessão intestada e testamentária e regras relativas ao inventário e partilha; o Código aproveitou o mesmo espaço geográfico que havia sido adotado no BGB e refletia, também, o liberalismo econômico em um País eminentemente agrícola com forte tendência à manutenção do status quo da elite, formada a partir dos grandes proprietários e produtores rurais (BIAZZO FILHO, 2013).

Segundo Biazzo Filho (2013): Por inferirem que estava o Código de 1916 inquinado por arcaísmo, iniciaram a construção de um novo Código Civil.

Um dos objetivos dessa modificação era a unificação do direito privado. Sob essa perspectiva, Orlando Gomes (2002), foi incumbido de redigir Anteprojeto de novo Código, convertido em Projeto pela comissão, e entregue ao governo em 31 de Março de 1963 e versava sobre Direito de Família, Direitos Reais e o Direito das Sucessões.

Separar-se-ia o Código Civil do “Código de Obrigações”, cujo Anteprojeto foi concluído por Caio Mário da Silva Pereira em 1963. Foram enviados ao Congresso Nacional e posteriormente ao governo que não deu continuidade ao assunto.

Em 1967 (dentro do período do Golpe de 1964, portanto) nova comissão foi encarregada da revisão do Código Civil.

Esta nova comissão concluiu Anteprojeto em 1972, que foi rechaçado. Em 1973 a mesma comissão realizou a revisão do Projeto e reapresentou-o. O Projeto ficou congelado no Congresso por anos.

Tendo levado em consideração essas manifestações, em 1969, uma comissão nomeada pelo Ministro da Justiça prefere elaborar novo Código, em vez de fazer tão só uma revisão. Daí o surgimento de um anteprojeto em 1972, elaborado sob a supervisão do grande mestre e filósofo do Direito, Miguel Reale. A comissão era integrada pelos profs. Agostinho de Arruda Alvim (Direito das Obrigações), Sylvio Marcondes (Atividade Negocial), Ebert Vianna Chamoun (Direito das Coisas), Clóvis do Couto e Silva (Direito da Família) e Torquato Castro (Direito das Sucessões). Depois de ter recebido muitas emendas, o Anteprojeto foi publicado em 1973.

O Constituinte de 1988, alçou a sucessão à categoria de direito fundamental

e, portanto, cláusula pétrea, relacionado com os dois outros aspectos que sempre o acompanharam: de um lado o direito de família, dinâmico e cada vez mais voltado para aspectos do afeto entre as pessoas e, de outro, o direito de propriedade, cada vez mais vinculado à sua função social, ambos os aspectos que se contrapõem à tendência individualista e descartável da sociedade atual.

Outro ponto importante em sede de direito das sucessões: do princípio da dignidade da pessoa humana é apto a afastar qualquer disposição de última vontade que seja atentatória à dignidade dos herdeiros ou de qualquer pessoa. Mesmo na parte disponível, portanto, a liberdade de testar está vinculada a postulados constitucionais mais elevados.

No Brasil, o direito de sucessão obedece a um princípio conhecido como Princípio da Saisine, que diz que, no exato momento da morte de alguém, deverá ser aberta sua sucessão, para que, automaticamente se transmita a herança aos herdeiros legítimos e testamentários. Tal princípio encontra amparo no Código Civil Brasileiro, no artigo 1.784: "Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários."

O Código Civil de 2002, trouxe grandes alterações, principalmente no que tange ao direito sucessório. Passou a incluir o cônjuge dentre os herdeiros necessários, independente do regime de bens adotado.

Sendo assim, o direito de sucessão no decorrer do tempo, evoluiu e chegou a uma situação dentro da legislação, que traz segurança jurídica na hora da morte do indivíduo à sua família, para que os bens deixados, possam ser transmitidos com todos direitos e garantias.

5 O DIREITO A SUCESSÃO SEGUNDO O CÓDIGO CIVIL

A sucessão pode ser legítima ou testamentária. A primeira se dá por força da lei; já a segunda, exclusivamente pela vontade do autor da herança.

De acordo com Fugita (2003) a sucessão legítima é aquela resulta da lei, sendo a ordem de chamamento dos herdeiros baseado na presunção legal de afetividade. Ocorrerá nos casos em que a pessoa falecer sem deixar testamento ou quando o de cujus deixar outros bens fora aqueles compreendidos em seu testamento deixado. Ocorre ainda nos casos de ausência, nulidade, de anulabilidade, de caducidade, revogação ou rompimento do testamento.

Já a sucessão testamentária, segundo Lisboa (2006) é a que decorre do ato de última vontade do de cujus enquanto em vida, feito através do ato jurídico que se denomina testamento, é aquela que decorre do ato irrevogável de última vontade do de cujus, por meio do qual ele dispõe sobre o destino do seu patrimônio a partir de sua morte.

No tocante a ordem da vocação hereditária está disposta em nosso Código Civil atual no artigo 1.829 nos seguintes termos:

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I - Aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

II - Aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge; III - Ao cônjuge sobrevivente;

IV - Aos colaterais.

Na primeira classe, estão os descendentes em concorrência com o cônjuge; na segunda, os ascendentes em concorrência com o cônjuge; na terceira, somente o cônjuge e na quarta, os parentes colaterais de segundo, terceiro e quarto graus, obedecendo assim, os critérios do ordenamento civil (MARUO et al. 2012).

6 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA FAMÍLIA

É no direito das famílias onde mais se sente o reflexo dos princípios eleitos pela Constituição Federal, que consagrou como fundamentais valores sociais dominantes. Os princípios que regem o direito das famílias não podem distanciar-se da atual concepção da família, dentro de sua feição desdobrada em múltiplas facetas. A Constituição consagra alguns princípios, transformando-os em direito positivo, primeiro passo para sua aplicação.

O princípio da interpretação conforme a Constituição é uma das mais importantes inovações, ao propagar que a lei deve ser interpretada, sempre, a partir da lei maior. Assim, os princípios constitucionais passaram a informar todo o sistema legal de modo a viabilizar o alcance da dignidade da pessoa humana em todas as relações jurídicas (DIAS. 2011, P 57/58).

E neste novo cenário constitucional de proteção do ser humano em detrimento dos bens e da igualdade plena entre os indivíduos que se vislumbra o

novo Direito de Família, em que o que mais importa é a proteção dos indivíduos que mais necessitam em relação aos que possuem mais condições de ajudar na subsistência dos demais.

A doutrina e a jurisprudência têm reconhecido inúmeros princípios constitucionais implícitos, cabendo destacar que inexistem hierarquia entre os princípios constitucionais explícitos e implícitos. É difícil quantificar ou tentar nominar todos os princípios que norteiam o direito das famílias. Alguns não estão escritos nos textos legais, mas têm fundamentação ética no espírito dos ordenamentos jurídicos para possibilitar a vida em sociedade. DIAS

Nesse sentido, é certo que há princípios que se aplicam a todos os ramos do direito como a dignidade da pessoa humana, igualdade e liberdade, devendo estes princípios servir de base para a interpretação dos institutos do Direito de Família.

6.1 DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Segundo Dias (2010), é o princípio maior, fundante do Estado Democrático de Direito, sendo afirmado já no primeiro artigo da Constituição Federal. O princípio da dignidade humana é o mais universal de todos os princípios. É um macroprincípio do qual se irradiam todos os demais: liberdade, autonomia, privada, cidadania, igualdade e solidariedade, uma coleção dos princípios éticos.

Conforme Sérgio Resende de Barros (2003), o direito das famílias está umbilicalmente ligado aos direitos humanos, que têm por base o princípio da dignidade da pessoa humana, verção axiológica da natureza humana significa, em última análise, igual dignidade para todas as entidades familiares. Assim, é indigno dar tratamento diferenciado às várias formas de filiação ou vários tipos de Constituição de família, com o que se consegue visualizar a dimensão do espectro desse princípio, que tem contornos cada vez mais amplos.

Seguindo o pensamento de Rodrigo da Cunha Pereira (2005), a dignidade da pessoa humana encontra na família o solo apropriado para florescer. A ordem constitucional dá-lhe especial proteção independentemente de sua origem. A multiplicação das entidades familiares preserva e desenvolve as qualidades mais relevantes entre os familiares. O afeto, a solidariedade, o respeito, a união, a confiança, o amor, o projeto da vida comum, permitindo o pleno desenvolvimento pessoal e social de cada participante com base em ideais pluralistas, solidaristas,

democráticos e humanistas.

6.2 DA LIBERDADE

De acordo com Canuto (2005), A liberdade e a igualdade correlacionadas entre si, foram os primeiros princípios reconhecidos como direitos humanos fundamentais, integrando a primeira geração dos direitos a garantir o respeito da dignidade da pessoa humana. O papel do direito que tem como finalidade assegurar a liberdade, é coordenar, organizar e limitar as liberdades, justamente para garantir a liberdade individual. No entanto, só existe liberdade se houver, em igual proporção e concomitância, igualdade. Inexistindo o pressuposto da igualdade, haverá dominação e sujeição, não liberdade.

A Constituição, ao instaurar o regime democrático, revelou enorme preocupação em banir discriminações de qualquer ordem, deferindo à igualdade e à liberdade especial atenção. Esses princípios, no âmbito familiar, são consagrados em sede constitucional. Conforme Marques (1999), todos tem a liberdade de escolher o seu par, seja do sexo que for, bem como o tipo de entidade de que quiser para construir a sua família. A isonomia de tratamento jurídico permitem que se considerem iguais marido e mulher em relação ao papel que desempenham na chefia da sociedade conjugal. Também, na união estável, é a isonomia que protege o patrimônio entre personagens que disponham do mesmo status familiar.

6.3 DA IGUALDADE E RESPEITO À DIFERENÇA

O princípio da igualdade é um dos sustentáculos do estado Democrático de Direito. É imprescindível que a lei em si considere todos igualmente, ressalvadas as desigualdades que devem ser só pesadas para prevalecer a igualdade material em detrimento da obtusa igualdade formal. É necessária a igualdade na própria lei, ou seja, não basta que a lei seja aplicada igualmente para todos.

O sistema jurídico assegura tratamento isonômico e proteção igualitária à todos os cidadãos no âmbito social. A ideia central é garantir a igualdade, o que interessa particularmente ao direito, pois está ligada a ideia de justiça. Os conceitos de igualdade e de justiça evoluíram. Justiça formal identifica-se com igualdade formal, consistindo em conceder aos seres de uma mesma categoria idêntico

tratamento. Aspira-se a igualdade material precisamente porque existem desigualdades. Segundo José Afonso da Silva (2000), justiça material ou concreta pode ser entendida como especificação da igualdade formal no sentido de conceder a cada um segundo a sua necessidade; a cada um segundo os seus méritos; a cada um a mesma coisa. Portanto é a questão da justiça que permite pensar a igualdade. Na presença de vazios legais, o reconhecimento de direito deve ser implementado pela identificação da semelhança significativa, ou seja, por meio da analogia, que se funda o princípio da igualdade.

Não bastou a Constituição proclamar o princípio da igualdade em seu preâmbulo. Reafirmou o direito à igualdade ao dizer (CF, 5.º): todos são iguais perante a lei. E foi além, de modo enfático, foi até repetitiva ao afirmar que Homens e Mulheres são iguais em direitos e obrigações (CF, 5.º, I), decantando mais uma vez a igualdade de direitos e deveres de ambos no referente à sociedade conjugal. Assim, é a carta constitucional a grande artífice do Princípio da isonomia no direito das famílias.

6.4 DA SOLIDARIEDADE FAMILIAR

Solidariedade é o que cada um deve ao outro. Esse princípio, que tem origem nos vínculos afetivos. Dispõe de acentuado conteúdo ético, pois contém em suas entranhas o próprio significado da expressão solidariedade, que compreende a fraternidade e a reciprocidade. A pessoa só existe enquanto coexiste. O princípio da solidariedade tem assento constitucional, tanto que seu preâmbulo assegura uma Sociedade fraterna. Também ao ser imposto aos pais o dever de assistência aos filhos (CF, 229), consagra o princípio da solidariedade. O dever de amparo as pessoas idosas (CF, 230) dispõe do mesmo conteúdo solidário.

A Lei civil igualmente consagra o princípio da solidariedade ao dispor que o casamento estabelece plena comunhão de vidas (CC, 1.694). Os integrantes da família são, em regra, reciprocamente credores e devedores de alimentos. A imposição de obrigação alimentar entre parentes representa a concretização do princípio da solidariedade familiar. Assim, deixando um dos parentes de atender com a obrigação parental, não poderá exigir-la daquele a quem se negou a prestar auxílio. Vem a calhar o exemplo do Pai que deixa de cumprir os deveres inerentes ao poder familiar, não provendo a subsistência dos filhos. Tal postura subtrai a possibilidade

de ele posteriormente buscar alimentos junto aos filhos, uma vez que desatendeu ao princípio da solidariedade familiar.

Segundo Gama(2005), uma das técnicas originárias de proteção social que até hoje se mantém é a família, Aproveita-se a lei da solidariedade no âmbito das relações familiares, Ao gerar deveres recíprocos entre os integrantes do grupo familiar, safa-se o Estado do encargo de prover toda a gama de direitos que são assegurados constitucionalmente ao cidadão. Basta atentar que, em se tratando de crianças e de adolescentes, é atribuído à família, depois à sociedade e finalmente ao Estado o dever de garantir com absoluta prioridade os direitos inerentes aos cidadãos em formação (CF, 227). A mesma ordem é repetida na proteção ao idoso (CF, 230).

6.5 DO PLURALISMO DAS ENTIDADES FAMILIARES

Desde a Constituição Federal, as estruturas familiares adquiriram novos contornos. Nas codificações anteriores, somente o casamento merecia reconhecimento e proteção. Os demais vínculos familiares eram condenados à invisibilidade. A partir do momento em que as uniões matrimonializadas deixaram de ser reconhecidas como a única base da sociedade, aumentou o espectro da família. O princípio do pluralismo das entidades familiares é encarado como reconhecimento pelo estado da existência de várias possibilidades de arranjos familiares.

De acordo com Albuquerque (2002), como as uniões extramatrimoniais não eram consideradas de natureza familiar, encontravam abrigo somente no direito obrigacional, sendo tratadas como sociedade de fato. Mesmo que não indicadas de forma expressa, outras entidades familiares, como as uniões homossexuais agora chamadas de uniões homoafetivas e as uniões estáveis paralelas preconceituosamente nominadas de “concubinato adulterino”, são unidades afetivas que merecem ser abrigadas sob o manto do direito das famílias.

No mesmo espectro 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.

6.6 DA PROTEÇÃO INTEGRAL ÀS CRIANÇAS, ADOLESCENTES, JOVENS E IDOSOS

A consagração dos direitos de crianças, adolescentes e jovens como direitos fundamentais (CF 227), incorporando a doutrina da proteção integral e vedando referências discriminatórias entre os filhos, alterou profundamente os vínculos de filiação. Como afirma Paulo Lôbo, o princípio não é uma recomendação ética, mas diretriz determinante nas relações da Criança e do Adolescente com seus pais, com sua família, com a Sociedade e com o estado. A maior vulnerabilidade e fragilidade dos cidadãos até os 18 anos, como pessoas em desenvolvimento, os faz destinatários de um tratamento especial. Daí a consagração do princípios da prioridade absoluta, de repercussão imediata sobre o comportamento da administração pública, na entrega, em condições de uso, às crianças, adolescentes e jovens dos direitos fundamentais específicos, que lhes são consagrados constitucionalmente.

A Carta Constitucional assegura a crianças, adolescentes e jovens (CF, 227) 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. Também são colocados a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. A forma de implementação de todo esse leque de direitos e garantias, que devem ser assegurados com absoluta prioridade pela família, pela Sociedade e pelo Estado, está no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990), microssistema que traz normas de conteúdo material e processual, de natureza civil e penal, e abriga toda a legislação que reconhece os menores como sujeitos de direito. O Estatuto rege-se pelos princípios de melhor interesse, paternidade responsável e proteção integral, visando a conduzir o menor à maioridade de forma responsável, constituindo-se como sujeito da própria vida, para que possa gozar de forma plena dos seus direitos fundamentais.

6.7 DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL

A Constituição Federal, ao garantir especial proteção à família, estabeleceu as diretrizes ao direito das famílias em grandes eixos, a saber: (a) a igualdade entre

homens e mulheres na convivência familiar; (b) o pluralismo das entidades familiares merecedoras de proteção; e (c) o tratamento igualitário entre todos os filhos. Essas normas, por serem direito subjetivo com garantia constitucional, servem de obstáculo a que se operem retrocessos sociais, o que configuraria verdadeiro desrespeito às regras constitucionais.

A consagração constitucional da igualdade, tanto entre homens e mulheres, como entre filhos, e entre as próprias entidades familiares, constitui simultaneamente garantia constitucional e direito subjetivo. Assim, não podem sofrer limitações ou restrições da legislação ordinária. É o que se chama de princípio constitucional da proibição de retrocesso social. É evidente, como bem ressalva Lenio Streck (2000), que nenhum texto proveniente do constituinte originário pode sofrer retrocesso que lhe dê alcance jurídico social inferior ao que tinha originariamente, proporcionando retrocesso ao estado pré-constituente.

A partir do momento em que o Estado, em sede constitucional, garante direitos sociais, a realização desses direitos não se constitui somente em uma obrigação positiva para a sua satisfação, passa a haver também uma obrigação negativa de não se abster de atuar de modo a assegurar a sua realização. O legislador infraconstitucional precisa ser fiel ao tratamento isonômico assegurado pela constituição, não podendo estabelecer diferenciações ou revelar preferências. Do mesmo modo, todo e qualquer discriminatório levado a efeito pelo judiciário mostra-se flagrantemente inconstitucional.

Por exemplo, todas as omissões da lei, deixando de nominar a união estável quando assegura algum privilégio ou casamento, devem ser tidas por inexistentes. Quando a lei não fala na união estável, é necessário que o intérprete supra essa lacuna. Assim, onde se lê cônjuge, necessário passar-se a ler cônjuge ou companheiro. E, quando a lei trata de forma diferente a união estável em relação ao casamento, é de se ter simplesmente tal referência como não escrita. Também afronta a proibição de retrocesso social a omissão do Código Civil em regular as famílias monoparentais, às quais a Carta Constitucional também assegurou especial proteção.

6.8 DA AFETIVIDADE

O Estado impõe a si obrigações para com os seus cidadãos. Por isso elenca

a Constituição um rol imenso de direitos individuais e sociais, como forma de garantir a dignidade de todos. Isso nada mais é do que o compromisso de assegurar afeto: o primeiro obrigado a assegurar o afeto por seus cidadãos é o próprio estado. Mesmo que a Constituição tenha enlaçado o afeto no âmbito de sua proteção, a palavra afeto não está no texto constitucional. Ao serem reconhecidas como entidade familiar merecedora da tutela jurídica as uniões estáveis, que se constituem sem o selo do casamento, tal significa que a afetividade, que une e enlaça duas pessoas, adquiriu reconhecimento e inserção no sistema jurídico. Houve a constitucionalização de um modelo de família eudemonista e igualitário, com maior espaço para o afeto e realização individual.

Com a consagração do afeto a direito fundamental, resta enfraquecida a resistência dos juristas que não admitem a igualdade entre filiação biológica e a socioafetiva. O princípio jurídico da afetividade faz despontar a igualdade entre irmãos biológicos e adotivos e o respeito a seus direitos fundamentais. O sentimento de solidariedade recíproca não pode ser perturbado pela preponderância de interesses patrimoniais. É o salto à frente da pessoa humana nas relações familiares, como diz Paulo Lôbo, que identifica na Constituição quatro fundamentos essenciais do princípio da afetividade: (a) a igualdade de todos os filhos independentemente da origem; (b) a adoção, como escolha afetiva com igualdade de direitos;

(c) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo os adotivos, com a mesma dignidade da família; (d) o direito à convivência familiar como prioridade absoluta da criança, do adolescente e do jovem.

O código Civil utiliza a palavra afeto somente para identificar o genitor a quem deve ser deferida a guarda unilateral. Invoca somente a relação de afetividade como elemento indicativo para a definição da guarda a favor de terceira pessoa. Ainda que com grande esforço se consiga visualizar na lei a elevação do afeto a valor jurídico, mister reconhecer que tímido mostrou-se o legislador. Belmiro Welter identifica em outras passagens a valoração do afeto no Código civil: (a) ao estabelecer a comunhão plena de vida no casamento (CC1.511) (b) quando admite outra origem à filiação além de parentesco natural e civil (CC 1.539); (c) na consagração da igualdade na filiação (CC 1.596); (d) ao fixar a irrevogabilidade da perfilhação (CC 1.604); e (e) quando trata do casamento e de sua dissolução, fala antes das questões pessoais do que dos seus aspectos patrimoniais.

O afeto não é fruto da biologia. Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência familiar, não do sangue. Assim, a posse do estado de filho nada mais é do que o reconhecimento jurídico do afeto, com o claro objetivo de garantir a felicidade, como um direito a ser alcançado. O afeto não é somente um laço que envolve os integrantes de uma família. Igualmente tem um viés externo, entre as famílias, pondo humanidade em cada família, compondo, no dizer de Sérgio Resende de Barros (2002), a família humana universal, cujo lar é a aldeia global, cuja base é o globo terrestre, mas cuja origem sempre será, como sempre foi, a família.

A família transforma-se a medida em que se acentuam as relações de sentimentos entre seus membros: valorizam-se as funções afetivas da família. Desapontam novos modelos de família mais igualitárias nas relações de sexo e idade, mais flexíveis em suas temporalidades e em seus componentes, menos sujeitas à regra e mais ao desejo, na expressão de Michelle Perrot (2005). A família e o casamento adquiriram novo perfil, voltados muito mais a realizar os interesses afetivos e existenciais de seus integrantes. Essa é a concepção eudemonista da família, que progride a medida que regride o seu aspecto instrumental. A comunhão de afeto é incompatível com o modelo único, matrimonializado, da família. Por isso, a afetividade, entrou nas cogitações dos juristas, buscando explicar as relações familiares contemporâneas.

O novo olhar sobre a sexualidade valorizou os vínculos conjugais, sustentando-se no amor e no afeto. Na esteira dessa evolução, o direito das famílias instalou uma nova ordem jurídica para a família, atribuindo valor jurídico ao afeto.

7 FAMÍLIA PARALELA

A família paralela é aquela que afronta a monogamia, realizada por aquele que possui vínculo matrimonial ou de união estável.

Na família paralela, um dos integrantes participa como cônjuge de mais de uma família. Caso o impedimento seja o casamento anterior, temos duas situações: a) será União Estável se o casamento foi faticamente desfeito; b) será concubinato (na modalidade união paralela) se o casamento anterior coexistir com o novo relacionamento.

Dias (2010) anota ser a união paralela um relacionamento de afeto, repudiado

pela sociedade. Não obstante, obtempera:

Os relacionamento paralelos, além de receberem denominações pejorativas, são condenados à invisibilidade. Simplesmente a tendência é não reconhecer sequer sua existência. Somente na hipótese de a mulher alegar desconhecimento da duplicidade das vidas do varão é que tais vínculos são alocados no direito obrigacional e lá tratados como sociedades de fato. (...) Uniões que persistem por toda uma existência, muitas vezes com extensa prole e reconhecimento social, são simplesmente expulsas da tutela jurídica. (...) Negar a existência de famílias paralelas – quer um casamento e uma união estável, quer duas ou mais uniões estáveis – é simplesmente não ver a realidade.

De acordo com a lei (CC 1.727), o concubinato adulterino importa, sim, para o direito. Verificadas duas comunidades familiares que tenham entre si um membro em comum, é preciso operar a apreensão jurídica dessas duas realidades. São relações que repercutem no mundo jurídico, pois os companheiros convivem, muitas vezes têm filhos, e há construção patrimonial em comum. Não ver essa relação, não lhe outorgar qualquer efeito, atenta contra a dignidade dos partícipes e filhos porventura existentes. Como não mais admite a Constituição tratamento discriminatório dos filhos, negar mãe os direitos decorrentes da união que a mesma manteve com seu genitor é excluir o direito sucessório do filho com relação a ela. Ou seja, deixar de reconhecer o direito da mãe, pela via inversa e reflexamente, é não reconhecer o direito que o filho teria à herança dela. Assim, mesmo que o filho não mais possa ser considerado ilegítimo, acaba sujeitando-se a tratamento diferenciado, que a justiça não pode cancelar.

Além disso, segundo Albuquerque (2002), reconhecer apenas efeitos patrimoniais, como sociedade de fato, consiste em uma mentira jurídica, porquanto os companheiros não se uniram para constituir uma sociedade. Por fim, desconsiderar a participação do companheiro casado na relação concubinária, a fim de entendê-la como monoparental em havendo filhos, ofende o princípio da livre escolha da entidade familiar, pois se estaria diante de uma entidade monoparental imposta.

A quem que lhe negar efeitos jurídicos, justificativas não faltam. A alegação é de que a distinção entre concubinato adulterino e união estável busca manter coerência com o preceito ordenador da monogamia. Mas, como bem observa Carlos Eduardo Pianovski, a monogamia não é um princípio do direito estatal da família,

mas uma regra restrita à proibição de múltiplas relações matrimonializadas, constituídas sob a chancela prévia do Estado. No entanto, descabe realizar um juízo prévio e geral de reprovabilidade contra formações conjugais plurais não constituídas sob sua égide. Isso não significa, porém, que alguém que constitua famílias simultâneas, por meio de múltiplas conjugalidades, esteja, de antemão, alheio a qualquer eficácia jurídica. Principalmente quando a pluralidade é pública e ostensiva, e mesmo assim ambas as famílias se mantêm íntegras, a simultaneidade não é desleal. Quem assim age afronta à ética e infringe o princípio da boa-fé ao ignorar a existência dos deveres familiares perante ambas as famílias.

Outro fundamento de acordo com Rodrigo da Cunha Pereira (2009), de grande voga é que o estado não pode dar proteção a mais de uma família ao mesmo tempo. A lógica desse raciocínio privilegia o infiel, bem como dispõe de caráter nitidamente punitivo: aquele que opta por se relacionar com alguém impedido de casar, em razão de já ser casado, deverá se responsabilizar por sua escolha e consequências.

Quem mantém vínculos afetivos paralelos, alvo da reprovação social, não pode ser beneficiado. Não cabe, simplesmente, ver-se desobrigado com relação a um ou ambos os vínculos afetivos, gerando enriquecimento injustificável. É mister saber se havia casamento e união estável, ou se ambas as uniões eram extramatrimoniais. Também cabe distinguir se houve rompimento de uma das uniões ou se a dissolução ocorreu por falecimento de um dos partícipes do triângulo amoroso.

Quando finda a relação, comprovada a concomitância com um casamento, impositiva a divisão do patrimônio acrescido durante o período de manutenção do dúplice vínculo. É necessária a preservação da meação da esposa, que se transforma em bem reservado, ou seja, torna-se incomunicável. A meação do varão será dividida com a companheira, com referência aos bens adquiridos durante o período de convívio. O mesmo cálculo vale se tratando de duas ou mais uniões estáveis paralelas, quando uma foi constituída muito antes que a outra.

Afirma Maria Berenice Dias (2010), na hipótese de falecimento do varão casado, a depender de regime de bens, é necessário afastar a meação da viúva. Apurado o acervo hereditário, excluída a legítima dos herdeiros, a parte disponível será dividida com a companheira, com referência aos bens adquiridos durante o período de convívio. Os mesmos cálculos são necessários quando ocorre o

falecimento da companheira e vêm seus herdeiros a juízo buscar o reconhecimento da união estável. Entendimento em sentido diverso só viria a beneficiar o varão que foi desleal a mais de uma mulher. Em nenhuma dessas hipóteses se faz necessária a prova da efetiva participação na constituição do acervo amealhado. Inexistindo herdeiros na classe dos descendentes e ascendentes, o acervo hereditário deve ser dividido em partes iguais entre a viúva e a convivente.

Deixar de reconhecer a família paralela como entidade familiar leva à exclusão de todos os direitos do âmbito do direito das famílias e sucessório. Ou seja, a companheira não pode receber alimentos, herdar, ter participação automática na metade dos bens adquiridos em comum.

A jurisprudência amplamente majoritária nega a existência desses relacionamentos, não os identificando como união estável. No máximo é invocado o direito societário com o reconhecimento de uma sociedade de fato, partilhando-se bens adquiridos na sua constância, mediante indispensável prova da participação efetiva para aquisição patrimonial. Nada é mais deferido, posto que nem o STJ, nem o STF reconhecem a existência da união estável.

8 AS RELAÇÕES CONCUBINÁRIAS

As relações entre pessoas de sexo oposto podem desenvolver-se sem casamento, mas somente produzem efeitos jurídicos comuns quando se efetivam sob certos pressupostos. Daí, é o concubinato puro, vale dizer, aquele em que inexistem impedimentos para o casal, que se reconhecem certos direitos comum às pessoas envolvidas, e além disso, revestida a ligação de certos condicionantes, a fim de ajustar-se ao conceito de união estável, ou permanente, referida na Constituição de 1988, à qual se instituiu regime jurídico compatível com a evolução sofrida pela Sociedade. Com efeito, dentro da linha traçada pela Carta Magna, a nível próprio foi erigida a união estável, suscetível de constituir entidade familiar e de possibilitar a conversão em casamento, nos termos em que se estipular em lei especial (art. 226, inciso 3). Situados filhos, e adotada pela corrente personalista na edificação do novo Direito para as relações familiares, essa orientação confere status especial a uniões concubinárias revestidas de seriedade.

Desse modo, embora não alçada à condição de família, como a havida por meio de casamento, a união estável passou a merecer proteção estatal, para abrigar, sob os mecanismos de assistência, os membros mais carentes, de regra, os

filhos e a mãe, na linha já traçada na parte referente à evolução do Direito de família. Evoluiu-se, assim, de uma postura condenatória geral assumida por nossa codificação que prescrevia as relações concubinárias, retirando-lhes efeitos ou sancionando condutas adotadas pelos parceiros para um regime no qual certos direitos comuns e individuais são reconhecidos, como dela derivados, em função dos valores expostos.

Mas, como os companheiros se afastam, espontaneamente, do regime legal adequado à Constituição de família, não alcança a respectiva união os efeitos normais que do matrimônio decorrem, submetendo-se assim às regras do direito comum obrigacional, considerando-se, ademais, inválidas convenções sobre direitos pessoais envolvidos nessas relações. Tratados como constituidores de entidade familiar, permitem somente ao par a fruição dos benefícios assistenciais e previdenciários do aparato estatal, ao lado dos respectivos filhos, os quais gozam, com relação aos seus genitores, de todos os direitos próprios do estado de filiação. Mas não se aceita a inserção de filho havido fora do matrimônio em Lar legitimamente constituído, formando este, com seu genitor, entidade familiar, portanto, distinta da respectiva família.

Dessa forma, não são de direito de família as relações derivadas de concubinato, ou união livre, mas como, tradicionalmente, em seu âmbito, a doutrina tem versado a matéria, aqui inserimos essa temática, todavia, com o visto apenas de mostrar-lhes os efeitos no plano jurídico.

Enfatize-se, ademais, que não é qualquer união que pode levar ao reconhecimento de certas consequências aceitas na doutrina, na jurisprudência e mesmo em leis assistenciais, já enunciadas, mas somente aquelas desenvolvidas com notoriedade, responsabilidade, convivência regular e fidelidade recíproca, ou *more uxore*. Outrossim, a inexistência de impedimento para o casamento é o pressuposto natural e necessário para a qualificação jurídica da união como conversível em casamento. Tem-se, assim, como puro o conhecimento em que inexistente óbice para o enlace (o formado por pessoas solteiras, viúvas, divorciadas). Diz-se, na terminologia tradicional, impura a união, em geral, quando há impedimento para casamento, subdividida em adúlterina, se se trata de existência de casamento válido; e incestuosa, se do parentesco provém o impedimento.

Releva realçar, no concubinato que pode gerar efeitos jurídicos, o decurso de tempo (tem sido previsto o mínimo de cinco anos); o comportamento ostensivo como

casal; a fidelidade recíproca; e a existência de filhos comuns. É exatamente na conjugação desses elementos, que entendemos seja regulada a conversão em casamento prevista na constituição, observada, como natural, a inexistência de impedimento, no próprio sentido de preservação da espécie, que, como vimos, procura essa teoria assegurar.

9 EFEITOS JURÍDICOS DERIVADOS DE RELAÇÕES CONCUBINÁRIAS

No regime atual, respeitadas as diretrizes delineadas na Constituição, efeitos positivos e negativos defluem das uniões concubinárias, que se achavam submetidas, em nossa codificação, apenas a reprovações legais, diante da inaceitabilidade decorrente dos rígidos costumes da época. Leis posteriores e as ações das doutrina e jurisprudência introduziram os direitos já citados, com o alcance constitucional mencionado.

As restrições ao concubinato encontram-se inseridas em certas passagens de nossa codificação, de que anotaremos as mais significativas, a saber: o impedimento citado de casamento ao cônjuge adúltero com o corréu (art 183, VII); a proibição de doações a concubina pelo cônjuge adúltero (art.177); a vedação da instituição da concubina como herdeira ou legatária (art. 1.719, III); a outorga à mulher de ação de reivindicação de bens comuns, móveis ou imóveis, doados ou transferidos à concubina pelo marido (art. 218; IV); a proibição da inserção da concubina como beneficiária de contrato de seguro de vida (art. 1.474).

De outra parte, através da legislação extravagante e da jurisprudência foram reconhecidos vários direitos à concubina, na linha de defesa de direitos da mulher, de que também assinalaremos os de maior alcance, a saber: o da adoção do patronímico do companheiro, se a vida em comum for superior a cinco anos e houver filhos comuns dos concubinos, podendo ser requerida judicialmente, podendo ser requerida judicialmente a averbação (Lei n 6.015, de 31.12.73, arts. 57 e segs); o direito a percepção de benefícios decorrentes de acidente do trabalho, se o acidentado não for casado, ou se separado por culpa da mulher, bastando, para tanto, a indicação da companheira na carta profissional, no registro de empregados, ou em qualquer ato solene de declaração de vontade do interessado (Dec. N 7.036/44, art. 21, parágrafo único); a inclusão da companheira como beneficiária para abatimento de encargos da família na determinação do imposto de renda, se

separado judicialmente o contribuinte e a interessada viva a cinco anos sob sua dependência econômica (Lei n 4.242, de 17.7.63, art. 44) e que subsista impedimento matrimonial (Lei n 4,862/65, art. 3); a admissão como beneficiária de favores da legislação social e previdenciária, inclusive de servidores civis ou militares (Lei n 4.297/63, art.3 , “d”, Lei n 4.069/62, art 5 , inciso 3 e 4; Lei n 6.194/74, art. 4, parágrafo único; Dec. n 89.312/84 (CLPS), art 10, I, inciso 5 a 7, Dec. 357, de 7.12.91 e outros textos); e a continuação da companheira na relação de locação mantida pelo amásio (Lei n 6.649, de 16.5.79, art 12, I e Lei 8.245/91, art. 11, I).

Na jurisprudência, em que também se manifesta a tendência protecionista da mulher, em uniões *more uxore*, tem-se reconhecido a existência da sociedade de fato entre homem e mulher quem mantém vida em comum há mais de cinco anos, autorizando-se, na respectiva dissolução, a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum (Súmula 380 do STF). Considera-se como tal a situação em que ambos põem esforços e recursos comuns na constituição do patrimônio, cabendo demonstrar-se, em Juízo, essa participação. Entende-se que, tanto a companheira que exerce atividade produtiva, e a concubina que se circunscreve aos serviços domésticos, fazem jus à partilha do acervo comum adquirido após a união, dividindo-se o patrimônio por metade, ou em proporção outra compatível com forças imperantes no caso concreto (predominância da atividade, ou do esforço de um dos companheiros).

10 A BOA-FÉ NAS RELAÇÕES CONCUBINÁRIAS PARALELAS

Em primeiro lugar, faz mister descrever que até o advento da Constituição Federal de 1988 o concubinato e a união estável recebiam a mesma denominação, sendo diferenciados somente como concubinato impuro e concubinato puro, respectivamente. Hoje esses dois termos estão ultrapassados, a união estável, conforme vimos em tópico anterior, está abarcada no artigo 226, § 3º da CRFB e o concubinato, como também já mencionado, ainda não está positivado. No que concerne ao concubinato atual, muito se discute, entre alguns doutrinadores que abordam temas relacionados às famílias paralelas, a aplicação ou não do requisito da boa-fé do companheiro(a) para o do reconhecimento jurídico dessas uniões.

Em outras palavras, a pessoa que contrai um vínculo afetivo com um indivíduo casado ou que tenha outra(o) companheira(o) só deveria ter reconhecido

os direitos previdenciários, sucessório e alimentícios se constatado que ela não sabia do fato. Diante disso, os adeptos da www.conteudojuridico.com.br, defende que quem, de forma consciente, contrai um vínculo afetivo com uma pessoa que já detém uma união paralela estaria assumindo o risco de manter uma relação não amparada pelo direito. Entendemos que os juristas devem fazer a distinção do aspecto subjetivo da boa-fé e má-fé da pessoa que têm um vínculo afetivo paralelo, o direito não pode conceder privilégios a alguém que lesa o direito alheio de forma consciente.

Mas não podemos aqui defender o enriquecimento ilícito, e por isso, as pessoas ditas com má-fé têm direito a parte dos bens comuns constituídos na constância da união, essas pessoas constituem uma relação denominada sociedade de fato. Há doutrinadores que também aceitam a boa-fé como requisito para o reconhecimento jurídico, outros acreditam que essa distinção é uma forma discriminatória e ainda há quem reconheça as duas uniões como sociedade de fato.

11 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito de família passou por inúmeras transformações e devido isto em cada momento histórico possuiu uma forma de conceituação específica, distinguindo-se entre si em vários momentos.

Anteriormente, na época romana, era de caráter essencialmente patriarcal, onde o pater desenvolvia o poder de autoridade perante todos. Observa-se ainda que o parentesco dividia-se e cognatio (relacionamento), aqueles que se submetiam ao mesmo poder do pater, e o cognatio, aqueles que independiam de pertencer a um pater, mas tinha consanguinidade com

o mesmo. Houve a superação aos poucos desses aspectos, onde as mulheres passaram a ter alguma autonomia, e a sucessão aos coagnatios foi reconhecida.

Com aspectos ainda romanos, a época canônica era regida pela Igreja Católica, e priorizou que para o reconhecimento da família, esta deveria observar a figura do casamento de forma matriomonalizada. As demais relações não eram reconhecidas, e instituíram deveres conjugais, como por exemplo, a fidelidade. Além disso, incluíram os impedimentos matrimoniais, onde pessoas casadas não poderiam constituir relações extraconjugais. Por isto, observa-se o repúdio que

possuíam com as relações denominadas adúlteras, as quais são chamadas de concubinato. Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, houve a recepção de diversos princípios, modificando o conceito de família, pois agora incidiria o aspecto afetivo para constituição familiar.

O princípio da afetividade foi recepcionado pelo direito de família, não está de forma expressa, entretanto, grande parte da doutrina o consagra, afirmando que as famílias serão baseadas nos vínculos afetivos constituídos. O melhor interesse da criança agora entra em observância, identificando aquelas como seres vulneráveis, não tendo mais o genitor direito de morte perante os entes familiares. Tudo isso foi possível devido à incidência do macroprincípio da dignidade da pessoa humana protegido constitucionalmente.

Além dos citados, um dos princípios recepcionados era o da pluralidade familiar, o qual se tornou possível o reconhecimento das famílias paralelas, ou seja, aquelas adquiridas de forma concomitante na constância de outra 56 relação, qual seja o casamento. Além disso, deve-se observar que mesmo havendo este princípio essa família não foi consagrada formalmente, ou seja, de maneira expressa. Há repúdio nas relações simultâneas até os dias atuais, pois argumentam que a monogamia é aspecto do direito brasileiro, não sendo possível reconhecer o contrário desta, que seria a simultaneidade.

A monogamia não poderá inibir a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana, visto que esse foi consagrado constitucionalmente. Já a monogamia é considerada como princípio constitucional por alguns doutrinadores, portanto, não há previsão da mesma na Carta Magna. Deverá ser enfrentada como um aspecto moralmente incidente, não podendo prevalecer sua aplicação frente à observância do indicado na Constituição.

Assim, uma vez incluída a possibilidade do reconhecimento dessas famílias simultâneas, elas poderão vir a surtir efeitos jurídicos. Um dos efeitos poderá ser o da titularidade nos direitos sucessórios. Assim, o rol dos legitimados a serem herdeiros vem listado no Diploma Civil, não incluindo, como regra, outras pessoas nesse polo. Mas, se há o reconhecimento dessas famílias, porque não incluí-las como legítimas ao recebimento de direitos sucessórios?

Essa questão deverá ser tratada como exceção, ou seja, quando observados todos os requisitos para constituição dessa família, a ex-convivente poderá solicitar o reconhecimento da simultaneidade, comprovando de forma inequívoca nos autos do

processo que era presente o afeto a ponto de constituir uma família, e ainda que era de caráter público no meio social de forma generalizada, e não excepcional.

Não é considerado um requisito que a família concomitante saiba da existência da simultânea, tampouco a presença da boa-fé da convivente, indicando que não obtinha conhecimento da simultaneidade familiar adquirida.

O Superior Tribunal de Justiça, de forma geral, não entende pelo reconhecimento dessas relações, visto que prioriza a aplicação da monogamia, assim como dos deveres conjugais e dos companheiros da fidelidade e da lealdade. Entendendo que se presente a boa-fé da convivente da família paralela, esta relação poderá vir a ser reconhecida como mera sociedade de fato, tendo equiparação a união estável putativa.

Por outro lado, o Tribunal de Justiça do Rio Grande de Sul, proferiu decisão que entendeu pelo reconhecimento da união simultânea, concedendo a ela os direitos de união estável. Observa-se que estavam presente os requisitos para constituição de uma família, de forma inequívoca, não podendo então o aplicador do direito escusar-se de conferir os direitos que a convivente possuía.

É certo que, a simultaneidade é uma questão recentemente estudada pela doutrina, e abordada pelos tribunais, e por não haver legislação expressa, é considerada uma questão complicada de se aplicar ao fato concreto.

Devido isso, a convivente simultânea não deverá ser penalizada pela infidelidade do de cujus, o qual será detentor de enriquecimento ilícito, se não dividir seu patrimônio com ambas as famílias constituídas concomitantemente.

Por isso, entende-se plausível o reconhecimento dessas famílias a fim de que possuam titularidade sucessória desde que estejam presentes os requisitos elementares de uma entidade familiar, que é regida atualmente pela socioafetividade, ou seja, presença de afeto em conjunto com a inserção dessa relação no meio social com animus de formação de uma família.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Carlos Cavalcanti. **Famílias simultâneas e concubinato adúltero**. In: PEREIRA, Rodrigo Cunha (coord.) Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Família e Cidadania. O novo CCB e a vacatio legis. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 143 -161.

BARBOZA, H. H. Novas Relações de Filiação e Paternidade. In: PEREIRA, R. C.

- Repensando o Direito de Família . Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- BARBOSA, Rui. Oração aos moços. Rio de Janeiro: Elos, 1961.
- BARROS, Sergio Resende. Direitos humanos da família : dos fundamentais aos operacionais. In: GROENINGA, Gisele Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.) Direito de Família e psicanálise. São Paulo: Imago, 2003. P. 143 -154.
- BEVILÁQUIA, Clóvis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado . Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1917. Vol. 2.
- BIAZZO FILHO, J. Direito das Sucessões: histórico. Revista Jus Navigandi , Teresina, ano 18, n. 3639, 18 jun. 2013. Disponível em:<<https://jus.com.br/artigos/24714>>. Acesso em: 1 maio 2016.
- BITTAR, Carlos Alberto. Direito de Família. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense universitária, 1993.
- CANUTO, Érica Verícia de Oliveira. A contradição no regime da separação absoluta de bens. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre, IBDFAM/Síntese,2005. n. 26, p. 144 -158.
- COULANGES, Fustel de. A Cidade Antiga. Trad. De Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca. Rio de Janeiro: Ediouro, 2004.
- CRETELLA JÚNIOR, J. Curso de direito romano. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 369.
- DIAS. Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 7. Ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro . 17. Ed. São Paulo: Saraiva, 2002. Vol. 5.
- FACHIN, L. E. Estabelecimento da filiação e da paternidade presumida . Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1992.
- FUGITA, J. S. Curso de direito Civil: direito das sucessões. 2. ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003. p. 9-10.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Alimentos e direito penal : O abandono material. In: CAHALI, Francisco José; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.) Alimentos no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2005. P. 295 -324.
- GOMES, Orlando. Direito de família. 7. Ed. Rio de Janeiro: Forense. 1987.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito de família. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. Famílias monoparentais. 2. Ed. São Paulo: Ed. RT, 2003.

LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. Isonomia entre os sexos no sistema jurídico nacional. São Paulo: ed. RT, 1993.

LISBOA, R. S. Manual de Direito Civil . Direito de Família e das Sucessões. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 5, p. 513.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Código Civil comentado. Famílias. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética : uma distinção necessária. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre, IBDFM/Síntese, ano V, n.19, p 133 -156.

MARQUES, Claudia Lima et al. Igualdade entre filhos no direito brasileiro atual: direito pós-moderno. São Paulo. Revista dos tribunais, vol. 764, p. 11-12, jun. 1999.

MADALENO, R. H. Novas perspectivas no Direito da Família . Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

OLIVEIRA, José Lamartine C. de; Muniz, Francisco José F. Direito de família. Porto Alegre: Fabris, 1990.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Código Civil da família anotado . Curitiba: Juruá, 2009.

PERROT, Michele. **As mulheres e os silêncios da história**. Trad. Viviane Ribeiro. Bauru: EDUSC, 2005.

PIANOVSKI, Carlos Eduardo. Famílias simultâneas e monogamia. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de família. Família e dignidade humana. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006. p. 193-222.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica jurídica e(m) crise . 2. Ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2000.

VENOSA, S. S. Direito civil: direito das sucessões. 11. ed. - São Paulo: Atlas, 2011.

WELTER, Belmiro Pedro. Alimento no Código Civil . Porto alegre, Síntese, 2003. 2 ed. São Paulo: Thomson/IOB, 2004.

APOSENTADORIA ESPECIAL

Karina Raphaela Rodrigues Silva
José Carlos Ferreira da Luz

RESUMO: O presente trabalho tem como proposta discorrer sobre a questão da aposentadoria especial e suas dificuldades em comprovação a exposição dos agentes nocivos - NB-46 no Regime Geral de Previdência Social – RGPS. Apresentaremos os princípios que regem a Seguridade Social e os princípios que regem a Previdência Social, bem como os tipos de benefícios oferecidos pelo RGPS conforme a lei nº 8.213/91. E também, apresentar uma breve análise das Leis, Decreto nº 8.123/2013, Ordens de Serviço, Instruções Normativas, Medidas Provisórias, que nortearam a evolução histórica da normatização do benefício de Aposentadoria Especial.

Palavras-Chaves: 1. Aposentadoria Especial. 2. Previdência Social. 3. RGPS. Justiça Federal 5. Lei Federal nº 8.213/91

ABSTRACT:

The present paper aims to discuss the issue of special retirement and its difficulties in proving the exposure of harmful agents - NB-46 in the General Social Security System (RGPS). We will present the principles governing Social Security and the principles governing Social Security, as well as the types of benefits offered by the RGPS under Law No. 8,213 / 91. Also, present a brief analysis of the Laws, Decree nº 8.123 / 2013, Work Orders, Normative Instructions, Provisional Measures, which guided the historical evolution of the standardization of the Special Retirement benefit.

Key Words: 1.Special Retirement 2.Social Security. 3. RGPS. 4. Federal Justice. 5. Federal Law nº 8.213/91

1 INTRODUÇÃO

A aposentadoria especial é um benefício de difícil análise e que é merecedor de atenção redobrada quando se trata de sua concessão. Sua origem se deu na Lei de nº 3.807- LOPS, de 26/08/1960, no artigo 31. Tal benefício é concedido ao segurado que, trabalhou de forma exposta a agentes nocivos, e em condições prejudiciais à sua saúde ou à sua integridade física. De acordo com a Lei 3.807/60 e outras que lhe sucederam, o benefício de aposentadoria especial será concedido aos segurados que trabalhassem durante 15 (quinze), 20 (vinte) e 25 (vinte e cinco anos) em serviços considerados penosos, insalubres ou perigosos.

Este artigo tem por objetivo destacar as mudanças ocorridas na concessão do benefício de aposentadoria especial, e a uma análise sintética da legislação previdenciária vigente ao longo desses últimos anos.

Serão mostrados, portanto, os princípios fundamentais que regem a Seguridade Social e a Previdência Social, abordando os princípios constitucionais da Previdência Social que são considerados fundamentais para o Direito Previdenciário.

Veremos também, as diversas e constantes mudanças no que se refere à documentação exigida aos segurados que pleiteiam esse benefício, para poderem fazer a comprovação dos agentes nocivos a que foram expostos.

As primeiras alterações em relação ao assunto ocorreram em 1995. O Decreto 83.080 de 1979 sofreu alteração pela Lei 9.032/95 onde passou a ser solicitado aos trabalhadores um laudo técnico emitido pela empresa ou seu preposto, expedido por um médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho para que pudessem ser comprovados os agentes nocivos a que eram expostos o trabalhador. Antes de sua reforma, até 1995 o segurado não tinha a obrigatoriedade da comprovação dos agentes nocivos, tendo somente a obrigatoriedade de comprovar a quantidade de tempo estabelecida pela lei em relação aos anos trabalhados de forma permanente e habitual.

2 SEGURIDADE SOCIAL (PRINCÍPIOS QUE A REGEM)

De acordo com artigo 193 da Constituição Federal de 1988 estabelece quais são os princípios da seguridade social.

Universalidade da cobertura e universalidade de atendimento (CF, art. 194, I) - é objetivo da Seguridade Social atender todas as contingências sociais que coloquem as pessoas em estado de necessidade. Alguns doutrinadores dividem esse princípio em 3 partes:

Universalidade: onde reina a igualdade isonômica. Ou seja, igualar os desiguais e diferenciar os desiguais.

Cobertura: A previdência será responsável por dar cobertura as situações amparadas por lei, que geram necessidade social.

Atendimento: este significa o fornecimento de serviços e benefícios a todos os segurados.

Uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais (CF, art. 194, II)

Constitui corolário do princípio da igualdade entre as pessoas (CF., art. 5º), evitando que haja leis discriminatórias entre as populações urbanas e rurais.

Observa-se que no campo da Previdência Social, esse princípio pode ser considerado como não aplicado, pelo fato de conceder discriminações positivas aos trabalhadores rurais. Como exemplo, cite-se a situação em que homens e mulheres trabalhadores rurais aposentam-se, por idade, com cinco anos a menos do que homens e mulheres trabalhadores urbanos. Entretanto, diante do trabalho que exige um maior grau de esforço físico e diminuição na longevidade, esta diferença passa a ser, na verdade, uma forma equidade.

Em relação aos trabalhadores urbanos, da mesma forma estes também possuem esta redutibilidade quando exercem atividades prejudiciais à saúde.

Princípio da irredutibilidade do valor dos benefícios (CF, 194, IV).

Tem por objetivo impedir a redução nominal das prestações da seguridade social.

Equidade na forma de participação do custeio (CF, 194, v).

De acordo com os autores José Leandro Macedo e Eduardo Rocha, “Quem tem maior capacidade econômica deve contribuir com mais”.

Princípio da diversidade da base de financiamento (art. 195, CF).

Tal princípio visa a garantir maior estabilidade da Seguridade Social, na medida em que impede que se atribua o ônus do custeio a segmentos específicos da sociedade.

Quanto maior for a base de financiamento, maior será a capacidade de a seguridade social fazer frente aos seus objetivos constitucionalmente traçados.

Financiam a seguridade social:

- a) União Federal, os Estados, o Distrito Federal e os municípios;
- b) os empregadores (para estes as contribuições incidem sobre a folha de salários, sobre o faturamento e sobre o lucro);
- c) os segurados da previdência social (não incidindo contribuições sobre aposentadorias e pensões);
- d) receitas de concursos de prognósticos (loterias, jogos de futebol, etc).
- e) importadores de bens e serviços do exterior.

Princípio da preexistência do custeio em relação aos benefícios ou serviços (CF, artigo 195, § 5º).

Nenhum benefício pode ser criado ou majorado sem as correspondentes fontes de custeio/financiamento dessas prestações.

Caráter democrático e descentralizado da gestão administrativa (CF, art. 194, VII)

O art. 10 da Constituição Federal assegura “a participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais e previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação”. E o artigo 194, VII, confere “caráter democrático e descentralizado da administração da seguridade social, mediante gestão quadripartite, com a participação dos trabalhadores, empregadores, aposentados e governo nos órgãos colegiados”.

3 PRINCÍPIOS GERAIS DA SEGURIDADE SOCIAL

Solidariedade solidariedade na Instituição da seguridade social:

A Seguridade Social tem o objetivo de resguardar a população contra necessidades advindas de contingências sociais.

Solidariedade na distribuição do ônus contributivo: é a equidade na forma de participação do custeio (quem detém maior capacidade, contribui com mais).

Solidariedade na prestação do amparo: as ações da seguridade social devem priorizar as pessoas mais necessitadas.

Neste princípio reside a tese da Advocacia Geral da União - AGU na defesa da legalidade da contribuição do segurado aposentado que se mantém em atividade laborativa.

Obrigatoriedade Para que a proteção social seja efetiva, a participação dos membros da sociedade nas ações da seguridade social deve ser compulsória.

Suficiência (ou eficácia/efetividade)

Os benefícios e serviços concedidos pela seguridade social devem ser capazes de afastar a necessidade advinda de uma contingência social.

Ex.: Nenhum benefício que substitua o salário de contribuição ou o rendimento do trabalho do segurado poderá ter valor mensal inferior ao salário-mínimo.

Supletividade ou Subsidiariedade

A seguridade social intervém subsidiariamente se o indivíduo não tiver elementos de prover à própria subsistência ou de tê-la provida por sua família. (assistência social)

A proteção social deve ser ministrada até o ponto suficiente para afastar a

necessidade. (limite máximo do valor dos benefícios).

4 PRINCÍPIOS ESPECÍFICOS DA PREVIDÊNCIA SOCIAL

Contributividade

Não basta o estado de necessidade para que uma pessoa tenha direito aos benefícios da Previdência Social, exige-se que ela seja contribuinte da Previdência Social, isto é, possua o status de segurada do Regime Geral de Previdência Social. Alguns autores entendem que os dependentes do segurado são a exceção a regra, entretanto, entendemos que estes recebem os benefícios, porque houve a contribuição do segurado.

Automaticidade da filiação Filiação é a relação jurídica de vinculação de uma pessoa física com a Previdência Social.

Diz-se que essa vinculação é automática, bastando que a pessoa exerça uma atividade laborativa remunerada. Portanto, mesmo que o segurado já seja detentor de uma aposentadoria, se houver vínculo que o qualifique como segurado obrigatório, serão devidas as contribuições.

Preservação do equilíbrio financeiro e atuarial (CF, art. 201, caput).

Pode-se entender o equilíbrio financeiro como o saldo zero ou positivo do encontro entre as receitas e a despesa do sistema. É a adequada arrecadação dos valores a serem pagos ao sistema e a realização de todos os pagamentos devidos, ou seja, o pagamento de todos os benefícios previdenciários a que fazem jus os indivíduos. A ciência atuarial vai se dedicar aos cálculos, para que estes regimes estejam adequados às mudanças, elaborando medidas para a correção de desvios, de forma a preservar a saúde financeira da instituição.

Este princípio nos remete ao estudo do regime de financiamento da previdência social que de modo elementar, pode-se identificar dois regimes básicos e opostos: a repartição simples e a capitalização.

A capitalização virtual consiste na aplicação de uma relação atuarial do cálculo do benefício a ser pago, de modo que o valor final do benefício variará de acordo com o período pago pelo segurado, além de sua expectativa de sobrevida.

Com exceção da aposentadoria por tempo de contribuição, a qual se submete ao regime de capitalização virtual, devido à aplicação obrigatória de fator

previdenciário ao seu cálculo, todos os benefícios da Previdência Social são financiados pelo regime de repartição simples, onde os trabalhadores que se encontram em idade contributiva custeiam os benefícios daqueles que já estão aposentados, dentro do mesmo exercício.

O equilíbrio financeiro, portanto, depende destes regimes e de sua eficácia, das contribuições vertidas aos cofres públicos de maneira responsável.

Princípio do cálculo dos benefícios considerando-se os salários-de-contribuição corrigidos monetariamente (CF, art. 201, § 3º).

Os salários de contribuição são utilizados para o cálculo da maioria dos benefícios previdenciários. De acordo com o art. 29-B da Lei nº 8.213/91

[...] os salários de contribuição considerados no cálculo do valor do benefício serão corrigidos mês a mês de acordo com a variação integral do Índice Nacional de Preços ao Consumidor - INPC, calculado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE.

Princípio da irredutibilidade do valor dos benefícios de forma a preservar-lhes o poder aquisitivo (CF, art. 201, § 4º).

No artigo 194, IV, a Constituição Federal impediu a redução do valor dos benefícios da Seguridade social.

O artigo 201, § 4º, por sua vez, impôs ao Estado o reajuste periódico dos benefícios da Previdência social, para que a inflação acumulada não diminua o poder aquisitivo do beneficiário.

Princípio do valor da renda mensal dos benefícios de caráter substitutivo não inferior ao do salário-mínimo. (CF, art. 201, § 2º).

Os benefícios previdenciários visam a substituir, de forma geral, a remuneração do segurado, e neste caso não podem ser inferiores a um salário-mínimo.

5 BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS

A Previdência Social é um seguro que garante a renda do contribuinte e de sua família, em casos de doença, acidente, gravidez, prisão, morte e velhice. A

seguir serão apresentados os tipos de benefícios oferecidos pelo RGPS.

A pensão por morte é o benefício pago à família do trabalhador quando ele morre. O valor da pensão por morte é de 100% da aposentadoria que o segurado recebia ou teria direito a receber caso se aposentasse por invalidez.

Auxílio-doença é o benefício concedido ao segurado impedido de trabalhar por doença ou acidente por mais de quinze dias consecutivos.

Principais requisitos:

- a) Possuir a carência de doze contribuições (isenta em caso de acidente de trabalho ou doenças previstas em lei);
- b) Possuir qualidade de segurado (caso tenha perdido, deverá cumprir toda a carência novamente);
- c) Comprovar doença que torne o cidadão temporariamente incapaz de trabalhar;
- d) Caso perca a qualidade de segurado, deverá cumprir toda a carência novamente;
- e) Para o empregado em empresa: estar afastado do trabalho há pelo menos quinze dias (corridos ou intercalados dentro do prazo de sessenta dias).
Para o empregado doméstico o benefício é pago desde o primeiro dia da doença que o incapacitou.

Tem direito à aposentadoria por invalidez o segurado que, estando ou não em gozo de auxílio-doença, é considerado incapaz para o trabalho e insuscetível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência. Não tem direito à aposentadoria por invalidez quem, ao se associar à Previdência Social, já tiver doença ou lesão que geraria o benefício, a não ser quando a incapacidade de trabalhar for resultado de um agravamento da doença já existente.

Quem recebe aposentadoria por invalidez tem que passar por perícia médica a cada dois anos ou o benefício pode ser suspenso. Também terá cancelada a aposentadoria se voltar voluntariamente à atividade, ao contrário dos outros tipos de aposentadorias, que são vitalícias, com exceção da aposentadoria especial, onde o segurado teve redução no tempo de contribuição por haver trabalhado em atividades insalubres, pois neste caso o segurado ao se aposentar não pode mais permanecer trabalhando na mesma atividade, mas será possível em outra que não seja considerada como de risco para saúde.

Para ter direito ao benefício, o trabalhador tem que contribuir para a Previdência Social por no mínimo doze meses, no caso de doença. Se for acidente, esse prazo de carência não é exigido, mas é preciso estar inscrito na Previdência Social.

O auxílio-reclusão é um benefício devido aos dependentes do segurado recolhido à prisão, durante o período em que estiver preso sob regime fechado ou semi-aberto. Para que os dependentes tenham direito, é necessário que o último salário recebido pelo segurado esteja dentro do limite previsto pela legislação. Caso o último salário do segurado esteja acima do valor, não há direito ao benefício.

Auxílio acidente é o benefício pago ao trabalhador que sofre um acidente e fica com sequelas que reduzem sua capacidade de trabalho. Este direito é analisado pela perícia médica do INSS, no momento da avaliação pericial. O benefício é pago como uma forma de indenização em função do acidente e, portanto, não impede o cidadão de continuar trabalhando.

O cidadão que vai requerer este tipo de benefício deve comprovar os seguintes requisitos:

- i. Tempo mínimo de contribuição (carência) - isento – pois é somente para casos de acidente de trabalho
- ii. Quem tem direito ao benefício:
 - a. Empregado urbano/rural (empresa)
 - b. Empregado doméstico (para acidentes ocorridos a partir de 01/06/2015)
 - c. Trabalhador Avulso (empresa)
 - d. Segurado Especial (trabalhador rural)
- iii. Quem não tem direito ao benefício:
 - a. Contribuinte Individual
 - b. Contribuinte Facultativo

O salário-maternidade é devido às seguradas empregadas, trabalhadoras avulsas, empregadas domésticas, contribuintes individuais, facultativas e seguradas especiais, por ocasião do parto, inclusive o natimorto, aborto não criminoso, adoção ou guarda judicial para fins de adoção.

A aposentadoria por tempo de contribuição é devida ao segurado que satisfaz a condição de ter contribuído por trinta anos se mulher ou trinta e cinco anos se

homem. Com a edição da Lei nº 8.213/91, os trabalhadores e empregadores rurais passaram a ter direito à aposentadoria por tempo de contribuição, desde que cumpram o período de carência de quinze anos de contribuição.

Nesta modalidade temos a aposentadoria proporcional que foi extinta em 16/12/1998.

Só tem direito a esta modalidade quem já contribuía até esta data.

Tempo exigido para proporcional: o adicional de tempo citado na regra transitória corresponde a 40% do tempo que faltava para o cidadão atingir o tempo mínimo da proporcional que era exigido em 16/12/1998 (trinta anos para homem e vinte e cinco para mulher). Exemplo: um homem que tinha vinte anos de contribuição nessa data, precisava de dez para aposentar-se pela proporcional. Logo, para aposentar-se pela proporcional hoje, deverá comprovar trinta e quatro anos (30 anos + 40% de dez anos).

- i. Valor da aposentadoria proporcional: a aposentadoria proporcional tem valor reduzido, que vai de 70 a 90% do salário de benefício.

Principais requisitos para a concessão da aposentadoria por tempo de contribuição:

Regra 85/95 progressiva Não há idade mínima

Soma da idade + tempo de contribuição: oitenta e cinco anos (mulher) e noventa e cinco anos (homem) 180 meses efetivamente trabalhados, para efeito de carência

Regra com 30/35 anos de contribuição:

Não há idade mínima

Tempo total de contribuição: trinta e cinco anos de contribuição (homem) e trinta anos de contribuição (mulher) 180 meses efetivamente trabalhados, para efeito de carência

Regra para proporcional

Idade mínima de 48 anos (mulher) e 53 anos (homem)

Tempo total de contribuição: vinte e cinco anos de contribuição mais adicional (mulher) e trinta anos de contribuição mais adicional (homem) 180 meses efetivamente trabalhados, para efeito de carência

Requerida a aposentadoria, o cálculo previdenciário resultará no que se chama Salário-de- benefício e consiste em:

- I – para os benefícios de aposentadoria por idade e por tempo de

contribuição, na média aritmética simples dos maiores salários-de-contribuição, corrigidos, correspondentes a oitenta por cento de todo período contributivo, multiplicada pelo fator previdenciário, com exceção dos que cumprem a regra 85/95, acima explicitada;

II – para os benefícios de aposentadoria por invalidez e especial, auxílio-doença e auxílio-acidente, na média aritmética simples dos maiores salários-de-contribuição, corrigidos, correspondentes a oitenta por cento de todo período contributivo.

Observações:

a) no caso de aposentadoria por idade, o segurado pode optar pela regra mais vantajosa.

b) o fator previdenciário é calculado considerando-se a idade, a expectativa de sobrevida e o tempo de contribuição.

c) a expectativa de sobrevida é obtida da tábua de mortalidade construída pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, considerando-se a média nacional única para ambos os sexos;

d) para efeito da aplicação do fator previdenciário, serão adicionados ao tempo de contribuição:

I – cinco anos, quando se tratar de mulher;

II – cinco e dez anos, quando se tratar, respectivamente, de professor ou professora que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio.

e) para o segurado filiado à Previdência Social até a data da publicação da Lei nº 9.876, de 1999, no cálculo do salário de benefício será considerada a média aritmética simples dos maiores salários de contribuição, correspondentes a, no mínimo, oitenta por cento de todo o período contributivo decorrido desde a competência julho de 1994;

f) para o segurado que cumpriu as condições exigidas para a concessão de aposentadoria até 28 de novembro de 1999, data da publicação da Lei nº 9.876, de 1999, poderá ser concedido benefício, a qualquer tempo, com base nos trinta e seis últimos salários- de-contribuição até aquela data.

Como vimos acima, a aposentadoria por tempo de contribuição esta baseada no regime de capitalização virtual, por força do fator previdenciário para os casos fora da regra 85/95 onde o segurado tem 100% do salário de benefício.

6 APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO

6.1 ORIGEM

Na origem da Aposentadoria Especial no Brasil encontra-se o caráter compensatório ao trabalhador executante de atividade ou ocupação profissional reconhecida tecnicamente ou pelo senso comum, como sendo nociva à saúde, devido suas características peculiares de insalubridade, periculosidade ou penosidade. Assim sendo, foi um benefício criado como forma de "compensação" para aqueles que se dispuseram ou não tiveram outra alternativa ocupacional, a realizar atividades em que expõem sua saúde ou integridade física aos riscos oriundos do trabalho, em prol do desenvolvimento nacional. Trata-se em verdade de um benefício cuja natureza é extraordinária, com objetivo de compensar o trabalho do segurado que exerce suas atividades em condições adversas à saúde com riscos superiores aos normais (Sérgio Pinto Martins. 2002; 369).

6.2 LEI ORGÂNICA DA PREVIDÊNCIA SOCIAL – LOPS

A aposentadoria especial foi instituída pela Lei nº 3.807, em seu artigo 31 de 26 de agosto de 1960, para o segurado que tivesse cumulativamente idade mínima de cinquenta anos e quinze anos de contribuição, além de ter trabalhado durante quinze, vinte ou vinte e cinco anos, pelo menos, conforme a atividade profissional, em serviços que fossem considerados penosos, insalubres ou perigosos. Em seu § 2º vinha consignado que a aposentadoria dos aeronautas e dos jornalistas profissionais, reger-se-iam pelo mesmo diploma legal.

Art.31: a aposentadoria especial será concedida ao segurado que, contando no mínimo 50 anos de idade e 15 anos de contribuições, tenha trabalhado durante 15,20 ou 25 anos pelo menos, conforme a atividade profissional em serviços que, paraesse efeito, forem considerados penosos, insalubres ou perigosos, por Decreto do Poder Executivo.

O Decreto nº 48.959-A, de 19/06/1960, Regulamento Geral da Previdência Social, instituiu o Quadro II – relação dos serviços considerados insalubres, perigosos ou penosos.

6.3 DECRETO Nº 53.831/64

O Decreto nº 53.831, de 25 de março de 1964, que regulamentou a Lei nº3.807/60, criou Quadro Anexo que estabelecia relação entre os serviços e as atividades profissionais classificadas como insalubres, perigosos ou penosos, em razão da exposição do segurado a agentes químicos, físicos ou biológicos, com o tempo de trabalho mínimo exigido, nos termos do art. 31 da citada Lei.

Determinava, ainda, que a concessão da aposentadoria especial dependia de comprovação, pelo segurado, do tempo de trabalho habitual e permanente prestado em serviços considerados insalubres, perigosos ou penosos, durante o prazo mínimo fixado, sendo considerado para tanto os serviços constantes do Quadro Anexo ao Decreto.

A Lei nº 5.440-A, de 23/05/1968, suprimiu o requisito idade mínima de cinqüenta anos para a concessão de aposentadoria especial.

O Decreto nº 63.230, de 10/09/1968 revogou o Decreto nº 53.831/64, fixando outros critérios a saber:

- Carência de 180 contribuições mensais;
- 15, 20, 25 anos de trabalho, em serviços penosos, insalubres e perigosos de modo habituale permanente;
- Poderá ser computado como atividade especial o período de auxílio-doença ouaposentadoria por invalidez decorrentes do exercício dessas atividades;
- Fixa o caráter permanente e o tempo mínimo de trabalho constante nos quadros I e II;
- Criou Quadro I, o qual classificava as atividades segundo os grupos profissionais;
- Criou Quadro II, classificando as atividades profissionais segundo agentes nocivos.

Com a Lei nº 5.257, de 08/11/1968, houve o restabelecimento de categorias profissionais que até 22/05/68, faziam jus ao benefício de aposentadoria especial, observando a redação primitiva do art.31 da LOPS e do Decreto 53.831/64, mantendo os quadros I e II do Decreto nº 63.230/68 e revigorando o Quadro Anexo ao Decreto nº 53.831/64, inclusive quanto ao limite de idade mínima para concessão do benefício ser 50 anos.

Já a Lei nº 5.890/73, de 08/06/1973, revogou o art. 31 da LOPS, sendo

posteriormente regulamentada pelo Decreto nº 83.080 de 24 de janeiro de 1979, dita Lei traz consignado que serão considerados os serviços constantes do quadros anexos I e II, mantém a exigência cumulativa quanto a idade mínima de 50 anos para enquadramento por categorias profissionais, reduz a carência para 5(cinco) anos de contribuição, assim como em seu art. 9º traz expresso que:

a aposentadoria especial será concedida ao segurado que, contando no mínimo 5 anos de contribuições, tenha trabalhado durante 15, 20 ou 25 anos, pelo menos, conforme a atividade profissional, em condições que, para efeito, forem consideradas penosas, insalubres ou perigosas, por Decreto do Poder Executivo.

6.4 REGULAMENTO DOS BENEFÍCIOS DA PREVIDENCIA SOCIAL - RBPS

O Regulamento dos Benefícios da Previdência Social – RBPS, aprovado pelo Decreto nº 83.080, de 24 de janeiro de 1979, unificou os quadros dos dois Decretos citados anteriormente, criando os Anexos I e II, que tratavam, respectivamente, da classificação das atividades profissionais, segundo os agentes nocivos, e da classificação das atividades profissionais, segundo os grupos profissionais, sendo que a inclusão ou exclusão de atividades profissionais dos citados anexos seria feita por Decreto do Poder Executivo, e as dúvidas sobre o enquadramento seriam resolvidas pelo Ministério do Trabalho - MTb.

Em 14/05/1979, com a publicação da Lei nº 6.643, houve o acréscimo do § 3º ao art. 9º da Lei nº 5.890/73, e determinação de que pode ser computado como tempo de serviço especial o período de exercício em cargo de administração ou de representação sindical. Observe-se que a Lei nº 6.887, de 10/12/1980, acresceu o § 4º no art. 9º da Lei nº 5.890/73 e instituiu a conversão de períodos de atividade comum para especial e de especial para comum.

6.5 PLANO DE BENEFICIOS DA PREVIDENCIA SOCIAL – LEI Nº 8.213/91

Os critérios relativos à concessão do benefício de acordo com a atividade profissional permaneceram em vigor mesmo com a publicação da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, que dispõe sobre o Plano de Benefícios da Previdência Social. Entretanto a carência foi novamente alterada para 180 contribuições mensais. Esta

Lei foi regulamentada pelo Decreto nº611, de 21 de julho de 1992, o qual reiterou o disposto nos Anexos I e II do Decreto nº83.080/79 e o Anexo do Decreto nº 53.831/64, conforme o disposto em seu art, 292:

Para efeito de concessão das aposentadorias especiais serão considerados os Anexos I e II do Regulamento dos Benefícios da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 83.080 de 24 de janeiro de 1979, e o Anexo do Decreto nº 53.831 de 25 de março de 1964, até que seja promulgada a lei que disporá sobre as atividades prejudiciais à saúde e à integridade física.

6.6 EFEITOS DA LEI N° 9.032/95

A Lei nº 9.032 de 28 de abril de 1995, alterou de forma conceitual a Lei nº 8.213 então vigente, ao suprimir do caput do art. 57 o termo "conforme a atividade profissional", restando apenas "condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física", assim sendo, operou-se as seguintes alterações nas concessões do benefício de aposentadoria especial:

- Alterou as Leis nº 8.212 e 8.213/91;
- Extinguiu a concessão por categoria profissional;
- Determina a comprovação de exposição aos agentes nocivos químicos, físicos e biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou a integridade física, pelo período equivalente ao exigido para a concessão do benefício;
- Surge a comprovação por Laudo Técnico Pericial;
- Proíbe a transformação de tempo comum em especial;
- Veda ao segurado que recebe aposentadoria especial continuar ou retornar ao exercício de atividade ou operação que o exponha aos agentes nocivos químicos, físicos, biológicos ou associação de agentes;
- Comprovação de tempo de trabalho habitual, permanente, não ocasional nem intermitente.

Analisando as mudanças introduzidas pela Lei nº 9.032/95, observamos que houve um certo dificultar, provocado pelas diversas inovações e pré-requisitos

cumulativos, ao acesso do segurado à concessão do benefício da Aposentadoria Especial, destacando-se o expresso no § 3º do art. 57, quando há a exigência de que o trabalho seja, ou tenha sido, exercido em condições especiais de forma "*permanente, não ocasional nem intermitente*".

- "Permanente" significa segundo o Novo Dicionário Aurélio: "que permanece, contínuo, ininterrupto, constante"; portanto, trabalho permanente é aquele em que o segurado, no exercício de todas as suas funções, esteve efetivamente exposto a agentes nocivos físicos, químicos e biológicos ou associação de agentes.

"Ocasional" significa segundo o Novo Dicionário Aurélio: "casual, eventual, fortuito, acidental; ocasionado";

- "Intermitente" significa segundo o Novo Dicionário Aurélio: "que apresenta interrupções ou suspensão; não contínuo"; em sendo assim, podemos dizer que trabalho não ocasional nem intermitente é aquele em que, na jornada de trabalho não houve interrupção ou suspensão do exercício de atividade com exposição aos agentes nocivos, ou seja, não foi exercida de forma alternada, atividade comum e especial.

Isto posto, conclui-se que o trabalho em condições especiais, de acordo com o texto legal, deve ser "contínuo, ininterrupto, constante, não casual, não eventual, não fortuito, não acidental, que não apresente interrupções e não apresente suspensões". Estas condições são extremamente rígidas, restritivas e que impossibilitam ao pé da letra, praticamente qualquer tipo de caracterização de atividade laboral a ser enquadrada como especial.

Observando a Lei nº 8.213 alterada pela de nº 9.032 no §4º, traz expresso caber ao trabalhador, dito segurado, "comprovar, além do tempo de trabalho, exposição aos agentes nocivos químicos, físicos, biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física, pelo período equivalente ao exigido para a concessão do benefício".

Vemos também mudança importante implementada pela Lei nº 9.032 no texto da Lei nº 8.213 no parágrafo 5º do art. 57, estabelecendo que "O tempo de trabalho exercido sob condições especiais que sejam ou venham a ser consideradas prejudiciais à saúde ou à integridade física será somado, após a respectiva conversão, ao tempo de trabalho exercido em atividade comum...". Assim sendo, entendemos que o texto proíbe transformar o tempo de serviço comum em especial.

Já o art. 58 da Lei nº 8.213 traz expresso que "A relação de atividades

profissionais prejudiciais à saúde ou à integridade física será objeto de lei específica".

O artigo acima citado aparentemente ainda não foi regulamentado, visto que inexistente qualquer Lei que estabeleça uma relação de atividades profissionais prejudiciais à saúde ou à integridade física até os dias atuais. O Decreto nº 2.172 tem no Anexo IV uma "Classificação dos Agentes Nocivos", ou seja, uma relação de agentes nocivos distribuídos em classes e/ou grupos. Muito diferente do determinado pela Lei e por isso, deixa a possibilidade de apresentação de Projeto de Lei eventual que vise regulamentá-lo.

As mudanças em relação a regulamentação anterior, Decreto nº 2.172 de 05/03/97,

são:

1.0.0 Agentes Químicos, foi introduzida a exigência de que o agente seja constatado

no ambiente "em condição, concentração, capaz de causar danos à saúde ou à integridade física", o que induz à comparação com os valores estabelecidos como limites de tolerância pela NR-15, embora não obrigatoriamente, uma vez que não há menção explícita aos mesmos.

2.0.0 Agentes Físicos, a única novidade é a supressão explícita ao agente "calor" na forma de título e a introdução do item 2.0.4 "temperaturas anormais", embora fazendo menção exclusiva ao agente calor.

Ressalte-se que há necessidade de comprovação, da "exposição permanente" aos agentes nocivos, excluindo as exposições intermitentes e ocasionais que caracterizam muitas atividades profissionais, exige que a exposição seja "durante a jornada integral, em cada vínculo empregatício", excluindo as condições insalubres em tempos de exposição menor e, em mais de um vínculo empregatício como ocorre com os motoristas, vigilantes, médicos, enfermeiros, operadores de raio x, e outras profissões.

Exige também a "efetiva exposição" ao agente nocivo, o que valoriza o EPI, como dispositivo que impede a efetiva exposição, a comprovação de existência de exposição a agentes nocivos fica, sob a responsabilidade do empregador, o qual tem que contratar um engenheiro ou médico do trabalho e, baseado em seu laudo, preencher um formulário denominado DIRBEN-8030. É mister ressaltar que, a referência explícita a "condições ambientais" exclui os aspectos nocivos do trabalho

relacionados à organização do trabalho, genericamente chamados de "penosos", excluindo assim dezenas de categorias, a exigência de laudo produzido por médico ou engenheiro do trabalho é altamente restritiva, principalmente em localidades e regiões onde este tipo de profissional é escasso, além de representar custo adicional para as pequenas e micro empresas, que não dispõe destes profissionais e terão que contratá-los, além disso, contradiz com o disposto nas Normas Regulamentadoras 7 e 9 do Ministério do Trabalho, que admitem a atuação de profissionais não especializados na identificação e controle dos riscos ambientais.

A referência a "limites de tolerância", estabelecidos na NR-15, reforça o peso que é dado ao laudo técnico e a adoção das normas de segurança do MTb como referência para a concessão ou não da aposentadoria, aparentemente, vincula-se a concessão do pagamento de adicionais de insalubridade e periculosidade da legislação trabalhista, com a legislação previdenciária.

Também reforça-se o critério de "avaliação quantitativa", medições ambientais com uso de aparelhos na elaboração dos laudos técnicos, em detrimento da "avaliação qualitativa", baseada na observação do processo de trabalho. Nesta senda, não há referência à entrega de cópia dos laudos aos empregados ou seus representantes, o que serviria como forma de controle social do processo de concessão das aposentadorias especiais. Observamos que são poucas as empresas que possuem ou mantêm "perfil profissiográfico" das funções existentes nas mesmas, e na prática há uma restrição generalizada à continuidade de qualquer tipo de atividade profissional ao trabalhador que se aposentar na condição especial.

Por fim, a exigência de exposição acima de 90 decibéis para caracterização da situação especial, quando na NR-15, acima de 85 decibéis, a atividade já é classificada como insalubre, ou ainda, a exclusão de agentes nocivos como: radiações não-ionizantes, trabalho em baixa temperatura e trabalho em umidade, bem como, a não referência a ação entre vários agentes nocivos à saúde em outras atividades que não exclusivamente a mineração.

O estudo comparativo dos Quadros de Atividades e Agentes Nocivos da legislação anterior e do Decreto 2.172, permitiu constatar-se aspectos importantes, complementando as observações anteriores temos:

Quanto aos RISCOS FÍSICOS: a legislação anterior apenas relacionava os agentes nocivos e as atividades em que poderiam estar incluídos, a atual estabelece a necessidade de haver exposição acima dos limites de tolerância ou exercer

atividades descritas, e só há referência a atividade no caso das radiações ionizantes, vibrações "industriais" e pressão atmosférica anormal. Foram excluídas as referências a umidade e frio, bem como a eletricidade e a radiação não-ionizante. Para o calor, valem os limites estabelecidos na NR-15, já para o ruído, um novo limite, de 90 decibéis, é estabelecido, invalidando os 85 decibéis estabelecidos na NR-15.

Quanto aos RISCOS QUÍMICOS: o que determina o benefício é a presença do agente no processo e no ambiente de trabalho, bem como as atividades listadas são apenas exemplificativas. Ressalte-se que a exigência da presença do agente "no ambiente" remete à prática da avaliação quantitativa, medições para conferir se o produto está no ar, e, aos limites de tolerância definidos na NR-15, já que há referência aos mesmos no texto legal. À avaliação quantitativa cabe avaliar a eficiência de medidas de proteção existentes ou adotadas.

Quanto aos RISCOS BIOLÓGICOS: Houve uma reformulação do Quadro de Atividades anteriormente vigente, tendo sido excluídas as referências diretas a profissões e ocupações, esta reformulação parece não ter excluído atividades anteriormente previstas, pelo contrário, parece ter havido algumas inclusões importantes, antes não explicitadas.

6.7 REGULAMENTO DE BENEFÍCIOS DA PREVIDENCIA SOCIAL

Este Decreto aprova o Regulamento de Benefícios da Previdência Social estabelecido pela Lei nº 8.213, detalhando melhor os artigos da mesma.

O parágrafo 1º do art. 66 do Decreto se refere à relação dos agentes nocivos do Anexo IV, informando que eventuais dúvidas acerca do enquadramento de agentes químicos, físicos e biológicos serão resolvidas pelo Ministério do Trabalho – MTb, o qual já tem definido em sua legislação vigente, ou seja, nas Normas Regulamentadoras – NRs 5, quando trata do Mapa de Risco a ser feito pela CIPA e 9, Programa de Prevenção de Riscos Ambientais – PPRA.

O parágrafo 2º do artigo, acima citado, traz inovação quando estabelece que a comprovação de efetiva exposição do segurado/trabalhador a agentes nocivos será feita por formulário, criado pelo INSS, e emitido por empresa ou seu preposto, com base em Laudo Técnico de Condições Ambientais do Trabalho, o qual deverá ser expedido por médico ou engenheiro de segurança do trabalho. Vê-se que um

dever do segurado/trabalhador foi transferido para a empresa: "comprovação.... aos agentes nocivos será feito mediante formulário,, emitido pela empresa,, com base em laudo técnico ..." . (grifo nosso)

Ao nosso ver, isto aparenta um desvio que pode vir a ser legalmente questionado, pois o Decreto ao exigir a existência de Laudo Técnico, inovou sem a devida previsão regulamentada em Lei.

Reforça a exigência da "efetiva exposição" aos agentes nocivos, excluindo-se os segurados que não comprovarem dita exposição; ou seja, o trabalhador que estiver em ambientes e atividades insalubres podem não estar efetivamente expostos quando protegidos por EPI's; tendo seu tempo de exposição reduzido ou nos limites toleráveis; etc.; prevê a necessidade de continuar o preenchimento de um formulário (tipo SB-40) denominado DSS- 8030, a ser emitido pelo empregador, o qual tem que ser "documento contemporâneo aos fatos a comprovar" (art. 60, Decreto 2.172/97), significando ser baseado em laudo técnico, anualmente atualizado; a fim de que a comprovação da existência de exposição a agentes nocivos seja de responsabilidade do empregador, que deve contratar um engenheiro ou médico do trabalho e, com base em um laudo técnico, ser preenchido um formulário, hoje PPP, para que o empregado leve ao INSS; observamos que referindo-se a "condições ambientais" excluem-se os aspectos nocivos diretamente relacionados à forma que o trabalho é organizado, trabalhos conhecidos como "penosos", que têm ritmo intenso e alta concentração; com alternância dos turnos; e monotonia; etc., entendemos que tal definição prejudica as categorias de bancários, vigilantes, cobradores e motoristas de ônibus, condutores de Metrô, etc.

Por outro lado, o artigo não observa que exigindo-se laudo emitido por médico ou engenheiro do trabalho restringe principalmente os locais em que não há disponibilidade destes profissionais. Desconsiderando, também que ao exigir apresentação do PPP há aumento de custo para as empresas, especialmente as pequenas, médias e microempresas, vindo a inviabilizar/dificultar o cumprimento da norma.

O artigo vai contra as NRs 7, Programa de Controle Médico e Saúde Ocupacional e 9, do MTb, as quais aceitam a ação de profissionais sem especialização na identificação e controle dos riscos ambientais.

O § 3º do artigo traz insculpido que "Do laudo técnico (.)deverá constar informação

sobre a existência de tecnologia de proteção coletiva que diminua a intensidade do agente agressivo a limites de tolerância e recomendação sobre sua adoção pelo estabelecimento respectivo".

Apesar de referência feita apenas à proteção coletiva, vemos que, posteriormente, em Ordens de Serviço, o INSS faz referência explícita à proteção individual EPI, tratando como "neutralizador" da nocividade ambiental, observa-se que não se trata de "eliminação" do agente, sim da "diminuição"; ao se referir a "limites de tolerância" encontrados na NR-15, reforça-se o peso dado ao Laudo Técnico e a observação as normas de segurança exigidas pelo MTb com referência essencial para que seja concedida ou não a aposentadoria especial; parece haver vinculação entre a concessão e o pagamento do adicional de insalubridade e periculosidade estabelecidos pela lei trabalhista, e a legislação previdenciária, o que inexistia antes, pois os critérios eram diferentes; foi também reforçado o modo da avaliação "quantitativa" estabelecida pela medição da intensidade dos agentes nocivos existentes no ambiente, em detrimento da avaliação "qualitativa" com base em observância ao processo de trabalho e em presença dos agentes nocivos no ambiente, para elaboração de laudos técnicos; aparentemente, o parágrafo objetiva induzir as empresas a corrigir seus ambientes de trabalho, com a finalidade de reduzir a concessão da aposentadoria especial; vendo por este prisma, os laudos tornam-se um importante instrumento para mudanças dos ambientes de trabalho.

Ainda assim, o § 4º estabelece que:

A empresa que não mantiver laudo técnico atualizado com referência aos agentes nocivos existentes no ambiente de trabalho de seus trabalhadores ou que emitir documento de comprovação de efetiva exposição em desacordo com o respectivo laudo estará sujeita à penalidade prevista no artigo 250.

"*Laudo técnico atualizado*" é entendido como o Laudo realizado anualmente, apesar de que a NR-9 determine que o PPRA seja revisto anualmente, e não prevê, necessariamente que as avaliações quantitativas sejam revistas. "Atualizado" pode se entender como "o último laudo", desde que o ambiente/agentes não tenha sofrido alterações seja para melhor ou para pior, significando dizer que o Laudo emitido estaria assim "atualizado" em relação aos riscos existentes. O art. 250 prevê multas pelo não cumprimento da lei 8.213 e deste Regulamento, variando de R\$ 563,00 a R\$ 56.000,00;

O § 5º do artigo traz insculpido que "A empresa deverá elaborar e manter

atualizado perfil profissiográfico abrangendo as atividades desenvolvidas pelo trabalhador e fornecer a este, quando da rescisão do contrato de trabalho, cópia autêntica deste documento". O termo "perfil profissiográfico" serve para designar um documento que registra as atividades, as atribuições, as responsabilidades, as exigências, e os critérios de avaliação entre outras questões relativas aos cargos ou funções. Aparentemente poucas empresas possuem este documento. Cópia "autêntica" deverá ser entregue ao trabalhador/segurado quando do seu desligamento; entretanto se o documento não traduzir com clareza o real trabalho desenvolvido, leva-nos a crer que só restará ao trabalhador recorrer à Justiça do Trabalho para ver reconhecido o seu direito.

Observamos um novo campo de trabalho para os médicos, engenheiros, psicólogos e outras profissões, inclusive de técnicos de segurança do trabalho, a fim de elaborar estudo e descrição de funções, apesar de que o Decreto não identifique claramente quem deve elaborar e/ou assinar tal documento;

Por fim, o art. 67 do Decreto veda "ao segurado retornar ao exercício de atividade ou operações que o sujeitem aos agentes nocivos constantes do Anexo IV deste Regulamento", ou seja, determina que o empregado que se aposentar em regime especial, benefício espécie 46, não pode continuar trabalhando na mesma função que caracterizou sua exposição a agentes nocivos ou em outro local que o exponha aos agentes considerados nocivos à saúde ou integridade física, na forma prevista pelo Anexo IV, observe-se que o artigo não restringe o impedimento ao agente que motivou a aposentadoria especial. Ou seja, são condições extremamente restritivas para o acesso do segurado ao benefício.

6.8 LEI Nº 9.528, DE 10/12/1997

Através de Medida Provisória nº 1.523, de 16/10/1996, ficou estabelecido a necessidade de informar sobre a existência de tecnologia de proteção coletiva - EPC, dita MP converteu-se em Lei nº 9.528, de 10/12/1997, estabelecendo que:

Será considerada relação de agentes definidas pelo Poder Executivo;

Assim como, a comprovação da exposição a agentes nocivos será efetuada através de Laudo Técnico de Condições Ambientais do Trabalho – LTCAT;

Sendo obrigatória a informação de utilização ou não do EPC;

Por fim, fica criada a figura do Perfil Profissiográfico.

Extinguiu as aposentadorias especiais que tinham a telefonista, o jornalista, o juiz classista da Justiça do Trabalho e o jogador de futebol.

6.9 LEI Nº 9.732/1998

Permite o cancelamento da Aposentadoria Especial para o segurado que continuar exercendo ou retornar à atividade sujeita a agente nocivo constante do Anexo IV do Decreto 2.172/97.

Esclarece que os Laudos técnicos devem ser nos mesmos termos da legislação trabalhista, bem como a obrigatoriedade de constar anotação precisa no formulário que contém Informações sobre Atividades Exercidas em Condições Especiais (antigo SB-40) a respeito da existência de EPI/EPC, à disposição do empregado.

Cria a alíquota proporcional, a ser recolhida pela empresa, quando em seus quadros existirem empregados que exerçam atividades enquadradas como especiais, devendo para tanto observar a redução do tempo de trabalho, sendo taxadas de forma progressiva na forma a seguir descrita:

Percentual de acréscimo de 01/09/99 a 29/02/2000	Percentual de acréscimo a partir de 01/03/2000
Aposentadoria Especial aos 15 anos – 8%	Aposentadoria Especial aos 15 anos – 12%
Aposentadoria Especial aos 20 anos – 6%	Aposentadoria Especial aos 20 anos – 9%
Aposentadoria Especial aos 25 anos – 4%	Aposentadoria Especial aos 25 anos – 6%

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para nossa concepção de justiça e direito adquirido, uma condição deveria ser válida até o dia de sua efetiva mudança, ou seja, o direito deveria ser observado por dia de vigência e não por período de tempo, nesse condão:

As leis são feitas no interesse da sociedade e, por isso mesmo, não haveria nenhuma segurança para as pessoas se seus direitos, a cada momento, pudessem ser postos em dúvida, modificados ou suprimidos, pela alteração ou revogação das leis. (LIMA, 2003, p.30)

Conforme expresso no item 6.1, deste TCC (Trabalho de Conclusão de Curso), a aposentadoria especial teve origem com a LOPS- Lei Orgânica da

Previdência Social, no art. 31 da Lei nº 3.807, de 26/08/1960, é um benefício de caráter compensatório e natureza extraordinária. Nos idos de 1960 o segurado para fazer jus a aposentadoria especial, deveria atender cumulativamente a idade mínima de 50 anos de idade e quinze anos de contribuição com prestação de serviços em trabalhos penosos, insalubres ou perigosos. Em 1964, com o Decreto 53.831 surge a previsão de habitualidade e permanência na prestação do serviço e a criação do quadro anexo de relação entre serviços e atividades, vez que o anexo existente se referia unicamente a serviços; em 23/05/1968 a Lei 5.440-A suprime a idade mínima que foi restabelecida pela Lei 5.257, de 08/11/68; o Decreto 83.080/79, unifica quadros e cria anexos I e II, mantém previsão de idade mínima e reduz a carência para cinco anos de contribuição; a Lei 6.687/80 instituiu a conversão de tempo de atividade comum em especial e de especial em comum; já a Lei 8.213/91 mantém critérios até então existentes alterando tão somente a carência para 180 contribuições, foi a Lei 9.032/95 que causou maior impacto nas alterações sofridas pela lei 8.213/91 vigente até os dias atuais, dita lei extinguiu o enquadramento por categoria profissional além de prevê comprovação de atividade especial através de Laudo Técnico Pericial, proibiu a conversão de tempo de atividade comum para especial, veda a continuidade ou retorno do trabalhador aposentado em atividade especial, no exercício de atividade enquadradas como especial, exigindo a comprovação da efetiva exposição do empregado de forma habitual, permanente, não ocasional nem intermitente para proceder ao enquadramento; o Decreto 2.172/97-RBPS, criou o quadro anexo IV revogando conseqüentemente os anteriores e prevê que o preenchimento do antigo SB-40 será feito com base no LTCAT; a MP 1523/96 transformada em Lei 9.528/97 extingue as aposentadorias especiais de telefonista, jornalista, juiz classista, jogador de futebol e a Lei 9.732/98 prevê cancelamento da aposentadoria especial se o segurado permanecer ou retornar a exercer atividade especial enquadrada no anexo IV, além de exigir informação sobre existência e uso de EPC/EPI e criar alíquota progressiva, a ser recolhida pelas empresas cujos empregados façam jus a aposentadoria especial; já o Decreto 2.782/98 reconhece tempo de serviço especial trabalhado até 28/05/98 com respectiva conversão desde que tenha sido trabalhado pelo menos 20% do tempo, ou seja, 3-4 e 5 anos.

Pelas regras vigentes, o Período Básico de Cálculo - PBC da aposentadoria especial, será fixado com base na data de afastamento do último emprego ou na

data da entrada do requerimento do benefício, contando a partir daí, para trás, o tempo de trabalho e por força da Ação Civil Pública nº 2000.71.00.030435-2 desde o ano de 2000 vem-se fazendo valer o direito do segurado que laborou em atividades então enquadradas como especiais e que devido às reformas sofridas pela Previdência Social, especialmente a Lei 9.032, de 28/04/95 e Decretos nº 2.172, de 05/03/97 e nº3.048, de 06/05/1999 vinham sendo desrespeitados, levando milhares de brasileiros a uma situação de desesperança e desamparo no que eles tinham como direito líquido e certo.

Hoje por força da Lei nº 10.666, de 09/05/2003 que basicamente reconheceu o direito do trabalhador cooperado, inserindo-o no rol daqueles que fazem jus a aposentadoria especial, logicamente comprovando a forma permanente, habitual e não intermitente de seu trabalho a agentes prejudiciais à saúde ou integridade física e do Decreto nº 4.827, de 03/09/2003 que deu previsão legal a manutenção de um direito assegurado pela Ação Civil Pública supracitada impedindo o estabelecimento do caos social, que viria com as revisões administrativas fatais, em face da decisão proferida pelo STJ que julgou ilegítimo o Ministério Público/RS como demandante da ação em razão da matéria. Assim, a Previdência Social está orientada no sentido de analisar os pedidos de aposentadoria especial de acordo com a legislação vigente à época do efetivo exercício do trabalho enquadrado como especial, atentando para os pré-requisitos necessários, sem que haja retroatividade das exigências, ou seja, a análise respeitará o tempo em que ocorreu a prestação efetiva do serviço, bem como sua previsão legal.

Oportunamente, registramos a existência das Instruções Normativas de nº 95 e 96, ambas de outubro/2003, editadas em consonância com o Decreto nº 4.827/2003, necessário ressaltar a importância da edição deste decreto em 18/11/2003 que imprime alterações ao Dec. 3.048/99, em seus arts. 65; 68 § 2º, 5º, 7º e 11; 338§3º; anexo IV itens 2.0.1 “a” reduzindo o limite de ruído para 85 dB(A), coincidindo com a NR 15- MTb, corrigindo uma previsibilidade legal necessária até então divergente, e alterando a nomenclatura dos códigos

3.0.1 e 4.0.0. Informamos que o Decreto nº 3.048/99 permanece em vigor, acrescido de novas redações e inclusões pelo Dec.8.123/2013.

Noutra senda, observamos o comportamento dos empresários brasileiros que apesar das Leis e Normas, tanto da Previdência Social quanto do Ministério do Trabalho, teimam em desrespeitar e até insistem em por em risco as vidas de

milhares de segurados/empregados, ao fornecerem equipamentos de proteção individual e/ou coletiva que longe de efetivamente proteger, apenas aparentam cumprir as regras, em detrimento e no afã de minimizar custos operacionais tributários/trabalhista, evitando assim a taxaçoão progressiva prevista pelo INSS, assim como o pagamento de adicionais de insalubridade previstos nas NR's. Alertamos que todo trabalho reconhecido como especial é insalubre, contudo nem todo trabalho insalubre é enquadrado como especial, por isso se faz necessário o preenchimento correto do PPP (perfil profissiográfico) por médico ou engenheiro do trabalho.

Enfim, com a legislação vigente e a evolução tecnológica caminhamos para o fim das concessões de aposentadorias especiais, já que a existência e o uso de EPI/EPC que atenua, reduza ou neutralize os agentes nocivos existentes no ambiente de trabalho, a níveis de tolerância previstos nas NR's do MTb descaracteriza o possível enquadramento como especial, assim sendo, num futuro próximo será rara a concessão da Aposentadoria Especial - NB-46 no RGPS.

REFERÊNCIAS

Previdência Social. Disponível em: <www.previdencia.gov.br>. Acesso em: 26/11/2017

DIAS, Eduardo Rocha Dias; MACEDO, José Leandro Monteiro de. Curso de Direito Previdenciário. São Paulo: Editora Método, 2008.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. Manual de Direito Previdenciário. – 10. Ed. – Conceito Editorial, 2008.

IBRAHIM, Fábio Zambite. Curso de Direito Previdenciário. – 12. Ed. – Impetus, 2008.

INSS, Lei nº 3.807, de 26/08/1960 – LOPS e Decreto nº 53.831, de 25/03/1964 INSS, Decreto nº 83.080, de 24/01/1979 – RBPS e Lei nº 6.687, de 10/12/1980 INSS, Lei nº 8.213/91 e alterações posteriores

INSS, Lei nº 8.212/91 e alterações posteriores INSS, Lei nº 9.032, de 28/04/1995

INSS, Decreto nº 2.172, de 05/03/1997 INSS, Lei nº 9.528, de 10/12/1997 INSS, MP nº 1.663, de 28/05/1998

INSS, OS/INSS/DSS nº 600, 611, 612, 613 todas de 1998

INSS, Decreto nº 2.782, de 14/09/1998 INSS, Lei nº 9.732, de 11/12/1998

INSS Decreto nº 3.048, de 06/05/1999

EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA FINALIDADE DA PENA

Laiane Kaline Peixoto da Silva
Arnaldo Sobrinho de Moraes Neto

RESUMO: O Direito Penal é uma vertente do Direito que tem como objetivo resguardar os valores fundamentais da sociedade, e em virtude dessa necessidade o Estado usa o seu potencial coercitivo para aplicar as sanções penais para aqueles que desejam infringir suas normas, estas sanções são denominadas como pena. No período primitivo do Direito Penal a pena se restringia a regular a moral, costumes, religiões. Suas origens estavam alicerçadas nos sentimentos de vingança. Com a evolução do Direito o Estado foi sendo composto de modo organizado e estruturado, tendo como objetivo manter a ordem e sua segurança, a pena então se configurava como um castigo aos infratores das normas, contudo buscava a preservação da dignidade humana. Atualmente, são diversos os entendimentos sobre a pena e sua finalidade. E apesar das inúmeras discordâncias em relação a finalidade da pena, há uma unanimidade, a que o crime é um fato social, e assim sendo necessidade de uma resposta concreta para o mal praticado. Nesse propósito é que se fundamentou esse trabalho, buscando ampliar a compreensão acerca da origem da pena, sua evolução, os tipos de penas e seus princípios.

Palavras- chave: Direito Penal, Pena, Finalidade da Pena.

ABSTRACT: *Criminal Law is a legal aspect that aims to safeguard the fundamental values of society, and by virtue of this necessity the State uses its coercive potential to apply criminal sanctions to those who wish to infringe its norms, these sanctions are denominated as penalty . In the early period of Criminal Law the penalty was restricted to regulate morals, customs, religions. Its origins were based on the feelings of revenge. With the evolution of Law, the State was organized and structured in order to maintain order and its security, the penalty was then a punishment for violators of standards, but sought to preserve human dignity. Currently, there are several understandings about the pen and its purpose. And despite the innumerable disagreements regarding the purpose of the sentence, there is unanimity, to which crime is a social fact, and thus the need for a concrete response to the evil practiced. In this purpose, this work was founded, seeking to broaden the understanding of the origin of the pen, its evolution, the types of feathers and their.*

Key words: *Criminal Law, Penalty, Purpose of the Penalty.*

1 INTRODUÇÃO

Para realizar o estudo sobre a evolução histórica do mito punitivo, torna-se imprescindível examinar suas origens, para que se possa perceber como surgiu essa realidade mítica nos primeiros grupos de indivíduos, como ocorreu a transferência gradativa das formas de castigo para o poder central, encarregado de

administrá-lo e aplicá-lo.

O crime é um fenômeno complexo que atualmente vem fomentando debates nos mais diversos ramos das ciências sociais, a exemplo da Sociologia, quanto a investigação de suas causas e efeitos, da Antropologia, que se ocupa das manifestações culturais da violência em comunidades específicas, História com suas razões e registros, e do Direito, cujas reflexões acabam por suscitar reformas e novas interpretações normativas.

O crime encontra-se intimamente ligado a relação que o indivíduo estabelece com a sociedade, ou seja, como o membro social se sujeita a disciplina necessária à manutenção da coletividade.

Como punição para o crime o Direito Penal institui a pena, que se traduz pela expiação ou castigo estabelecido por lei, com o intuito de prevenir e de reprimir a prática de qualquer ato ou omissão de fato que atente contra a ordem social.

A forma como hoje se apresenta o Direito Penal encontra-se atrelada por uma linha evolutiva que se sucedeu desde a sua procedência. Nesta seara, quando se inicia o estudo da pena, se faz necessário que se indague acerca de seus antecedentes históricos, uma vez que a visão assumida pela pena poderá ser bem compreendida na atualidade.

Entende-se que o processo de punição com base no código penal visa à reeducação do criminoso, tendo como expectativa impedir que este venha a reincidir em novos delitos e se tornar uma ameaça maior à sociedade. Convém lembrar que a pena deve ter também o seu caráter preventivo, haja vista que tão importante quanto o combate ao crime é a sua prevenção, que se concretiza, dentre outras formas, pelo cumprimento e aplicação das leis e pela eficácia dos institutos jurídicos do país.

Considera-se ainda importante mencionar que seria bastante interessante aplicar a teoria sobre as funções de retribuição e prevenção da pena para o aproveitamento eficaz desses institutos. A ideia da pena como prevenção para outros delitos e ao mesmo tempo como um castigo imposto ao agente em razão do mal causado por ele à vítima e coletividade, incorrendo na prática da infração penal deve ser aproveitada para melhorar o bem estar coletivo.

“Afim, “pena não é vingança”, pena não é apenas castigo, é remédio social”, e como tal deve ser ministrada, a fim de se proporcionar e garantir o respeito e a retomo do indivíduo infrator ao convívio social e, simultaneamente, a segurança da coletividade” (LIMA, 2005).

O presente estudo teve como objetivo estudar a natureza da pena e sua finalidade preventiva e retributiva, a ambiguidade entre essas duas funções da pena caracterizando a teoria mista, bem como o papel dessas duas teorias penais como fator inibidor da prática de novos delitos.

A pesquisa foi realizada a partir da revisão bibliográfica, coletando materiais por meio da análise de texto de artigos, teses e livros, encontrados na base de dados dos portais de pesquisa acadêmica como: Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes) e Scientific Electronic Library Online (SciELO). Após a coleta, foram selecionados os documentos que estivessem relacionados com a temática e que pudessem trazer contribuição significativa para o trabalho.

2 PENA: CONCEITUAÇÃO

A pena é a sanção penal de caráter aflagrante, imposta pelo Estado, em execução de uma sentença, ao culpado pela prática de uma infração penal, consistente na restrição ou privação de um bem jurídico, cuja finalidade é aplicar a retribuição punitiva ao delinquente, promover a sua readaptação social e prevenir novas transgressões pela intimidação dirigida à coletividade (CAPEZ, BOMFIM, 2004, p.632).

A pena tem como base a pressuposição da culpabilidade, sendo imposta aos indivíduos considerados imputáveis e semi-imputáveis que cometeu um fato típico. De outro modo, a medida de segurança, se aplica aos indivíduos inimputáveis e aos semi-imputáveis que no momento demonstram periculosidade e que tenham cometido fato típico penal.

Dessa forma, o Código Penal visa regulamentar as relações sociais em diversos aspectos, sobretudo os que estão relacionados à convivência pacífica em sociedade, a preservação da vida e possíveis atos de violência, classificando os delitos e determinando punições de acordo com a gravidade do ato praticado. Portanto, a imposição da pena desempenha a finalidade de controle social, adotando como fundamento a intervenção mínima do ordenamento jurídico, conferindo para outras áreas do Direito as desordens sociais consideradas de menor gravidade.

2.1 EVOLUÇÃO DA PENA

A legislação Penal e de Execução Penal Federal, bem como a Constituição Federal constituem a referência basilar da referida pesquisa, pois normatizam os procedimentos regularizadores da pena. As Obras de Cesare Beccaria e Jeremy Bentham, contribuíram de maneira significativa por meio do seu trabalho na construção do modelo penal da modernidade, visto que a mudança de concepção referente ao fundamento do crime que se deslocaram da religião para o Estado. Os autores citados desenvolveram a necessidade de separar a noção de crime de pecado mudando o foco da pena, que era o corpo do acusado quem deveria sofrer toda a punição, como até então era feito com os suplícios retratados por Foucault em “Vigiar e Punir”, para a restrição de liberdade, incluindo os seus bens.

De acordo com Baratta (2011, p. 248) as características da pena são de caráter aflitivo, programático, declarativo, estratégico e institucional.

A aplicação da pena no período primitivo do Direito Penal embasava-se apenas na moral, nos costumes, nas tradições, religiões, crenças e nos temores do homem. Suas origens estavam alicerçadas nos sentimentos de vingança e conservação individual que levavam o homem primitivo a defender-se daqueles que atentassem contra sua própria segurança, ou dos membros de sua tribo. Tinha-se a chamada vingança de sangue, definida por Erich Fromm (FROMM, 2000, p. 3) “como um dever sagrado que recai num membro de determinada família, de um clã ou de uma tribo, que tem de matar um membro de uma unidade correspondente, se um de seus companheiros tiver sido morto”.

A religião ganhou espaço e influência na vida dos povos antigos e surgiu então o Direito Penal Religioso, também conhecido como Vingança Divina, onde haveria de ser punida a ofensa praticada contra os deuses, a ser aplicada pelos sacerdotes por delegação divina, pois representantes de Deus na terra.

Como representante da Escola Clássica de Direito Penal, Beecaria fundamenta suas idéias reformadoras na existência de um contrato social entre os cidadãos, de forma que a pena se justificaria como imposição àquele que violou o pacto. Para ele, a legitimidade do poder de punir do Estado restava-se configurada na reunião das parcelas de liberdade individual que cada cidadão sacrifica livremente para que possa usufruir do restante com segurança.

Com o início do movimento reformista da igreja ocorrido no século XVIII,

houve oposição à hierarquia eclesiástica e ao superpoder do soberano. Essa oposição resultou na crítica, combate aos desmandos e ilegalidades cometidas pelo alto clero da igreja.

Somente na segunda metade do século XVIII, no denominado período humanitário protagonizado por filósofos iluministas e humanitários, dentre os quais destaca-se Cesare Bonesana, o Marquês de Beccaria, que a pena corporal foi substituída pela pena privativa de liberdade. Tal fato se deu, em especial devido ao declínio do Estado absolutista, o qual possuía como principal característica a vinculação entre igreja e Estado e o conseqüente surgimento do Estado burguês o qual tinha como fundamento a teoria do contrato social.

Por conseguinte, com o aparecimento do Estado burguês de percepção liberal, a pena já não tinha como ser considerada uma entidade advinda de Deus a ser controlada pela Igreja. Assim o suplício dá lugar à retribuição, e o castigo divino é trocado nela razão do Estado, a lei divina pela lei dos homens e a pena corporal e torturas que ainda eram aplicadas sucedem à pena privativa de liberdade.

O Estado foi sendo composto de modo organizado e estruturado, tendo como objetivo manter a ordem e sua segurança, contudo as penas ainda eram opressivas e desumanas. Essa instituição é denominada como Vingança Pública, contudo, continuava a se fazer referência ao direito penal, permanecendo a Vingança Privada e a Divina.

2.2 FINALIDADE DA PENA E AS TRÊS TEORIAS

Mesmo com as afirmações de que a pena sempre foram impostas aos indivíduos que realizavam infrações contrárias as regras instituídas no convívio social, não havia muita reflexão sobre sua finalidade de fato. Era na verdade, um ato de retribuição pela infração cometida, assim a penalização era uma maneira de castigar o transgressor. Então, essa ação que se enquadra na Teoria Retribucionista. A pena possui três finalidades denominadas como:

Pena Retributiva (mal justo pelo mal injusto) aplica ao infrator da norma penal a privação de um bem jurídico como: pena privativa de liberdade, restritiva de direito ou multa.

Pena Preventiva: tem por objetivo evitar a prática de conduta delituosa,

inibindo a incidência de crimes.

Pena de Readaptação Social: tem como princípio regenerar ou ressocializar aquele que praticou crime, buscando melhorar seu caráter para que o mesmo não volte a reincidir em atos criminosos.

Os fundamentos da Lei conceitua a finalidade da pena utilizando três teorias: a teoria absoluta, a teoria relativa e a teoria mista, as quais possuem diferenças quanto ao grau de punição e objetivos.

Na teoria absoluta a pena é um castigo e consequência pelo crime realizado, sendo aplicadas as sanções previstas na lei, considera a punição um meio de fazer justiça.

A teoria Relativa ou finalista possui uma intenção diferente da anterior, tem como propósito a prevenção de novos crimes, ou seja, busca coibir a reincidência da prática criminosa.

Já a Teoria Mista é considerada a junção das teorias anteriores, e têm duas intenções, inicialmente busca retribuir ao condenado o mal causado e posteriormente prevenir para que o criminoso não torne a delinquir, utilizando a reeducação e intimidação coletiva.

2.3 PRINCÍPIOS DA APLICAÇÃO DA PENA

Os princípios que são pertinentes à aplicação da pena são: a dignidade da pessoa humana, legalidade, personalidade, proporcionalidade e limitação das penas.

2.3.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

O princípio da dignidade da pessoa humana possui previsão no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal, sendo estabelecido como direito fundamental no Estado Democrático de Direito. Tal princípio contempla de maneira indiscriminada todas as pessoas, seja qual for sua raça, classe social ou crença, estejam livres ou privadas de liberdade.

Sarlet (2005) entende a dignidade humana como:

...“a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do

Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como também venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos” (SARLET, 2005, p.37).

Estão relacionados de maneira indissociável à dignidade da pessoa humana princípios constitucionais, como: direito à vida, à intimidade, à honra e à imagem. O artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal garante igualmente o respeito à integridade física e moral daqueles que cumprem penas privativas de liberdade, conforme aponta Alexandre de Moraes:

O preso continua a sustentar os demais direitos e garantias fundamentais, por exemplo, à integridade física e moral (CF, art. 5º, III, V, X e LXIV), à liberdade religiosa (CF, art. 5º, VI), ao direito de propriedade (CF, art.5º, XII), dentre inúmeros outros, e, em especial, aos direitos à vida e à dignidade humana. (MORAES, 2006, p. 244).

Logo, o apenado terá unicamente sua liberdade privada, tendo preservado todos os demais direitos estabelecidos pela Constituição Federal.

2.3.2 Princípio da Legalidade

O princípio da legalidade encontra-se previsto no artigo 1º do Código Penal e o 5º, inciso XXXIX da CF, o qual esclarece e determina que não há crime sem que haja lei anterior que o defina, nem tão pouco pena sem prévia cominação legal.

Neste princípio estão inseridos mais dois, o da reserva legal, reservando para o estrito campo da lei a existência do crime e sua correspondente pena, e o da anterioridade exigindo que a lei esteja em vigor no momento da prática da infração penal (CAPEZ, 2004, p. 40).

2.3.3 Princípio da Personalidade

O princípio da personalidade está explícito no artigo 5º, inciso XLV da Constituição Federal, o qual determina que nenhuma pena deverá passar da pessoa do condenado, isto é, a pena de um indivíduo não pode passar para outrem, contudo, poderá a reparação de danos e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite

do valor do patrimônio transferido.

Art. 5º [...] XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos;

2.3.4 Princípio da Proporcionalidade

Pelo princípio da proporcionalidade o crime deve ser contido com sanção igualmente proporcional ao mal que foi causado, conforme preconiza a regularização da individualização da pena prevista na Constituição Federal, artigo 5º, inciso XLVI.

Este princípio se desenrola em três momentos, conforme esclarece Corrêa Junior:

Em matéria penal, o princípio da proporcionalidade deve ser observado em três momentos distintos, ou seja, no momento legislativo da cominação da sanção penal, no momento judicial de aplicação da pena em concreto e também no momento da execução penal. No primeiro momento, o legislador deve considerar a conduta que esta tipificando e cominar uma pena proporcional à gravidade do delito. Por outro lado, no segundo momento, o juiz deve considerar a conduta efetivamente praticada pelo agente e aplicar uma pena proporcional à gravidade objetiva do fato praticado (CORRÊA JUNIOR, 2002, p. 89).

Desse modo, o princípio da proporcionalidade deve ser aplicado a partir da imposição da pena até sua execução.

2.3.5 Princípio da Limitação das penas

De acordo com o art. 5º do Código Penal, no princípio da limitação das penas, estão inseridas as penas privativas de liberdade, restritivas de direitos e de multa. As penas privativas ou restritivas afetam a liberdade de locomoção do indivíduo.

No decorrer do tempo, muito se discutiu sobre a ideia de se inserir a pena de morte ou a prisão perpétua na legislação brasileira, sobretudo em razão das crescentes ações de criminalidade. Contudo, tal mudança na legislação não foi aprovada em nosso país, apesar de ser adotada em diversos países, principalmente

naqueles mais desenvolvidos.

A tendência mundial tem sido pela abolição da pena de morte, seja de caráter total ou parcial, como a adotada pelo Brasil, que a reserva somente em caso de guerra declarada (GRECO, 2010, p.85).

Ainda, segundo o que estabelece o art.75 do Código Penal sobre a proibição de penas de caráter perpétuo, o limite do cumprimento de pena privativa de liberdade é de 30 (trinta) anos. Caso, o agente do crime seja condenado a penas privativas de liberdade cuja soma seja superior a 30 (trinta) anos, devem as mesmas ser unificadas para atender ao limite máximo deste artigo. Outro aspecto importante é que, sobrevindo condenação por fato posterior ao início do cumprimento da pena, deverá ser feita nova unificação, desconsiderando o período de pena já cumprido.

A Constituição Federal de 1988, retirou a pena de trabalhos forçados, interpretado pelos legisladores como trabalho que humilha e degrada o condenado pelas forma como é realizado, o qual não deve ser confundindo com o trabalho destinado aos apenados que são regulamentados pela Lei de Execução Penal, que determina que o apenado execute as tarefas que tem como função ressocializar e remir a pena.

Também foi extinta a execução de penas cruéis, a exclusão ocorreu através do princípio da dignidade da pessoa humana, inserido no art. 5º, inciso XLVIV da CF/88 que determina que ninguém deve ser submetido a torturas nem a penas ou tratamento cruéis, desumanos ou degradantes.

2.3.6 Princípio da necessidade

O princípio da necessidade define que o Estado deve aplicar a pena ao indivíduo apenas em circunstâncias em que se faça extremamente necessário a imposição da lei para se consiga impedir danos maiores ou resguardar direito de outrem.

Dotti (2013) explica que a pena, em qualquer uma de suas especialidades, é uma amarga necessidade, e se configura como essencial para a proteção dos bens jurídicos, sem os quais a sociedade não resiste.

Portanto, o amparo da lei através da aplicação da pena, determina que se tenha extinguido todas as demais alternativas para evitar a infração da legislação jurídica, para que então se justifique quais são os fatos que necessitam da aplicação

da mesma.

2.4 INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

O princípio da individualização da Pena é essencial para resguardar a integridade humana, sua função é assegurar os direitos humanos dos indivíduos que tenham infringido as normas da legislação do Penal, instituindo os tipos de penas cabíveis para os delitos praticados, preservando sua dignidade.

Para Nucci (2004, p. 31), individualizar a pena quer dizer tornar individual uma determinada circunstância ou indivíduo, ou seja, tratar de maneira particular o que em outro momento era genérico, diferenciando determinado acontecimento que está inserido num contexto amplo.

A Constituição determina que individualização da pena seja regida pela Lei de Execuções Penais, a qual tem como objetivo executar a sentença oferecendo as condições necessárias para que o apenado consiga ser reintegrado à sociedade.

A respeito dos princípios da LEP e a individualização da pena, Boschi faz as seguintes observações:

O princípio da individualização das penas estabelecido pela LEP esclarece no art. 5º, que o indivíduo tem valor e personalidade própria, o que impede que se desconsiderem as diferenças, individualiza-se a pena para cada acusado e cada situação permite que o fato seja analisado de acordo com singularidades próprias (BOSCHI, 2002, p.65).

Segundo Bitencourt (2011, p 662):

A individualização da pena ocorre em três momentos, que se dividem em: individualização legislativa – processo através do qual são selecionados os fatos puníveis e cominadas as sanções respectivas, estabelecendo seus limites e critérios de fixação da pena; individualização judicial – elaborada pelo juiz na sentença, é a atividade que concretiza a individualização legislativa que cominou abstratamente as sanções penais, e, finalmente, individualização executória, que ocorre no momento mais dramático da sanção criminal, que é o do seu cumprimento.

Durante o decorrer da fase legislativa, o legislador cria a sanção penal e define a pena mínima e máxima para o tipo penal.

Nucci (2012), afirma que na individualização legislativa o legislador, estabelece a espécie de pena (detenção e reclusão) e a faixa na qual o juiz pode mover-se (tempo da pena). Já a individualização judicial, o magistrado fixa a pena

concreta, decide o valor cabível, entre o prazo mínimo e máximo, e determina o regime de cumprimento da pena e pelos possíveis benefícios.

Na visão de Barros (2001, p. 116):

A individualização judicial da pena é limitada pelo princípio da legalidade e pelo princípio da culpabilidade. O princípio da legalidade vincula o juiz à lei em relação atipicidade do fato e a pena, à medida em que o princípio da culpabilidade vincula o juiz a determinar a pena de acordo com a culpabilidade individualizada.

É relevante destacar que nesta fase o juiz possui certa discricionariedade para determinar a aplicação da pena impondo o limite mínimo ou máximo, e definir o regime inicial de cumprimento da pena, observando para tanto, o princípio da legalidade.

2.4.1 FASE EXECUTÓRIA DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

Durante a fase executória a individualização da pena acontece depois da declaração da sentença pronunciada pelo juiz.

Para Nucci (2012, p. 173) a individualização executória é a terceira etapa da individualização:

[...] e se desenvolve no estágio da execução penal. a sentença condenatória não é estática, mas dinâmica. Um título executivo judicial, na órbita penal, é mutável. Um réu condenado ao cumprimento da pena de reclusão de doze anos, em regime inicial fechado, pode cumpri-la exatamente em doze anos, no regime fechado (basta recusar-se a trabalhar etc.) ou cumpri-la em menor tempo, valendo-se de benefícios específicos (remição, comutação, progressão de regime, livramento condicional etc.).

No curso da fase executiva a individualização da pena ocorrerá segundo a observação dos princípios estabelecidos pela Lei de Execuções Penais. O processo se inicia na sentença condenatória, momento em que é determinado o regime inicial de execução da pena, visto que cada regime tem regras próprias de execução.

A lei de execuções penais também prevê que no começo da execução da pena os condenados ao cumprimento de pena em regime fechado deverão ser submetidos ao exame criminológico. O exame criminológico é um procedimento que realiza a análise do perfil psicológica e social do condenado, e tem por finalidade indicar qual será o tratamento adequado para o apenado no decorrer da execução da pena, visando, sobretudo, a ressocialização do indivíduo.

O exame criminológico especifica de modo claro, a necessidade de se individualizar a pena durante sua execução, observando as particularidades de cada condenado.

A lei de execuções penais em seu art. 8º esclarece que:

O condenado ao cumprimento de pena privativa de liberdade, em regime fechado, será submetido a exame criminológico para a obtenção dos elementos necessários a uma adequada classificação e com vistas à individualização da execução. Parágrafo único: ao exame de que trata este artigo poderá ser submetido o condenado ao cumprimento da pena privativa de liberdade em regime semiaberto (BRASIL, 1984).

Antes o exame criminológico era obrigatório para que o apenado pudesse fazer o pedido de progressão de regime prisional. Tal requisito foi excluído através da Lei 10.792/03, que determinou que a progressão deve ser realizada considerando apenas os requisitos objetivos, quer dizer, a exclusão de faltas disciplinares, e o cumprimento do tempo mínimo de execução da pena. Contudo, a jurisprudência tem interpretado de maneira unânime, que não é vedado ao juiz ao pedido do exame para embasar sua decisão para conceder a progressão de regime prisional.

Outro aspecto importante sobre a individualização da pena durante a fase executiva está relacionado ao trabalho prisional, visto que a LEP estabelece que o direito ao trabalho deverá ser desenvolvido de acordo com as habilidades pessoais do apenado.

A Lei de Execuções Penais dispõe sobre o trabalho do condenado, determinando a obrigatoriedade de acordo com os parâmetros da referida lei, conforme está estabelecido no art. 28:

O trabalho do condenado, como dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva. §1.º Aplicam-se à organização e aos métodos de trabalho as precauções relativas à segurança e à higiene. §2.º O trabalho do preso não está sujeito ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho (BRASIL, 1984).

Outro ponto que deve ser destacado refere-se à remuneração do apenado, a qual é explicada através do Art. 29 da seguinte forma:

Art. 29, o trabalho do preso será remunerado, mediante prévia tabela, não podendo ser inferior a 3/4 (três quartos) do salário mínimo. § 1º O produto da remuneração pelo trabalho deverá atender: a) à indenização dos danos causados pelo crime, desde que determinados judicialmente e não reparados por outros meios; b) à assistência à família; c) a pequenas despesas pessoais; d) ao ressarcimento ao Estado das

despesas realizadas com a manutenção do condenado, em proporção a ser fixada e sem prejuízo da destinação prevista nas letras anteriores (BRASIL, 1984).

Em relação ao trabalho realizado por aqueles que cumprem pena privativa de liberdade a Lei de Execuções Penais determina:

Art. 31, O condenado à pena privativa de liberdade está obrigado ao trabalho na medida de suas aptidões e capacidade. Parágrafo único. Para o preso provisório, o trabalho não é obrigatório e só poderá ser executado no interior do estabelecimento, (BRASIL, 1984).

Sobre o trabalho prisional Nucci, (2012) defende que:

O trabalho é um dos pontos positivos da individualização executória da pena, fruto natural do exame de classificação realizado no início do cumprimento da pena. Desvenda-se a aptidão e conhece-se a capacitação do condenado para o exercício de atividades no estabelecimento prisional (NUCCI, 2012, p.1999).

O trabalho externo está disposto no art. 36 da LEP que estabelece o seguinte:

O trabalho externo será admissível para os presos em regime fechado somente em serviço ou obras públicas realizadas por órgãos da administração direta ou indireta, ou entidades privadas, desde que tomadas as cautelas contra a fuga e em favor da disciplina.

§1.º O limite máximo do número de presos será 10% (dez por cento) do total de empregados na obra.

§2.º caberá ao órgão da administração, à entidade ou à empresa empreiteira a remuneração desse trabalho.

§3.º A prestação de trabalho a entidade privada depende do consentimento expresso do preso (BRASIL, 1984).

2.5 PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE

O caráter da pena privativa de liberdade afasta o condenado da convivência em sociedade, a pena é dividida em reclusão, detenção e prisão simples.

Encontrando a legitimidade para punir o indivíduo, o Estado encontra na liberdade individual, o bem supremo que este pode atingir sem ferir, em tese, o princípio da dignidade da pessoa humana. Neste sentido, os princípios constitucionais, os institutos processuais e os fatores de individualização cumprem

papel fundamental nesta tarefa (NETTO, 2008, p. 120).

A pena de reclusão é atribuída aos crimes dolosos, podendo ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto, a execução da pena é realizada de maneira progressiva, conforme o que determina a da lei, considerando também o comportamento do apenado.

Já a pena de detenção é atribuída para os casos de crimes dolosos, bem como para os de natureza culposa, a pena é cumprido em regime semiaberto e aberto, com exceção das ocorrências de aplicação de pena que necessite ser executada em regime fechado.

Bittencourt destaca as distinções entre reclusão e detenção:

[...] A começar pelo fato de que somente os chamados crimes mais graves, são puníveis com a pena de reclusão, reservando-se a detenção para os delitos de menor gravidade. Como consequência natural do anteriormente afirmado, a pena de reclusão pode iniciar o seu cumprimento em regime fechado, o mais rigoroso de nosso sistema penal, algo que jamais poderá ocorrer com a pena de detenção. Somente o cumprimento insatisfatório da pena de detenção poderá levá-la o regime fechado, através da regressão (BITTENCOURT, 2011, p. 517).

No regime fechado a pena é cumprida em estabelecimento penal de segurança máxima ou média, pois, abriga os condenados de maior periculosidade, exigindo maior rigor na segregação e uma vigilância mais ostensiva (SARAIVA, 2003, p. 148).

No cumprimento de pena em regime semiaberto, o apenado cumpre a pena em estabelecimento de colônia agrícola, industrial ou similar, se sujeita à jornada de trabalho durante o dia, e retornando à noite para o estabelecimento prisional. Ainda, é facultado por lei o direito de o apenado participar de cursos supletivos, faculdades e curso profissionalizantes.

O regime semiaberto visa despertar o senso de responsabilidade do apenado, estimulando e valorizando, que o leva a cumprir os deveres próprios de seu status, em especial o de trabalhar, submeter-se à disciplina e não fugir (MIRABETE, 2010, p.252).

Já o cumprimento de pena no regime aberto, permite que o apenado exerça atividade laboral e participe de cursos no período diurno e retorne à noite para casa de albergado.

A condição indispensável para o começo do cumprimento da pena ou da sua

progressão para o regime aberto é a possibilidade de trabalho do condenado (GRECO, 2010,

p. 511). Desse modo, percebe-se que a diferença desse regime para os outros, é que nos regimes fechado e semiaberto o trabalho é um requisito essencial para conseguir a remição de pena.

As penas privativas de liberdade são as mais utilizadas nas legislações atuais, contudo, tem sido bastante criticada, já que a prática tem revelado que esse tipo de penalidade é ineficiente, por não alcançar um dos seus principais objetivos, que é a reintegração do apenado para conviver em sociedade, ou seja, a ressocialização do apenado.

Mirabete (2010) afirma que a pena privativa de liberdade é um “instrumento degradante, destruidor da personalidade humana e incremento à criminalidade por imitação e contágio moral”.

A realidade é que a pena privativa de liberdade nos parâmetros realizados no Brasil, em nenhum momento trouxe resultados satisfatórios, embora sejam assegurados pela lei seus direitos e garantias, o que se percebe é que de fato não há benefícios reais para que o apenado se recupere e possa voltar a sociedade de maneira digna.

2.6 PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO

As penas restritivas de direito consistem na inibição temporária de um ou mais direitos do condenado, cuja substituição escolhida tem relação direta com a infração cometida (NORONHA, 1989).

As penas restritivas de direito se constituem como penas alternativas em relação às privativas de liberdade, tendo como objetivo evitar o confinamento de criminosos que cometeram delitos de menor potencial em presídios, possibilitando sua recuperação por meio da limitação dos seus direitos.

Bitencourt defende os motivos que embasam a substituição de sanção penal:

Busca-se com as penas “restritivas de direitos”, complementando as alternativas concretizadas por meio da multa, da suspensão condicional da pena e até mesmo do livramento condicional, dar solução mais realista e humana ao grave problema da prisão, ao menos quanto às penas de curta duração. (BITENCOURT, 2011, p.294).

Para que haja a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direito, é indispensável que sejam preenchidos alguns requisitos legais, visando atender as determinar as determinações legais. Os requisitos necessários estão dispostos no Código Penal no artigo:

O art. 43 do CP dispõe sobre as espécies de penas restritivas de direito que são:

I- A Prestação pecuniária: baseada no pagamento em dinheiro à vítima ou seus dependentes, ou à entidade pública ou privada com destinação social, no valor que varia entre 1 a 360 salários mínimos que será deduzido do montante eventual em ação de reparação civil.

II- Perda de bens e valores: Determinados bens e quantias são entregues ao Fundo Penitenciário e tem como teto o montante do prejuízo causado ou o provento obtido pelo agente ou terceiro com a prática do crime.

III- Prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas: o condenado realiza serviços gratuitos de acordo com suas habilidades. A atividade deve ser realizada em horário diário que não atrapalhe seu trabalho formal.

IV- Interdição temporária de direitos: está relacionada a suspensão ou proibição do exercício da profissão ou direito de dirigir veículo ou de frequentar alguns lugares; V- Limitação de fim de semana: o

condenado deve ficar por um período de cinco horas diárias em casa de albergado durante o sábado e domingo (BRASIL, 1984).

Art. 44 do CP esclarece que as penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos;

II – o réu não for reincidente em crime doloso;

III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente (CÓDIGO PENAL, 1984).

2.7 PENA DE MULTA

A pena de multa é imposta ao condenado por infração penal e consiste no pagamento de certa quantia fixada no ato da sentença e calculada em dias-multa, que corresponderá ao mínimo de 10 (dez) e máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa. O valor da multa deverá ser atualizado no momento da execução conforme os índices de correção monetária

Não se deve confundir pena de multa com prestação pecuniária e perda de valores, visto que não tem a natureza de pena restritiva de direitos mesmo que

esteja inserida como pena alternativa.

No entendimento de Dotti (2013):

A multa, comparativamente com as demais penas, guarda as seguintes características: a) não implica perda da liberdade e não tem o caráter infamante como ocorre com a prisão; b) não restringe direitos como ocorre com a prestação de serviços gratuitos e outras sanções restritivas de direitos; c) deve ser proporcional às condições econômicas do condenado (DOTTI, 2013, p. 601).

O valor do salário a ser aplicado como multa deve ser o mesmo vigente no tempo em que houve o crime, sendo vetado ao magistrado impor uma sanção que não esteja de acordo com tempo do crime.

Se a pena de multa for aplicada ao mesmo tempo em que esteja sendo executada a pena privativa de liberdade, a multa poderá ser paga através da dedução da remuneração do condenado.

O entendimento é que a pena de multa é mais uma maneira de não aprisionar determinados indivíduos que tenham cometido infrações mínimas, sendo imposta uma punição sem que haja a privação de liberdade.

Desse modo, Bittencourt justifica a pena de multa:

A pena de multa, através do louvável sistema dias-multa, atende de forma mais adequada aos objetivos da pena, sem as nefastas consequências da falida penaprivativa de liberdade. É um dos institutos que inegavelmente, melhor responde aos postulados de política criminal com grande potencial em termos de resultado em relação à pequena criminalidade e alguma perspectiva em relação à criminalidade média (BITENCOURT, 2011, p. 660).

2.8 FUNÇÃO RESSOCIALIZADORA DA PENA

A ressocialização tem como objetivo a humanização da passagem do apenado na instituição carcerária, aplicando sua finalidade teórica voltada para o tratamento humanista, tratando o infrator de maneira digna e permitindo o acesso aos meios que possam garantir seu retorno a sociedade.

Para Jesus (2000), compreende que o paradigma ressocializador da pena deve consistir em medidas que vise ressocializar o indivíduo que infringiu a lei. Nesse tipo de sistema, o encarceramento não se configura como um instrumento de vingança, mas, é um meio de reintegração de forma humanitária do indivíduo para o convívio em sociedade.

Foucault menciona a transformação que o meio carcerário leva o sujeito que nele é confinado:

A prisão também se fundamenta pelo papel de „aparelho para transformar os indivíduos”, servindo desde os primórdios como uma: detenção legal, encarregada de um suplemento corretivo, ou ainda uma empresa de modificação dos indivíduos que a privação de liberdade permite fazer funcionar no sistema legal. Em suma o encarceramento penal, desde o início do século XIX, recobriu no mesmo tempo a privação de liberdade e a transformação técnica dos indivíduos (FOUCAULT, 2010, p. 165).

Portanto, a pena privativa de liberdade por si só não conduz o apenado à ressocialização, e não modifica um infrator em cidadão que segue a lei. Assim, a legislação penal precisa de meios que sirvam a esse propósito, que é reinserir o infrator à sociedade. Os meios para se alcançar tal objetivo são: acesso ao trabalho, à educação, à família, atendimento religioso, entre outros.

A importância do trabalho não se limita tão somente a receber dinheiro para a subsistência do homem, ele tem a função de proporcionar ao indivíduo dignidade para a manutenção da família, lazer e as condições indispensáveis para seu convívio no meio social. Numa sociedade capitalista e consumista, os indivíduos são tratados conforme seus rendimentos, cargo que exerce, dessa maneira o trabalho deve ser compreendido como um direito de todos os indivíduos.

Foucault aponta a importância do trabalho para a mudança na vida do condenado e afirma que o trabalho mantém a organização no presídio, bem como proporciona a oportunidade de requalificar o detento, permitindo uma chance de se reabilitar quando estiver fora do cárcere (FOUCAULT, 2010, p. 228).

Aqueles que conseguem a oportunidade de trabalhar demonstram bons resultados, o trabalho traz benefícios tanto do ponto de vista psicológico quanto moral, diferentemente daqueles que permanecem ociosos, conforme destaca Fragoso:

Infelizmente, devemos dizer que as disposições da lei sobre o trabalho penitenciário constituem uma bela e generosa carta de intenções que não esta, e dificilmente estará, algum dia, de acordo com a realidade. A ociosidade é comum e generalizada em nossas prisões (FRAGOSO, 1993, p. 298).

Já o trabalho realizado externamente propõe-se a satisfazer dois requisitos, o subjetivo, que está relacionado à disciplina e responsabilidade, e o requisito objetivo

que pressupõe a obrigação do condenado em cumprir um sexto da pena, igualmente ao trabalho interno, também devem ser observadas as habilidades, idade e condição física do condenado.

A educação é outro fator que contribui de maneira significativa para que o apenado possa se reintegrar em meio a sociedade, além de ser uma garantia constitucional que possui previsão legal, conforme está explícito no art. 205 da CF da seguinte forma:

A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho (BRASIL, 1988).

A atividade educacional não pode ser considerada como uma simples regalia concedida pela administração penitenciária, de forma extra e opcional. Ela deve ser considerada como um elemento principal em todo conceito, capaz de oferecer aos presos oportunidades para um melhor aproveitamento do tempo em que permanece na prisão. A educação tem que oferecer necessidades básicas, a fim de que todas as pessoas que se encontra na prisão, independentemente do tempo, possam aprender habilidades tais como ler, escrever, fazer cálculos básicos que contribuirão para sobreviver no mundo exterior (COYLE, 2002).

O direito à educação está explícito de maneira objetiva nos artigos 17 ao artigo 21 da LEP, onde é esclarecido que a educação deve compreender a instrução escolar e a formação profissional do preso e do internado, e sendo obrigatória a oferta do ensino de primeiro grau.

Ainda, a oferta do ensino médio, regular ou supletivo, com formação geral ou educação profissional de nível médio, deverá ser implantada nos presídios, bem como a inserção do ensino de cursos supletivos de educação de jovens e adultos (EJA).

Com vistas a concretizar as atividades educacionais, o Estado poderá realizar convênio com entidades públicas ou particulares, com o objetivo de inserir no sistema prisional escolas ou o ensino de cursos especializados.

Para Marcão (2013), ressalta a importância da educação:

A educação se constitui como ferramenta de promoção da reintegração do indivíduo na sociedade, além de servir como remição da pena conforme regulamentação da Lei de execução penal, “é inegável, ainda, sua influência positiva na manutenção da disciplina do estabelecimento

penal” (MARCÃO, 2013, p.55).

Assim, a educação no sentido mais pleno tem que ter como objetivo o desenvolvimento integral da pessoa humana, levando-se em conta seus aspectos sociais, culturais e econômicos, devendo incluir para as pessoas presas acesso a livros, aulas e atividades culturais, para que possam estimular o presidiário a se desenvolver como pessoa, facilitando seu retorno à sociedade quanto finda sua pena, integrando e garantindo ingressar no mercado de trabalho, para que por fim, possam contribuir no desenvolvimento social, reduzindo a taxa de reincidência e consequentemente à prevenção da criminalidade (COYLE, 2002, p. 111).

Dessa forma, fica evidente a importância da educação para todos, principalmente para aqueles que se encontram encarcerados, pois esta é uma oportunidade única de conseguir mudar sua condição na sociedade. Contudo, as condições de oferta da educação em presídios são bastante limitadas e precárias, visto que os investimentos nessa área ainda são insuficientes para a enorme população brasileira.

Outro serviço importante é a prestação da assistência Social, a qual é permitida pela LEP, e tem como objetivo oferecer amparo ao condenado e o internado, preparando-os para o retorno à liberdade.

Na visão de Miotto (1975) a assistência social tem finalidade paliativa, curativo, preventivo e construtivo, é considerado um paliativo, pois promove alívio ao sofrimento vivenciado pelo apenado.

Enfim, esse tipo de serviço busca auxiliar e amparar o condenado, ajudando-o em seu convívio dentro da prisão, dando suporte para manter seu equilíbrio emocional e proporcionando atividades recreativas de lazer.

Os lazeres de atividade contribuem para exercitar a sua capacidade de iniciativa e de realização, a sua imaginação, a sua dedicação e senso de responsabilidade, vencendo obstáculos e dificuldades, até concluir o que se propôs fazer, realizar ou alcançar. Além disso, esses lazeres constituem bom instrumento ou ocasião de “desabafo” da tensão íntima produzida pela “atmosfera” psicológica opressiva, “carregada”, própria da prisão (MIOTTO, 1975, p. 505).

Portanto, as atividades de lazer realizadas nos presídios representam para o apenado um momento de descontração, onde ele pode se envolver em atividades físicas ou culturais, e esquecer por um instante as tensões da prisão.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O crime se apresenta como um fato social, e por si só, induz a uma ampla análise do mérito. A pena é o reflexo de uma ação praticada pelo infrator, e pressupõe a culpabilidade, sendo assim a pena é imposta aos indivíduos considerados imputáveis e semi-imputáveis que cometeram um fato típico.

Anteriormente a aplicação da pena no período primitivo do Direito Penal embasava-se apenas na moral, nos costumes, nas tradições, religiões, crenças e nos temores do homem. Suas origens estavam alicerçadas nos sentimentos de vingança e conservação individual que levavam o homem primitivo a defender-se daqueles que atentassem contra sua própria segurança.

Em seguida a religião ganhou espaço e influência na vida dos povos antigos e surgiu então o Direito Penal Religioso, também conhecido como Vingança Divina, onde haveria de ser punida a ofensa praticada contra os deuses, a ser aplicada pelos sacerdotes por delegação divina.

Atualmente o Estado detém o controle sobre as sanções penais através do que está estabelecido em lei pelo Código Penal em vigor, dessa forma o Estado foi sendo composto de modo organizado e estruturado, tendo como objetivo manter a ordem e sua segurança.

A pena se caracteriza pelo seu fator Retribucionista, que se demonstra que há uma retribuição pela infração cometida, aplicando ao infrator a privação de um bem jurídico, seja ele a pena privativa de liberdade, restritiva de direito ou multa. A pena também possui caráter preventivo, que busca evitar a conduta delituosa. Já a readaptação visa recuperar e reintegrar o indivíduo a sociedade após o cumprimento de sua pena.

Desse modo, a imposição da pena é uma forma de castigar o transgressor, para que o mesmo possa entender que as normas legais precisam ser obedecidas para a convivência harmônica em sociedade.

É importante lembrar que, a aplicação da pena deve obedecer aos princípios da dignidade da pessoa humana, legalidade, personalidade, proporcionalidade e limitação das penas.

Contudo o Estado não impõe simplesmente a pena ao infrator, nesse momento é indispensável, a promoção da educação como prática ressocializadora para o detento, por oferecer a oportunidade de mudar sua realidade, despertando

seus interesses em melhora sua condição de vida e aprender novas habilidades.

Através do acesso à educação no ambiente prisional é possível aumentar suas chances de conseguir emprego no momento em que conseguir sua liberdade.

O trabalho é fundamental tanto do ponto de vista de remição da pena do infrator, quanto em relação à recuperação da sua dignidade. O trabalho propõe-se a satisfazer dois requisitos, o subjetivo, que está relacionado à disciplina e responsabilidade, e o requisito objetivo que pressupõe a obrigação do condenado em cumprir um sexto da pena.

Outro fator que chama a atenção é a importância da Assistência Social, que é responsável por auxiliar e amparar o condenado, ajudando-o em seu convívio dentro da prisão, dando suporte para manter seu equilíbrio emocional e proporcionando atividades recreativas de lazer.

Esse estudo permitiu ampliar a visão sobre a aplicação da pena e seus impactos para sociedade e aqueles que cometem infrações, pois percebemos que entre a teoria e a prática da legislação a um grande distanciamento. Contudo, é possível compreender que houve grande evolução em relação à aplicação da pena, que atualmente é entendida como uma resposta do poder público para aqueles que queiram subverter a ordem e infringir as normas, o que seria a aplicação de castigos para os que desafiavam a religião.

Hoje o sistema prisional se apresenta como um grande desafio para as autoridades, a pena privativa de liberdade por si só não é capaz de deter o criminoso, é preciso enxergar a necessidade de maior investimento em políticas que busquem recuperar de fato o condenado. O que na verdade se vê, são pessoas ociosas e amontoadas que passam seu tempo pensando em sair da prisão e praticar novos delitos, porque não há verdadeiramente um mecanismo que modifique essa realidade.

Dessa forma o objetivo da pena que seria recuperar e ressocializar o condenado, se restringe apenas a um método de punição, já que as práticas de ressocialização destinadas a esses indivíduos são insuficientes para conduzi-los à recuperação e reintegração para o convívio em sociedade.

Observa-se, portanto, a necessidade de maiores investimentos do Estado em relação às melhorias no sistema prisional, poder público, aumentando o acesso ao projetos educacionais e técnicos para que os apenados possam vislumbrar uma expectativa de vida melhor ao sair da prisão, ampliar a oferta de trabalho tanto

internamente quanto externamente, favorecendo dessa forma a redução de apenados que se encontram em regime fechado, visto que o trabalho reduz seu tempo de pena.

Enfim, é preciso buscar novas alternativas para que se possam reduzir os índices de criminalidade e reincidência, que ocorre em virtude da falta de políticas públicas eficazes.

REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do Direito Penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BECCARIA, Cesare. Dos Delitos e das Penas. São Paulo: Editora Martin Claret, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto; CONDE, Francisco Muñoz. Teoria Geral do Delito. São Paulo: Saraiva, 2000.

BOSCHI, José Antonio Paganella. Das penas e seus critérios de aplicação. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2002.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 14. out. 2017. Brasília. - DF.

CAPEZ, Fernando, BONFIM, Edilson Mougnot. Direito penal. Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2004.

CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

COYLE, Andrew. Administração Penitenciária: Uma abordagem de Direitos Humanos: Manual para Servidores Penitenciários. Londres: International Centre for Prison Studies, 2002, p. 186.

CORRÊA JUNIOR, Alceu. SHECARIA, Sérgio Salomão. Teorias da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

DOTTI, René Ariel. Curso de direito penal. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

FOUCALT, Michel. Vigiar e punir – História da violência nas prisões – Tradução de Raquel Ramallete. 36. Ed. Petrópolis: Vozes, 2007.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. A nova parte geral. 1º Ed. Rio de Janeiro. Forense, 1993. FROMM, Erich. A revolução da esperança. 6. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2000. GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal, parte geral. Volume I. Niterói: Impetus,

2007. JESUS, Damásio de. Direito penal. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
MARCÃO, Renato. Curso de execução penal. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. Manual de Direito Penal, parte geral. 24^a ed. São Paulo: Atlas. 2007.

MIRABETE, Julio Fabrini. Manual de direito penal. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

NETTO, Alamiro Velludo Salvador. Finalidades da pena, conceito material de delito e sistema penal integral. Disponível em <
<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-17022009-160214/es.php>>.
Acesso em: 21. out. 2017.

NORONHA, Eduardo Magalhães. Direito penal. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

MORAES, Alexandre de. Direitos Humanos Fundamentais. Teoria Geral.
Comentários aos arts 1^o a 5^o da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Doutrina e Jurisprudência. Atlas. 7. ed. São Paulo. 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 10^a Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código penal anotado. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PRADO, Luis Regis. Curso de direito penal brasileiro. 12.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SARLET, I.W. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

OS RETROCESSOS NO DIREITO À PREVIDÊNCIA SOCIAL DO SERVIDOR PÚBLICO

Lourdemar Veras Fares David
Derly Pereira Brasileiro

RESUMO: O estudo aponta as perdas nos direitos à previdência social, em especial no Regime Próprio de Previdência Social, focando na insegurança jurídica causada ao servidor público, com as infundáveis regras de transição. São feitas análises acerca das mudanças ocorridas, das medidas pretendidas, das reais intenções dos governos e das regras transitórias e permanentes que disciplinam a previdência dos servidores públicos, à luz das emendas constitucionais nºs 20/98; 41/03; 47/05, 70/12 e 88/15. É analisada, ainda, a polêmica PEC 287/16, mostrando a violação a princípios fundamentais de direitos humanos, bem como a recente Medida Provisória nº 805/17, que majora a alíquota de contribuição previdenciária em três pontos percentuais para servidores da ativa, aposentados e pensionistas.

Palavras-chave: RPPS, inconstitucionalidade, regras de transição, insegurança jurídica.

Abstract: The study points out the losses in welfare rights, in particular in the Social Security Itself, focusing on the legal uncertainty caused to the public server, with the endless transitional rules. Are made about the changes, analyses of the measures, the real intentions of the Governments and of the transitional and permanent rules governing the welfare of public servants, in light of the constitutional amendments Nos 20/98; 41/03; 47/05, 70/12 and 88/15. Is parsed, the controversy PEC 287/16, showing the violation of fundamental principles of human rights, as well as the recent provisional measure no. 805/17, that majora the rate of social security contribution by three percentage points to active servers, retirees and pensioners.

Key words: RPPS, unconstitutionality, transitional rules, legal uncertainty.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo pesquisar e analisar as emendas à Constituição Federal, sob a luz dos princípios basilares da Previdência Social, com destaque para as emendas de nº 20/98, 41/03, 47/05, 70/12 e 88/15, bem como da PEC 287/16, ainda em tramitação, e da Medida Provisória 805/17, editada pelo governo Temer. Os referidos dispositivos vêm gerando muita polêmica, tendo em vista inviabilizar vários benefícios conquistados pela classe trabalhadora brasileira. Tais medidas, em tese neoliberais, se rendem à onipotência do mercado e trazem à

tona a pretensão do Estado em reduzir suas funções a um patamar mínimo. As reformas são ataques diretos a direitos sociais, com mudanças bastante severas no campo previdenciário, outrora considerado um dos principais avanços da Carta Magna de 1988.

Ao longo dos anos, desde a primeira emenda objeto desta pesquisa, observa-se uma forte tendência ao favorecimento de fundos e planos privados. Mudanças muito severas geram uma grande instabilidade jurídica, principalmente, para servidores públicos federais, estaduais, municipais e do Distrito Federal, detentores de cargo público efetivo, com ameaça concreta aos direitos adquiridos, facilmente verificada com as constantes regras de transição do sistema previdenciário. Diante desta nova realidade e de perspectivas sombrias acerca do futuro dos segurados, um grave e compreensível sentimento de retrocesso social está tomando conta dos brasileiros.

Para embasar esta pesquisa, apresentam-se dois questionamentos: As cláusulas pétreas, que são as regras garantidoras de direitos humanos, estão sendo violadas? As regras impostas pelas reformas previdenciárias e as que estão por vir, condizem com a realidade de nosso povo e do nosso funcionalismo público? Para responder a estas indagações serão feitos estudos por meio de outras pesquisas e da manifestação da doutrina e jurisprudências pátrias.

Desta forma, com o intuito de se atingir o objetivo proposto e responder aos questionamentos feitos, este trabalho se desenvolve em seis títulos e a metodologia de pesquisa é a analítico bibliográfica, em relação às obras consultadas, à legislação pertinente e à jurisprudência apresentada.

Outro aspecto merecedor de destaque neste trabalho, é a especificidade com que é tratada a previdência do servidor público, a exemplo de ter um dispositivo constitucional dedicado a discipliná-la, in verbis:

Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo. (Redação dada pela EC 41/03) (BRASIL, 1988).

São obrigados a prestar contribuição previdenciária no Regime Próprio de Previdência Social, o respectivo ente, os servidores ativos e os servidores inativos e

pensionistas. No entanto, quanto aos servidores inativos e aos pensionistas, a contribuição só é devida em relação ao valor do provento que ultrapassar o teto das aposentadorias do Regime Geral. Isso acontece em razão do princípio da isonomia, tendo em vista que o art. 195, II, da Constituição Federal de 1988 exclui os aposentados e pensionistas das contribuições previdenciárias (CRUZ, 2017).

Por fim, no decorrer deste trabalho, será avaliada a dimensão das perdas de direitos dos cidadãos, em especial do funcionalismo público brasileiro, e a violação de princípios constitucionais importantes, a exemplo do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o da Proibição do Retrocesso Social (ou da Irreversibilidade dos Direitos Fundamentais). Sobre estes e alguns outros princípios norteadores do Direito Previdenciário será dedicado um capítulo específico neste estudo, tendo em vista a importância de uma análise detalhada sobre o tema. Essa importância é perfeitamente retratada na lição de Balera e Mussi (2014):

Os princípios são a base do sistema jurídico e revelam a finalidade a ser perseguida pelos aplicadores da lei. Servem, assim, como guia, linha mestra, base, pedra angular, elemento informativo, rumo a ser atingido. Pode-se dizer, então, que afrontar um princípio é atacar todo o sistema previamente formado.

2. EVOLUÇÃO DOS DIREITOS DA SEGURIDADE SOCIAL

Diante do reconhecimento do indispensável suprimento das necessidades básicas do ser humano, pela sua própria natureza, surge como principal provedor, o trabalho. Por isso a máxima: “o trabalho dignifica o homem”, frase célebre de Benjamin Franklin (1706 – 1790). E nos inúmeros eventos que impossibilitem o homem de trabalhar e prover suas necessidades e as de sua família? Neste contexto, surge como solução a Previdência Social. Atualmente organizada em forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, deve atender, nos termos da lei, à cobertura das necessidades sociais, geradas por contingentes sociais, quais sejam: doença, invalidez, morte, idade avançada, proteção à maternidade, em especial à gestante, proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário, salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda.

Para se chegar, entretanto, a este patamar de proteção ao trabalhador e às inúmeras intempéries pelas quais ele pode se sujeitar, houve uma longa e árdua

caminhada de lutas frente a um sistema capitalista, onde a maior parte dos meios de produção está em mãos privadas e o trabalho assalariado sempre foi visto como formas de aumento do lucro.

Em 1933 houve a criação do IAPM (Instituto de Aposentadorias e Pensões dos Marítimos), no ano seguinte foi criado o IAPC (Instituto de Aposentadorias e Pensões dos Comercários). No mesmo ano, foi instituído o IAPB (Instituto de Aposentadorias e Pensões dos Bancários) e a Constituição Federal de 1937 previu assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante, mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado, a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de acidentes do trabalho e de morte. Esta Constituição emprega a expressão seguro social, em vez de previdência social. Estabeleceu a instituição de seguros de velhice, de invalidez, de vida e para os casos de acidente do trabalho (BALERA e MUSSI, 2014).

Ibrahim (2015) leciona que foi na Constituição Federal de 1946 que surgiu a expressão “previdência social”, na qual estabelece o custeio tripartite e a obrigatoriedade da instituição do seguro pelo empregador contra os acidentes do trabalho. Em 1960 surge a Lei Orgânica da Previdência Social (LOPS) e em 1963 a criação do FUNRURAL – Fundo de Assistência e Previdência do Trabalhador Rural. Em 1966 houve a criação do INPS (Instituto Nacional de Previdência Social) e em 1977 foi instituído o SINPAS (Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social), composto pelos seguintes órgãos: o IAPAS (Instituto de Administração Financeira de Previdência e Assistência Social); o INAMPS (Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social); o INPS (Instituto Nacional de Previdência Social); a DATAPREV (Empresa de Processamento de Dados); a LBA (Fundação Legião Brasileira de Assistência); a CEME (Central de Medicamentos) e a FUNABEM (Fundação Nacional de Assistência e Bem-Estar do Menor).

No ano de 1988, a Constituição Federal instituiu a seguridade social no Brasil, a qual “(...) compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social” (BRASIL. Constituição Federal, 1988, art. 194, caput).

No ensinamento de João Ernesto Aragonês Vianna (2014):

A Lei 8.029/90, em retrocesso histórico, extinguiu o Ministério da

Previdência e Assistência Social e restabeleceu o Ministério do Trabalho e da Previdência Social. A mesma lei autorizou a criação do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), como autarquia federal, mediante fusão do Instituto de Administração da Previdência e Assistência Social (IAPAS), com o Instituto Nacional de Previdência Social [...]

Atualmente, após a edição da Lei 11.457 (BRASIL, 2007, arts. 1º e 2º, § 4º), com a Secretaria da Receita Federal do Brasil, o INSS não mais detém a função de custeio. A Secretaria da Receita Federal do Brasil é um órgão subordinado ao Ministério da Fazenda, que exerce funções essenciais para que o Estado possa cumprir seus objetivos. É responsável pela administração dos tributos de competência da União, inclusive os previdenciários.

3. PRINCÍPIOS NORTEADORES DA SEGURIDADE SOCIAL

Antes de adentrarmos aos princípios do Direito Previdenciário propriamente ditos, é de grande valia as lições de Castro e Lazzari (2014), na obra Manual de Direito Previdenciário, onde ensinam que princípio é uma ideia que tem a função de inspirar outras ideias, com a finalidade de cuidar de cada instituto específica e minuciosamente. É o alicerce das normas jurídicas, fundamento da ordem jurídico-positiva em determinado ramo do Direito. Desta forma, como é de fácil conclusão, as normas ordinárias devem estar embebidas dos princípios, caso contrário, tornar-se-ão letra morta, ou pior, serão banidas do ordenamento jurídico.

Serão vistos a seguir os princípios mais intimamente relacionados à matéria deste estudo.

3.1. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A Constituição Federal de 1988, intitulada Constituição Cidadã, dispõe, já em seu art. 1º, que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito e tem como um dos seus fundamentos, a dignidade da pessoa humana.

Tem-se que a dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, baseado na autodeterminação consciente e responsável da própria vida, o que significa que existe a pretensão ao respeito das demais pessoas, sempre lembrando da necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos e do mínimo que todo estatuto jurídico deve garantir (MORAES,

2013).

Neste diapasão, Costa (2013) dispõe:

A noção de direitos fundamentais consagrou a necessidade de se esculpir um rol mínimo de direitos humanos em um documento escrito, colocando-se como uma das previsões obrigatórias a todas as Constituições, no sentido de promover o respeito à **dignidade humana**, garantir a limitação do poder e visar ao pleno desenvolvimento da personalidade humana [...]. Não obstante a proteção internacional prevista, os direitos humanos também devem ter alcance universal, isto é, devem alcançar todas as pessoas. A condição de pessoa, neste caso, é o único requisito necessário para a titularidade de tais direitos, independentemente de raça, sexo, etnia, condição social, ocupação, religião ou ideologia. Assim sendo, basta ser pessoa para ser titular de direitos humanos e ter dignidade humana (grifo nosso).

Reconhecida a sua importância no mundo inteiro, este princípio é a base de todos os demais, de forma que sempre estará a ser exigido em todas as relações dos seres humanos, sejam entre si, sejam destes com outros sujeitos jurídicos, estatais ou não. Este princípio é consagrado em vários dispositivos de nosso ordenamento jurídico, como, por exemplo, a proibição da submissão à tortura e da privação de direitos por motivo de crença ou convicção; da inviolabilidade de domicílio, da liberdade de consciência e de crença, da vida privada, honra e imagem, do sigilo de correspondência; vedação de penas indignas; garantia da proteção da integridade do preso, entre outros (BRASIL, CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988, art. 5º).

3.2. PRINCÍPIO DA UNIVERSALIDADE DA COBERTURA E DO ATENDIMENTO

Trata-se de um princípio constitucional e obriga o Estado a prestar atendimento a

todos os necessitados, bem como prever o maior número possível de contingências sociais. A Universalidade da Cobertura faz referência a situações objetivas, em sua maior parte, danosas. Por sua vez, a Universalidade do Atendimento muda o foco da situação em si para as pessoas afetadas por essa situação. Sobre o assunto Pereira Filho (2006) explica:

Desse conceito saltam aos olhos os dois aspectos a serem considerados: o objetivo, que se refere à cobertura, ou seja, aos riscos

protegidos, pelo qual o Estado deve considerar como dignos de prevenção ou de reparação todos os fatos que causem dano à saúde e à capacidade de auto-sustento dos indivíduos; e o subjetivo, que por sua vez se refere ao *atendimento*, e determina ao Estado que ampare todos os indivíduos sujeitos a esses fatos [...]

Na seara previdenciária, no entanto, este princípio atua de forma mitigada, tendo em vista que exige dos beneficiados contribuição direta, deixando a universalidade da cobertura e do atendimento restritas aos contribuintes, sejam os que o fazem por obrigação ou por opção – caso dos segurados facultativos (BLOHEM, 2016).

3.3. PRINCÍPIO DA UNIFORMIDADE E EQUIVALÊNCIA DOS BENEFÍCIOS E SERVIÇOS ÀS POPULAÇÕES URBANAS E RURAIS

Com previsão constitucional, este princípio foi um importante marco para a seguridade social, pondo fim ao tratamento desigual entre segurados urbanos e rurais. É corolário do princípio da isonomia e serve como haste para um verdadeiro estado democrático de direito. Sobre o tema, leciona Castro e Lazzari (2014):

O mesmo princípio já contemplado no art. 7º da Carta trata de conferir tratamento uniforme a trabalhadores urbanos e rurais, havendo assim idênticos benefícios e serviços (uniformidade), para os mesmos eventos cobertos pelo sistema (equivalência). Tal princípio não significa, contudo, que haverá idêntico valor para os benefícios, já que equivalência não significa igualdade. Os critérios para concessão das prestações de seguridade social serão os mesmos; porém, tratando-se de previdência social, o valor de um benefício pode ser diferenciado – caso do salário-maternidade da trabalhadora rural enquadrada como segurada especial.

3.4. PRINCÍPIO DA IRREDUTIBILIDADE DO VALOR DOS BENEFÍCIOS

Com amparo no art. 194, parágrafo único, IV, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), este princípio causa muita divergência na doutrina e jurisprudência. Para este estudo, porém, a mais relevante é a questão do alcance da norma.

Sobre o tema e sob a ótica de um direito fundamental, que o é de fato, Blohem (2016): “[...] por força de uma interpretação teleológica e sistemática dos dispositivos constitucionais, é forçoso concluir que o princípio da irredutibilidade dos

valores dos benefícios abrange não só os benefícios previdenciários, mas todos os benefícios da seguridade social [...]”.

3.5. PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE

Destacado de forma explícita no art. 40 da Constituição Federal (BRASIL, 1988, grifo nosso), quando determinou que “Aos servidores titulares de cargos efetivos [...] é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante [...]”, constitui-se no princípio mais importante a embasar todo o sistema previdenciário brasileiro. Assim, para Sérgio Pinto Martins (2013) apud Edmilson de Souza Blohem (2016):

A solidariedade pode ser considerada um postulado fundamental do Direito da Seguridade Social, previsto explicitamente inclusive na Constituição. Sua origem é encontrada na assistência social, em que as pessoas faziam uma assistência mútua para alguma finalidade e também com base no mutualismo, de se fazer um empréstimo ao necessitado[...]. Ocorre solidariedade na Seguridade Social quando várias pessoas economizam em conjunto para assegurar benefícios quando as pessoas do grupo necessitarem [...] quando uma pessoa é atingida pela contingência, todas as outras continuam contribuindo para a cobertura do benefício do necessitado.

3.6. PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL

Levando em consideração que o direito à previdência se faz necessário para alcançar a dignidade da pessoa humana, com a garantia do mínimo existencial, não há como negar que a sua proteção deve ser feita de forma objetiva. Este princípio vem, justamente, limitar a atuação estatal, tendo em vista que a restrição de direitos fundamentais, quando absolutamente necessária, precisa ser feita à luz dos princípios constitucionais. Sobre essa flexibilização, Costa (2013) foi muito feliz em sua colocação:

Absoluto é o núcleo essencial que não sofre qualquer tipo de relativização a partir de contingências concretas. Vale ressaltar que não necessariamente será imutável, apenas não comportará variações interpretativas de cada circunstância. Assim, mesmo não sofrendo relativização, poderá o conteúdo essencial assumir uma postura dinâmica, desenvolvendo-se de forma a se tornar apto a reagir às mudanças da realidade.

A análise dos dados circunstanciais sob o prisma mostrado por Costa será a essência de nossa pesquisa, uma vez que se faz necessário saber a exata

necessidade das mudanças ocorridas, bem como das pretendidas, na seara previdenciária e até que ponto os beneficiários vão suportar o ônus de uma administração medíocre, de conivências com a inadimplência empresarial, e um déficit não comprovado de forma satisfatória. Ainda que transparentes e justos fossem os motivos de tais mudanças, elas teriam que ser limitadas, de forma tal que minimamente garantissem a integridade do bem que sustenta o conceito de direitos humanos, ou seja, a dignidade da pessoa humana.

3.7. PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO AO HIPOSSUFICIENTE

Apesar de não ser totalmente aceito pela doutrina e, embora não tenha uma ligação muito estreita com a presente pesquisa, é de suma importância uma rápida explanação acerca deste princípio. Isto porque o seu espírito vem somar, junto aos demais princípios, para que se entenda o quanto é importante a manutenção dos direitos conquistados pelos brasileiros e a continuidade da faceta protetiva que sempre norteou a seguridade social.

Para Castro e Lazzari (2014), é cada vez maior a tendência de que as normas de proteção social devem ser interpretadas na ideia de proteção ao menos favorecido. Não se trata de distorcer o entendimento da norma, mas dentre as várias formulações possíveis, que seja escolhida a que melhor atenda à função social. Ainda para os autores, a jurisprudência vem cada vez mais aplicando o princípio em comento nas situações em que se depara com dúvida relevante sobre a necessidade de proteção social ao indivíduo.

4. ORGANIZAÇÃO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL: OS REGIMESPREVIDENCIÁRIOS

A proteção previdenciária no Brasil está organizada em seis diferentes tipos de regimes, cada um deles apresenta características próprias e são regidos por regras constitucionais e infraconstitucionais. Neste capítulo será visto cada um desses regimes, suas principais peculiaridades e o público alcançado.

4.1. REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL

Com previsão constitucional no art. 201 (BRASIL, 1988) de forma pormenorizada, o Regime Geral de Previdência Social (RGPS) é um plano básico e se destina aos trabalhadores do setor privado, aos servidores públicos temporários ou não abrangidos por regime próprio e aos empregados públicos. Ainda de acordo com a redação do texto constitucional, o regime geral tem caráter contributivo e filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial atendendo, nos termos da lei, à cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada; proteção à maternidade, especialmente à gestante; proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário; salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda e pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes.

Assim, ao legislador ordinário coube a tarefa de aprovar um plano previdenciário que atenda às necessidades básicas do segurado e assim o fez, estabelecendo direitos e obrigações aos indivíduos passíveis de serem beneficiários do regime, regulando o Estado, enquanto gestor da Previdência Social. Desta forma, ocorrida a hipótese de que trata a norma, gera obrigação ao ente previdenciário em conceder a prestação prevista, de forma fiel ao determinado na lei, não comportando ao beneficiário a renúncia ao direito, salvo se outro vislumbrar que lhe seja mais benéfico. (CASTRO E LAZZARI, 2014).

4.2. REGIME PRÓPRIO DE PREVIDÊNCIA SOCIAL

Também é um regime básico, sendo obrigatório para o servidor civil público efetivo, bem como os militares, desde que tenha sido criado pelo respectivo ente político, ou seja, pela União, Estados, Distrito Federal ou Municípios e suas respectivas autarquias e fundações. Neste diapasão, Amado (2017) alerta:

Ressalte-se que os servidores que são apenas titulares de cargos em comissão, temporários ou empregados públicos serão segurados obrigatórios do RGPS, na condição de segurados empregados, nos termos do artigo 40, § 13, da Constituição Federal, bem como os titulares de mandato eletivo, pois o RPPS só abarca os servidores efetivos em todas as esferas de governo, desde a Emenda 20/98.

Para Vianna (2014): “Por regime próprio de previdência social entende-se o que assegura pelo menos as aposentadorias e pensão por morte previstas no artigo

40 da Constituição Federal, nos termos do art. 10, § 3º, do Decreto nº 3.048/99”.

Por ser objeto de nosso estudo, analisaremos com mais detalhes o tema da previdência do servidor público em capítulo próprio.

4.3. PLANO DE SEGURIDADE SOCIAL DOS CONGRESSISTAS – PSSC

Instituído pela Lei 9.506 (BRASIL, 1997), é um plano básico, destinado aos Deputados Federais, Senadores e respectivos suplentes, e facultativo, fazendo-se necessário requerer em no máximo trinta dias do início do exercício do mandato, com previsão para aposentadorias com proventos integrais e proporcionais e pensão por morte em favor dos dependentes, com valor mínimo correspondente a 13% da remuneração fixada para os membros do Congresso Nacional.

Sobre o plano de seguridade em comento, Amado (2017) tem uma visão bastante peculiar: “Na verdade, cuida-se de um „RPPS disfarçado”, mas que não recebeu esta nomenclatura, especialmente porque com o advento da Emenda 20/1998 apenas os titulares de cargo público efetivo e os militares permaneceram como filiados ao RPPS”.

4.4. REGIME COMPLEMENTAR DOS SERVIDORES EFETIVOS

Com previsão nos §§ 14, 15 e 16, do art. 40 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir regime de previdência complementar para os seus servidores efetivos, mediante lei de iniciativa do respectivo Poder Executivo, podendo, após a instituição deste regime, fixar para as aposentadorias e pensões do RPPS o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social. Para os servidores que ingressaram no serviço público até a data de publicação da instituição do referido regime, no entanto, somente será aplicado mediante sua prévia e expressa opção.

Sobre a mudança de cargos no setor público, ressalta o professor Amado (2017) que “A Constituição se refere genericamente ao ingresso no „serviço público”, não exigindo literalmente a entrada no serviço público da respectiva entidade federativa até a data da publicação do ato de instituição do correspondente regime de previdência complementar”.

4.5. REGIME COMPLEMENTAR PRIVADO ABERTO

Com previsão no art. 202 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), trata-se de regime facultativo e regulado por lei complementar, organizado de forma autônoma em relação ao RGPS, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado.

No Brasil, o Regime de Previdência Complementar – RPC, também conhecido como previdência privada, surgiu para assegurar ao trabalhador o recebimento de um recurso adicional, sendo assim um mecanismo que permite ao trabalhador, facultativamente, acumular reservas para que no futuro, possa desfrutar de uma complementação na sua aposentadoria, proporcionando uma qualidade de vida melhor. Além disso, esse benefício poderá possibilitar cobertura em casos de morte ou invalidez. As EAPCs são entidades com fins lucrativos, constituídas unicamente sob a forma de sociedades anônimas e têm por objetivo instituir e operar planos de benefícios de caráter previdenciário concedidos em forma de renda continuada ou pagamento único, acessíveis a quaisquer pessoas físicas interessadas (PREVIDÊNCIA SOCIAL, 2013).

4.6. REGIME COMPLEMENTAR PRIVADO FECHADO

Para Silva (2015), “O Regime de Previdência Complementar (RPC) tem como finalidade primordial complementar a aposentadoria do trabalhador, de modo que ele receba, na inatividade, o mesmo valor recebido quando estava no efetivo exercício laboral, ou mais”.

As EFPCs, ou comumente chamadas de fundos de pensão, são entidades sem fins lucrativos e se organizam sob a forma de fundação ou sociedade civil. São constituídas exclusivamente para empregados de uma empresa ou grupo de empresas, para os servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como para associados ou membros de pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial, denominadas instituidores.

5. O REGIME DE PREVIDÊNCIA DOS SERVIDORES PÚBLICOS E AS REFORMAS PREVIDENCIÁRIAS

Previsto no artigo 40 da Constituição Federal, inicialmente não existia sequer

a exigência de contribuição, visto que a norma era iniciada com os tipos de aposentadoria, seguidos das condições para implementar o direito e garantidas a integralidade e a paridade, que são, respectivamente, o direito de receber na aposentadoria o valor da última remuneração percebida na ativa e a garantia de direito aos mesmos reajustes remuneratórios, a qualquer título, concedidos ao servidor da ativa, pelo aposentado ou seu dependente.

Conforme o art. 2º da Portaria MPS 402 (BRASIL, 2008):

Regime Próprio de Previdência Social - RPPS é o regime de previdência, estabelecido no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios que assegura, por lei, aos servidores titulares de cargos efetivos, pelo menos, os benefícios de aposentadoria e pensão por morte previstos no art. 40 da Constituição Federal.

Além do artigo 40, da Constituição Federal, as Leis 9.717/98 e 10.887/04 impõem as regras para a instituição e funcionamento dos chamados regimes próprios, sob pena de inconstitucionalidade formal, por violação ao regramento geral. Os entes políticos ainda deliberam sobre vários temas, como aquisição e perda da qualidade de segurado; indicação dos dependentes dos segurados e inclusão de novos benefícios (AMADO, 2017).

Ainda na análise de Amado (2017):

Com relação à União, aos Estados e ao Distrito Federal já houve a instituição dos referidos Regimes Próprios de Previdência Social para os seus servidores públicos efetivos e militares, porém, o mesmo não ocorreu com a esmagadora maioria dos municípios brasileiros, por serem carentes de boa estrutura administrativa, não comportando um regime previdenciário desta natureza. Na hipótese de municípios que não instituíram o seu RPPS, os seus servidores efetivos vinculam-se obrigatoriamente ao RGPS, na condição de segurados empregados, sendo a entidade política enquadrada como empresa para fins previdenciários.

Por força da Emenda Constitucional 20/98, ao servidor ocupante, exclusivamente, de cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração, bem como de outro cargo temporário ou de emprego público, aplica-se o Regime Geral de Previdência Social.

Sobre reforma constitucional, o caminho para a legitimação do seu conceito jurídico foi aberto por Rousseau, onde, com a utilização do bom senso, declarou ser

contra a natureza do corpo social impor leis que ele não possa revogar, desde que seja feito com a mesma solenidade empregada ao estabelecê-la. Este princípio formulado pelo pensador de Genebra entrou na Constituição francesa de 1791, que reconheceu à Nação o direito imprescritível de mudar a constituição e reformar os artigos cujos inconvenientes a experiência apontou. Os meios empregados para este fim seriam os estabelecidos na própria constituição. Desta forma, estava assim criado o princípio jurídico da reforma constitucional por obra do chamado poder constituinte derivado (BONAVIDES, 2014).

Ocorre que as emendas à constituição, que deveriam mudar a constituição e “reformular os artigos necessários”, vêm se mostrando uma forma de não realização de direitos conquistados e uma tendência a diminuir a responsabilidade do Estado, com perspectivas até mesmo de privatização do setor. Sobre o tema, excelente a colocação de Araújo (2004) apud Gentil (2006):

[...] o debate sobre as propostas de reforma da previdência estava dividido entre várias vertentes. Segmentos da esquerda identificavam problemas gerenciais e falta de transparência no sistema e apontavam a necessidade de providências urgentes. A direita apresentava-se dividida: alguns segmentos defendiam a correção de falhas administrativas e ajustes apenas em alguns tópicos críticos, preservando a natureza pública da previdência; outros segmentos apoiavam a manutenção da previdência pública, mas com a expansão da previdência complementar, numa tendência para a privatização; e, por fim, havia os liberais mais extremados para os quais a privatização era a solução para corrigir as distorções.

A Constituição cidadã trouxe novas perspectivas para o povo brasileiro, porém, pouco depois veio a eleição de Fernando Collor de Melo para a Presidência da República (1990) e teve início um longo e contínuo processo de negar direitos constitucionais, chamado contrarreformas. Entre 1990 e 1992, houve a tentativa de enterrar a então considerada anacrônica Constituição da República, através da elaboração de um conjunto de reformas que fariam parte da revisão constitucional prevista para ocorrer em 1993. Além dessa estratégia, o governo se empenhou em obstruir/desfigurar a legislação constitucional complementar, com clara intenção de impedir ou retardar a consumação desses direitos, enquanto aguardava a revisão constitucional. Todas as manobras empregadas objetivam o descumprimento das regras constitucionais e o veto dos projetos de lei aprovados pelo Congresso, desconsiderando prazos constitucionalmente estabelecidos para o encaminhamento dos projetos de

legislação complementar de responsabilidade do Executivo, com interpretação errônea dos dispositivos legais e, finalmente, a existência de veto presidencial a dispositivos essenciais (GENTIL, 2006 *apud* FAGNANI, 2005).

Após o impeachment de Collor, assume Itamar Franco (1993-1994), que deu continuidade às propostas de reforma da previdência social, com ameaças a direitos sociais e investidas privatizantes. Fraudes, disputas judiciais por direitos não concedidos, irregularidades na concessão de aposentadorias e sonegação de arrecadação ajudaram a criar uma impressão aparente de inviabilidade do sistema, justificando as reformas.

Pelo relato desta fase de crise política e ética em nosso país, conclui-se, com facilidade, que a história se repete no cenário atual, com mudança de alguns personagens, porém, com a utilização dos mesmos artifícios deste passado nem tão remoto. Para um melhor entendimento dos caminhos trilhados para o desmonte da seguridade social no Brasil, veremos em tópicos separados, as principais reformas, em especial as que atingiram mais diretamente o funcionalismo público e a proposta atual de mais uma reforma da previdência, a PEC 287.

A propósito, acerca do assunto, cabe a visão de Blohem (2016):

A partir da Constituição de 1988 tivemos alguns momentos de retrocesso nas conquistas previdenciárias dos segurados tanto do RGPS quanto dos RPPS. Retrocessos porque apoiadas pelo discurso da ideologia neoliberal – de Estado Mínimo – operou-se no país algumas emendas constitucionais – inconstitucionais até – visando unicamente a diminuição ou a retirada de Direitos Previdenciários dos Segurados ou de seus dependentes com o beneplácito do STF.

5.1. A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20/1998

Conhecida como “Reforma da Previdência”, a EC nº 20/98 teve um alcance muito inferior ao pretendido, tanto que foi chamada de reforma da aposentadoria por tempo de serviço, pelo fato de que este tipo de aposentadoria foi substituído pela atual aposentadoria por tempo de contribuição. Os termos correspondem exatamente aos critérios utilizados para a concessão do benefício, que são “tempo de serviço” e “tempo de contribuição”. Apesar do viés político da EC nº 20/98, tal mudança mostrou-se razoável, tendo em vista que a expectativa de vida do brasileiro teve uma ascensão significativa nos últimos 50 anos. Neste sentido opina

Blohem (2016):

[...] a intenção principal deste instrumento foi a extinção das aposentadorias precoces, numa realidade financeira e atuarial que não comportava mais o critério das aposentadorias por “tempo de serviço”[...] Se imaginarmos que este critério foi adotado em 1960, quando da publicação da LOPS (Lei Orgânica da Previdência Social – nº 3.807), quando a expectativa de vida dos brasileiros beirava os 55 anos, e que um trabalhador que iniciava sua atividade laborativa com 16 anos, após 30 ou 35 anos de atividade, já teria direito de solicitar sua aposentadoria proporcional ou integral [...] fica fácil concluir que já se encontrava, em tese, vivendo os últimos anos de sua vida. Agora, ao pensar na atual realidade do país, em que a expectativa média de vida de um brasileiro urbano supera os 75 anos de idade, não se concebe um sistema previdenciário sustentável, nem financeira nem atuarialmente falando, utilizando-se dos mesmos critérios estabelecidos a mais de 55 anos[...].

Outras medidas foram adotadas com a reforma e grande parte delas atingiu diretamente a previdência do setor público. Tendo em vista o objetivo deste estudo, serão comentadas apenas as diretamente ligadas ao RPPS.

De forma clara e resumida, Castro e Lazzari (2014) lecionam:

[...] as regras para aposentação passaram a ser mais rígidas, pois ao tempo de contribuição (trinta e cinco anos para o homem, trinta anos para a mulher) somou-se a exigência de idade mínima (60 anos para o homem e 55 anos para a mulher) mais o cumprimento de tempo mínimo de dez anos de efetivo exercício no serviço público e cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria. Quanto às chamadas “regras de transição”, os servidores que desejarem se aposentar pelos critérios antes vigentes deverão ter a idade mínima de 53 anos (homem) e 48 anos (mulher), mais o tempo mínimo de cinco anos no cargo em que pretende se aposentar, cumprido um tempo suplementar equivalente a 20% do tempo restante para atingir aquele previsto pelas regras anteriores, caso busque a aposentadoria com proventos integrais, e 40% do tempo restante, para que obtenha uma aposentadoria proporcional. No novo regramento, pós-Emenda 20/98, foi excluída a aposentadoria proporcional por tempo de serviço, que somente poderá ser obtida por aqueles que, à época, já tinham direito adquirido, ou se enquadrarem nas regras de transição estabelecidas na referida Emenda (até 31/12/2003, data da promulgação da emenda n. 41).

Aliada a estas medidas, está a previsão de adoção, por lei complementar, de previdência complementar para os servidores públicos. Estas primeiras mudanças mostram a tendência governamental de restringir o direito, reforçando o seu caráter securitário em detrimento dos aspectos da solidariedade. Percebe-se a abertura do caminho para a privatização da Previdência quando se prevê a criação da previdência complementar, ratificada, posteriormente, pela lei nº 12.618/12, que criou o fundo de previdência complementar dos servidores públicos (FUNPRESP). Desta forma, os recursos que eram canalizados para o fundo público, independem

agora de escolha do Servidor para serem dirigidos para os fundos de pensão, sendo sabido por todos que, em geral, são vinculados aos bancos. Assim, a criação deste novo sistema pode estar relacionada à transferência de recursos oriundos da contribuição individual do servidor a instituições privadas, sinalizando, portanto, para a mercadorização dos direitos sociais e a validação de um modelo misto de bem-estar social (BRANDÃO, 2015).

5.2. A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 41/2003

A Emenda Constitucional nº 41/2003 dirigiu-se, pode-se dizer, quase que exclusivamente aos servidores públicos (RPPS), produzindo alterações com o objetivo de uma aproximação entre as suas regras e àquelas aplicáveis ao regime de previdência dos trabalhadores em geral (RGPS).

Na opinião de uns, essas alterações foram uma medida de justiça e equidade; para outros, um nivelamento por baixo da previdência pública. De acordo com Nogueira (2009) entre essas alterações, pode-se destacar:

- a) a contribuição previdenciária sobre os proventos de aposentadoria e as pensões cujos valores excedam o limite previdenciário do RGPS;
- b) o cálculo dos proventos e pensões pelas mesmas regras do RGPS (média dos salários contributivos) e não mais pela última remuneração, que passou a ser apenas seu limitador;
- c) o fim da “paridade”, que são os reajustes vinculados às remunerações dos servidores da ativa, passando a ser aplicado o reajustamento para a preservação do valor real do benefício, assim como no RGPS;
- d) a redução dos valores das pensões, passando a existir um limite de 70% (setenta por cento) sobre a parcela que ultrapassar o teto de benefícios do RGPS.

Os atuais pensionistas, ou aqueles que obtenham o benefício em decorrência da morte do servidor até a data da promulgação da EC, têm seus direitos assegurados nos termos da legislação vigente (BRASIL. EC 41, 2003, art. 7º).

Dentre as medidas mais impactantes está a criação do Abono de Permanência para aqueles servidores que, mesmo preenchendo todos os requisitos para a aposentadoria voluntária, optassem por postergar sua inatividade, sendo o valor deste abono igual ao valor do desconto a título de contribuição previdenciária. Foram mantidos o tempo mínimo de contribuição de 35 anos para homens e de 30 anos para mulheres, assim como a idade mínima de 60 anos para homens e 55

anos para mulheres, tendo ainda que preencher os requisitos de 10 anos no serviço público e 5 anos no cargo efetivo em que ocorrer a aposentadoria.

Da mesma forma, para a aposentadoria por idade, permaneceu o mínimo de 65 anos para homem e 60 anos para mulher, além de 10 no serviço público e 5 no cargo efetivo em que ocorrer a aposentadoria. Uma novidade foi no que diz respeito ao regime de Previdência complementar dos servidores titulares de cargos em provimento efetivo, que era implementado por lei complementar e passa a ser viável por lei ordinária de iniciativa dos respectivos poderes executivos e por intermédio de entidades fechadas de previdência complementar de natureza pública (BLOHEM,2016).

Percebe-se que foi fixada a impossibilidade de entrega desta modalidade de seguro à iniciativa privada, sendo necessário que cada ente público crie uma entidade, que até então têm tido natureza jurídica de fundação, com personalidade de direito público e que deverá funcionar como entidade de previdência complementar fechada. Estas entidades deverão ser geridas e fiscalizadas pelo Poder Público, bem como pelos próprios beneficiários. Como se vê, uma verdadeira gestão pública de recursos, diferente da gestão estatal, que sempre demonstrou ser contrária aos interesses dos servidores públicos. Um exemplo claro disso, são os inúmeros problemas oriundos da administração e da ausência da elaboração de estudos atuariais no Regime Geral de Previdência Social (CASTRO E LAZZARI, 2014).

Ainda sobre a emenda constitucional em estudo, Ivan Kertzman (2014) nos ensina:

A EC 41/2003 também trouxe uma série de alterações, acabando com a integralidade e a paridade. A integralidade é o direito do servidor de receber a aposentadoria no valor da sua última remuneração como ativo, e a paridade é a garantia de que os proventos da aposentadoria serão reajustados toda vez que a remuneração dos servidores ativos seja aumentada. Esta emenda criou também a polêmica contribuição dos inativos, aposentados e pensionistas e alterou a forma de cálculo do valor das aposentadorias e pensões concedidas pelo RGPS, além de prever a possibilidade de instituição de Regime de Previdência Complementar para Servidores Públicos, impondo fortes alterações no sistema após a criação dos referidos institutos.

Levando em conta que o cálculo de aposentadorias e pensões, para os que venham a ter direito a benefícios após a promulgação da Emenda n. 41, já sofreu significativa redução, percebe-se que está sendo assim, mais uma vez, diminuída com a incidência da contribuição.

Sobre a extinção da integralidade, ressalta Amado (2017):

De efeito, determina o artigo 1º, da Lei 10.887/04, que seja promovida a média aritmética simples das maiores remunerações, utilizadas como base para as contribuições do servidor aos regimes de previdência a que esteve vinculado, correspondentes a 80% de todo o período contributivo desde a competência julho de 1994 ou desde a do início da contribuição, se posterior àquela competência, atualizadas pelo índice do RGPS, que atualmente é o INPC.

Com relação à pensão por morte, interessante o comentário de Castro e Lazzari (2014):

A pensão por morte também teve suas regras de concessão alteradas, pela nova redação do § 7º do art. 40, sendo agora correspondente ao valor da totalidade dos proventos do servidor falecido, até o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201, acrescido de setenta por cento da parcela excedente a este limite, caso aposentado à data do óbito ou ao valor da totalidade da remuneração do servidor no cargo efetivo em que se deu o falecimento, até o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201, acrescido de setenta por cento da parcela excedente a este limite, caso em atividade na data do óbito. Sobre a matéria, convém apontar que o novo critério de cálculo somente se aplica aos óbitos ocorridos após 19/02/2004, data da emissão da Medida Provisória nº 167, mesmo que o requerimento de pensão seja feito após essa data.

Acerca do tema, vale destacar que a Suprema Corte se manifestou em julgamento de Recurso Extraordinário do dia 29/05/2007 (RE 453.298-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ de 22.6.2007): “O benefício previdenciário da pensão por morte deve ser regido pela lei vigente à época do óbito de seu instituidor. Impossibilidade de retroação de lei nova para alcançar situações pretéritas”.

A Emenda Constitucional nº 41 também alterou o § 20, do art. 40 da Constituição e vedou, expressamente, a existência de mais de um regime próprio de previdência social para os servidores titulares de cargos efetivos, e de mais de uma unidade gestora do respectivo regime em cada ente estatal (BRASIL, 2003).

Além das regras inseridas no texto da Constituição, existiram também normas destinadas a disciplinar as “regras de transição” com o fim de obtenção dos benefícios previdenciários para os servidores já filiados aos regimes de previdência própria até a data da promulgação da emenda em estudo, bem como revogou a regra de transição trazida pelo art. 8º da EC nº 20/98.

Na verdade, essas medidas eram parte de um conjunto de reformas com objetivos vários, além do ajuste fiscal das contas do Estado, que supostamente tinham um imenso déficit. A seguir foi aprovada a emenda constitucional nº 42, no

mesmo ano, que seria a reforma tributária do governo Lula. Com exceção de poucas alterações, não se tratou de uma reforma tributária de fato, porém houve a prorrogação da DRU até 2007, cumprindo exigências dos organismos financeiros internacionais (UGINO e MARQUES, 2012).

Durante o processo de discussão das reformas de 1998 e 2003, a Previdência Social foi apresentada como a grande vilã do país, uma instituição falida e responsável pelo desequilíbrio das contas públicas nacionais. Porém, essa percepção equivocada da Previdência Social precisa ser modificada, desmistificada, devolvendo, assim, a sua importância para a sociedade brasileira e o seu importante papel para os brasileiros.

5.3. A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 47/2005

Aprovada em julho de 2005, esta emenda teve o condão de amenizar os efeitos devastadores da Emenda Constitucional nº 41/2003, chamada pelo professor Frederico Amado (2017) de “a madrasta dos servidores públicos”.

Antes de iniciar os estudos da Emenda constitucional nº 47/2005, faz-se necessário lembrar o momento político da Emenda nº 41/2003: O governo federal queria aprovar a reforma da previdência social até o final do ano de 2003, porém, no segundo semestre deste ano ela ainda estava parada no Senado, aguardando apreciação e prováveis mudanças. Para evitar que a reforma não estivesse pronta ainda naquele ano, o governo propôs uma nova PEC para as questões controversas. Seria uma “reforma dentro da reforma”, conhecida ainda como PEC paralela, de autoria do Senador Paulo Paim (BLOHEM, 2016).

Assim, com a aprovação da emenda constitucional 47/05, o § 4º do art. 40 da Constituição Federal/88 foi alterado, com a previsão de aposentadoria especial, definida em lei complementar, para os servidores públicos portadores de deficiência e aqueles que exerçam atividade de risco, juntamente com aqueles que exerçam atividade sob condições que prejudiquem a saúde ou a integridade física.

Houve ainda, a alteração do § 21, do mesmo diploma legal, em que a contribuição prevista no § 18 ainda do mesmo artigo, passa a incidir apenas sobre as parcelas de proventos de aposentadoria e de pensão que superem o dobro do limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social, quando o beneficiário, na forma da lei, for portador de doença incapacitante

(BRASIL, 2005).

A principal norma, no entanto, trazida pela PEC “paralela”, é transitória e somente aplicável aos servidores que ingressaram em cargo público até 16/12/1998, data da publicação da EC nº 20/98. Estes servidores contam, a partir de então, com regra mais favorável, que permite, além da aposentadoria com proventos integrais e paridade plena, a aposentadoria, em alguns casos, com idade inferior aos limites de 60 anos (homens) ou 55 anos (mulheres).

Essa sistemática ficou conhecida como "Regra 95 ", pois os servidores tinham que perfazer o total, se homens, 95 anos, ou, se mulheres, 85 anos, somando-se tempo de contribuição e idade. Em compensação, por ser mais favorável que as regras anteriores, exige maior tempo de atividade – vinte e cinco anos de efetivo exercício no serviço público, além de quinze anos de carreira e cinco anos no cargo em que se der a aposentadoria (IBRAHIM, 2015).

Para melhor compreensão da Emenda Constitucional nº 47 (BRASIL, 2005), vejamos parte do texto do art. 3º, abaixo transcrito:

Art. 3º - Ressalvado o direito de opção à aposentadoria pelas normas estabelecidas pelo art. 40 da Constituição Federal ou pelas regras estabelecidas pelos arts. 2º e 6º da Emenda Constitucional nº 41, de 2003, o servidor da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, que tenha ingressado no serviço público até 16 de dezembro de 1998 poderá aposentar-se com proventos integrais, desde que preencha, cumulativamente, as seguintes condições:

- a) - trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher;
- b) - vinte e cinco anos de efetivo exercício no serviço público, quinze anos de carreira e cinco anos no cargo em que se der a aposentadoria;
- c) - idade mínima resultante da redução, relativamente aos limites do art. 40, § 1º, inciso III, alínea "a", da Constituição Federal, de um ano de idade para cada ano de contribuição que exceder a condição prevista no inciso I do caput deste artigo.

Parágrafo único. Aplica-se ao valor dos proventos de aposentadorias concedidas com base neste artigo o disposto no art. 7º da Emenda Constitucional nº 41, de 2003, observando-se igual critério de revisão às pensões derivadas dos proventos de servidores falecidos que tenham se aposentado em conformidade com este artigo.

Ainda sobre a EC 47/05, relevante a observação de Castro e Lazzari (2014):

Um aspecto interessante a ser observado é a previsão de seus efeitos retroativos. É dizer, muitos benefícios de aposentadoria já concedidos, no interregno entre 1.1.2004 e 4.7.2005 deverão ser objeto de revisão, para adequação à norma mais favorável, quando for o caso, por força das novas disposições incluídas pela referida Emenda.

A Emenda em comento, no entanto, foi omissa no que diz respeito ao abono de permanência quando o servidor venha a implementar os requisitos necessários para a regra de transição. Sobre o tema, Amado (2017) destacou a irrazoabilidade do dispositivo e trouxe esclarecedor julgado do TRF 3ª Região:

“ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS PARA APOSENTADORIA ESPECIAL. ABONO DE PERMANÊNCIA DO ARTIGO 40, §19 DA CONSTITUIÇÃO. REGRA DO CORPO PERMANENTE DO TEXTO CONSTITUCIONAL APLICÁVEL À APOSENTADORIA PREVISTA NA EC 47/2005. DESNECESSIDADE. RECURSO PROVIDO. 1.

Apelação interposta contra sentença que denegou mandado de segurança impetrado contra ato do Superintendente Federal de Agricultura do Ministério da Agricultura no Mato Grosso do Sul, que negou ao impetrante, fiscal federal agropecuário, o direito ao pagamento do abono de permanência previsto nos artigos 40, §19, da Constituição Federal, art. 3º, §1º, da EC 20/1998, e art. 2º, da EC 41/2003. 2. É incontroverso que o impetrante preenche os requisitos para a aposentadoria voluntária com proventos integrais, com base no art. 3º da Emenda Constitucional nº 47/2005. A discussão cinge-se a possibilidade de concessão do abono de permanência, sustentando a Administração que, diferentemente do que ocorreu na EC nº 20/1998 e na EC nº 41/2003, não há previsão da referida verba no regime instituído pela EC nº 47/2005. 3. A regra do abono de permanência consta do corpo definitivo da Constituição, no §19 do artigo 40, na redação da EC nº 41/2003. Constando do corpo definitivo da Constituição, é de se ter a norma por aplicável, sem a necessidade de que seja repetida nas emendas que dispõe sobre as regras de transição. 4. O fato de não constar da EC 47/2005 previsão de abono de permanência não leva à conclusão de que, ainda que satisfeitos os requisitos nela previstos, o servidor que continuar em atividade não fará jus ao mencionado abono. Tal conclusão somente seria válida se houvesse expressa vedação ao pagamento de tal verba na citada Emenda. Como não há, aplica-se a norma do corpo permanente da Carta* que prevê o abono para o servidor que preencher os requisitos da aposentadoria voluntária. 5- Se a aposentadoria for voluntária, então a ela será aplicável a regra do § 19 do artigo 40 da Constituição. E aposentadoria especial por atividade insalubre ou perigosa classifica-se, indubitavelmente, como voluntária. 6. A razão de ser da regra que assegura a aposentadoria com menor tempo de contribuição para aqueles que exercem determinadas atividades não é, com o equivocadamente sustentado, a de garantir que os servidores sujeitos a condições prejudiciais à saúde deixem de exercer sua atividade o quanto antes. Para que tal raciocínio fosse válido, a aposentadoria especial deveria ser compulsória, afastando o servidor, definitivamente, da atividade insalubre ou perigosa. E não é isso o que ocorre, já que a legislação permite a continuação do trabalho em atividade especial. 7. Não existe incompatibilidade lógica ao pagamento do abono de permanência ao impetrante, porque a aposentadoria, embora especial por atividade prejudicial à saúde, continua sendo voluntária. 8. Apelação provida” (TRF 3ª Região, AMS 339300, de 08/10/2013).

5.4. A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 70/2012

Esta emenda acrescenta o art. 6-A à EC nº 41/2003, corrigindo uma injustiça desta última com relação à aposentadoria por invalidez de servidores que ingressaram no serviço público até a data de publicação da referida EC 41/2003, desta forma:

Art. 6º-A. O servidor da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, que tenha ingressado no serviço público até a data de publicação desta Emenda Constitucional e que tenha se aposentado ou venha a se aposentar por invalidez permanente, com fundamento no inciso I do § 1º do art. 40 da Constituição Federal, tem direito a proventos de aposentadoria calculados com base na remuneração do cargo efetivo em que se der a aposentadoria, na forma da lei, não sendo aplicáveis as disposições constantes dos §§ 3º, 8º e 17 do art. 40 da Constituição Federal. Parágrafo único. Aplica-se ao valor dos proventos de aposentadorias concedidas com base no caput o disposto no art. 7º desta Emenda Constitucional, observando-se igual critério de revisão às pensões derivadas dos proventos desses servidores (BRASIL, 2012).

Até a vigência da emenda 41/2003 o servidor que se aposentasse por invalidez tinha direito à integralidade, que corresponde à totalidade da remuneração do servidor no cargo efetivo em que se daria à aposentadoria. Com a reforma de 2003, todos os servidores, inclusive os que ingressaram antes da emenda, perderam este direito, sendo o cálculo dos benefícios calculados com base na média aritmética simples das 80% maiores remunerações.

A partir da emenda constitucional nº 70/2012 essa distorção foi corrigida, porém, é importante entender que os beneficiados foram tão somente os servidores que ingressaram no serviço público até a emenda constitucional nº 41/2003, ficando os demais submetidos às novas regras, ou seja, não têm direito à integralidade.

5.5. A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 88/2015

O projeto de emenda à constituição que deu origem a esta emenda constitucional ficou conhecida pelo nome de “PEC da Bengala”, tendo em vista que pretendia alterar a aposentadoria compulsória para 75 anos. Infelizmente, o objetivo de alteração da nossa Carta Magna não foi em prol da eficiência no serviço público e, muito menos, visando o bem-estar do servidor público. Tendo como foco a alteração do inciso II, do parágrafo 1º do art. 40 da Constituição de 1988, com alteração também no conteúdo do ato das Disposições Constitucionais Transitórias,

essa emenda teve o escopo de satisfazer os interesses de um grupo político, que manipulou o direito de nomeação de ministros do Supremo Tribunal Federal pelo Poder Executivo. Assim, o art. 40 (BRASIL, Constituição Federal, 1988), que trata do RPPS, teve o seu § 1º, II modificado:

Art. 40 (...)

§ 1º Os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata este artigo serão aposentados, calculados os seus proventos a partir dos valores fixados na forma dos §§ 3º e 17: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003):

I - (...)

II - compulsoriamente, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição, aos 70 (setenta) anos de idade, ou aos 75 (setenta e cinco) anos de idade, na forma de lei complementar;

III - (...)

Por se tratar de uma medida política, com a clara intenção de evitar que a então Presidente Dilma Rousseff, reeleita em 2014, nomeasse mais 5 ministros do STF (pelas regras vigentes à época, este seria o número de ministros que se aposentariam), a Emenda Constitucional nº 88 (BRASIL, 2015, art. 2º), acresceu o art. 100 ao ato das Disposições Constitucionais Transitórias, in verbis:

Art. 100. Até que entre em vigor a lei complementar de que trata o inciso II do § 1º do art. 40 da Constituição Federal, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Superiores e do Tribunal de Contas da União aposentar-se-ão, compulsoriamente, aos 75 (setenta e cinco) anos de idade, nas condições do art. 52 da Constituição Federal.

5.6. A PEC 287/16

A Proposta de Emenda à Constituição em análise teve o condão de criar uma celeuma em torno do tema. Até que ponto se faz necessário uma reforma tão drástica como esta? Enquanto o Governo Federal clama por uma reforma, alegando a manutenção do sistema previdenciário sustentável, utilizando-se de onerosa campanha de mídia para o convencimento da população, mais de 160 entidades representantes da sociedade civil, incluindo a Ordem dos Advogados do Brasil, se manifestaram contra a reforma, sob o argumento de que ela está fundamentada em premissas equivocadas, celebrando o posicionamento por meio de uma “carta aberta”, entregue à Câmara dos Deputados, onde alegam que o superávit da Seguridade Social tem sido tão elevado que anualmente são desvinculados recursos por meio do mecanismo da DRU, com destinação, em especial, para pagamento de juros da dívida pública e concessão de renúncias fiscais (ORDEM DOS

ADVOGADOS DO BRASIL, 2017).

Em relação especificamente aos servidores públicos, o Promotor de Justiça de São Paulo, Paulo Penteado Teixeira Júnior, a pedido da CONAMP, abordou os efeitos da PEC 287/16. Nesta análise, como não poderia deixar de ser, foi lembrado que a reforma em estudo está em franca colisão com tratados internacionais e com princípios e garantias constitucionais, como o da separação dos Poderes, da isonomia, da não-discriminação, da proporcionalidade, da razoabilidade, da justiça material e da proibição do retrocesso social. O Governo Federal estima um déficit de mais de 68 bilhões de reais para o ano de 2016 para o RPPS, sendo que em 2015 o déficit foi de 33 bilhões (ANFIP) e 39 bilhões (RREO). É espantosa a diferença e para chegar a este robusto crescimento, o governo considerou que todos os servidores da União com possibilidade para se aposentar já o fizeram, fato este que não ocorreu. A projeção do déficit atuarial não é confiável e traz prognoses pessimistas do RPPS a longo prazo. Em 24 anos foram aprovadas seis emendas constitucionais que alteraram profundamente as regras de aposentadoria dos RPPS. Na média, a cada quatro anos é criado um novo subnível para o sistema, além do que, as inúmeras regras de transição e formas de aposentadoria resultam em um sistema complexo e híbrido (CONAMP, 2016).

Amado (2017) dedicou um apêndice à PEC 287, em sua obra Curso de Direito e Processo Previdenciário, sintetizando as novidades trazidas pela reforma. Com relação ao RPPS, para aposentadoria voluntária serão exigidos 65 anos de idade para homens e mulheres, além de 25 anos de contribuição, desde que cumprido o tempo mínimo de 10 anos de efetivo exercício no serviço público e 5 no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria, com exigência de 49 anos de contribuição para que seja de 100% da média das remunerações e dos salários de contribuição, pois partirá de 51%, acrescendo 1 % por ano de contribuição. O texto atual prevê 60 anos de idade para o homem e 55 anos para a mulher. Para a aposentadoria por incapacidade permanente a regra é a mesma, busca a inserção da exigência de 49 anos de tempo de contribuição para que esta aposentadoria (antiga invalidez) seja de 100% da média das remunerações e dos salários de contribuição, salvo se decorrente de acidente de trabalho, sendo retiradas as doenças graves, contagiosas ou incuráveis, que davam direito aos proventos integrais.

Como se vê, as análises da CONAMP e da OAB, juntamente com as outras

entidades manifestantes, são mais que justificáveis.

Ainda sobre a reforma, complementa Amado (2017):

A aposentadoria especial do servidor por agentes nocivos passa a exigir efetivo prejuízo à saúde. Nas aposentadorias especiais do servidor (deficiente e prejuízo efetivo à saúde) a redução do tempo exigido para fins de aposentadoria será de, no máximo, dez anos no requisito de idade e de, no máximo, cinco anos para o tempo de contribuição. Propõe-se a extinção da aposentadoria especial para a atividade de risco, a exemplo dos policiais, mantido regramento de transição.

Sobre a pensão por morte na pretensão da PEC 287/16:

Propõe-se pensão por morte no valor equivalente a uma cota familiar de 50%(cinquenta por cento), acrescida de cotas individuais de 10 (dez) pontos percentuais por dependente, até o limite de 100% (cem por cento), respeitado o limite dos benefícios do RGPS e não garantindo o valor mínimo de um salário mínimo, nos termos do regramento permanente (MORTE DE SERVIDOR PÚBLICO QUE INGRESSOU APÓS O FUNCIONAMENTO DA PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR NO SEU ENTE POLÍTICO). Na hipótese de óbito do aposentado, as cotas de pensão por morte serão calculadas sobre a totalidade dos proventos do servidor falecido, respeitado o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social. Na hipótese de óbito de servidor em atividade, as cotas serão calculadas sobre o valor dos proventos aos quais o servidor teria direito caso fosse aposentado por incapacidade permanente na data do óbito, somente chegando à base de cálculo integral se o servidor tivesse 49 anos de tempo de contribuição ou houvesse falecido em decorrência de acidente de trabalho. Adota-se o rol de dependentes do RGPS e a não reversão de cotas aos demais co- beneficiários (atualmente existe autonomia para a fixação destas regras). Adotam-se as regras da pensão por morte temporária do Regime Geral de Previdência Social (atualmente existe autonomia para a fixação destas regras). Adota-se o reajustamento dos benefícios pelo mesmo índice do Regime Geral de Previdência Social – INPC (atualmente a Constituição não fixa o índice) (AMADO, 2017).

5.7. A MEDIDA PROVISÓRIA Nº 805/17

Com base na nota explicativa nº 9/2017/CGNAL/SRPPS/SPREV/MF, da Secretária de Previdência, Subsecretária dos Regimes Próprios de Previdência Social (BRASIL, 2017), faz-se abaixo uma explanação sobre o polêmico aumento da alíquota decorrente da Medida Provisória nº 805, de 30/10/2017:

Recentemente o Governo Federal editou a referida Medida Provisória que, entre outras medidas, alterou as alíquotas e bases de cálculo da contribuição do servidor federal no Regime próprio de Previdência Social. É sabido que a Lei nº

9.717/98 estabelece regras gerais para organização e o funcionamento dos RPPS, com fundamento na Constituição. Esta Lei estabelece, por sua vez, em seu art. 3º que as alíquotas de contribuição dos servidores ativos dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para os respectivos regimes próprios de previdência social não serão inferiores às dos servidores titulares de cargos efetivos da União. Ainda sob os argumentos da nota explicativa nº 09, fica estendido a todo o funcionalismo público a alteração das referidas alíquotas e a Lei Federal nº 10.887/04, que é paradigma para a contribuição dos Estados, Distrito Federal e Municípios ao respectivo RPPS tem o seu art. 4º alterado pelo art. 37 da referida Medida Provisória nº 805/17:

Art. 4º A contribuição social do servidor público ativo de quaisquer dos Poderes da União, incluídas as suas autarquias e fundações, para a manutenção do respectivo regime próprio de previdência social, será calculada mediante a aplicação das seguintes alíquotas:

I - onze por cento sobre a parcela da base de contribuição cujo valor seja igual ou inferior ao limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social - RGPS; e

II - quatorze por cento sobre a parcela da base de contribuição que supere o limite máximo estabelecido para os benefícios do RGPS (BRASIL, 2004).

O art. 2º da Lei nº 9.717/1998 estabelece, como limites para as contribuições dos entes federativos ao RPPS, a contribuição dos seus próprios servidores, de forma tal que não poderá ser menor que a contribuição do servidor, nem maior que o dobro desta contribuição. A União não precisará alterar a sua contribuição, tendo em vista o art. 8º da Lei 10.887/04:

Art. 8º A contribuição da União, de suas autarquias e fundações para o custeio do regime de previdência, de que trata o art. 40 da Constituição Federal, será o dobro da contribuição do servidor ativo, devendo o produto de sua arrecadação ser contabilizado em conta específica (BRASIL, 2004).

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No século passado houve grandes avanços com relação aos direitos sociais, sendo, inclusive, reconhecidos como direitos humanos e positivados em vários diplomas constitucionais, inclusive no nosso. Desde a promulgação da Carta Vigente, no que diz respeito à Seguridade Social, vivemos um desrespeito contínuo ao direito concedido pela Constituição cidadã, que se encontra mutilada e

desvirtuada pelas inúmeras emendas sofridas. Todos os governos descumprem princípios fundamentais, deixando a sociedade em uma contínua insegurança sobre os rumos que o país irá tomar com relação às políticas públicas em geral.

Neste contexto, ideias conservadoras e propostas extremamente destruidoras de direitos sociais e instituições são incentivadas pela mídia tradicional e apoiadas por um Congresso totalmente voltado para os interesses de classes sociais dominantes, deixando a desejar quanto à representatividade de vários setores da sociedade, entre eles o funcionalismo público. As várias reformas amplamente analisadas neste estudo, culminando com a PEC 287/16, com o seu “pacote de maldades”, e a Medida Provisória 805/17, que se antecipou à reforma, aumentando as alíquotas de contribuição dos servidores, demonstraram o quanto os servidores públicos foram massacrados nos últimos anos e as quão grandes foram suas perdas na seara previdenciária, gerando instabilidade jurídica e insegurança pessoal para todos os servidores, da ativa ou não, e seus pensionistas.

Ao que tudo indica, o suposto “déficit” da Previdência, desmascarado pela recente CPI, foi formado em cima de mentiras e falsos dados e parece ter sido imposto ao brasileiro, de forma tal, que o cidadão comum não questiona a sua veracidade. Esse falso “déficit” tornou-se, senão o único, o principal argumento do Governo Federal para tamanho desmonte da Previdência Social. As medidas já implementadas, somadas às que a PEC 287 pretende, produzirão uma devastação no povo brasileiro e gerarão um outro “déficit”, um déficit com a sociedade, de moralidade, de cidadania e de dignidade.

O texto demonstrou que o processo de desproteção social começou, pode-se dizer, no momento em que se viu concluído o projeto de um sistema de proteção social que garantia a dignidade da pessoa humana e o tão almejado mínimo existencial.

Existe como senso comum em nossa sociedade, incentivado pelos principais setores da mídia, o mito de que o servidor público brasileiro tem muitos privilégios. Este trabalho tem também o propósito de incentivar a luta destes servidores pelos seus direitos, mostrando à sociedade que, se o país está em crise, não é por causa do funcionalismo público, é resultado dos modelos de gestão existentes, da corrupção e da má administração dos recursos públicos.

Ao final do presente trabalho, conclui-se que todas as situações políticas e de conotações econômicas aqui levantadas, deixaram claro o desinteresse dos

governos em solucionar os problemas e proporcionar aos servidores públicos a segurança jurídica da qual eles são merecedores, demonstrando um total descaso pelas consequências de suas medidas. Existe um grande desafio a ser enfrentado pelo funcionalismo público e por toda a sociedade brasileira, que é a proteção dos direitos à cidadania para todos que a integra, construindo uma sociedade igualitária e justa, de forma sustentável.

REFERÊNCIAS

AMADO, Frederico. Curso de Direito e Processo Previdenciário. 9.ed. rev. ampl. atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

BALERA, Wagner; MUSSI, Cristiane Miziara. Direito Previdenciário. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

BLOHEM, Edmilson de Souza. A previdência Social do Servidor Público: à luz da CF/88 e das emendas constitucionais 20/98, 41/03, 47/05, 70/2 e 88/15. Curitiba: Íthala, 2016.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 29.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

BRANDÃO, Thiago Bazi. As Configurações da Seguridade do Servidor Público Federal: uma análise das relações de status, classe e direitos na burocracia brasileira. 2015. xxiv, 328f., il. Tese (Doutorado em Política Social) – Universidade de Brasília, Brasília, 2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 25 out 2017.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003. Modifica os arts. 37, 40,

42, 48, 96, 149 e 201 da Constituição Federal, revoga o inciso IX do § 3 do art. 142 da Constituição Federal e dispositivos da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc41.htm> Acesso em: 12 nov 2017.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 47, de 05 de julho de 2005. Altera os arts. 37, 40, 195 e 201 da Constituição Federal, para dispor sobre a previdência social, e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc47.htm>. Acesso em: 12 nov 2017.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 70, de 29 de março de 2012. Acrescenta art. 6º-A à Emenda Constitucional nº 41, de 2003, para estabelecer critérios para o cálculo e a correção dos proventos da aposentadoria por invalidez dos servidores públicos que ingressaram no serviço público até a data da publicação daquela Emenda Constitucional. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc70.htm>. Acesso em: 13 nov 2017.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 88, de 7 de maio de 2015. Altera o art. 40 da Constituição Federal, relativamente ao limite de idade para a aposentadoria compulsória do servidor público em geral, e acrescenta dispositivo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc88.htm> Acesso em: 12 nov 2017.

BRASIL. Lei nº 9.506, de 30 de outubro de 1997. Extingue o Instituto de Previdência dos Congressistas - IPC, e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9506.htm> Acesso em: 18 nov 2017.

BRASIL. Lei nº 10.887, de 18 de junho de 2004. Dispõe sobre a aplicação de disposições da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, altera dispositivos das Leis nos 9.717, de 27 de novembro de 1998, 8.213, de 24 de julho de 1991, 9.532, de 10 de dezembro de 1997, e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.887.htm> Acesso em: 12 nov 2017.

BRASIL. Lei nº 11.457, de 16 de março de 2007. Dispõe sobre a Administração Tributária Federal; altera as Leis nos 10.593, de 6 de dezembro de 2002, 10.683, de 28 de maio de 2003,

8.212, de 24 de julho de 1991, 10.910, de 15 de julho de 2004, o Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; revoga dispositivos das Leis nos 8.212, de 24 de julho de 1991, 10.593, de 6 de dezembro de 2002, 10.910, de 15 de julho

de 2004, 11.098, de 13 de janeiro de 2005, e 9.317, de 5 de dezembro de 1996; e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11457.htm>. Acesso em: 18 nov 17.

BRASIL. Medida Provisória nº 805, de 30 de outubro de 2017. Posterga ou cancela

aumentos remuneratórios para os exercícios subsequentes, altera a Lei no 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, e a Lei no 10.887, de 18 de junho de 2004, quanto à alíquota da contribuição social do servidor público e a outras questões. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/Mpv/mpv805.htm> Acesso em: 16 nov 2017

BRASIL. Nota Explicativa nº 09, de 08 de novembro de 2017. Ministério da Fazenda. Secretária de Previdência. Subsecretaria dos Regimes Próprios de Previdência Social. Disponível em <http://www.previdencia.gov.br/wp-content/uploads/2017/11/Nota-Explicativa-n%C2%BA-9-08nov2017.pdf>> Acesso em: 15 nov 2017.

BRASIL. Portaria MPS nº 402, de 10 de dezembro de 2008. Disciplina os parâmetros e as diretrizes gerais para organização e funcionamento dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos ocupantes de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, em cumprimento das Leis nº 9.717, de 1998 e nº 10.887, de 2004. Disponível em http://sislex.previdencia.gov.br/paginas/66/MPS/2008/402_1.htm> Acesso em: 14 nov 2017.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. Manual de Direito Previdenciário. 16.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CONAMP. Reforma da Previdência – 4 Pontos Fundamentais para Entender a PEC 287/16. Disponível em <HTTPS://WWW.CONAMP.ORG.BR/PT/BIBLIOTECA/LIVROS/ITEM/1505-REFORMA-DA-PREVIDENCIA-4-PONTOS-FUNDAMENTAIS-PARA-ENTENDER-A-PEC-287-16.HTML>>. Acesso em: 15 nov 2017.

COSTA, Aline Moreira da. Direitos Humanos e Previdência Social Brasileira à luz do princípio da proibição do retrocesso social. Dissertação apresentada ao Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social. São Paulo: USP, 2013.

CRUZ, Vítor. Constituição Federal Anotada. 9. ed. Rio de Janeiro: Ferreira, 2017.

GENTIL, Denise Lobato. A Política Fiscal e A Falsa Crise do Sistema de Seguridade Social no Brasil: uma análise financeira do período 1990 – 2005. Tese apresentada ao Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. Rio de Janeiro: UFRJ, 2006.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. Curso de Direito Previdenciário. 20. ed. Rio de Janeiro:

Impetus, 2015.

KERTZMAN, Ivan. Curso Prático de Direito Previdenciário. 11. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2014.

MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional. 9. ed. atualizada até a EC nº 71/12. São Paulo: Atlas, 2013.

NOGUEIRA, Naron Gutierre. A Constituição e o Direito à Previdência Social. São Paulo: LTr, 2009.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. OAB e entidades divulgam carta aberta sobre a Reforma da Previdência. Disponível em <http://www.oab.org.br/noticia/54702/oab-e-entidades-divulgam-carta-aberta-sobre-a-reforma-da-previdencia>>. Acesso em: 15 nov. 2017

PEREIRA FILHO, Luiz Clemente. Princípios Constitucionais da Seguridade Social. Dissertação apresentada ao Departamento de Direito. São Paulo: PUC, 2006.

PREVIDÊNCIA SOCIAL. O que é Previdência Complementar. Disponível em <http://www.previdencia.gov.br/a-previdencia/previdencia-complementar/o-que-previdencia-complementar/>>. Acesso em: 14 nov 2017.

SILVA, Clauber Nascimento da. Principais Aspectos Jurídicos sobre a Aposentadoria dos Servidores Públicos Federais Titulares de Cargos Efetivos e Vitalícios. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Gestão Pública. Vitória: UFES, 2015.

UGINO, Camila K; MARQUES, Rosa Maria. As reformas previdenciárias brasileiras sob a pressão neoliberal. Textos e contextos. Porto Alegre, p. 13. Jul. 2012.

VIANNA, João Ernesto Aragonés. Curso de Direito Previdenciário. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2014.

GUARDA COMPARTILHADA

Márcio Antônio Maia de Barros
Luciano Honório de Carvalho

RESUMO: O tema em estudo enfoca a questão da guarda de crianças e adolescentes após a dissolução da sociedade conjugal, enfocando a guarda compartilhada, que visa sem dúvidas, o melhor interesse do menor, garantindo-lhe o direito de conviver, preferencialmente, no âmbito de sua família natural, bem como de ter referências paternas e maternas em sua formação. A Lei n. 11.688/2008 trata da guarda compartilhada, ou seja, igualdade de direitos no que diz respeito ao exercício do poder parental, exercido em iguais condições pelo pai ou pela mãe, não importando se separados ou não. O reconhecimento dessa igualdade dos genitores no exercício de suas funções parentais incentiva a participação permanente na vida dos filhos. Portanto, o caráter conjunto da responsabilidade integral e a mútua cooperação na educação dos filhos amenizam o reflexo negativo que uma separação ocasiona. Para que a Lei seja realmente eficaz, faz-se necessária a presença de ambos os pais, opinando, decidindo conjuntamente sobre a vida da criança e/ou adolescente, mesmo que ele esteja fisicamente distante. Para a realização desta pesquisa bibliográfica, busca-se fundamentar em doutrinas e jurisprudências para melhor entendimento do tema.

Palavras-chave: Guarda Compartilhada. Poder Familiar. Interesse do Menor. Alienação Parental.

ABSTRAC: The study theme focuses on the question of custody of children and adolescents after the dissolution of the conjugal partnership, focusing on custody, which aims without doubt, the best interests of the child, guaranteeing the right to live, preferably within their natural family, as well as have references in their paternal and maternal education. The Law 11.688/2008 comes to custody, or equal rights with regard to the exercise of parental power, exercised on an equal footing by the father or mother, whether separated or not. The recognition of the equality of parents in exercising their parental functions encourages ongoing involvement in the lives of children. Therefore, the character set of full responsibility and mutual cooperation in the education of children alleviate the negative effect that causes a separation. For the law to be truly effective, it is necessary the presence of both parents, giving their opinions and decide jointly on the lives of children and / or adolescent, even if it is physically distant. For this research literature, we sought support in doctrine and jurisprudence for better understanding of the subject.

Keywords: Shared Guard. Family power. Interests of the Minor. Parental Alienation.

1. INTRODUÇÃO

O objeto deste estudo é a guarda compartilhada e os reflexos na vida da criança e do adolescente, tendo como objetivo analisar e descrever a relevância no ordenamento jurídico e a garantia da estrutura familiar na aplicabilidade da guarda compartilhada.

Entendendo que os primeiros interessados no desenvolvimento saudável dos filhos devem ser os pais, o interesse pelo tema reside em buscar maiores esclarecimentos sobre a guarda compartilhada, e com isso, contribuir para ampliar a compreensão de diretrizes básicas que norteiam os recursos do Direito de Família, como também assinalar as perspectivas teóricas diferenciadas que se dedicam ao estudo dessa área.

A guarda compartilhada - Lei n. 11.698/2008 trata da igualdade de direitos no que diz respeito ao exercício do poder parental e deve prescindir da força de vontade e da mútua cooperação entre os genitores. Para que a Lei seja realmente eficaz, faz-se necessária a presença de ambos os pais, opinando, decidindo conjuntamente sobre a vida da criança e/ou adolescente, mesmo que ele esteja fisicamente distante. Se estes não colocarem os interesses dos filhos acima dos deles, realmente o uso da guarda compartilhada, nesses casos, não alcançará êxito. Independente de qual seja a família em que estão inseridas, a criança e o adolescente, tem o direito de se sentirem protegidos, confortados, respeitados em todos os direitos fundamentais e essenciais à sua formação como ser humano. Por isso, os mesmos não podem ser tratados como objetos na disputa por pais ou familiares, nem estarem vivenciando conflitos entre os pais, uma vez que esta

experiência poderá acarretar transtornos psicológicos irreversíveis em suas vidas.

Tanto o pai quanto a mãe, querendo e tendo condições morais e psicológicas, devem estar presentes no processo de formação dos filhos, e possuem condições de igualdade para exercerem esse direito, é o que dispõe a Constituição Federal de 1988, artigo 5º, inciso I e artigo 226, § 5º. Portanto, o fato dos pais estarem separados não pode significar para a criança uma restrição ao direito de convivência com seus genitores. Portanto, a guarda compartilhada tem a finalidade de que os pais dividam a responsabilidade e as principais decisões relativas aos filhos, como educação, instrução, religiosidade, saúde, lazer, etc.

A questão problema que norteia este estudo é sobre a adequada compreensão da guarda compartilhada no ordenamento jurídico e a garantia da estrutura familiar, tendo em vista os princípios, regras e instituições destinadas à regular a atividade revisora dos órgãos jurisdicionais do direito de família, especializados na solução dos conflitos individuais e coletivos decorrentes destas relações.

Assim, alguns questionamentos merecem ser investigados, quais sejam: Como ficam as crianças tratadas como objeto de disputa, sofrendo a alienação parental, acarretando transtornos psicológicos irreversíveis? Como fica a eficácia na aplicabilidade da Lei n. 11.698/2008, sem a presença do pai?

Como hipótese acredita-se que a aplicabilidade da guarda compartilhada depende de fatores como responsabilidade, cooperação e cordialidade entre o casal, critérios estes que devem ser levados em consideração pelo Magistrado ao determinar a aplicação da guarda compartilhada, para que a quebra do vínculo parental cause menos prejuízo à formação da personalidade do filho e sua relação com o meio social. Para a consecução da pesquisa foi adotado o método dedutivo, que, conforme Pasold (2000, p.85) consiste em:

Estabelecer uma formulação geral e, em seguida, buscar as partes do fenômeno de modo a sustentar a formulação geral. [...] é a forma lógico comportamental-investigatória na qual se baseia o pesquisador para buscar os resultados que pretende alcançar.

Como técnica aplicada, destaca-se a da pesquisa bibliográfica, consistente na pesquisa e colheitas de documentações indiretas presentes em fontes primárias (norma jurídica, jurisprudências, etc.) e secundárias (doutrinas, artigos, revistas, etc.) que versam sobre a matéria. O instrumento utilizado foi à coleta de dados possibilitando ordenar, de forma clara e sistematizada, os achados mais relevantes, através de fichamento.

2. O PODER FAMILIAR E O INSTITUTO DA GUARDA DOS FILHOS

2.1 CONCEITOS E CARACTERÍSTICAS DO PODER FAMILIAR

O poder familiar encontra sua origem em épocas muito remotas, ultrapassando as fronteiras culturais e sociais. Instituto este, que alterou bastante no curso da história, acompanhando, em síntese, a trajetória da história da própria família. Enorme foi o passo dado nesta matéria, com o Projeto do Código Civil de 1965, ao ser estabelecido que o pátrio poder seja exercido em comum pelos pais do menor

Deferiu também, a Constituição Federal vigente, o pátrio poder ao casal, tal como já havia sido concedido pela Lei n. 4.121/62 - Estatuto da Mulher Casada.

Mantendo o princípio, o Código Civil de 2002 estatui no art. 1.631, que, durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; apenas na falta ou impedimento de um deles, outro o exercerá exclusivamente.

A partir de então, havendo divergência entre os cônjuges, não mais prevalece à vontade paterna, e aquele que estiver inconformado deverá recorrer à justiça, pois o exercício do pátrio poder é de ambos os cônjuges, igualmente. Nesse sentido, acentuou o art. 21 do Estatuto da Criança e do Adolescente - Lei n. 8.069/90:

O pátrio poder será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência.

De acordo com Rizzardo (2009), vários são os caracteres que marcam o poder familiar, anteriormente com o nome de pátrio poder, ou poder paternal, ou também poder marital. Em primeiro lugar, cuida-se de um múnus público (ou seja, uma espécie de função correspondente a um cargo privado que estaria numa posição intermediária entre o poder e o direito subjetivo), pois ao Estado, que fixa normas para o seu exercício, interessa o seu bom desempenho.

Cabe agora passar ao estudo acerca conceito do poder familiar. Para Diniz (2007, p.447), o poder familiar é:

Um conjunto de direitos e obrigações, quanto à pessoa e bens do filho menor não emancipado, exercido, em igualdade de condições, por ambos os pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e proteção dos filhos.

Dias (2009, p.154) afirma que “o poder familiar, concebido como múnus, é um complexo de direito e deveres”. No mesmo sentido para Rizzardo (2009, p. 602) o conceito do poder familiar é “um múnus, encargo, dever, função; é esse o modo pelo qual a consciência moderna o conceitua”. Enquanto, Grisard Filho (2009, p. 35-36) afirma que o poder familiar é o “conjunto de faculdades encomendadas aos pais, como instituição protetora da menoridade, com o fim de lograr o pleno desenvolvimento e a formação integral dos filhos, física, mental, moral, espiritual e social”.

Sendo assim, a ordem de colocação do instituto, sustenta Rizzardo (2009, p.609):

Pode-se ir além e dizer que se trata de uma conduta dos pais relativamente aos filhos, de um acompanhamento para conseguir a abertura dos mesmos, que se processará progressivamente, à medida que evoluem na idade e no desenvolvimento físico e mental, de modo a dirigi-los a alcançarem sua própria capacidade para se dirigirem e administrarem seus bens. Não haveria tão-somente um encargo, ou múnus, mas um encaminhamento, com poder para impor certa conduta, em especial entes da capacidade relativa. Não mais há de se falar praticamente em poder dos pais, mas em conduta de proteção, de orientação e acompanhamento dos pais.

Assim, o poder familiar, deve ser exercido fundamentalmente no interesse do filho menor, ou seja, enquanto manifestação operativa do poder familiar compreende a convivência entre pais e filhos no mesmo local. Portanto, a guarda dos filhos menores é atributo do poder familiar. No entanto, em caso de suspensão (art.1.637 - CC), destituição (art. 1.635 do CC) ou extinção (interrupção definitiva) do poder familiar, caberá sempre ao juiz, avaliar a urgência e a necessidade que a situação requer, sempre em prol do que melhor for para o menor.

De acordo com Oliveira Filho (2011, p. 121):

As prerrogativas do poder familiar enfeixam como vistos, direitos que se assemelham a deveres, porque aos pais compete nutrir material e efetivamente a progênie como forma de preparação para a satisfatória condição individual nas fase adulta. Por isso mesmo, a lei traça comportamentos puníveis com a suspensão e a destituição da função paterna ou materna

Sendo assim, o abuso, a negligência, a administração ruínosa de bens são cláusulas que rendem motivo para a suspensão do poder familiar a requerimento de algum parente ou do Ministério Público para a segurança do menor ou de seus haveres.

2.2 BREVE HISTÓRICO DO INSTITUTO DA GUARDA

Voltando ao contexto histórico do instituto da guarda de filhos, o Código Civil de 1916, quando um casal se separava ocorria o desquite (o casamento não dissolvia), os filhos menores ficavam com o cônjuge considerado inocente. Questionando apenas a postura dos pais, para só depois dessa apreciação podia estabelecer-se de quem era o dever de cuidar de seus filhos. Tais condições prevaleceram com o Estatuto da Mulher Casada, com isso a legislação não extirpou a culpa da discussão da guarda judicial na ação de separação judicial.

Com a Lei n. 6.515/77 - Lei do Divórcio, que apesar de ter estendido as hipóteses de regulamentação do regime de guarda dos filhos, o legislador repetiu o dispositivo previsto no Código Civil de 1916, que permite ao magistrado socorrer-se de outras formas para proteger os interesses dos menores.

Dispondo sobre o princípio da isonomia entre homens e mulheres, entra em vigor a Constituição Federal de 1988, estabelecendo que a guarda dos filhos deve ser estabelecida com base no princípio da prevalência dos interesses dos menores, observando que nem sempre o cônjuge “inocente” pode preservar tais interesses.

Após dois anos, a Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990, Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, em seu artigo 28, § 1º; “sempre que possível, a criança ou adolescente deverá ser previamente ouvido e sua opinião devidamente considerada”, portanto, leva em consideração, em relação à guarda de criança, à vontade da criança, tendo por embasamento a proteção integral da criança e do adolescente, segundo o direito fundamental de que cada um deles deve ser criado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta. Do mesmo dispositivo, o artigo 32 preconiza que “ao assumir a guarda ou a tutela, o responsável prestará compromisso de bem e fielmente desempenhar o encargo, mediante termos nos autos”

O Código Civil de 2002 em seu capítulo XI art. 1.583 a 1.590 - Da Proteção da Pessoa dos Filhos, priorizou os superiores interesses das crianças e dos adolescentes, que prevalecerão, sempre, sobre os dos adultos. Portanto, o instituto da guarda é destinado à proteção de menores de idade e ao longo das décadas, tanto a sociedade como o instituto da guarda vem passando por inúmeras modificações.

Atualmente, o Projeto de Lei n. 674, de 25 de outubro de 2007, prevendo que os casais com filhos, em caso de divórcio, poderão optar pela via extrajudicial (diretamente no cartório), também, se houver acordo quanto à situação da guarda dos filhos menores.

As considerações acima levam a entender que com todas essas mudanças de valores, a figura paterna começou a reassumir gradativamente uma responsabilidade diante do lar, tendo um desejo de se relacionar melhor e mais tempo com seus filhos, almejando urgentemente por uma nova mudança no instituto da guarda, em que tanto a mãe quanto o pai possam se relacionar com o seu filho.

Nesse sentido afirma Peres (2002, p. 02):

Com essa modificação de valores, surge conseqüentemente um anseio por mudanças, que está cada vez mais forte na sociedade em virtude principalmente do nítido desequilíbrio que existe nas relações parentais, uma vez que na maioria dos casos de ruptura conjugal é a figura materna que permanece com a guarda dos filhos, contrariando conseqüentemente uma das maiores tendências que vem se manifestando no século XXI, ou seja, o princípio de igualdade.

A guarda, portanto, corresponde ao exercício do poder familiar inerente aos pais, no sentido de terem os filhos sob seus cuidados e responsabilidades. Nesse sentido, dispõe o art. 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 33. A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais.

§ 1º A guarda destina-se a regularizar a posse de fato, podendo ser deferida, liminar ou incidentalmente, nos procedimentos de tutela e adoção, exceto no de adoção por estrangeiros.

§ 2º Excepcionalmente, deferir-se-á a guarda, fora dos casos de tutela e adoção, para atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsável, podendo ser deferido o direito de representação para prática de atos determinados.

§ 3º A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários.

§ 4º Salvo expressa e fundamentada determinação em contrário, da autoridade judiciária competente, ou quando a medida for aplicada em preparação para adoção, o deferimento da guarda de criança ou adolescente a terceiros não impede o exercício do direito de visitas pelos pais, assim como o dever de prestar alimentos, que serão objeto de regulamentação específica, a pedido do interessado ou do Ministério Público.

Logo, a guarda significa a posse dos pais sobre os filhos, e, ter os filhos em seu poder nada mais é do que tê-los sob guarda e cuidados.

2.3 CONCEITO DE GUARDA

A princípio entende-se a guarda para exprimir proteção, ou seja, imposta a certas pessoas de ter em vigilância, zelando pela sua conservação, coisas que lhes são entregues ou confinadas, bem assim manter em vigilância e zelo, protegendo as, certas pessoas que se encontram sob sua chefia ou direção. Em outro sentido, segundo Leite (2011, p. 02) é:

Palavra empregada para designar a pessoa que é posta em algum lugar para vigiar o que ali se passa, defendendo o que está sob sua proteção e vigilância de quaisquer pessoas estranhas, que possa trazer dano ou prejuízo. [...] Já a locução guarda de filhos seja no sentido de direito e do dever, que compete aos pais ou a cada um dos cônjuges,

de ter em sua companhia ou de protegê-los, nas diversas circunstâncias indicadas na lei civil. [...] E guarda, neste sentido, tanto significa a custódia como a proteção que é devida aos filhos pelos pais.

Dessa forma, a guarda é um direito que impõe extensos deveres para com o menor.

A doutrina divide o conceito de guarda em física ou material e jurídica ou legal. A primeira diz respeito à situação do menor de estar na presença física daquele que detém a guarda e, a segunda, se refere aos direitos e às obrigações decorrentes do instituto, como sustento, criação, educação, proteção, correção, guia moral e intelectual, etc.

Sustenta Grisard Filho (2009, p.58):

A guarda não se define por si mesma, senão através dos elementos que a asseguram. Conectada ao poder familiar pelos arts. 1.634, II, do C.C. e 21 e 22 do ECA, com forte assento na idéia de posse, como diz o art. 33, §1º, dessa Lei especial, surge como um direito-dever natural e originário dos pais, que consiste na convivência com seus filhos e é o pressuposto que possibilita o exercício de todas as funções parentais, elencadas naquele artigo do CC.

Assim, no entendimento de Carbonera (2000, p.44):

O termo guarda como o ato ou o efeito de guardar e proteger o bem tutelado é exercido por um guardião que sempre alerta, atuará para evitar qualquer dano. Tem como função a responsabilidade de manter a coisa intacta e, caso não logre êxito em sua atividade, responderá pelo descumprimento de seu papel. Esta coisa trata-se do guardado, ou seja, o objeto que está sob os cuidados do guardião que está dotado de, pelo menos duas características básicas: a preciosidade e a fragilidade. É a existência de um valor que provoca nas pessoas a percepção da vontade de pôr a salvo de estranho o que tem sob sua guarda, com a intenção de não correr risco de perda.

Isso implica dizer que o instituto da guarda é um conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais em relação aos filhos menores, com o objetivo de proteger e suprir as suas necessidades, cuja responsabilidade é atribuída por lei ou mediante decisão judicial.

Novos rumos mais adequados ao instituto da guarda de filhos vêm sendo deferidos. Várias foram às modalidades de guarda de filhos encontradas no ordenamento jurídico. No entanto, o objetivo do próximo capítulo é pormenorizar a guarda compartilhada, como forma de identificar claramente seus efeitos com relação à criança, o impacto na sua vida social e emocional, como também o desempenho compartilhado da responsabilidade parental ao interesse do filho.

3. A GUARDA COMPARTILHADA - LEI N. 11.698/2008

A guarda compartilhada será exercida por ambos os pais numa responsabilização conjunta para o exercício do poder familiar. Ou seja, o genitor não guardião irá participar ativamente nas decisões e interesses a respeito dos filhos menores. Desse modo, a guarda compartilhada não impõe limites e sim incentiva a participação efetiva dos genitores no cotidiano dos filhos, como também, tende a diminuir os conflitos de lealdade os quais podem ser resumidamente traduzidos como sendo a necessidade da criança ou adolescente de escolher, defender, tomar o partido de um dos pais em detrimento do outro.

A Constituição Federal de 1988 em seu art. 229 impõe aos pais “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”. O Estatuto da Criança e do Adolescente - Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 de forma objetiva, atribui em seu artigo 4º, que:

É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público, assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade, e à convivência familiar e comunitária (BRASIL, 2011, p.01).

Observa-se que tal previsão contida no art. 4º do ECA deu efetividade ao artigo 227, da CF/1988, que consolida como dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, todos os direitos fundamentais, dentre os quais, o direito à convivência familiar.

Estabelece o art. 5º do ECA que: “nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punindo na forma da lei qualquer atentado por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais”. Nos artigos subsequentes, afirma PEREIRA, o Estatuto da Criança e do Adolescente trata das disposições que devem ser observadas e garantidas às crianças e adolescentes, para a garantia dos direitos fundamentais assegurados no artigo 4º, já referido.

Então, desde a Constituição Federal de 1988, do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Código Civil de 2002 a adoção da guarda compartilhada já era perfeitamente admissível, pois a nível constitucional e infraconstitucional, já se

encontrava no Brasil suporte para sua plena adoção. Para TAVEIRA, drásticas foram as mudanças surgidas com a promulgação da Constituição Federal de 1988, igualando homens e mulheres em direitos e obrigações. Assim, se faz importante que ambos estejam cientes da responsabilidade de participação de cada um na vida dos filhos e a guarda compartilhada é um caminho muito interessante para se atingir esse fim. O poder paternal pertence a ambos os pais, quer na constância do matrimônio (ou sociedade de fato), quer rompido o laço de união do casal. Os pais devem exercê-lo de comum acordo e, se este faltar, em questão de particular importância, qualquer dos genitores poderá recorrer à esfera jurisdicional.

Com o propósito de avançar, a Lei n. 11.698, de 13 de junho de 2008, disciplinou a guarda compartilhada dando nova redação aos artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil, assim dispõem:

Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

§ 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.

§ 2º A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores:

I - afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar; II - saúde e segurança;

III - educação.

§ 3º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos. § 4º VETADO. Lei n. 11.698, de 13-6- 2008. Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser:

I - requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar;

II - decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe. (Incisos I e II acrescidos pela Lei no 11.698/2008, Art. 42, § 5º, do ECA).

§ 1º Na audiência de conciliação, o juiz informará ao pai e à mãe o significado da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas.

§ 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada.

§ 3º Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar.

§ 4º A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda, unilateral ou compartilhada, poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor, inclusive quanto ao número de horas de convivência com o filho.

§ 5º Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade (§§ 1º a 5º acrescidos pela Lei n. 11.698/2008, Art. 1.587 deste Código). (BRASIL, 2011, p. 153-154).

Em sua conceituação legal, “a guarda compartilhada é a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe, dos filhos comuns” (OLIVEIRA FILHO, 2011, p.109).

Para Deirdre (2002, apud PARIZZATO, 2008, p.380):

A guarda compartilhada almeja assegurar o interesse do menor, com o fim de protegê-lo, e permitir o seu desenvolvimento e a sua estabilidade emocional, tornando-o apto à formação equilibrada de sua personalidade. Busca-se diversificar as influências que atuam amiúde na criança, ampliando o seu espectro de desenvolvimento físico e moral, a qualidade de suas relações afetivas e a sua inserção no grupo social. Busca-se, com efeito, a completa e a eficiente formação sócio-psicológica, ambiental, afetiva, espiritual e educacional do menor cuja guarda se compartilha.

Portanto, considera-se que a guarda compartilhada tende a diminuir os conflitos de lealdade os quais podem ser resumidamente traduzidos como sendo a necessidade da criança ou adolescente de escolher, defender, tomar o partido de um dos pais em detrimento do outro.

Segundo o entendimento de Grisard Filho (2009, p.220) a guarda compartilhada:

Assume uma importância extraordinária, na medida em que valoriza o convívio do menor com seus dois pais, pois mantém, apesar da ruptura conjugal, o exercício em comum da autoridade parental e reserva, a cada um dos pais, o direito de participar das decisões importantes que se referem à criança. [...] Este modelo, priorizando o melhor interesse dos filhos e a igualdade dos gêneros no exercício da parentalidade, é uma resposta mais eficaz à continuidade das relações da criança com seus dois pais na família dissociada, semelhantemente a uma família intacta. É um chamamento dos pais que vivem separados para exercerem conjuntamente a autoridade parental, como faziam na constância da união conjugal, ou de fato.

O fato dos pais estarem separados, não pode significar para a criança um bloqueio ao direito de convivência com ambos. Assim, a guarda compartilhada vem com a idéia de que tanto o pai quanto a mãe devem estar presentes na educação dos filhos, exercendo conjuntamente esse direito, pois, legalmente, possuem igualdade de condições.

Sábias palavras de Pereira (2008), quando anota que compartilhar, ao

contrário do que muitos pais imaginam, não é simplesmente dividir a responsabilidade e o tempo de convivência, mas sim, pensar junto, fazer junto, proporcionar junto, o que é melhor para o desenvolvimento emocional, material e moral dos filhos. Cabe agora aos pais, entenderem o verdadeiro significado da nova modalidade de guarda introduzida na legislação pátria. Os filhos, com certeza, ficarão eternamente gratos se, na prática, isso ocorrer de forma efetiva e verdadeira.

Para Taveira (2002), é importante se frisar que na guarda compartilhada não existe um arranjo padrão, ou seja, o melhor arranjo será aquele que possibilitar o maior contato das crianças com os pais, os quais deverão dispensar interesses em seu bem estar, saúde, educação e seu desenvolvimento como um todo. Essa modalidade de guarda surge como uma solução que incentiva ambos os genitores a participarem igualmente da convivência, educação e responsabilidade pela prole. Deve ser compreendidos como aquela forma de custódia em que as crianças têm uma residência principal e que define ambos os genitores como detentores do mesmo dever de guardar os filhos. É inovadora e benéfica na maioria dos casos em que os pais aceitam cooperar entre si visando o bom desenvolvimento da prole sendo também, muitas vezes bem sucedida mesmo quando o diálogo não é bom entre as partes, desde que estas sejam capazes de discriminar seus conflitos conjugais do adequado exercício da parentalidade. De acordo com o autor:

O que se procura atualmente é levar em conta a vontade e o direito dos filhos de terem a função parental preenchida, de forma igualitária, por seus pais. O tempo em que a mulher apenas aos filhos se dedicava e o homem ao trabalho, privado da convivência familiar, não existe mais. Os filhos devem ter seus ideais identificados, tanto com a mãe quanto com o pai, profissionais e cidadãos responsáveis, pois assim crescerão com maiores possibilidades de vivência salutar e completa, na sociedade da qual farão parte (TAVEIRA, 2002, p.03).

Daí a extrema importância dos pais compreenderem que, com a guarda compartilhada, só haverá ganhadores, nenhum perdedor e que, sobretudo, os direitos e interesses do menor poderão ser satisfeitos sem maiores traumas, de modo a obterem um melhor padrão de desenvolvimento. Como também, é de suma importância que o casal tenha consciência que as crianças precisam tê-los por perto e de não transformar os filhos em um instrumento de batalha contra o ex-cônjuge. Ter com quem dividir a responsabilidade de criar, educar e sustentar os filhos pode tornar essas tarefas menos difíceis e é por isso que o entendimento de que a guarda compartilhada está mais próxima disso.

3.1 A IMPORTÂNCIA DA GUARDA COMPARTILHADA E O DIREITO COMPARADO

A guarda compartilhada vem ganhando adeptos em todas as áreas do conhecimento (jurídica, psicológica, social, educacional etc.), com a finalidade de se neutralizar os efeitos negativos de situações familiares conflitantes e do sentimento de abandono que poder ocorrer em filhos de casais separados (MAZIA, 2004).

Para Pereira (1986, p. 54), a partilha da guarda dos filhos entre genitores “cuida de tentar reduzir os efeitos patológicos, sob o prisma psíquico das circunstâncias adversas vivenciadas por quem está em fase de constituição de personalidade e do caráter”. Nesta modalidade de guarda, busca-se, apesar da ruptura do casal, preservar a continuidade da relação da criança com seus genitores, na medida em que responsabiliza a ambos pelos cuidados diários e necessários a sua educação e criação e, principalmente, por manter a ligação afetiva e emocional do filho com os pais, “minimizando os desajustes e probabilidade de desenvolverem problemas emocionais, escolares e sociais”.

Pensando nas vantagens que esta modalidade de guarda traz às crianças, muitos países a elegeram como regra e, somente excepcionalmente, é concedida a guarda exclusiva nas disputas judiciais entre pais pela guarda do filho comum, pois o objetivo é a de preservar as relações entre pais e filhos, observando-se o princípio de isonomia das relações conjugais, que se estende às questões relativas à paternidade.

Atendendo e regulando o reclamo da família contemporânea, os Estados inseriram na convenção que estabelece os direitos da criança, a obrigação que resguarda o direito do menor, que está separado de um ou dos genitores, a manter relações pessoais e contato direto com ambos de forma regular.

A guarda compartilhada não deve ser encarada como a solução para os problemas que advém com a ruptura da família conjugal, mesmo por que até nas famílias exemplares não há isenção de erros, dificuldades e limitações. A garantia de efetividade desta solução não poderá ser assegurada, por qualquer dos profissionais multidisciplinares que atuam na solução de conflitos familiares, porém, são a que apresenta maiores probabilidades de atender aos interesses da família parental, que subsiste a conjugal. (MAZIA, 2004).

Na verdade, o que se quer evitar é justamente que o menor fique de lado com

a separação, mesmo não sendo a intenção dos pais. Com a guarda compartilhada a atenção, tanto do pai quanto da mãe, está 100% voltada à criança, uma vez que ambos assumem as mesmas responsabilidades, como as que assumiam quando estavam convivendo. (PELEGRINI, 2008).

A guarda compartilhada vai permitir o poder de decisão dos pais e não só de um deles, como é na guarda unilateral. Ela permite que a criança não precise mais se separar dos pais porque eles se separaram. Ela pode continuar convivendo com o pai e a mãe mesmo em tetos diferentes. Essa Lei representa um avanço para as relações entre pais e filhos separados, servindo como mais uma opção que estará à disposição do que exigir a situação em concreto.

Os interesses do menor sempre deverão ser tratados com prioridade, principalmente, quando se trata de menores que estão vivendo uma situação, muitas vezes traumática e irreparável. A guarda compartilhada está amparada em muitos princípios, dentre eles o princípio do melhor interesse do menor que coloca como núcleo das relações parentais o interesse desse indivíduo que se encontra em situação especial de desenvolvimento. Há ainda que se falar do princípio da continuidade do lar que protege o menor de ficar exposto a constantes mudanças, que poderão vir a causar lhe transtornos e confusões, decorrentes da separação. (PELEGRINI, 2008).

A guarda compartilhada vem sendo utilizada há algum tempo no direito alienígena, tanto por possibilitar um melhor nível de relacionamento entre pais e filhos após a dissociação da relação conjugal, como também por ser uma forma de guarda que supera as limitações trazidas pelo obsoleto sistema de visitas, comumente aplicado na atualidade. É interessante trazer à colação, que a mera possibilidade de o menor conviver ordenadamente com ambos os pais, não significa dizer que haverá uma “guarda alternada”, rejeitada por boa parte da doutrina européia. (RICHARD, 2011).

Com efeito, a Guarda Compartilhada parece ser a alternativa mais adequada e responsável sob todos os aspectos, uma vez que beneficia os genitores e, sobretudo, os filhos. Para a Psicanálise, o fato de a criança ter dois lares poderá ajudá-la a perceber que a separação dos pais diz respeito a eles e não a ela. Dessa maneira, diminui nela o medo de perder os vínculos e os referenciais de cada um dos pais, além de elaborar a situação de separação entre os genitores.

Por fim, é mister ressaltar que a Guarda Compartilhada é vista de forma

simpática por juristas, assistentes sociais e psicólogos, entretanto, é preciso que haja um interesse genuíno dos pais em estabelecer essa guarda como forma de assegurar os vínculos afetivos e a convivência íntima com os filhos. (DINIZ, 2011).

A guarda compartilhada já é utilizada há bastante tempo no direito alienígena, como uma forma de superar as limitações trazidas pelo arcaico sistema de visitas, por possibilitar um melhor nível de relacionamento entre pais e filhos. (BARRETO, 2003).

Na França, tal ideia surgiu em 1976. O Código Civil Francês estabeleceu com a inovação trazida pela Lei Malhuret, que, após a oitiva dos filhos menores, o juiz deve fixar a autoridade parental (expressão que lá substituiu o termo guarda), de acordo com interesses e necessidades dos filhos e, caso fique estabelecida a guarda única, o magistrado deverá decidir com quem ficarão. Mas, estando o casal de acordo, basta uma declaração conjunta perante o Juiz, para que seja decidido pelo compartilhamento da guarda. (MAZIA, 2004).

Na França a guarda compartilhada foi assimilada a partir de 1976, com intenção de minorar as injustiças que a guarda isolada provoca, como haviam sido observadas na Inglaterra. A Lei 87.570, de 22.07.87, denominada comumente Lei Malhuret, Secretário de Estado dos Direitos Humanos, que modificou os textos do Código Civil francês a respeito do exercício da autoridade parental, harmonizando-o com a torrentosa Jurisprudência existente que favorecia a guarda compartilhada.

A nova lei confirma a Jurisprudência Francesa, fazendo da guarda compartilhada um princípio, já que o exercício comum vem referido no texto procedente ao exercício isolado. E o artigo 373-2 do Código Civil Francês, sob a égide da nova lei, dispõe: “Se o pai e a mãe são divorciados ou separados de corpo, a autoridade parental é exercida quer em comum pelos dois genitores, quer por aquele dentre eles a quem o tribunal confiou à criança, salvo, neste último caso, o direito de visita e do controle do outro”. (LEITE, 2006).

A citada lei permite aos genitores a criação e a educação dos filhos para além do divórcio, o que faz da guarda conjunta à aplicação prática do princípio do exercício conjunto da autoridade parental no caso de separação da família. (GRISARD FILHO, 2000).

Para o Direito Canadense, a separação dos genitores não deve gerar um sentimento de perda para nenhuma das partes envolvidas, seja mãe, pai, ou filhos. Esta ideia é a pedra de toque para a adoção da guarda compartilhada por este

ordenamento, da qual resulta uma presunção de guarda conjunta, como melhor interesse do menor. (BARRETO, 2003).

No Direito canadense, atualmente, os Tribunais decidem no sentido de, em caso de pais separados, será garantido o direito de guarda através do instituto da guarda compartilhada. Em função de esta possuir benefícios psicológicos para todos os envolvidos. A sessão dezesseis de The Divorce Act, de 1985, diz que o Tribunal deve garantir à criança o contato constante com cada pai, na medida de seus interesses. (GRISARD FILHO, 2000).

Já no Direito Inglês busca-se distribuir igualmente, entre os genitores, as responsabilidades perante os filhos, cabendo à mãe os cuidados diários com os filhos - care and control - resgatado ao pai o poder de dirigir conjuntamente a vida dos menores - custody. (BARRETO, 2003).

Nos Estados Unidos a guarda compartilhada é intensamente discutida, debatida e pesquisada, devido ao aumento de pais envolvidos nos cuidados com os filhos. A American Bar Association - ABA - criou um comitê especial para desenvolver estudos sobre guarda de menores. Há uma grande divulgação da guarda conjunta aos pais, sendo um dos tipos de guarda que mais cresce. Nesse sentido, ano após ano, as legislações estaduais americanas, que regem as varas de família de lá, são aperfeiçoadas com o objetivo de desenvolver novos programas para proteger o melhor interesse da criança. O estado de New Jersey é um exemplo no que se refere à guarda compartilhada. Lá, independente da vontade dos pais, a guarda compartilhada é uma rígida lei. (RICHARD, 2011).

A manifestação inequívoca da possibilidade de guarda compartilhada por um tribunal inglês surgiu precisamente no ano de 1964, no caso Clissold, que demarca o início de uma tendência que fará escola na jurisprudência inglesa. Em 1972, a corte apelativa da Inglaterra, reconheceu o valor da guarda conjunta, quando os pais estão dispostos a cooperar. E em 1980, a mesma corte inglesa denunciou, energicamente, a teoria da concentração da autoridade parental nas mãos de um só guardião da criança. No caso do senhor e senhora Dipper, famoso no direito inglês, aquela mesma corte inglesa promulgou sentença que, praticamente, pôs fim a atribuição da guarda isolada na história jurídica inglesa. Na Inglaterra busca-se distribuir igualmente, entre os genitores, as responsabilidades perante os filhos, cabendo à mãe os cuidados diários com os nubentes, resgatado ao pai o poder de dirigir conjuntamente a vida dos menores. (RICHARD, 2011).

Como na Europa o que se compartilha é o exercício do poder familiar, a responsabilidade parental, e não a “guarda”, repudia-se a mudança sistemática do ambiente infanto-juvenil, que terá sua formação exercida por um dos genitores durante certo período de tempo, dando-se o inverso terminado este período. Tal instituto teve origem na Inglaterra, na década de sessenta do século passado. E a idéia da guarda compartilhada estendeu-se à França e ao Canadá, ganhando a jurisprudência em suas províncias. E logo depois se espalhou por toda América do Norte. E foi justamente o direito estadunidense quem melhor absorveu a nova tendência e a desenvolveu em larga escala. (RICHARD, 2011).

Na atualidade, “tanto nos países europeus quanto nos da América do Norte, tem se direcionado na atribuição da guarda conjunta quando os juízes estão convencidos que os genitores podem cooperar, mesmo que algumas objeções aparentes, ou infundadas, tenham sido levantadas no transcorrer do processo”. (LEITE, 1997, p. 269).

No Brasil, de início, os Tribunais foram muito cautelosos na aplicação da guarda compartilhada. Com o tempo, passou a ser vista como uma possibilidade de diminuir os sofrimentos advindos da ruptura conjugal, possibilitando a observância do melhor interesse da criança. Segundo dados do IBGE, no ano de 2009, foram registrados 102.997 separações e divórcios com filhos menores de idade. Neste universo, foi deferida a guarda compartilhada somente em 4,7% dos casos. (JORDÃO; RUBIN, 2011).

A partir de 13 de agosto de 2008, vigora a Lei nº 11.698, instituindo a guarda compartilhada, sem anterior previsão legal no nosso ordenamento jurídico. No Direito de Família, „guarda” significa cuidado, amparo e proteção aos infantes no curso de seu desenvolvimento. Cuidar, mais do que atender as necessidades materiais, tem o sentido de acolher, ajudar, orientar, respeitar, tendo como norte o superior interesse da criança, conforme vem expresso na Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança.

Durante o casamento ou a união estável, embora sem expressa menção no texto da lei, vigora a guarda compartilhada, cabendo a ambos os pais o dever e a responsabilidade pelo cuidado dos filhos. A nova lei pretende que, com a separação, os filhos não venham a se verem privados dos cuidados e da convivência de ambos os pais, impedindo que o rompimento da relação conjugal afete a relação parental.

Nesse sentido, a guarda compartilhada é definida no §1º do artigo 1.583 do

Código Civil: “responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns”. O compartilhamento passa a ser a regra, ficando a guarda unilateral como uma medida de exceção, aplicável somente nos casos em que o compartilhamento não possa ser instituído. (AZAMBUJA; LARRATÉA; FILIPOUSKI, 2004).

4. GUARDA COMPARTILHADA E O MELHOR INTERESSE DO MENOR

A expressada busca da máxima eficácia social do Código Civil de 2002 impõe a harmonização de fontes normativas, indispensável à consecução, no âmbito das relações jurídicas ali contempladas, dos princípios e valores constitucionais. (TEPEDINO, 2004). Especialmente no que toca ao direito de família, em que a evolução extraordinária dos fatos parece ter surpreendido o legislador da codificação, é de se avaliar cuidadosamente o impacto e a força pregnante da tábua axiológica constitucional sobre a disciplina das relações familiares.

Com efeito, a incidência direta dos princípios constitucionais no direito de família, especialmente a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CRFB), a solidariedade social (art. 3º, I, CRFB) e a igualdade substancial (art. 3º, III) leva o intérprete, em primeiro lugar, a separar dogmaticamente as situações jurídicas patrimoniais das situações jurídicas existenciais e assim, conseqüentemente, a lógica das relações de apropriação e da atividade econômica privada da lógica da vida comunitária familiar, destinada à formação e desenvolvimento da personalidade. Tais objetivos da República e princípios fundantes do ordenamento informam, legitimam e dão maior densidade normativa aos princípios inseridos nos arts. 226 e ss., que integram o Capítulo VII da própria Constituição, em matéria de família.

A família torna-se, assim, por força de tal contexto axiológico, pluralista, locus privilegiado para a comunhão de afeto e afirmação da dignidade humana, funcionalizada para a atuação dos princípios constitucionais da igualdade, solidariedade, integridade psicofísica e liberdade. O campo para aplicação da principiologia constitucional é amplo, com especial destaque no caso das cláusulas gerais utilizadas pelo legislador, embora a estas não se limite, abrangendo cada uma das regras do direito de família codificado. (TEPEDINO, 2004).

Tem o instituto da guarda compartilhada por escopo tutelar, não somente o direito do filho à convivência assídua com o pai, assegurando-lhe o desenvolvimento

físico, mental, moral, espiritual e social completo, além da referência masculina/paternal. Visa também o direito do pai de desfrutar da convivência assídua com o filho, perpetuando não apenas seu patrimônio genético, mas também seu patrimônio cultural, axiológico, e familiar, pela repartição, não só do tempo, mas das atitudes, das atenções e dos cuidados, como meio de permanência dos laços afetivos e familiares. (TEPEDINO, 2004).

Hoje, já é sabido que inexistente qualquer razão, seja de cunho biológico, seja psicológico, ou mesmo jurídico, que justifique referido privilégio. A ciência tem evoluído no sentido de que ambos os referenciais, materno e paterno, tem igual importância para o saudável desenvolvimento do menor, salvo em situações excepcionalíssimas, como, por exemplo, na fase da amamentação, por óbvio. (BARRETO, 2003).

A guarda compartilhada é a atribuição da guarda jurídica do menor a ambos os pais, para que exerçam igualmente os direitos e deveres inerentes ao pátrio poder, vem assegurar essa continuidade do casal parental, em benefício do menor.

O pai e mãe separados entre si estão em igualdade, relativamente às responsabilidades na educação e formação dos filhos e ao direito de convívio com as crianças.

As conseqüências da separação conjugal, na vida dos filhos, diminuem, pois “a guarda conjunta preservaria o relacionamento pais-filhos, proporcionando um melhor desenvolvimento psicoemocional das crianças oriundas de famílias desfeitas e diminuindo o afastamento do genitor que não detém a guarda”. (OST, 2009). Guarda conjunta ou compartilhada não se refere apenas à tutela física ou custódia material, mas todos outros atributos da autoridade parental são exercidos em comum, “os pais tem efetiva e equivalente autoridade legal para tomar decisões importantes quanto ao bem estar de seus filhos e freqüentemente têm uma paridade maior no cuidado a eles do que os pais com guarda única”, ou seja, é a divisão da guarda jurídica. (COUTO, 2007).

Existe muita confusão acerca da guarda compartilhada em virtude das mais variadas subclassificações, por meio da guarda alternada, os genitores ficarão por período de tempo pré-estabelecido, geralmente de forma equânime e exclusiva, com a criança ou adolescente, exercendo a totalidade dos poderes-deveres que integram o poder familiar. (BRANDÃO, 2007). Assim, no termo final do período, que pode ser de uma semana, um mês ou um ano, por exemplo, os papéis se invertem e quem

exercia a guarda física naquele período passa a exercer o direito de visitas. (BRANDÃO, 2007).

Há, também, o aninhamento ou nidação, que consiste na permanência da criança ou adolescente numa casa, cabendo a cada um dos pais, por períodos alternados, a mudança para lá a fim de atender e conviver com os filhos. (BRUNO, 2002).

É fundamental para a criança ou adolescente a conquista do seu espaço, seus limites, seus amigos. De fato, crianças e adolescentes submetidos a esta guarda ficam privados de uma relação afetiva contínua, tanto com seu pai quanto com sua mãe; não desenvolvem relações sociais nem espaciais sólidas, podendo perder estes referenciais tão importantes ao amadurecimento do ser humano. (BRANDAO, 2007).

Um dos principais motivos para a grande repercussão da guarda compartilhada em torno de todo o mundo se deve ao fato da continuação da relação da criança ou adolescente com seus genitores após a separação ou divórcio.

Mas existem outros também relevantes: 1) ela não impõe aos filhos a escolha por um dos genitores como guardião, o que é causa, normalmente, de muita angústia e desgaste emocional em virtude do medo de magoar o preterido; 2) possibilita o exercício isonômico dos direitos e deveres inerentes ao casamento e união estável, a saber, guarda sustento e educação da prole; 3) diminui os sentimentos de culpa e frustração do genitor não guardião pela ausência de cuidados em relação aos filhos; 4) com as responsabilidades divididas, as mães, que originalmente ficam com a guarda, têm seu nível de cobrança e responsabilidade em relação à educação dos filhos diminuídos e seguem seus caminhos com menores níveis de culpa; 5) aumenta o respeito mútuo entre os genitores, apesar da separação ou divórcio, porque terão de conviver harmonicamente para tomar as decisões acerca da vida dos filhos; desta maneira a criança ou adolescente deixa de ser a tradicional moeda usada nos joguetes apelativos que circundam as decisões sobre o valor da pensão alimentícia e outras questões patrimoniais. (BRANDAO, 2007).

Com a guarda compartilhada, a posição do genitor frente à prole é totalmente modificada. De mero visitante volta a ser, efetivamente, pai. Fazendo o caminho inverso, isto é, analisando a separação do ponto de vista do genitor que não mais convive diariamente com sua prole, de uma hora para outra, ele passa a ser

considerado „visita”, o que no mínimo, no recôndito do seu ser, o fará sentir-se inabilitado para o exercício da função parental que até aquele momento exercia sem nenhum questionamento, por direito lhe cabia e era deferida de forma integral. (SANTOS, 2001).

Deve-se ressaltar a importância da convivência da criança ou adolescente com o pai e a mãe, essencial para o seu desenvolvimento como ser social.

O aspecto parental do casal é requerido para o exercício das funções paterno-maternas propostas para a resolução das demandas somáticas e emocionais com o objetivo de permitir que os filhos obtenham a maturação física e psíquica. É um vínculo assimétrico que propulsiona e sustenta o crescimento e desenvolvimento. Permite a metabolização emocional; é responsável pelos processos de humanização e individuação. (GRISARD FILHO, 2000).

Além disso, favoravelmente à guarda compartilhada, temos o fato de que a criança ou adolescente não fica privado da convivência com o grupo familiar e social de cada um de seus genitores. Esta convivência prevista constitucionalmente no art. 227 é absolutamente saudável, especialmente quando se tratam de avós, tios e primos. Contudo, o que mais nos preocupa é a adoção da guarda compartilhada por pais que vivem “(...) em conflito constante, não cooperativo, sem diálogo, insatisfeitos, que agem em paralelo e sabotam um ao outro contaminando o tipo de educação que proporcionam a seus filhos”. (BRANDAO, 2007).

Nestes casos, as crianças ou adolescentes são usados como verdadeiros mísseis lançados para detonar, ainda mais, a autoestima do outro genitor, que não é mais visto pelo ex-cônjuge como pai ou mãe de seu filho e, por tudo isto, pessoa digna de respeito. O outro genitor passa a ser inimigo de guerra, devendo ser derrotado custe o que custar, ainda que seja a infância inocente ou a saúde emocional de seu filho. (GRISARD FILHO, 2000).

Assim, os fundamentos sociais para a determinação da partilha da guarda jurídica do menor hão de serem aqueles que permitam se tornem solidários ambos os genitores, quando há na esfera econômica dos dois, possibilidade de manutenção da guarda conjunta, quer porque ambos os genitores podem atender aos reclamos afetivos do menor, quer porque ambos os genitores estão em situações assemelhadas no campo emocional, social, econômico e psicológico.

Isto quer dizer que a união dos genitores pela guarda do menor deve ser de tal forma que não induza o filho a começar a sentir as diferenças, o que fatalmente

poderá prejudicar o seu crescimento. (LEIRIA, 2000). Portanto, os fatores sociais, a forma de inclusão na sociedade do pai e da mãe, em seus campos de vida pessoal, social e da grande família, onde entram todos os colaterais, os amigos, a coletividade em que vivem, devem ser de alguma forma, compatível com a ideia fundamental da criança que é a da igualdade de todos os seres humanos, igualdade esta que tem a ver com a ternura nos relacionamentos, com a compreensão das diferenças, com o entendimento do outro, com o saber dividir, dar e receber, acolher, aprovar, aceitar e enfrentar. (LEIRIA, 2000).

A proposta do instituto da guarda compartilhada é manter os laços de afetividade, buscando abrandar os efeitos que a separação pode acarretar nos filhos, ao mesmo tempo em que tenta manter de forma igualitária a função parental, consagrando o direito da criança e dos pais. Nesse sentido, a guarda compartilhada, para Dias, tem como objetivo fazer com que os pais estejam presentes de forma mais integral na vida de seus filhos. (DIAS, 2009).

O poder judiciário prioriza o melhor interesse da criança e do adolescente e, nesse sentido, os filhos também têm seus interesses. No que diz respeito à guarda compartilhada, o melhor interesse dos filhos pode ser utilizado como controle ou solução. O critério de controle, primeiramente, se caracteriza por ser um instrumento que visa permitir uma maior vigilância da autoridade parental, podendo, caso seja necessário, retirar o exercício desse direito. Já, o critério de solução, será empregado sempre que o juiz, analisando cada caso, decidir que, tendo em vista o melhor interesse do filho, a guarda deve ser deferida aos pais, conjuntamente. O critério do melhor interesse da criança apresenta variedade de conteúdo, sendo consagrado como uma cláusula geral e como um princípio protetivo que deve se adequar a cada caso concreto. Para sua real efetivação, se faz necessária uma situação fática, na qual são avaliados os interesses morais e materiais da criança, respeitando a particularidade das partes envolvidas. (CARBONERA, 2000).

Segundo o novo diploma legal, de acordo com a nova redação dada ao artigo 1584, parágrafo 2º do Código Civil, cessada a convivência entre os pais e não havendo um acordo entre ambos acerca do modo de convivência que cada um terá com os filhos em comum, deverá o juiz aplicar a guarda compartilhada, desde que possível, a fim de assegurar aos filhos o direito de um contato permanente com seus genitores. No entender de alguns doutrinadores como Alves, tal dispositivo, ao dar preferência à guarda compartilhada colocando-a como regra de observância quase

obrigatória do exercício da autoridade parental após o término do casamento ou da união, na hipótese de não haver acordo entre os pais, sujeita tal modalidade a um 20 provável retrocesso, impossibilitando por completo o sucesso que poderia advir com esta, colocando em risco o melhor interesse da criança. (ALVES, 2009).

Já, em concordância com o que afirma Lôbo, a criança não deve ser levada a escolher com quem quer ficar. É direito de ela ter contato com ambos, possibilitando, assim, que usufrua das duas linhagens de origem, bem como da cultura, posição social e orientação religiosa. Caso a criança tenha que optar por um dos pais, ou se o magistrado decidir pelo mesmo desfecho, tal situação irá ocasionar uma sobrecarga emocional tanto na criança, quanto no pai que fora preterido na escolha. (LÔBO, 2008). Deve o juiz cercar-se de cuidados e oferecer a oportunidade da criança ser ouvida, tendo em vista o depoimento sem danos, sem lhe atribuir o mérito por essa difícil escolha. (GUIMARAES, 2008).

Salienta Garcia que o instituto da guarda compartilhada nem sempre poderá ser adotado, uma vez que depende da atitude e da disposição dos pais. Para o autor, a regra geral continua sendo a da guarda unilateral, pois, nem sempre é fácil conciliar os interesses dos pais, fazer com que eles se disponham a dividir de forma harmoniosa a tarefa de criar o filho, afastando as diferenças pessoais do dever que têm de juntos zelá-lo e cuidá-lo. (GARCIA, 2008).

Dessa forma, caso a guarda conjunta venha a ser exigida e o conflito pré-existente entre os genitores continuar, tal circunstância pode prejudicar o bom andamento desse instituto, violando o princípio do melhor interesse da criança. Desse ponto de vista, de acordo com Alves, apresenta-se de extrema improbabilidade o compartilhamento da guarda entre pessoas que continuam preservando desavenças, dificultando a convivência entre ambas, podendo desencadear o desenvolvimento da alienação parental. A situação pode ser contornável, como fora ressaltado anteriormente, pela prática da mediação, uma vez que tal conflito pode ser trabalhado e não vir a ser transferido tão intensamente aos filhos, ou até ser encaminhada uma solução definitiva, de modo a harmonizar o convívio familiar, proporcionando um desenvolvimento saudável da nova configuração familiar. (ALVES, 2009).

A modalidade de Guarda Compartilhada, diante do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, apresenta-se recomendável nos casos em que os pais mantêm uma relação amigável e de respeito após a ruptura conjugal, a

fim de poderem assegurar um convívio permanente entre estes e seus os filhos.

Dessa maneira, é importante considerar as particularidades de cada pedido de guarda. No momento desta ser estabelecida, deve ficar bem claro o significado e a sua importância, considerando as conseqüências desta modalidade de guarda com relação com os direitos e deveres dos genitores, que serão compartilhados, divididos, ou seja, serão exercidos conjuntamente.

Portanto, a guarda compartilhada é uma modalidade de guarda de filhos crianças ou adolescentes, instituída pela Lei 11.698/2008, onde ocorre com o fim da vida conjugal a corresponsabilização dos pais dos direitos e deveres decorrentes do poder familiar. (GARCIA, 2011).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A guarda compartilhada é utilizada para que os pais separados exerçam em conjunto o poder-dever sobre os filhos enquanto menores.

A questão da guarda compartilhada vê-se bastante delicada. Pois, são diversos os interesses que às vezes são colididos, pois, o princípio fundamental defendido pela guarda é a tutela do interesse do menor, acima de qualquer outro, onde às vezes, parece não existir.

Sabemos, que o instituto da guarda compartilhada além de garantir a obrigação de assistir, criar e educar os filhos visa sem dúvida que os filhos tenham o direito de convívio com seus genitores, para que este possa viver em harmonia com ambos, sem ter que carregar a peso de ter que escolher a guarda de apenas um deles.

No entanto o uso impensado, irresponsável e sem critério da guarda compartilhada por pessoas despreparadas, ou a fim de transformá-la em uma arma para atacar o outro detentor sempre que achar necessário, além de não atingir as principais finalidades do instituto, acaba por desacreditá-lo perante a sociedade.

A guarda compartilhada pode ser um ótimo instrumento para tornar permanente a sociedade parental, desde que exercida responsavelmente por ambos.

Para que a guarda compartilhada tenha um ótimo resultado é necessário que haja um trabalho em conjunto do juiz e das equipes multidisciplinares das Varas de Família, para que convençam os pais que superem seus conflitos para que possa

haver uma melhor harmonia entre eles em benefício do próprio filho. Se eles não tiverem um mínimo de conhecimento dos aspectos da guarda compartilhada, a qual protege em primeiro lugar os direitos do filho menor, pode acabar não contemplando o melhor interesse do filho e a real finalidade desta. Da mesma forma, não é recomendável quando haja ocorrência de violência familiar contra o filho, por parte de um dos pais.

É muito importante usar a mediação para que haja um bom resultado da guarda compartilhada, como podemos notar através de sua aplicação no Brasil e no exterior. A função do mediador não é decidir nada, pois não lhe compete julgar nem definir os direitos de cada um, fazendo que com isso os pais tenham mais confiança no mediador, para que possam esclarecer todas as dúvidas em relação à guarda compartilhada, sem medo de se comprometerem.

A guarda compartilhada, apenas deve ser substituída pela guarda unilateral, quando se verificar que não será benéfica ao interesse do filho menor, dada às circunstâncias particulares e pessoais.

Resulta, portanto, que na guarda compartilhada busca-se sempre preservar a indicação de uma residência fixa para que lhe deva servir de referência principal, possibilitando com isso que ele tenha uma vida normal bem como com a formação de um círculo de amigos e vizinhos, dentre outros aspectos relevantes à manutenção de uma rotina que se mostre a ele favoráveis e que venha a contribuir para o desenvolvimento de sua personalidade.

REFERÊNCIAS

ALVES, L. B. M. A guarda compartilhada e a lei nº. 11.698/2008. Revista LOB de Direito de Família, Porto Alegre: Síntese, v. 9. n. 51. jan./fev. 2009. p. 95-117.

BARRETO, L. H. D. Considerações sobre a guarda compartilhada. Teresina. a. 8. n. 108. 2003.

BRUNO, D. D. Guarda compartilhada. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese. n. 12. 2002.

CANEZIN, C. C. Da guarda compartilhada em oposição à guarda unilateral. Revista Brasileira do Direito de Família. São Paulo. n. 28. p. 5-25. fev./mar. 2005.

CARBONERA, S. M. Guarda de filhos na família constitucionalizada. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000.

DIAS, M. B. Manual de direito das famílias. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009.

DINIZ, M. H. Curso de direito civil brasileiro: direito de família. 5ºvol. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GRISARD FILHO, W. Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

GUIMARÃES, M. S. Guarda - um olhar interdisciplinar sobre casos jurídicos complexos. In: ZIMERMAN, D.; COLTRO, A. C. M. (Orgs.). Aspectos psicológicos na prática jurídica. 2. ed. Campinas: Millennium, 2008. p. 477-496.

JORDÃO, C.; RUBIN, D. Unidos na Separação. Isto É. ed. 2193, São Paulo: Editora Três, 18 março. 2017.

LEITE, T. M. Guarda Compartilhada. RIPE – Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos. Bauru. v. 40. n. 45. p. 367-398, jan./jun. 2006.

LIMA, S. B. V. Aspectos da guarda compartilhada no código civil. Revista Trimestral de Direito Civil. São Cristóvão. v. 5. n. 18. p. 287-299. abr./jun. 2004.

LÔBO. Guarda e convivência dos filhos após a Lei nº. 11.698/2008. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões. Porto Alegre, Magister, n. 6. out./nov. 2008.

MAZIA, E. S. Guarda Compartilhada: Evolução e Aspectos Jurídicos no Moderno Direito de Família. Revista Jurídica Cesumar. v.4. n. 1. 2004

MELGAÇO, F. A. T. Guarda Compartilhada: Dificuldades para aplicação da sistemática na realidade familiar brasileira. Monografia. Instituto de Educação Superior de Brasília. 120 fls. Brasília. 2007.

OLIVEIRA FILHO, B. M. Direito de família: aspectos sociojurídicos do casamento, união estáveis e entidades familiares. São Paulo: Atlas, 2011.

PEREIRA, S. G. A guarda conjunta de menores no Direito Brasileiro. Porto Alegre: Ajuris, 1986. v. 36.

RAMOS, P. P. O. C. O poder familiar e a guarda compartilhada sob o enfoque dos novos paradigmas do direito de família. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

RIZZARDO, A. Direito de família: lei n. 10406, de 10.01.2002. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SANTOS, L. J. Guarda compartilhada: modelo recomendado. Revista Brasileira de Direito de Família. v. 2. n. 8. p. 155-164. jan./mar. 2001.

TEPEDINO, G. A Disciplina da Guarda e a autoridade parental na Ordem Civil-Constitucional. Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC. v. 17. a. 5. jan./mar. Ed.

Padma. 2004.

VENOSA, S. S. Direito civil: direito de família. 5. ed. São Paulo: Atlas. 2005. v. 5.

NETGRAFIA

BITTENCOURT, Isabel Luzia Fuck. A Guarda como medida de proteção. 2009. Disponível em: <http://www.gerandoamor.org.br/site/?p=211>. Acesso em: 11 mai. 2017.

BRANDÃO, D. Guarda Compartilhada: Só depende de nós. 2007. Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/7847-7846-1-PB.htm>. Acesso em: 9 abril. 2017.

COUTO, L. O. A Separação do Casal e a Guarda Compartilhada dos Filhos. Ago. 2007. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3683/A-separacao-do-casal-e-a-guarda-compartilhada-dos-filhos>. Acesso em: 9 abril. 2017.

JESUS, F. C. M. Aspectos da Guarda: No Estatuto da Criança e do Adolescente. 2010. Disponível em: [http://www.artigos.com/artigos/soci ais/direito/aspectos-da-guarda:-no-estatuto-da-crianca-e-do-adolescente-13588/artigo/](http://www.artigos.com/artigos/soci%20ais/direito/aspectos-da-guarda:-no-estatuto-da-crianca-e-do-adolescente-13588/artigo/). Acesso em: 11 mai. 2017.

LEIRIA, M. L. L. Guarda Compartilhada: A Difícil passagem da Teoria à Prática. Ajuris. Porto Alegre. v. 26. n. 78. p. 217-229. jun. 2000. Disponível em: [http://www.ajuris.org.br/ajuris/index.php?searchword=GUARDA+COMPARTILHAA&ordering=oldest&searchphrase=all&limit=20&areas\[0\]=content&option=com_search&limitstart=20](http://www.ajuris.org.br/ajuris/index.php?searchword=GUARDA+COMPARTILHAA&ordering=oldest&searchphrase=all&limit=20&areas[0]=content&option=com_search&limitstart=20). Acesso em: 11 mai. 2017.

OST, S. Guarda Compartilhada: Luzes e Sombras. 2009. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/4895/Guarda-compartilhada-luzes-esombras>. Acesso em: 11 mai. 2017.

PELEGRINI, N. A Importância da Guarda Compartilhada. 2008. Disponível em: <http://www.soartigos.com/artigo/230/Artigo:-A-importancia-da-guardacompartilhada/>. Acesso em: 09 de março de 2017.

PERES, L. F. e L. Guarda compartilhada. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 60, 1 nov. 2002, p. 2. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/3533>. Acesso em: 10 mai. 2017.

RICHARD, F. Guarda Compartilhada no Direito Comparado. Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/54270385/Guarda-Compartilhada-No-DireitoComparado>. Acesso em: 09 de março de 2017.

A INEFICÁCIA DO DIREITO PENAL BRASILEIRO EM FACE DO PSICOPATA DELINQUENTE

Milena Barboza de Oliveira
Camila Yamaoka M. Maia

RESUMO

Ao longo dos anos inúmeros crimes cometidos por pessoas diagnosticadas com transtorno de personalidade, psicopatas, chocaram a sociedade, autoridades e especialistas da área clínica, psiquiátrica e psicológica. O presente artigo tem como objetivo analisar a atuação e eficácia do sistema jurídico brasileiro em crimes cometidos por psicopatas delinquentes, como também destacar a gravidade de tais crimes e impacto social. O método utilizado trata-se de uma pesquisa exploratória de cunho bibliográfico tendo como principais fontes de pesquisa as bases de dados do Google Acadêmico, Scientific Eletronic Library Online (SCIELO) e Literatura Latino- Americana e do Caribe em Ciência e Saúde (LILACS). Os resultados mostram um grande desafio tanto na área jurídica quanto na área psiquiátrica no que diz respeito a um diagnóstico, tratamento e melhor maneira de ressocialização destes sujeitos a sociedade, no que diz respeito a eficácia do cumprimento das leis para punição ou absorção de tais sujeitos, de um lado é mostrado o desempenho de profissionais da área jurídica ao recorrem a Leis e decretos para justificar crimes com o intuito de classificar psicopatas como doentes, visando diminuir penas e colocar em liberdade tais criminosos. Por outro lado, a maioria dos estudos que tivemos acesso mostra à preocupação das autoridades em não “saberem lidar” com tais situações, considerando psicopatas delinquentes “irrecuperáveis”. É criticado por muitos pesquisadores o fato de pessoas com alto índice de periculosidade voltarem ao convívio social após serem diagnosticados como doentes e cumprirem pena mínima, em um sistema prisional defasado, caduco, ineficaz para a patologia que os acomete.

Palavras-chave: Direito penal. Psicopata. Psiquiatria. Psicopatia. Transtorno de Personalidade.

ABSTRACT

Over the years countless crimes committed by people diagnosed with personality disorder, psychopaths, have shocked society, authorities, and clinical, psychiatric, and psychological experts. This article aims to analyze an update and effectiveness of Brazilian legal system in crimes committed by delinquent psychopaths, as well as to highlight the seriousness of such crimes and social impact. The method used is the Google Scholar database, Online Scientific Electronic Library (SCIELO) and Latin American and Caribbean Literature in Science and Health (LILACS). The results show a great challenge both in the legal area and in the psychiatric area with respect to a diagnosis, treatment and better way of resocialization these subjects to society, with respect to the effectiveness of the enforcement of laws for punishment or absorption of such subjects on the one hand, and a demonstration of the performance of professionals in the legal area, to use laws and decrees to justify crimes in order to classify psychopaths as the subject, in order to reduce sentences and release such criminals. On the other hand, most studies tend to access a concern of the authorities not to "know how to deal" with such situations, considering psychopaths "unrecoverable" delinquents. It is critical for many researchers or the fact that people with high levels of dangerousness return to

social agreement after being diagnosed as the problem and payment with minimal penalty in a delay ineffective prison system that is ineffective for the pathology that affects them

Keywords: Criminal law. Psycho. Psychiatry. Psicopatia. Personality disorder.

1 INTRODUÇÃO

A psicopatia é um tipo de personalidade que tem como características a ausência de remorso, culpa e falta de empatia para com os outros. Significa dizer que os indivíduos psicopatas não se importam com o sofrimento alheio, mas demonstram um alto nível de manipulação, egocentrismo, senso de grandiosidade exacerbado e impulsividade (DIAS, 2016).

Por esse motivo, Costa (2014), ressalta que, entender as razões morais e as motivações que levam o indivíduo a cometer delitos, analisando sua personalidade e a perspectiva sociocultural em que está inserido é crucial para a aplicação da lei penal ao caso concreto.

Aplicar pena a um determinado indivíduo sem um estudo de sua condição psicossocial é não se importar com as consequências desse ato estatal que, certamente, não logrará êxito quanto à recuperação social do sujeito, uma vez que estão sendo relegados os conhecimentos científicos que detemos modernamente. Logo, o Direito Penal, acima de tudo, deve levar em consideração as particularidades do infrator, tanto na culpabilidade, quanto na aplicação da pena (CASTRO, 2012).

Dentro desse contexto esta pesquisa abordará como tema central a psicopatia, bem como a disposição de ferramentas jurídicas para que sejam retirados do convívio social pessoas que oferecem riscos por seus comportamentos violentos.

Abordaremos teoricamente as características de um psicopata, contextualizando a Psiquiatria e a Psicologia Forense no cenário em que este está envolvido.

Pretendemos no decorrer desta pesquisa responder a seguinte questão: O Direito Penal brasileiro oferece resposta adequada aos crimes cometidos por psicopatas? Tendo como objetivo geral avaliar e questionar a política penal aplicada ao psicopata delinquente. Pois, como enfatiza Costa (2014), é importante haver um estudo interdisciplinar sobre tal realidade, a fim de coibir e prevenir a prática destas

condutas, através de eficazes e adequadas políticas públicas a este tipo de agente.

Para o alcance dos objetivos do estudo recorreu-se a pesquisa exploratória de cunho bibliográfico. Tendo como principais fontes livros, normas constitucionais, revistas científicas especializadas, e artigos de internet, bem como monografias e dissertações, disponíveis nas bases de dados do Google Acadêmico, Scientific Electronic Library Online (SCIELO) e Literatura Latino-Americana e do Caribe em Ciência e Saúde (LILACS).

Buscando responder os objetivos da pesquisa e questões levantadas, o presente artigo encontra-se estruturado nas seguintes seções: o segundo tópico que entoa a fundamentação teórica apresenta a contextualização do tema no campo epistemológico dando início a discussão da psicopatia e suas nuances, abordando personalidades, características afetivas, físicas e intelectuais que consistem na definição de um psicopata.

O terceiro tópico intitulado de transtorno de personalidade dissocial traz importantes discussões sobre o que define o transtorno de personalidade dissocial ou Transtorno de Personalidade Anti-Social (TPAS), aprofundando uma discussão sobre a existência de alguns sentimentos ou ausência deles, por parte das pessoas que sofrem com esse tipo de “doença”, dando destaque a anormalidades de relacionamentos interpessoais, tais como: falta de empatia, sentimento de culpa forte poder de manipulação.

As subseções do referido tópico estão divididas em: critérios de classificação de psicopatia; Critérios de diagnóstico dsm-iv-tr para transtorno de personalidade antissocial (301.7); Graus de psicopatia. Tais categorias foram eleitas para aprofundamento de estudo por representarem discussões de extrema importância tanto sobre os critérios de diagnóstico quanto a explanação dos graus da psicopatia, visto que a personalidade antissocial é considerada de difícil entendimento e reconhecimento, tal fato dar-se por indivíduos portadores desse transtorno aparentemente não oferecem risco nenhum, pois a primeira vista parecem inofensivas.

No terceiro tópico é colocado em evidência a discussão sobre o papel da psicologia e da psiquiatria no universo jurídico, apontamentos sobre as interfaces possíveis entre a política psiquiátrica e o universo jurídico, procuramos chamar a atenção para o papel a ser desempenhado pela Psicologia e Psiquiatria, áreas

responsáveis por atuar no diagnóstico e possíveis respostas cabíveis de tratamento nas alterações psicológicas e emocionais do ser humano, detalhando como se constituíram o marco legal e político que construíram essas duas áreas.

Foi abordado na quarta seção questões relacionadas a uma possível cura de indivíduos diagnosticados como psicopatas, expondo opinião de diversos autores que acreditam ou não na recuperação de tais pessoas.

O tópico cinco corresponde a uma pequena discussão sobre Problemática do psicopata no contexto jurídico e social, seguido de uma subseção que traz reflexões sobre a Lei No 10.216 de 6 de abril de 2001.

Seguido das considerações finais, que traz um desfecho sobre o trabalho, elencando as reflexões que este estudo viabilizou. Esperamos contribuir, levantar questionamentos e propor reflexões, sobre a temática abordada, contribuindo para barreiras informacionais sobre um tema tão complexo, e muitas vezes de difícil entendimento. Por fim, seguem as referências de autores que subsidiaram o trabalho.

2 A PSICOPATIA E SUAS NUANCES

A personalidade consiste em características afetivas, físicas e intelectuais que dão a cada pessoa tanto individualidade como semelhanças aos demais (BINS; TABORDA, 2016).

A psicopatia contempla a conduta desviada, expressada através de transtornos patológicos da personalidade, demonstrados através de modelos de conduta variáveis desencadeadas por fatores diversos do comportamento humano oriundos de manifestações comportamentais resultantes de fatores biológicos, sociais e da personalidade (CAVALHEIRO, 2011).

Conforme o CID 10 (Classificação Internacional de Doenças da Organização Mundial da Saúde), os psicopatas são pessoas portadoras de “transtornos específicos da personalidade”, que apresentam “perturbação grave da constituição caracterológica e das tendências comportamentais do indivíduo, usualmente envolvendo várias áreas da personalidade e quase sempre associada a considerável ruptura social” (PALHARES; CUNHA, 2012).

Stalchus (2011), ressalta que esta perturbação começa na infância ou adolescência e perdura para vida adulta, os psicopatas geralmente apresentam

características marcantes e intrigantes, dentre elas podemos elencar: forte traço narcisista, megalomaniacos, manipuladores, emoções superficiais e teatralidade, comportamento fantasioso, frios e calculistas, não toleram rotina e frustração, agressividade contra animais domésticos, amoralidade, tendências automutiladoras ou suicidas etc. Os psicopatas costumam apresentar déficit na integração das emoções com a razão e o comportamento.

A Associação de Psiquiatria Americana classifica a personalidade dos psicopatas nos seguintes tipos: paranoides, esquizoides, antissociais, fronteiriços, histriônicos, narcisistas, evitativos, obsessivos-compulsivos e não-especificados (STALCHUS, 2011).

A Psiquiatria é a parte da medicina que estuda e trata as perturbações do comportamento humano, ocupando-se da personalidade global de um doente que sofreu ou sofre de um transtorno psicopatológico. Quando se faz aplicação à Justiça da Psiquiatria Clínica, ela passa a ser designada de Psiquiatria Forense (COSTA, 2014).

Segundo Morana; Stone e Abdalla-Filho (2006), os transtornos de personalidade, sobretudo o tipo antissocial, representam verdadeiros desafios para a Psiquiatria Forense. Não tanto pela dificuldade em identificá-los, mas, sim, para auxiliar a Justiça sobre o lugar mais adequado desses pacientes e como tratá-los.

Palhares e Cunha (2012), enfatizam que existem, basicamente, três correntes acerca do tema psicopatia e seu conceito. A primeira considera a psicopatia como uma doença mental. A segunda a considera como uma doença moral, enquanto que a terceira corrente considera a psicopatia como transtorno de personalidade.

No entanto, o psicólogo clínico e forense Dr. Antônio de Pádua Serafim, em brilhante contribuição a obra de Ilana Casoy (2014, p. 319), afirma:

Do ponto de vista psiquiátrico e psicológico, esses indivíduos não se enquadrariam como doentes mentais, como é um caso de uma pessoa portadora de esquizofrenia, porém, apresentam um mau funcionamento da sua personalidade no tocante ao caráter que envolve os traços moldados ao longo do desenvolvimento, resultantes das experiências de aprendizagem propiciadas por diferentes influências ambientais. Para esses casos, ainda não se tem uma causa específica nem um tratamento adequado. Estão classificados como portadores de transtorno de personalidade antissocial ou psicopatas.

A psiquiatra Ana Beatriz Barbosa Silva citada por Grumiché (2014), ressalta:

Que o termo psicopata pode dar a falsa impressão de que se trata de indivíduos loucos ou doentes mentais. A palavra psicopata literalmente significa doença da mente (do grego *psyche*= mente; e *pathos* = doença). No entanto, em termos médico-psiquiátricos, a psicopatia não se encaixa na visão tradicional das doenças mentais. Esses indivíduos não são considerados loucos nem apresentam algum tipo de desorientação. Também não sofrem de delírios ou alucinações (como a esquizofrenia) e tampouco apresentam intenso sofrimento mental (como a depressão ou o pânico, por exemplo). Ao contrário disso, seus atos criminosos não provêm de uma mente adoecida, mas sim de um raciocínio frio e calculista combinado com uma total incapacidade de tratar as outras pessoas como seres humanos pensantes e com sentimentos.

Lacerda (2016) enfatiza que psicopatas tem como características a impulsividade, um extremo egoísmo, egocentrismo elevado, ausência de sentimento de culpa ou remorso, valores morais próprios, não sendo ele influenciado por questões sociais e a consequente inflexibilidade a castigos e punições.

São indivíduos frios, e apresentam uma deficiente ou nula disposição para amar, o que, conseqüentemente, resulta numa total ausência de compaixão com o próximo (FERRO, 2016).

Considera-se, no entanto, errônea a associação da psicopatia ao comportamento violento de determinados indivíduos, que agem de forma insana. Haja vista que os psicopatas em sua maioria praticam atos que vão desde furtos à assassinato, contudo, segundo Cavalheiro (2011), é necessário esclarecer que nem todo delinquente é psicopata e que nem todo psicopata é delinquente.

Precisamos entender que o psicopata é um indivíduo fronteiroço, uma vez que vive entre o limite da loucura e da sanidade. Reúne características afetivas, emocionais, auto-referenciais e comportamentais propiciadoras de comportamentos violentos, antissociais e impetuosos, as quais o tornam propenso à reincidência (CAVALHEIRO, 2011).

Indivíduos extremamente envolventes e inteligentes que se utilizam de ardis para enganar e obter vantagens, muitas vezes ilícitas, gerando no meio social em que vive grandes danos aos que lhe cercam. Importante ressaltar que os portadores de tal transtorno de personalidade não possuem qualquer tipo de remorso ou empatia por suas vítimas e tampouco se importam com as conseqüências danosas

que advêm de seus atos (CASTRO, 2012).

Considera-se, portanto, a psicopatia como uma patologia com diversas nuances que se refletem diretamente na personalidade e no julgamento moral das pessoas que carregam esse tipo de transtorno (CASTRO, 2012).

Cabendo do ponto de vista jurídico, avaliar cada vez mais esses indivíduos utilizando como meio para isto, a Psicologia Forense, mesmo que esta não consiga identificar a fundo as causas de tais comportamentos, principalmente devido ao grau de inteligência dos indivíduos psicopáticos.

2.1 TRANSTORNO DE PERSONALIDADE DISSOCIAL

Uma das características dos psicopatas é o transtorno de personalidade dissocial ou Transtorno de Personalidade Anti-Social (TPAS). As pessoas que sofrem com esse tipo de “doença” geralmente apresentam anormalidades de relacionamentos interpessoais, falta de empatia, sentimento de culpa entre outros comportamentos relacionados, são pessoas que mentem com facilidade, com forte poder de manipulação.

Comportamentos anti-sociais são freqüentemente observados no período da adolescência por meio de sintomas isolados e transitórios. No entanto, estes podem surgir de forma precoce na infância e perdurar ao longo da vida, levando a quadros psiquiátricos de difícil tratamento. Como o comportamento anti-social torna-se mais estável e menos modificável ao longo do tempo, é importante a identificação de crianças e adolescentes acometidos por esse transtorno o quanto antes, a fim de que estes possam ser beneficiados por meio de intervenções terapêuticas e ações preventivas (BORDINA; OFFORD, 2000).

O CID – 10 (F60.2) - Classificação Internacional de Doenças da Organização Mundial da Saúde, destaca que o transtorno de personalidade dissocial pode ser caracterizado como um transtorno de personalidade, onde as principais características do sujeito são: transtorno de personalidade caracterizado por um desprezo das obrigações sociais, falta de empatia para com o próximo havendo um desvio considerável entre o comportamento e as normas sociais estabelecidas, onde este comportamento não é facilmente modificado pelas experiências adversas, inclusive pelas punições, outra característica seria a baixa tolerância; à frustração e

um baixo limiar de descarga da agressividade, inclusive da violência (SILVA E MENESES, 2015).

Existem critérios e padrões que ajudam a identificar pessoas com transtornos de personalidade, é necessário ficar atento nas formas de comportamento e padrões manifestados pelo sujeito, se a mesma é dissonante com o da cultura da qual o mesmo parte, incluindo áreas da cognição, ou seja, a forma como este indivíduo interpreta a si mesmo, os outros, e as situações; afetividade, nas respostas emocionais dadas ao ambiente e as relações interpessoais e o controle dos impulsos (AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION - APA, 2013).

As pessoas com transtorno de personalidade em sua maioria apresentam atitudes psicopáticas, indivíduos que possuem a personalidade antissocial contestam normas sociais, criando transtornos nos diversos tipos de relações, desde as relações externas até as familiares, possuindo uma inclinação maior para a criminalidade. Isso acende um alerta para a periculosidade que se oculta por trás do teatro dos psicopatas, já que escondem, de forma muito racional, sua índole não menos propensa à criminalidade (BALLONE, 2008).

As pessoas com transtorno de personalidade dissocial podem estar sujeitas a alguns padrões repetitivos de comportamento estendido a diversas situações sociais e pessoais, no entanto nem sempre é tão fácil para pessoas comuns perceberem esta mudança de comportamento.

Os indivíduos acometidos por esse tipo de transtorno, também caracterizados como psicopatas, não se enquadram nem na descrição de doentes mentais, nem de pessoas sadias, eles ficam em um campo intermediário (SANTOS; GANEM, 2012).

A avaliação de pessoas com transtorno de personalidade é algo que vem sendo pesquisado muito nos últimos anos, no entanto à avaliação psicológica dos mesmos ainda são escassos a nível nacional, o que se torna uma dificuldade inclusive para a atuação de diversos pesquisadores e profissionais que pretendem abordar um tema tão específico (CARVALHO; PRIMI; MEYER, 2012).

Assim como o diagnóstico, o tratamento neste tipo de transtorno também é difícil, em razão de características como a mentira, por exemplo, onde a probabilidade do paciente enganar o profissional é altíssima, tendo em vista que com esta conduta ele irá contrariar as normas e regras estabelecidas (SANTOS; GANEM, 2012).

Sabe-se que alguns comportamentos tais como prejuízo e sofrimento clínico causado devido a padrões em diversas áreas importantes no início da vida até a adolescência ou início da idade adulta estendendo-se a um padrão persistente de comportamento que não seja devido a outro transtorno mental e não seja consequente de uso de substâncias como drogas ou alguma condição médica são características de sujeitos com (TPAS), no entanto algumas dessas características são um construto de difícil avaliação e mensuração, exigindo a intervenção de especialistas, o que torna pessoas com uma rotina normal mais vulneráveis a este tipo de pessoa (CARVALHO, 2011).

Diante do exposto pelos autores pode-se associar o transtorno de personalidade dissocial a algumas atitudes e comportamentos, no entanto não se pode descartar novas descobertas, visto que o mesmo é uma doença de difícil percepção, principalmente aos olhos de pessoas leigas no assunto.

2.2 CRITÉRIOS PARA CLASSIFICAÇÃO DA PSICOPATIA

A psicopatia é entendida atualmente no meio forense como um grupo de traços ou alterações de conduta em sujeitos com tendência ativa do comportamento, tais como avidez por estímulos, delinquência juvenil, descontroles comportamentais, reincidência criminal, entre outros (AMBIEL, 2006).

Segundo Ferro (2016), o termo psicopata esta relacionado a portadores de anomalias de caráter, responsáveis por estes não demonstrarem sentimento de piedade, honra, vergonha, remorso ou consciência, além de os tornarem pessoas contrárias as leis e desatentas aos preceitos ético-sociais.

O magistrado ao estar diante de um criminoso com características de psicopatia deve se valer de laudos psiquiátricos, para que seja comprovada a psicopatia e seu grau, o PCL é o exame mais completo nesse sentido (DIAS, 2016).

Conforme cita Grumiché (2014), tem-se como definição, um transtorno de conduta com suas características elencadas pelo checklist de pontuação do protocolo Hare (PCL-R).

O PCL-R é um instrumento de eleição para o estudo da psicopatia. Ele faz uma avaliação de maneira segura dos traços originais de personalidade psicomática e objetiva o grau de periculosidade à vida comunitária dos condenados (SOUSA,

2013).

Ou seja, é um instrumento que permite inferir a dimensionalidade de uma série de traços e comportamentos desviantes e a melhor forma de avaliá-los, uma vez que os agrupam para serem reconhecidos como uma categoria (ALVARENGA; FLORES-MENDONZA; GONTIJO, 2009).

Embora esse não seja o método único de avaliar a psicopatia o PCL-R tornou-se a medida padrão de conhecimento, onde os psicólogos forenses são responsáveis por marcar as alternativas que estão presentes e identificar se o sujeito apresenta características significativas de psicopatia (MIRANDA, 2012).

Estas características listadas a seguir são as principais auxiliares na avaliação e classificação de um indivíduo que praticou um crime como psicopata (CASOY, 2014, p. 320);

- a) Charme superficial/loquacidade
- b) Superestima
- c) Necessidade de estimulação / tendência ao tédio
- c) Mentira patológica
- d) Vigarice / Manipulação
- e) Ausência de remorso ou culpa
- f) Insensibilidade afetivo-emocional
- g) Indiferença / falta de empatia
- h) Estilo de vida parasitário
- i) Descontroles comportamentais
- j) Promiscuidade sexual
- k) Distúrbios de conduta na infância
- l) Ausência de metas realistas a longo prazo
- m) Impulsividade
- n) Irresponsabilidade
- o) Fracasso em aceitar responsabilidade pelas próprias ações
- p) Muitas relações maritais de curta duração
- q) Delinquência juvenil
- r) Revogação da liberdade criminal
- s) Versatilidade criminal.

Porém, segundo Grumiché (2014), a corrente majoritária observa que estas características são intrínsecas e de difícil identificação, mesmo que por profissionais, pois superficialmente remetem normalidade. Observa-se, portanto, que a criminalidade não constitui um padrão, sua má conduta reiterada que reflete em comportamentos profissionais e pessoais injustificados, pode apenas indicar a presença do transtorno.

Um estudo realizado por especialistas na área psiquiátrica relacionada a comportamentos psicopatas foram separados dois grupos, um composto por pessoas de atitudes consideradas normais e outro grupo com pessoas diagnosticadas psicopatas, onde foi apresentado variados tipos de imagens, buscando perceber a diferença de reação entre os dois grupos. O grupo de pessoas normais tinha diferentes reações a cada imagem apresentada, sendo observado certo temor, piedade e até medo. Já o grupo de pessoas diagnosticadas como

psicopatas, apresentaram reação linear, sem qualquer tipo de oscilação, ou sentimento, tal fato dá-se porque psicopatas não tendem a sentir qualquer tipo de nuance emotivo. Para este tipo de indivíduo não há diferença em ver uma imagem de pessoas felizes ou tristes, ou imagens que apresentam crimes com requinte de crueldade, espancada até a morte, o psicopata não apresenta alterações cerebrais nem qualquer alteração física (FINKLER, 2016).

Foi destacado ao longo deste estudo diversas características apresentadas por psicopatas, Silva e Menezes (2015) destacam alguns comportamentos mais presentes no dia-dia destas pessoas, tais como: a teatralidade, mentiras sistemáticas, desprezo aos sentimentos alheios, frieza, sedução, habilidade para manipular pessoas e liderar grupos, egoísmo exacerbado, egocentrismo e incapacidade para amar, ausência de empatia, de sentimentos afetuosos, éticos e altruístas.

2.2.1 CRITÉRIOS DE DIAGNÓSTICO DSM-IV-TR PARA TRANSTORNO DE PERSONALIDADE ANTISSOCIAL (301.7)

A personalidade antissocial é considerada muito difícil de ser reconhecida, tendo em vista que os indivíduos portadores desse transtorno aparentemente não oferecem risco nenhum, pois a primeira vista parecem inofensivas. A partir desse ponto de vista quando a justiça se vê diante de casos que envolvem avaliação mental, acabam recorrendo ao apoio de psiquiatras e psicólogos, a fim de identificar que tipo de transtorno mental acomete o indivíduo (ROCHA E SOUSA, 2009).

Busnello (2015), cita que existem dois códigos a nível mundial que são utilizados para classificar as doenças ligadas à mente, são eles: O Manual Diagnóstico e Estatístico das Doenças Mentais (DSM-IV), e a Classificação Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde (CID-10).

As características, comportamentos e atitudes de pessoas com transtorno de personalidade antissocial (301.7) podem ser percebidas principalmente na idade entre 15 e 18 anos, idades consideradas por alguns especialistas como o momento de formação de caráter e personalidade adulta, onde um padrão de desrespeito e violação dos direitos alheios é visível em dois momentos (AMBIEL, 2010).

O primeiro: Um padrão global de desrespeito e violação dos direitos alheios, que ocorre desde os 15 anos, indicando por, no

mínimo, três dos seguintes critérios: (1) incapacidade de adequar-se às normas sociais com relação a comportamentos lícitos, indicada pela execução repetida de atos que constituem motivo de detenção. (2) propensão para enganar, indicada por mentir repetidamente, usar nomes falsos ou ludibriar os outros para obter vantagens pessoais ou prazer. (3) impulsividade ou fracasso em fazer planos par ao futuro.

(1) irritabilidade e agressividade, indicadas por repetidas lutas corporais ou agressões físicas. (5) desrespeito irresponsável pela segurança própria ou alheia. (6) irresponsabilidade consistente, indicada por um repetido fracasso em manter um comportamento laboral consistente ou de honrar obrigações financeiras. (7) ausência de remorso, indicada por indiferença ou racionalização por ter ferido, maltratado ou roubado alguém.

O segundo: (1) O indivíduo precisa ter no mínimo 18 anos de idade.

(2) Existem evidências de Transtorno de Conduta com início antes

dos 15 anos de idade, mesmo não sendo tão perceptíveis. (3) A ocorrência do comportamento antissocial não se dá exclusivamente durante o curso de Esquizofrenia ou Episódio Maníaco (APA, 2002, p. 660).

Embora na esfera do senso comum se tenha uma ideia de um transtorno geral para esses sujeitos considerados psicopatas nos diagnósticos de pessoas com transtorno de personalidade antissocial (301.7) existe uma diferenciação: alguns apresentam apenas o TPAS, outros adquirem uma psicopatia ou apenas traços psicopáticos e, a exemplo de Serial Killer, muitas vezes sem nem sequer ser portador do que foi citado, ou seja, sem apresentar transtornos (SOEIRO E GONÇALVES, 2010).

Em estudo realizado com criminosos diagnosticados com TPAS Morana, Stone e Abdalla-filho (2006), utilizaram a análise de cluster estabeleceram dois tipos de personalidade antissociais: transtorno global e transtorno parcial, com o intuito de indicar equivalência estatística de psicopatia e não psicopatia. No entanto o estudo mostrou que os sujeitos criminosos com Transtorno Parcial não apresentaram psicopatia, sendo apenas portadores do TPAS.

Segundo Pacheco (2015) a complexidade desse grave distúrbio faz com que seu diagnóstico e diferenciação seja difícil, e em muitas das vezes por conta dessa complexidade adota-se o termo geral: “o Antissocial”, embora um conceito usado para descrever pacientes com TPAS, o antissocial não designa um diagnóstico clínico, mas sim padrões de comportamento que circulam por muitos transtornos.

Embora o TPAS apresente algumas diferenças em relação à Psicopatia, sua diferenciação ainda é muito complexa. Percebe-se que o termo antissocial surgiu para designar comportamentos inadequados que desrespeitam e ferem a sociedade, enquanto o psicopata apresenta características de personalidade mais marcantes, como falta de afeto, ausência de remorso e relacionamento interpessoal deficitário. Desse modo, o antissocial teria uma capacidade maior para se adequar as normas da sociedade, fingindo sentimentos, mas controlando seus impulsos agressivos e hostis. Diferente do psicopata, que tem em sua condição características quase impossíveis de controlar os impulsos (OLIVEIRA; NAKANO; WECHSLER, 2016, p.1494).

Desde sua origem, o DSM apresenta uma estrutura multiaxial, ou seja, compõe-se de múltiplos eixos. Cada eixo abarca um grupo de informações sobre determinados transtornos, de acordo com a seguinte classificação: eixo I - transtornos clínicos; eixo II - transtornos da personalidade e retardo mental; eixo III - condições médicas gerais; eixo IV - problemas psicossociais e ambientais; e eixo V - avaliação global do funcionamento. Este modelo foi escolhido por que através dele é possível que sejam coletadas mais informações sobre o paciente (BASSO, 2014).

2.2.2 GRAUS DE PSICOPATIA

O psicopata é difícil de ser identificado prontamente, pois geralmente não demonstra todos os sintomas descritos de uma única vez. Estas pessoas convivem normalmente com as demais no dia a dia.

Geralmente deixam as pessoas incrédulas se cometem algum delito, no entanto os psicopatas possuem um aspecto em comum, que é um ambiente intrafamiliar conturbado, geralmente marcado por conflitos e por constantes discussões e brigas (CSISZAR, 2016).

No que diz respeito ao grau e detecção da periculosidade de psicopatas é importante destacar o princípio constitucional da individualização e da pena determinada a cada crime. A Lei de Execução Penal (Lei n. 7.210/84), dispõe da seguinte norma no art. 5º: “Os condenados serão classificados segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da pena (BRASIL, 1994).

A determinação do grau de psicopatia tem como objetivo fazer

encaminhamentos dos apenados dentro do presídio à equipe psiquiátrica adequada, visando proporcionar um tratamento penitenciário eficaz, sendo que para a efetivação desta norma é realizado o exame criminológico, que nada mais é que um parecer médico preparado por peritos de competência na área psiquiátrica (PALOMBA, 2013).

O exame criminológico não deve ser confundido com o exame pericial que é realizado durante a instrução probatória, a fim de comprovar a inimputabilidade ou semi-imputabilidade do agente. O exame pericial para definição de grau de periculosidade do sujeito subdivide-se em dois tipos: inicialmente é feita a perícia de sanidade mental, que consiste sempre que existir suspeitas que o acusado possua algum tipo de distúrbio mental. Já a perícia de sanidade mental é que determina a responsabilidade penal do agente, estabelecendo se no momento do cometimento do crime, este possuía a capacidade de entender o que estava fazendo e de se determinar e acordo com esse entendimento (TRINDADE; BEHEREGARAY; CUNEA, 2009).

Dentro deste contexto é importante destacar que esta diferença de comportamento se dá devido aos diferentes níveis de psicopatia.

Segundo Palomba (2013) no exame de verificação de periculosidade, que é o que irá determinar o grau de doença ou ausência dela, o perito busca indícios que possam determinar circunstâncias que venham a indicar a possibilidade, do indivíduo voltar a cometer um crime, tais circunstâncias são verificadas através dos seguintes indicativos. "1) observação da curva vital do indivíduo; 2) morfologia do crime que ele praticou; 3) ajuste que teve a vida frenocomial; 4) possíveis distúrbios psiquiátricos durante a fase da execução da medida de segurança". (PALOMBA, 2013, p.214).

Para muitos especialistas, entre eles, psiquiatras, psicólogos e peritos a observação e análise da curva vital, que consiste na análise da vida pregressa desses indivíduos torna-se fundamental na hora de determinar um grau de psicopatia, visto que dentro da curva vital verifica-se a existência dos seguintes fatores cotidianos: "falta de aplicação escolar, interrupção de aprendizado, inconstâncias no trabalho, integração com grupos sem atividades construtivas, existência de criminalidade precoce, distúrbios precoces de conduta", fatores que para muitos especialistas contribuem para diversos distúrbios que nem sempre

podem ser considerados como grau elevado de psicopatia (HENRIQUES,2009).

A maioria destes, segundo Silva (2017), corresponde ao grau leve, geralmente aqueles que estão ao nosso lado, mas passam despercebidos, a exemplo de vizinhos, companheiros de trabalho, colegas de faculdade. Por apresentarem poucos critérios, e dificilmente matarem, são difíceis de ser diagnosticados, e por quase não serem percebidos pela sociedade recebem o nome de “psicopata comunitário”. Quando vão para a cadeia, pela prática de algum ato ilícito, geralmente têm a pena reduzida por apresentarem bom comportamento.

A configuração dos crimes praticados com requinte de crueldade por indivíduos considerados com distúrbios mentais também constituem o grau indicador de periculosidade, no qual são observados os seguintes parâmetros: “o crime praticado com agravantes legais, crimes brutais, crimes sem motivo psicológico, crimes contra as pessoas e costumes, crimes com multiplicidade de golpes, crimes praticados com frieza” (PALOMBA,2013).

Os psicopatas de grau moderado a grave apresentam as mesmas características dos psicopatas de grau leve, entretanto com condutas que os colocam contra à sociedade, o que os caracteriza como antissociais. São geralmente agressivos, mentirosos, sádicos, impulsivos, praticam golpes e assassinatos, sentem prazer em matar, e logram prazer também em ver suas vítimas sofrendo. Ou seja, são seres extremamente frios e que não medem esforços para atingirem seus objetivos (SILVA, 2017).

Em ambos os casos é possível perceber que estes indivíduos são pessoas certas das suas ações e das consequências que estas podem causar as suas vítimas.

3 O PAPEL DA PSICOLOGIA E DA PSIQUIATRIA JURIDICA

A Psicologia e a Psiquiatria são áreas que atuam no diagnóstico e possíveis respostas cabíveis de tratamento nas alterações psicológicas e emocionais do ser humano. Tratando-se da psicopatia, um desafio para a área é compreender o que leva um indivíduo a agredir outra pessoa mortalmente, com brutalidade, crueldade e frieza.

O procedimento envolvendo diversos especialistas é bastante desafiador visto que o processo de psicodiagnóstico (avaliação psicológica com finalidade clínica) é

complexo e envolve instrumentos especializados, há uma enorme responsabilidade por trás de medidas que estabelecem o plano de avaliação psicológica de um indivíduo denominado de psicopata, pois a partir do momento que denomina-se tal termo de doença mental o indivíduo é considerado, muitas vezes, semi-imputável, desta forma este processo deve envolver testes psicológicos envolvendo série de procedimentos e técnicas de avaliação, além dos testes psicológicos aprovados previamente pelo Conselho Federal de Psicologia (WERLANG; ARGIMON; SÁ, 2015).

Tratando-se de defesa de crimes cometidos por sujeitos denominados de psicopatas considerados semi-imputáveis a Psicologia Jurídica é responsável pela análise clínica destes sujeitos, contando com o auxílio de outros profissionais envolvendo a Psiquiatria, a medicina com conhecimento específico para dar o necessário suporte no entendimento da saúde mental do indivíduo.

Rovisnki (2000) conceitua o psicólogo jurídico como aquele que trabalha com o campo da prática judicial, que constitui área de estudo resultante das relações entre a psicologia e a Lei, esses profissionais se dedicam ao estudo da personalidade do indivíduo, buscando esclarecer as motivações para seus atos, a psicologia jurídica desta forma se torna uma arma poderosa, podendo ser usada pelo direito para a elucidação das tramas criminosas realizadas por assassinos, por exemplo, objetivando justificar crimes por meio de uma solução lógica, racional e “justa”.

Psicólogos jurídicos são conhecidos por atuarem em momentos de identificação do perfil psicológico do acusado e definição dos mesmos, decidindo junto a uma equipe especializada se é necessário ou não um acompanhamento psicossocial (aplicação de Medida de Segurança), elaborando avaliações psicológicas determinadas por juízes. Outro papel a ser desempenhado está relacionado a perícia para análise de periculosidade ou sanidade mental, no acompanhamento do interno visando uma recuperação psicológica e reeducação, contexto no qual se destaca a chamada Psicologia Penitenciária, incluindo a psiquiatria Forense.

A Psiquiatria Forense é uma especialidade da Medicina que traz o conhecimento teórico e clínico para o contexto jurídico, apresentando características distintas da Psiquiatria Clínica (RIBEIRO; SCHMIDT, 2012). O papel da Psiquiatria

Forense é auxiliar o Judiciário nas questões que lhe competem, devendo se ater em responder somente o que lhe é indagado através de quesitos, não cabendo o papel de julgar ou condenar (RIBEIRO; SCHMIDT, 2012).

Ou seja, o papel da Psiquiatria Forense é auxiliar profissionais a conhecer a fundo, através de um diagnóstico multidisciplinar, a condição mental de um indivíduo delinquente, colocando este fato como um fator importante para uma aplicação efetiva e “justa” de medidas jurídico-terapeutas, objetivando recuperar o indivíduo para voltar a vida em sociedade.

A Psicologia Jurídica, neste caso, passa a defender criminosos de alta periculosidade, visto que quando tratados como doentes podem passar a simular situações demonstrando lucidez objetivando recuperação e reinserção a sociedade, podendo cometer novos crimes. Um criminoso ao ser considerado imputável, cumpre uma pena de forma calculista, na maioria das vezes com excelente comportamento buscando retornar ao seio da sociedade o mais rápido possível, essa liberdade precipitada é uma ameaça a sociedade, em média de 70% dos casos envolvendo psicopatas delinquentes são reincidentes apresentando os mesmos atos antissociais (FINKLER, 2016).

As áreas de Psicologia e Psiquiatria Jurídica desempenham um importante papel no que diz respeito ao levantamento de diagnósticos e tratamento de pessoas com transtornos que levam a prática de crimes bárbaros, no entanto são necessários estudos que levem esses casos a estudos profundos evitando equívocos e falhas por meio do ordenamento jurídico brasileiro, ao considerar o psicopata um doente mental, contrariando alguns psiquiatras e psicólogos que defendem em corrente majoritária a psicopatia como maldade e não doença.

3.1 UNIVERSO JURÍDICO

Um fato que não pode ser desassociado ao mundo dos crimes chama-se universo jurídico. Cada vez mais, ao abordarmos as questões do Direito, ouvimos o termo interdisciplinaridade buscando conjugar as ciências, que se unem em busca de respostas sobre a psicopatia, esta interdisciplinaridade agrupa profissionais que defendem a psicopatia como doença. As causas de exclusão da imputabilidade são doenças mentais, desde que sejam causas de desenvolvimento mental, incompleto, proveniente de caso fortuito ou força maior (PONTE, 2007).

Já outra classe classifica os atos cometidos como maldade merecendo uma punição justa, como qualquer outro crime. Conforme defendido por Hare (2013) e Brites, (2014) ao afirmarem que psicopatas são totalmente racionais e conscientes, ao cometerem um crime sabem o que fazem e porque fazem.

Ambos profissionais atuantes na área de Direito buscam ajuda em outras ciências sociais visando à garantia da efetivação das leis e a tão sonhada justiça, que nem sempre anda de mãos dadas com a aplicação da lei.

Inúmeros casos são mal compreendidos, muitas vezes não recebendo a devida atenção, tal fato pode dar-se pelo desconhecimento ou pela carga socialmente negativa e sentido distorcido que carrega o termo psicopata. Robert Hare, um dos maiores especialistas na área, define a psicopatia como um transtorno de personalidade, definido por um conjunto específico de comportamentos e traços de personalidade inferidos, a maioria deles vista pela sociedade como pejorativa, o que impede o entendimento de tal doença (EMILIO, 2013).

Para o grande especialista Julius L. Koch (1841-1908) o termo “insanidade moral”, proposto por Pritchard seria trocado pelo termo “inferioridade psicopática”, para o especialista tal termo caracteriza melhor indivíduos com tendência a transtornos comportamentais “anormais”, devido a influencias hereditárias, não se enquadrando est tipo de indivíduo no rol da loucura, sendo desta forma a psicopatia um desenvolvimento anômalo do caráter e não seria uma doença mental (BRITES, 2014).

Os psicopatas possuem uma mente criminoso com fortes indícios para cometer crimes cruéis, na maioria das vezes são carentes de sentimentos necessários para coibir a pratica de crueldades, não sentem pena, nem tão pouco têm noção do sofrimento alheio que podem inibir diversas atitudes do ser humano. Em uma pesquisa feita pelo pesquisador Robert Hare no livro “Sem Consciência”, é chocante a resposta de uma psicopata ao ser questionado sobre o que o levou a cometer um crime bárbaro: assim como muitos dos sujeitos psicopatas, [...], quando lhe perguntaram por que havia cometido o crime obteve-se a seguinte resposta: “Você quer a verdade? Por diversão” (HARE, 2013).

Os distúrbios de transtorno de personalidade são tratadas no sentido amplo pelo Direito Penal como doenças mentais, dependendo do diagnóstico concedido por especialistas, abrangendo assim os problemas patológicos, no grupo das

doenças mentais estão todas as alterações de origem mental e psíquica, visto que no momento de alguns atos e fatos suprime a capacidade do ser humano de entendimento quanto ao grau de ilicitude, tirando, portanto, a capacidade para que se manifeste contrário, a doença mental pode ser permanente ou transitória, interferindo de forma direta em situações em delírios de lucidez onde o indivíduo não tem controle de seus atos (MASSON, 2016).

Ao analisar pesquisas publicadas por grandes especialistas do universo jurídico, psicológico e psiquiatria, tanto de décadas atrás quanto dos dias atuais é percebido o quão complexo são os estudos que envolvem pessoas com transtorno de personalidade, visto que cada pesquisador mostra evidências que podem ser lavadas em consideração sobre o ponto de vista defendido.

4 NEM TODO MAL TEM SUA CURA

Existem inúmeros questionamentos em torno das pessoas com transtorno de personalidade, entre essas dúvidas encontram-se curiosidades sobre uma possível cura, se assim diagnosticada como doença, visto que a psicopatia está relacionada a disfunções cerebrais, predisposição genética, traumas psicológicos envolvendo inúmeros que causadores de distúrbios, que para serem tratadas o indivíduo precisa reconhecer-se como doente.

Existem terapias e medicamentos que se mostram eficazes no tratamento de distúrbios que vão desde pequenas alucinações até comportamentos de transtorno mental mais grave, no entanto algumas barreiras são impostas por indivíduos diagnosticados psicopatas, já que os indivíduos acometidos por tal disfunção na maioria das vezes se mostram plenamente satisfeitos consigo, e acham que não possuem problemas psicológicos ou emocionais para serem tratados, salvo raríssimas exceções, que procuram as terapias biológicas, medicamentos e as psicoterapias (SILVA, 2008).

O tratamento pode dar-se após percepção de distúrbios que podem ser percebidos por pessoas próximas ou por uma inquietação do próprio sujeito, visto que de acordo com alguns pesquisadores todo indivíduo antissocial apresentará um

A colaboração do indivíduo passa a ser um divisor entre tratamento e agravo do problema, tendo em vista que a colaboração do paciente é de extrema importância para o sucesso de diversos tratamentos, entre eles a psicoterapia, é

perceptível em alguns tratamentos com psicopatas que as chances de sucesso destes métodos reduzidas quando os mesmos não manifestam nenhum desejo de mudanças de atitudes e de comportamento (OLIVEIRA-SOUZA,2009).

Segundo Hare (2013) se direcionadas de forma errada e a pessoas sem aceitação de um diagnóstico de psicopatia as terapias podem agravar ainda mais o problema, visto que programas de terapia pode fornecer ao psicopata novas desculpas e racionalizações para seu comportamento e novos modos de compreensão da vulnerabilidade humana, inclusive aprendendo novos e melhores modos de manipular outras pessoas e futuramente torna-las vítimas de seus atos.

Garrido (2005) destaca define o transtorno antissocial da personalidade como uma patologia grave e de difícil diagnóstico, sendo desta forma também de difícil direcionamento para um tratamento psicoterápico ou medicamentoso dito eficaz.

Um fator que atrapalha e torna tardio tanto o tratamento quanto a descoberta de novas técnicas pode estar associado ao fato tanto das prisões comuns quanto as enfermarias psiquiátricas no modelo atual existente não serem apropriadas para o tratamento e a reabilitação psicossocial destes transtornos, visto que um ambiente terapêutico precisa oferecer diferentes modalidades, em função não apenas da periculosidade manifestada por estas pessoas mais também dos recursos de personalidade que propiciem o convívio e a participação comunitária com as demais pessoas (MORANA, 2000, p. 42).

A psicopatia é incurável, trata-se de um transtorno de personalidade e não de fases momentâneas de alteração comportamental, apenas apresentam graus e formas de manifestação diversas (SILVA, 2008).

Mesmo sendo exposto por alguns pesquisadores tratamentos direcionados a psicopatas delinquentes nenhum método de fato garante que exista uma técnica adequada que possa levar a cura destes indivíduos, visto que a psicopatia se apresenta através de dois elementos causais, uma disfunção neurobiológica e o conjunto de influências sociais e educativas que o delinquente recebe ao longo da sua vida.

5 PROBLEMÁTICA DO PSICOPATA NO CONTEXTO JURÍDICO E SOCIAL

O Direito sempre se preocupou com a abordagem do tratamento despendido aos doentes mentais que cometeram delitos. Para o Direito Penal, as personalidades

psicopáticas são consideradas com culpabilidade diminuída e lhes é aplicada pena de prisão com redução obrigatória ou aplicada medida de segurança, caso haja comprovada perturbação mental e enquadre-se na hipótese do caput, ou do parágrafo único do artigo 26, do Código Penal (CASTRO, 2012).

Nesse caso, a incidência da causa redutora é obrigatória, onde o magistrado primeiramente irá fixar a pena privativa de liberdade para depois substituir por internação ou tratamento ambulatorial. Nada impede que se opere a substituição da pena privativa de liberdade por medida de segurança. Ressalta-se que, no caso dos semi-imputáveis, não é extinta a culpabilidade, e, após análise do caso concreto, a lei confere ao juiz a opção de aplicar medida de segurança ou a pena diminuída, depois de fixada a pena, portanto, uma natureza condenatória (OLIVEIRA, 2015).

Com base no exposto, verifica-se que a inimputabilidade prevista no referido art. 26, caput, do CP não pode ser aplicada à psicopatia, em razão desta não ser considerada doença mental ou um transtorno mental que qualifique o indivíduo psicopata como inimputável (EMILIO, 2013).

Para Cavalheiros (2011), tais indivíduos não apresentam dano na capacidade de entendimento do caráter ilícito de seus atos, mas sim um sério prejuízo em sua capacidade de autodeterminação. Trata-se de um defeito constitucional do caráter, comprometendo diretamente a integração de valores morais e éticos que impedem que sua personalidade seja moldada pela experiência.

No entanto, sabe-se que o Brasil não possui um sistema punitivo/ressocializador adequado para os portadores dessa doença, logo tais indivíduos são tratados como qualquer outro criminoso, em cumprimento de pena privativa de liberdade (FREIRE, 2016).

Para a Psiquiatria Forense brasileira, os transtornos de personalidade não são considerados doença mental, mas, sim, uma perturbação desta. Na esfera penal, examina-se a capacidade de entendimento e de determinação de acordo com o entendimento de um indivíduo que tenha cometido um ilícito penal (MORANA; STONE; ABDALLA-FILHO, 2006).

Porém, como estes são criminosos que vivem na fronteira da sanidade com a doença mental, por vezes acabam confundindo juízes e promotores que os tomam por normais, nesse contexto ressalta-se a importância do perito, pois cabe a ele esclarecer através de um laudo o tipo de indivíduo que está sendo processado e

julgado, para que o sistema de justiça criminal possa mantê-los isolados, seja através de medida de segurança ou detenção, para salvaguardar a sociedade (PEREIRA, 2015).

O Código Penal prevê, atualmente, no artigo 75, que o cumprimento máximo de pena não pode ser superior a 30 anos. Portanto, se durante esse cumprimento, o culpado cometer outro crime e ocorrer uma nova condenação, ele tem as suas penas somadas e limitadas a 30 anos (MENDANHA, 2012).

Art. 75 - O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 30 (trinta) anos. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 1º - Quando o agente for condenado a penas privativas de liberdade cuja soma seja superior a 30 (trinta) anos, devem elas ser unificadas para atender ao limite máximo deste artigo. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 2º - Sobrevindo condenação por fato posterior ao início do cumprimento da pena, far-se-á nova unificação, desprezando-se, para esse fim, o período de pena já cumprido. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

De acordo com Costa (2014), as penas deverão incidir sobre criminosos condenados imputáveis e semi-imputáveis, ao passo que as medidas de segurança deverão ser aplicadas aos indivíduos imputáveis e, excepcionalmente, aos semi-imputáveis. Sabe-se, por oportuno, que em decorrência do sistema unitário, o magistrado deverá aplicar apenas uma das espécies de sanções penais ao caso concreto, ou seja, pena privativa ou medida de segurança.

A pena privativa de liberdade tem função preventiva, ou seja, evitar que o delinquente volte a cometer novos atos ilícitos, e dessa forma, conferir a sociedade maior segurança (MEIRA, 2015).

A medida de segurança, por sua vez, tem natureza preventiva e especial, no sentido de afastar o indivíduo perigoso do convívio social. Importante ressaltar que na medida de segurança há tempo determinado mínimo de permanência do condenado, mas indeterminado no máximo, pois depende do desaparecimento da periculosidade do agente (FREIRE, 2016).

Temos, em nosso ordenamento jurídico duas espécies de medida de segurança: a internação/detentiva e a de tratamento/restritiva. Quando se fala em medida de segurança restritiva, a legislação penal prevê a sujeição do indivíduo a tratamento ambulatorial, o qual é feito em meio aberto. O cumprimento desta medida

de segurança é feito sem restrição à liberdade de ir e vir do sujeito, e pode se dá em qualquer instituição com características médicas adequadas ou ainda no próprio hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, conforme determinação inserida no artigo 101 da Lei de Execução Penal (VIDEIRA; SANTOS, 2017).

A segunda modalidade é denominada detentiva. Onde o tratamento do sujeito se dá por meio de internação em Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico, ou em outro estabelecimento adequado (MAIA, 2010). A autora ressalta que nas duas medidas de segurança, o internado, têm o direito de cumprir a medida sob a supervisão e orientação de profissional médico de sua confiança, assegurado o artigo 43 da Lei de Execução Penal.

Araújo (2014), ressalta que no Brasil a medida de segurança possui função curativa e preventiva especial. Inicialmente curativa, pois visa primeiro o tratamento do incapaz que praticou o injusto. E, ao mesmo tempo preventiva especial porque evita que o inimputável volte ao contato com a população em geral enquanto não demonstrar, através de laudos periciais, sua cura ou melhoras significativas.

Atualmente estas medidas de segurança estão sendo aplicadas ao indivíduo psicopata, podendo ser executadas com a internação em hospital de custódia e através de tratamento ambulatorial (DIAS, 2016).

O Supremo Tribunal Federal entende que quando não houver estabelecimento adequado para que a internação seja realizada, o infrator poderá se valer de internação em hospital particular, desde que observada a custódia deste. Compreendendo as referidas peculiaridades em relação ao tratamento, devido ao estabelecimento do cárcere comum ser nocivo ao portador deste transtorno. Para que seja aplicado tal posicionamento, deve haver a sujeição e aplicação aos artigos 100 e 174 da Lei de Execução Penal, que são os exames psiquiátricos, criminológicos e de personalidade (DIAS, 2016, p. 24).

A medida de segurança aplicada aos psicopatas, em tese, resolveria todos os problemas atinentes aos crimes praticados por estes indivíduos, pois tal medida não possui um período determinado de duração, ou seja, persiste enquanto existir a doença (ARAÚJO, 2014).

No entanto, para Araújo (2014), a crítica a esta alternativa reside no fato de que a finalidade da medida de segurança estaria sendo distorcida, pois, como a psicopatia sabidamente não tem cura, a medida de segurança não teria fim, seria

perpétua. Logo, materialmente, tal sanção não poderia ser caracterizada como uma medida de segurança, mas sim como uma pena privativa de liberdade.

Segundo Ferro (2016) há aqueles que defendem os psicopatas como sujeitos inimputáveis, cabendo-lhes medida diversa de uma pena. Há ainda, os que defendem o meio termo, ou seja, a semi-imputabilidade do psicopata.

No entanto, Ker e Silva (2016), mencionam que os psicopatas não se incluem nessa classificação de inimputáveis, pois, de acordo com o estudo já abordado, esses indivíduos não possuem nenhuma doença mental ou retardado, eles apenas detêm uma anormalidade social.

O professor Alexandre Magno explica tal problemática com uma interessante metáfora:

No Brasil, os condenados por qualquer crime são vistos pelo Estado da mesma forma que um passageiro de um avião vê a floresta abaixo, ou seja, de modo absolutamente homogêneo. O princípio da individualização da pena é frequentemente esquecido nas penitenciárias, sendo comum o tratamento igualitário de pessoas com personalidades e condutas absolutamente díspares. Raras são as iniciativas dos “biólogos”, que se dão ao trabalho de analisar as diferenças entre cada um dos habitantes dessa “floresta” (MOREIRA,2008).

Feleciano e Vieira (2016), observam que é necessário que se entenda que entre o criminoso comum e o criminoso com doença mental, está o criminoso psicopata, sujeito ao entendimento do julgador, que o coloca em uma dessas classificações, mostrando a urgente necessidade do desenvolvimento de políticas que atendam com efetividade e prioridade o criminoso psicopata. Tendo em vista que o psicopata é uma pessoa anormal e por esta razão seu o tratamento difere do tratamento a ser aplicado ao criminoso comum.

Destaca-se então que o indivíduo psicopata precisa ser olhado com outros olhos pela lei, haja vista que esses indivíduos são na maioria das vezes caracterizados por cometer crimes reincidentes. Estes não podem e não devem ser tratados como criminosos comuns, pois tal interpretação trará cada vez mais danos a sociedade na qual o psicopata está inserido, bem como prazer para ele, ao cometer seus delitos, já que a dor do outro lhe traz contentamento.

5.1 Um olhar sob a Lei Nº 10.216 de 6 de abril de 2001

Indiscutivelmente, a psiquiatria aliada a novos pactos sociais, tem evoluído de

forma surpreendente nas últimas décadas, o que tem proporcionado tratamentos mais efetivos, permitindo através destes que indivíduos com transtornos mentais estejam cada vez mais próximos da sociedade, visando a sua inclusão (BARROS, 2010).

Dentro deste contexto, a Lei 10.216 de 06 de abril de 2001 dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental. O título da lei apresenta uma proposta de proteção à pessoa portadora de transtorno mental, bem como estabelece os seus direitos e pretende redirecionar o modelo de assistência em saúde mental (BRITTO, 2004).

A lei assegura que pessoas com transtornos mentais têm direitos como: ter acesso ao melhor tratamento do sistema de saúde, de acordo com suas necessidades; ser tratada com humanidade e respeito e no interesse exclusivo de beneficiar sua saúde, para alcançar sua recuperação pela inclusão na família, no trabalho e na comunidade; ser protegida contra qualquer forma de abuso e exploração; ter garantia de sigilo nas informações prestadas; ter direito à presença médica, em qualquer tempo, para esclarecer a necessidade ou não de sua hospitalização sem sua concordância; ter livre acesso aos meios de comunicação disponíveis; receber o maior número de informações a respeito de sua doença e de seu tratamento; ser tratada em ambiente terapêutico pelos meios menos invasivos possíveis; ser tratada, preferencialmente, em serviços comunitários de saúde mental (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2012).

Com relação à pessoas que cometeram atos ilícitos Saling (2011), cita que, ao ser excluído do meio social, o acusado com transtorno mental vai obter proteção a sua saúde e a saúde das pessoas que fazem parte da sociedade. Assim, compreende-se que o cuidado humano aos acusados mentalmente transtornados, deve estar voltado a defesa da vida individual e coletiva.

Em consonância com o Princípio da Universalidade do SUS (Lei 8.080/1990) e da Atenção Integral à Saúde Mental (Lei 10.216/2001), toda pessoa com transtorno mental em situação de risco e vulnerabilidade social independente de ter cometido delito ou não, deve receber auxílio imediato junto a um serviço de Saúde Mental de Urgência para que receba os devidos cuidados por uma equipe de saúde mental. Entretanto, pessoas com transtorno mental que cometem algum crime ainda

são encaminhados a um Hospital Psiquiátrico de Custódia e Tratamento Psiquiátrico (HCTP), antigos Manicômios Judiciários, onde fazem exames (perícia) para Verificação de Responsabilidade Penal e de Superveniência de Doença Mental, submetidos às Medidas de Segurança de internação ou ambulatorial (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2012).

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa em foco buscou avaliar a eficácia do Direito Penal brasileiro no que diz respeito às respostas sobre crimes cometidos por psicopatas, procurou-se através de trabalhos publicados anteriormente avaliar o comportamento do psicopata delinquente, suas principais características, detalhando diversos aspectos desses sujeitos.

Mesmo existindo uma vasta literatura sobre o tema estudado muitos questionamentos surgiram, tais como: o que leva uma pessoa a cometer crimes tão bárbaros ser considerado doente e voltar a conviver em sociedade sem um monitoramento; o que fazer com indivíduos cujos laudos psiquiátrico e psicológico, condenou-os a “eterna” companhia da psicopatia e que cumpriram pena ou estão presos há mais de trinta anos e presos por verdadeiras barbáries, crimes hediondos, como adapta-los a realidade do mundo atual, existe uma ressocialização para estas pessoas?

Os psicopatas são sujeitos com sonho à liberdade e com esse direito garantido por Lei, no entanto não existe um preparo para isso visto que na maioria das vezes esses sujeitos ao voltarem as ruas ocupam um cenário precursor de outros crimes, oferecendo riscos à sociedade. Os estudos que envolvem transtornos de personalidade são complexos, mesmo envolvendo profissionais das mais diversas áreas muitos casos ainda chocam mediante a atrocidade dos seus atos, virando verdadeiros mitos da maldade, deixando inclusive especialistas sem respostas.

A maioria dos estudos que tivemos acesso mostra à preocupação das autoridades em alguns casos, a não saberem lidar com tais situações, os considerando psicopatas delinquentes “irrecuperáveis”. É criticado por alguns pesquisadores o fato de pessoas com alto índice de periculosidade voltarem ao convívio social após serem diagnosticados como doentes e cumprirem pena mínima,

em um sistema prisional defasado, caduco, ineficaz para a patologia que os acomete.

Conclui-se, portanto que muitas pesquisas ainda precisam ser feitas, os estudos serão infundáveis ao tratar de um tema tão complexo e em fase de crescimento e descobertas diárias, deixando muitos especialistas e estudiosos atentos a novas descobertas, que este trabalho possa contribuir para propor reflexões a pessoas que buscam auxílio na literatura com o desejo de entender melhor o comportamento de sujeitos tão perigosos e presentes nos mais diversos ambientes.

REFERÊNCIAS

ALVARENGA, Marco Antônio Silva; FLORES-MENDONZA, Carmen E.; GONTIJO, Daniel Foschetti. Evolução do DSM quanto ao critério categorial de diagnóstico para o distúrbio da personalidade antissocial. J. Bras. Psiquiatr. V. 58, n. 4, p. 258-266, 2009.

AMBIEL, R. A. M. Diagnóstico de psicopatia: a avaliação psicológica no âmbito judicial. Psico-USF (Impr.) [online]. 2010, vol.11, n.2, pp. 265-266. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-82712006000200015&lang=pt>. Acesso em: 23 de nov. de 2017.

AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION (APA). DSM V - Diagnostic and statistical manual of mental disorders. 5 th ed. Washington: APA; 2013.

ARAÚJO, Jáder Melquíades de. Da aplicabilidade da medida de segurança aos psicopatas: um estudo à luz do parágrafo único do artigo 26 do Código Penal Brasileiro. Âmbito Jurídico, Rio Grande, v. 17, n. 124, maio, 2014. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14718>.

BRASIL. Lei n. 7.210 de 11 de julho de 1994. Institui a Lei de Execução Penal. Diário Oficial da União. 11 de jul. 1984. Disponível em Acesso em 17 de nov. de 2017.

BARROS, Gustavo Machado. Cartilha: Saúde mental e direitos humanos. Rev. Bras. Psiquiatr., São Paulo, v. 32, n. 1, mar. 2010.

BASSO, Felipe Silva Matheus. Evidências de validade de uma medida para os critérios de diagnóstico do Transtorno de Personalidade Antissocial: o modelo dimensional dos cinco grandes fatores e os critérios do DSM 5. 2014. 124f. Dissertação (Pós-Graduação em Psicologia) - Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, SC, 2014.

BRITTO, Renata Corrêa. A internação psiquiátrica involuntária e a Lei 10.216/01. Reflexões acerca da garantia de proteção aos direitos da pessoa com transtorno

mental. 2004. 210f. Dissertação (Mestrado em Saúde Pública) - Escola Nacional de Saúde Pública. Rio de Janeiro, 2004.

BORDIN, Isabel A. S; OFFORD, David R. Transtorno da conduta e comportamento anti-social. Rev. Bras. Psiquiatr., v. 22, Supl. 2, p. 12-15, 2000.

BUSNELLO, Carolina. Psicopatia: o poder da manipulação. JUS.COM.BR. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/35483/psicopatia-o-poder-da-manipulacao>>. Acesso em: 21 de no. De 2017.

BRITES, José de Almeida. Psicopatia e Linguagem - 1ª Ed. Chiado Editora, imp. – Lisboa, 2014.

BINS, Helena Dias de Castro; TABORDA, José Geraldo Vernet. Psicopatia: influências ambientais, interações biossociais e questões éticas. Revista Debates em Psiquiatria, jan./fev. 2016.

CASOY, Ilana. Serial Killers: made in Brazil. Rio de Janeiro: DarkSide Books, 2014.

CARVALHO, L. F. Desenvolvimento e verificação das propriedades psicométricas do inventário dimensional clínico da personalidade. 2011. 133f. Tese (Doutorado em Psicologia) - Universidade de São Francisco, Itatiba, 2011.

CARVALHO, L. F.; PRIMI, R.; MEYER, G. J. Application of the Rasch model in measuring personality disorders. Trends in Psychiatry and Psychotherapy, v. 34, n. 2, p. 101–109, jan. 2012.

CASTRO, Isabel Medeiros de. Psicopatia e suas consequências jurídico-penais. Artigo extraído do Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. 2012.

CAVALHEIRO, Bárbara Lazzari. A (in)eficácia da sanção penal aplicada ao delinquente psicopata no ordenamento jurídico brasileiro. 2011. 55f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito). UNIJUÍ – Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul. Ijuí/RS, 2011.

COSTA, Anderson Pinheiro da. A ineficácia do direito penal brasileiro em face do psicopata delinquente. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: set. 2014. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?colunas&colunista=55692_Anderson_Costa&ver=1952>. Acesso em: 16 set. 2017.

CSISZAR, Sean Anderson. Pequeno manual de psicopatia. 2016.

EMILIO, Caroline Souza. Psicopatas homicidas e as sanções penais a eles aplicadas na atual justiça brasileira. 2013. 25 f. Artigo extraído do Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Rio Grande do Sul, 2013.

DIAS, Bárbara de Oliveira. O psicopata criminoso frente à lei penal brasileira. Letras jurídicas, v. 4, n. 2, 2016.

FERRO, Rodrigo Cavalcante. A responsabilidade do psicopata delinquente ante a legislação penal brasileira: qual o tratamento dispensado ao psicopata criminoso, como resposta ao seu ilícito praticado. 2016. 109f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Alagoas, Maceió, 2016.

FREIRE, Indiara Batista. A ineficácia punitiva do estado em face do psicopata: pena privativa de liberdade X medida de segurança. 2016. 31f. Trabalho de conclusão de Curso (Bacharel em Direito) - Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2016.

FINKLER, Angie. Personalidade Psicopática: Medida de Segurança ou Pena de Prisão? Uma Reflexão Acerca Do Artigo 26 do Código Penal Brasileiro. Monografia. Faculdade da Serra Gaúcha, FSG, 2016, disponível em: Acesso em: 27 de março de 2017

GARCIA, José Alves. Psicopatologia Forense. Rio de Janeiro: Irmãos Pongetti Editores, 1958.

GARRIDO, Vicente. O psicopata: um camaleão na sociedade atual. Tradução de Juliana Teixeira. São Paulo: Paulinas, 2005.

GRUMICHÉ, Ana Paula. A ineficácia da política criminal aplicada aos acometidos pela psicopatia. JUS.COM.BR. 2014. Disponível em:
<<https://jus.com.br/imprimir/27436/a-ineficacia-da-politica-criminal-aplicada-aos-acometidos-pela-psicopatia>>.

HENRIQUES, R P. De H. Cleckley ao DSM-IV-TR: a evolução do conceito de psicopatia rumo à medicalização da delinquência. Rev. Latino-americana de psicopatologia Fundamental, v. 12 n. 2, p. 285-302, 2009.

HARE, R. D. Sem Consciência: O Mundo Perturbador dos Psicopatas que Vivem Entre Nós. Porto Alegre: Artmed, 2013. 240 p.

R. D. Psychopaths: new trends in research. Harvard Mental Health Letter, v. 12, p. 4-5, 1995.

R. D. The Hare PCL-R: some issues concerning its use and misuse. Legal Criminol. Psychol, v.3, p. 102-22, 1998.

KER, Biânca Líbia Ferreira; SILVA, Amaury. Psicopatia e o direito penal brasileiro: qual a resposta penal adequada? Revista online FADIVALE, Governador Valadares, ano 9, n. 13, 2016.

LACERDA, Eldo Braga de. A maldade humana analisada sob a perspectiva do psicopata. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito) -Centro Universitário Tabosa de Almeida- ASCES-Unita, Caruaru, 2016.

MAIA, Raissa Espescht. Medida de segurança: análise da realidade brasileira. 2010. 69f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Centro Universitário de Brasília. Brasília, 2010.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Cartilha - Direito à saúde mental. Brasília: Ministério Público Federal, Procuradoria Federal dos Direitos Humanos, 2012.

MASSON, Cleber. Direito Penal Esquematizado – Parte Geral – vol.1 / Cleber Masson. – 10 ° ed. São Paulo: Método, 2016.

MEIRA, Bruna Fonseca. A eficácia do tratamento jurídico dado ao psicopata homicida: uma análise do sistema penal quanto aos portadores dessa psicopatologia. 2015. 67f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito) - Centro Universitário de Brasília. Brasília, 2015.

MENDANHA, Soraya. Pena máxima no Brasil pode chegar a 40 anos na prática. Senado Notícias. 2012. Disponível em:
<<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2012/05/11/pena-maxima-no-brasil-pode-chegar-a-40-anos-na-pratica>>.

MORANA, Hilda C.P; STONE, Michael H.; ABDALLA-FILHO, Elias. Transtornos de personalidade, psicopatia e serial killers. Rev. Bras. Psiquiatr., v. 28, Suplemento, p. 74-79, 2006.

MORANA, Hilda C P. Identificação do ponto de corte da escala PCL-R (Psychopathy Checklist-Revised) em população forense brasileira: Caracterização de dois subtipos de personalidade; transtorno global e parcial. São Paulo: 2003. Disponível em: <www.teses.usp.br/teses/disponiveis/5/5142/tde.../HildaMorana.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2017.

Reincidência Criminal: é possível prevenir. Medicina CFM. São Paulo, v. 20, n.154, p.18-19, mar/abr. 2005.

Variantes do transtorno anti-social e suas implicações em perícias. Imesc, São Paulo, n. 2, p. 11- 43, ago. 2000.

MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. A urgente necessidade de uma política criminal para os psicopatas. Direito Net. 2008. Disponível em:
<<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/4145/A-urgente-necessidade-de-uma-politica-criminal-para-os-psicopatas>>. Acesso em 10 de nov. de 2017.

MIRANDA, Alex Barbosa Sobreira de. Psicopatia: conceito, avaliação e perspectivas de tratamento. Psicologados Artigos. jul. 2012, Disponível em:
<<https://psicologado.com/atuacao/psicologia-juridica/psicopatia-conceito-avaliacao-e-perspectivas-de-tratamento>>. Acesso em 10 de nov. de 2017.

PALHARES, Diego de Oliveira; CUNHA, Marcus Vinícius Ribeiro. O psicopata e o direito penal brasileiro qual a sanção penal adequada? ORBIS: Revista Científica, v. 3, n. 2, 2012.

OLIVEIRA-SOUZA, Ricardo. Todos nós somos um pouco psicopatas. Entrevistadora: Mariana Sgarioni. SUPERINTERESSANTE: Mentis psicopatas, São Paulo, n. 267, p. 6-7, 2009.

OLIVEIRA, Alex Moises de. O psicopata e o direito penal brasileiro. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, v. 18, n. 139, ago. 2015. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16292>. Acesso em: 21 nov. 2017.

OLIVEIRA, Karina da Silva; NAKANO, Tatiana de Cássia; WECHSLER, Solange Muglia. Criatividade e Saúde Mental: Uma Revisão da Produção Científica na Última Década. *Revista Trends in Psychology / Temas em Psicologia*, v. 24, n. 4, p. 1493-1506, 2016.

PACHECO, J. Estabilidade do comportamento anti-social na transição da infância para a adolescência: uma perspectiva desenvolvimentista. *Revista Psicologia: Reflexão e Crítica*, 2015, vol.18, n.1, pp. 55-61.

PEREIRA, Andrécia Gillyanne de Oliveira. Psicopatia em face ao Ordenamento Jurídico. 2015. 83f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA. Assis, 2015.

PONTE, Antônio Carlos da. Inimputabilidade e Processo Penal. 2.ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

PALOMBA, Guido Arturo. Tratado de psiquiatria forense. São Paulo: Atheneu Editora, 2003.

ROVINSKI, S. L. R. (2000). Perícia Psicológica na área forense. In: Cunha, J. A. *Psicodiagnóstico*, vol. 5, Ed. ver. Porto Alegre: Artmed.

ROCHA, F. F. d.; LAGE, N. V.; & SOUSA, K. C. A. d. Comportamento anti-social e impulsividade no transtorno de personalidade anti-social. *Rev. Bras. Psiquiatr.* [Online]. 2009, vol.31, n.3, p. 291-292. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-44462009000300024&lang=pt>. Acesso em: 05 de nov.de 2017.

SALING, Jeneci Viana Parayba. Inimputabilidade penal e a insanidade mental do acusado. 2011. 50f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUI. Santa Rosa/RS, 2011.

SARAIVA, Editora. *Vade Mecum*, XXI Edital da OAB – 11ª Ed. – São Paulo, 2017.

SILVA, Ana Beatriz B. *Mentes perigosas: o psicopata mora ao lado* – 2ª Ed. – São Paulo: Globo, 2014.

Mentes perigosas: o psicopata mora ao lado. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008.

SILVA Jarbas Oliveira; MENESES, Jorge Raimundo Valença Telesde. A punibilidade dos portadores de transtorno da personalidade antissocial. 2015 27 p. Artigo, (Graduação em Direito) Universidade Tiradentes – UNIT Aracaju-Sergipe, 2015.

STALCHUS, Steffi Graff. A psicopatia no sistema penal brasileiro: imputabilidade e ressocialização. 2011. 42f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito) – Universidade Estadual da Paraíba, Campina Grande/PB, 2011.

SOEIRO, C. & GONÇALVES, R. A. O estado de arte do conceito de psicopatia. Aná. Revista Psicológica [online]. 2010, vol. 28, n.1, p. 227-240. Disponível em: <http://www.scielo.oces.mctes.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0870-82312010000100016&lang=pt>. Acesso em: 25 nov. de 2017.

SILVA, Maynara José Alves da Silva. A imputabilidade penal do psicopata e a inviabilidade de sua reinserção na sociedade. 2017. 58f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Centro Universitário Tabosa de Almeida – ASCES/UNITA. Caruaru, 2017.

SANTOS, Ana Carolina Tinoco Neves dos. GANEM, Keila Mary Gabriel. Do transtorno da personalidade antissocial e sua associação ao direito penal brasileiro. In: MOSTRA INTERNA DE TRABALHOS DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA. 2012. 6. Anais Eletrônico... 2012.

SOUSA, Jullyanne Rocha. Liame dos fatores criminógenos em relação à culpabilidade nos homicídios cometidos por serial killers psicopatas. 2013. 53f. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização Direito Penal e Processual Penal) - Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, Campina Grande, 2013.

TRINDADE, Jorge; BEHEREGARAY, Andréa; CUNEA, Mônica R. Psicopatia – a máscara da justiça – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editoria, 2009.

J.; MOLINARI, F. (Org.). Psicologia Forense: conexões interdisciplinares. 1ª. Ed. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2016. v. 1.

TRINDADE, J. Manual de Psicologia Jurídica para Operadores do Direito - 7ª Ed. - Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. v. 1. 856p.

VIDEIRA, Lorena Torquato; SANTOS, Iolanda Delce dos. A aplicação da medida de segurança. JUS.COM.BR. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/55464/a-aplicacao-da-medida-de-seguranca>>.

WERLANG, B. S. G.; ARGIMON, I. I. L.; SÁ, S. D. Avaliação psicológica com propósitos clínicos. In BARROSO, S. M.; SCORSOLINI-COMIN, F.; NASCIMENTO, E. Avaliação psicológica: da teoria às aplicações. Petrópolis: Editora Vozes, 2015. p. 187- 216.

LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA CONDUZIR INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

Raphael Luigi Franceschini
Valberto Alves de Azevedo Filho

RESUMO: O trabalho em questão tem por escopo central desenvolver um estudo bibliográfico e doutrinário acerca da atuação direta do Ministério Público na fase anterior à ação penal. Visa-se descrever, ao longo desta análise, a possibilidade jurídica de os promotores de justiça e procuradores da república – por iniciativa própria –, iniciarem, conduzirem e concluírem, com autonomia e imparcialidade, a fase investigatória da persecução penal, fundamental à colheita dos elementos mínimos probatórios necessários ao oferecimento e recebimento da denúncia em juízo. Conclui-se que, ao Ministério Público, a quem a Constituição Federal reservou relevante papel de defesa da sociedade, estão assegurados instrumentos de atuação, expressos ou implícitos, que viabilizem a sua vocação, inclusive a investigação criminal independente como forma de busca da verdade real a sustentar o exercício da ação penal em juízo. Por fim, destaca-se a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal - STF, que negou provimento ao Recurso Extraordinário (RE) 593727, ao entender pela legitimidade do Ministério Público para promover, por autoridade própria, investigações de natureza penal, fixando a Suprema Corte os parâmetros da atuação do *Parquet*.

Palavras-chave: Ministério Público. Inquérito. Investigação Criminal.

ABSTRACT: The main purpose of this work is to develop a bibliographical and doctrinal study about the direct action of the Public Prosecution Service in the phase prior to the criminal action. Throughout this analysis, it is intended to describe, through this analysis, the legal possibility for prosecutors and prosecutors of the republic - on their own initiative - to initiate, conduct and conclude, with autonomy and impartiality, the investigative phase of criminal prosecution, fundamental to the minimum evidentiary elements necessary for the offer and consequent receipt of the complaint in court. It is concluded that, to the Public Prosecutor's Office, to which the Federal Constitution reserved an important role of defense of society, there are assured instruments of action, expressed or implied, that enable its vocation, including independent criminal investigation as a form of search for the real truth to support the exercise of the criminal action in court. Finally, the Federal Supreme Court's ruling, which dismissed Extraordinary Appeal (RE) 593727, in its understanding of the Public Prosecutor's Office's legitimacy to promote, through its own authority, investigations of a criminal nature, establishing the Supreme Court's parameters of *Parquet's* performance.

Keywords: Public Prosecutor's Office. Inquiry. Criminal investigation.

1 INTRODUÇÃO

O trabalho em questão teve por objetivo geral desenvolver um estudo bibliográfico e doutrinário acerca da atuação direta do Ministério Público na fase anterior à ação penal. Visa-se descrever, ao longo desta análise, a possibilidade

jurídica de os promotores de justiça e procuradores da república – por iniciativa própria –, iniciarem, conduzirem e concluírem, com autonomia e imparcialidade, a fase investigatória da persecução penal, notoriamente fundamental à colheita dos elementos mínimos necessários ao oferecimento e conseqüente recebimento da denúncia em juízo.

A tese da impossibilidade da investigação direta pelo Parquet tem sido levada aos tribunais, via de regra, pela defesa de acusados como: políticos, grandes empresários, agentes públicos com notável poder dentro da estrutura do Estado, muitos dos quais com direito a foro por prerrogativa de função. Além desses, tem sido costume invocar a tese em casos envolvendo autoridades policiais (delegados de polícia e agentes), denunciadas com base em investigações diretas do Parquet.

Ao longo dos anos houve um significativo o amadurecimento e fortalecimento institucional do Ministério Público – órgão de feições ímpares, essencial à justiça – o qual passou a desenvolver seus trabalhos com cada vez mais eficiência, possibilitando que fossem levadas a juízo e eventualmente condenadas pessoas que, antes, quedavam-se intocadas pelo sistema processual penal, e que decerto prefeririam que assim permanecesse.

O presente estudo possui como problemática central a discussão acerca da possibilidade – com fundamento no ordenamento jurídico pátrio – de realização de investigação pré-processual como forma de embasar eventual denúncia criminal feita diretamente pelo Ministério Público.

Nesta senda, observa-se que essa discussão vem adquirindo grandes desdobramentos, onde são vislumbrados distintos posicionamentos doutrinários, uma vez que muitos questionam a legitimidade do poder investigatório do Ministério Público, razão pela qual, se faz a problematização de tal competência, a qual norteou o presente estudo.

Nesse ponto, destaca-se a importância de se desenvolver um estudo sobre esta temática, uma vez que este assunto ocupa a pauta dos grandes meios midiáticos diariamente, bem como desperta o interesse de toda população e, principalmente, dos operadores do direito.

No que concerne ao percurso metodológico, trata-se de uma pesquisa bibliográfica de caráter exploratório, onde foi utilizado o método dedutivo, fazendo-se uso de fontes de pesquisa como artigos científicos, livros, periódicos e bases de

dados da internet.

2 INQUÉRITO POLICIAL: NOÇÕES PERTINENTES

O instituto jurídico denominado inquérito policial passou a vigorar no direito pátrio a partir da Reforma de 1971 (Lei 2.033-1871, regulamentada, posteriormente, pelo Decreto 4.824 do mesmo ano), que impôs alterações ao Código de Processo Criminal de Império (1832), diploma vigente na época.

Anota-se, ainda, que o inquérito policial é, atualmente, disciplinado pelo Código de Processo Penal de 1941 (ressalvadas previsões legais não recepcionadas pela Constituição Federal de 1988), constando em seus artigos 4º a 23 as normas inerentes à sua instauração, desenvolvimento e conclusão, bem como aquelas referentes à conduta do ofendido e à atuação da autoridade policial e do Ministério Público nesta fase da persecução penal.

Destarte, praticada uma infração penal, surge, ato contínuo, o poder-dever de punir estatal, tornando-se necessária a instauração de uma atividade investigatória visando-se à apuração dos fatos e de sua autoria, a fim de ser colhido o mínimo de elementos necessários a permitir aos órgãos acusadores ou ao particular (nos casos previstos em lei) o oferecimento da denúncia ou da queixa-crime. Isto porque, detém o Estado o monopólio da aplicação da Justiça – Jus puniendi – e, não lhe sendo dado efetivar imediatamente qualquer punição de natureza penal (fato que, caso ocorresse, implicaria inaceitável desrespeito ao devido processo penal assegurando aos acusados em geral) (CARNEIRO, 2007).

Faz-se necessária atuação dos órgãos legitimados a dar início à consecução do poder-dever de punir estatal, diante da aplicação do direito penal material vigente. A aplicação das normas penais ao caso concreto, por sua vez, compete ao Poder Judiciário, o qual também necessitará – para receber a peça acusatória e proferir decisão – de material suficiente à formação de um juízo de valor inicial acerca dos fatos ocorridos e da responsabilidade legal do acusado no que tange à prática dos fatos que lhe são imputados.

Assim, para o oferecimento de uma denúncia pelo Ministério Público Federal ou Estadual, ou da queixa-crime pelo ofendido (nos casos previstos em lei), faz-se necessária presença de elementos mínimos capazes de demonstrar a ocorrência de um fato típico (e, ao menos em tese, antijurídico) bem como indícios razoáveis de sua autoria.

Isso implica afirmar que se não houvesse a demonstração de ocorrência de um fato típico e dos indícios de sua autoria, faltaria à acusação o chamado interesse de agir – uma das condições genéricas da ação -, sendo certo que o início de uma ação penal sem suporte fático elementar resultaria em inaceitável constrangimento ilegal, sanável mediante interposição e concessão de habeas corpus. Tais elementos básicos, necessários para dar suporte fático à peça acusatória, via de regra, são colhidos na fase de inquérito policial, por intermédio da atuação investigatória conduzida pelas autoridades policiais (CARNEIRO, 2007).

Como regra, a referida atividade investigatória é função a ser exercida pela policial judiciária, conforme disposto no artigo 4º, do Código de Processo Penal, in verbis: “A polícia Judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria”. Sob a concepção de Mirabete (2008, p. 76):

A Polícia, instrumento da Administração, é uma instituição de direito público, destinada a manter e a recobrar, junto à sociedade e na medida dos recursos de que dispõe a paz pública ou a segurança individual. Segundo o ordenamento jurídico do País, à Polícia cabem duas funções: a administrativa (ou de segurança) e a judiciária. Como primeira, de caráter preventivo, ela garante a ordem pública e impede a prática de fatos que possam lesar ou pôr em perigo bens individuais ou coletivos; com a segunda, de caráter repressivo, após a prática de uma infração penal recolhe elementos que o elucidem para que possa ser instaurada a competente ação penal contra os autores do fato.

A função de polícia judiciária corresponde ao auxílio policial às atividades judiciárias e do Ministério Público, tais como cumprimento de mandados judiciais ou de requisições de diligências. Ensina Santin (2007, p. 71), então, que:

A doutrina tradicional tende a englobar as funções de investigação criminal, cooperação e auxílio ao Judiciário e ao Ministério Público dentro da noção do exercício de polícia judiciária. Entretanto, pelo sistema constitucional atual as funções de investigação e cooperação são distintas, uma (investigação) caracteriza o trabalho da polícia de investigação criminal e a outra (cooperação), o trabalho de polícia judiciária. Dessa forma, o trabalho de investigação não se inclui mais dentro da noção funcional de polícia judiciária no sistema brasileiro; apenas a cooperação e auxílio ao Judiciário e ao Ministério Público.

Realmente, por não terem o Poder Judiciário e o Ministério Público órgãos policiais próprios, com servidores especializados em segurança pública e detentores de atribuições para execução de mandados judiciais ou cumprimento de diligências, por exemplo, faz-se necessária a atuação da polícia judiciária como função auxiliar

destas instituições.

O artigo 144, da Constituição Federal de 1988, estabelece como órgãos policiais encarregados de velar pela segurança pública e conduzir as atividades investigatórias estatais os seguintes: I – polícia federal; II – polícia rodoviária federal; III – polícia ferroviária federal; IV – polícias civis e V – polícias militares e corpo de bombeiros militares.

A presença de diversos organismos policiais detentores da competência de conduzir as atividades investigatórias e/ou de garantir a paz pública é explicada por Moraes (2016, p. 124), o qual anota que: “a multiplicidade dos órgãos de defesa da segurança pública, sob a Constituição, teve dupla finalidade: o atendimento aos reclamos sociais e a redução da possibilidade de intervenção das Forças Armadas na segurança interna”.

Nessa tangente, embora não seja o único mecanismo previsto no ordenamento jurídico pátrio, o inquérito policial é notadamente o mais usual meio de investigação dos fatos tidos como criminosos e de sua respectiva autoria, conduzido pelas polícias federal e civil, exercendo a função de polícia de investigação criminal, segundo Santin (2007), sob presidência da autoridade policial. Às polícias ferroviária e rodoviária federais, e à polícia militar, em regra, cumpre o desempenho da atividade policial ostensiva, isto é, não-investigatória.

Trata-se o inquérito de um procedimento de natureza administrativa, sigiloso e inquisitivo, presidido por autoridade policial, visando-se à apuração de ato criminoso e de sua autoria, de forma a serem obtidos elementos mínimos necessários ao oferecimento da peça acusatória, bem como ao seu recebimento em juízo.

Araújo Reis e Gonçalves (2016, p. 149) lecionam que o inquérito policial é: “[...] um procedimento prévio, constituído por uma série de diligências, cuja finalidade é a obtenção de provas para que o titular da ação possa propô-la contra o autor da infração penal”.

O inquérito policial é, pois, um procedimento extrajudicial dotado de características próprias, inerentes a um sistema inquisitivo, vez que, durante a fase investigatória, não vigoram todos os direitos referentes à fase de processo penal estritamente considerada, vale dizer, não têm aplicação todos os princípios referentes ao devido processo legal, o qual tem início com o recebimento da denúncia ou da queixa-crime (CARNEIRO, 2007).

Obviamente, ao tratar sobre a não vigência destes princípios não se esta querendo inferir que, ao investigado ou ao indiciado, sejam negados os direitos individuais constitucionalmente garantidos, tais como o direito à intimidade, à privacidade, à integridade física, à assistência de advogado devidamente habilitado etc.

Ressalta-se que em benefício da própria investigação e em face do interesse público para que sejam efetivamente apurados os fatos, não se fazem presentes na fase de inquérito, por exemplo, o direito à ampla defesa, ao contraditório e o princípio da publicidade dos atos.

Trata-se, pois, de procedimento inquisitivo, vez que, durante a fase investigatória, não é facultado ao investigado ou ao indiciado apresentar qualquer espécie de defesa, produzindo provas documentais, testemunhais, periciais etc. O direito à ampla defesa e ao contraditório somente será assegurado durante a ação penal, quando já formalizada e recebida em juízo uma acusação contra o réu (CARNEIRO, 2007).

Por não haver na fase de inquérito o direito à ampla defesa e ao contraditório, as provas colhidas na fase investigatória não têm força suficiente para, por si só, fundamentarem a condenação do réu. Portanto, tais provas deverão ser reproduzidas em juízo, sob o crivo dos direitos inerentes ao devido processo legal, sob pena de nulidade do processo em face de cerceamento de defesa.

É um procedimento sigiloso, pois, sendo o inquérito policial um instrumento destinado à captação dos elementos básicos necessários a embasar os motivos da acusação, o princípio da publicidade de seus atos justificadas limitações. Assim, não é dado a qualquer pessoa verificar o andamento dos atos e diligências praticadas no desenrolar da investigação, como poderia ser feito já na fase processual, durante o curso da ação (ressalvadas as causas sob sigilo de Justiça).

De fato, se o objetivo do inquérito é a investigação, tornar públicos os atos e diligências tomadas pela autoridade policial – e seus investigadores – certamente implicaria prejuízo ao andamento e conclusão das investigações, prejudicando o próprio interesse público em ver solucionado determinado caso. Daí a possibilidade de decretação do sigilo durante a fase investigatória.

Este sigilo – que, na forma do artigo 20, do Código de Processo Penal, pode ser decretado pela autoridade policial em benefício da elucidação do fato e do

interesse social -, por sua vez, não atinge o Ministério Público, por caber a ele o exercício exclusivo da ação penal pública e por ser ele, naturalmente, o destinatário direto da prova colhida no inquérito.

Também ao defensor do indiciado é vedada a imposição de sigilo, conforme disposto no artigo 7º da Lei 8.906/1994 (Estatuto da Advocacia). Embora haja posicionamentos a favor da manutenção do sigilo também quanto ao defensor do investigado ou indiciado, há decisões mais democráticas no sentido de vedação de sigilo ao seu patrono, sob pena de violação do princípio da ampla defesa bem como do exercício da advocacia, função essencial à manutenção da Justiça, conforme expressamente disposto no artigo 133, da Constituição Federal de 1988, verbis: “O advogado é indispensável à administração da Justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei” (BRASIL, 1988). Neste sentido, aliás, já decidiu o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

Não há razão legal para impedir a participação do advogado constituído nos atos investigatórios, e nem para recusar a entrega de cópias dos procedimentos, mesmo em se tratando de inquérito policial que corre em sigilo. O sigilo pode caber à imprensa e aos demais cidadãos, nunca ao advogado constituído (Recurso em Sentido Estrito no 184.211-3 – Rio Claro – 2ª Câmara – Relator: Prado de Toledo – 19.06.95 – VU).

Há também dispensa do inquérito quanto ao oferecimento da peça acusatória. Obviamente, a dispensabilidade do inquérito não quer dizer faculdade de a autoridade policial instaurá-lo ou não, pois, sempre que tomar ciência da ocorrência de um fato, em tese, criminoso deverá tomar as medidas necessárias à abertura do mesmo.

A referida dispensabilidade significa que o inquérito policial, embora tenha como destinatário imediato o Ministério Público ou o ofendido, não é um procedimento indispensável à apresentação da acusação em juízo. Assim, a peça acusatória – denúncia ou queixa-crime – pode ser oferecida independentemente de sua produção ou conclusão, mas desde que haja elementos suficientes a autorizar seu recebimento.

2.1 O MINISTÉRIO PÚBLICO E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição Federal de 1988 reservou tratamento especial ao Ministério

Público, incluindo-o em capítulo próprio, denominado “Das funções essenciais à Justiça”. Por seu turno, acentou-lhe autonomia e independência funcionais bem como ampliou consideravelmente seu âmbito de atuação constitucionalmente disciplinada nos artigos 127 a 130, a Instituição compreende: (a) o Ministério Público Federal; (b) o Ministério Público do Trabalho; (c) o Ministério Público Militar; (d) o Ministério Público Federal e Territórios; e (e) o Ministério Público dos Estados (BRASIL, 1988).

Verifica-se que compete à Lei Federal n. 8.625/1993 – Lei Orgânica Nacional do Ministério Público – dispor sobre normas gerais referentes à organização do Ministério Público dos Estados, Por sua vez, a Lei Orgânica do Ministério Público do Estado de São Paulo foi instituída por intermédio da Lei Complementar Federal 75/1993 a organização, definição de atribuições e fixação do estatuto do Ministério Público da União.

O Ministério Público é uma Instituição dotada de autonomia administrativa e funcional, competindo-lhe, nos termos do artigo 169 da Constituição, propor ao poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, bem como sua política remuneratória e de planos de carreira (art. 127, § 2º da CF). O acesso às funções relativas ao Ministério Público ocorrerá por intermédio de prévia aprovação em concurso público de provas ou de prova e títulos.

Os membros do Ministério Público (Procuradores da República, Procuradores de Justiça e Promotores de Justiça), conforme ressalta Chimenti (2012), integram a categoria de agentes públicos denominada agentes políticos. Acerca do tema, ensina Rosa (2012, p. 12), que os referidos agentes políticos:

[...] são titulares de cargo localizado na cúpula governamental, investidos por eleição, nomeação ou designação, para o exercício de funções descritas na constituição. são políticos eleitos pelo voto popular, ministros de estado, juizes e promotores de justiça, membros dos tribunais de contas e representantes diplomáticos.

Sobre a classificação é oportuno registrar posicionamento doutrinário diverso, segundo o qual os membros do Ministério Público não integrariam a categoria denominada agentes políticos. Os ensinamentos do ilustre Bandeira de Mello (2007, p. 15-19), a propósito, são neste sentido:

Agentes políticos são os titulares de cargos estruturais à organização política do País, ou seja, ocupantes dos que integram o arcabouço

constitucional do Estado, o esquema fundamental do Poder. Daí que se constituem nos formadores da vontade superior do Estado. São agentes políticos apenas o Presidente da República, os Governadores, Prefeitos e respectivos vices, os auxiliares imediatos dos chefes do Executivo, isto é, Ministros e Secretários das diversas Pastas, bem como os Senadores, Deputados federais e estaduais e os Vereadores.

A doutrina abalizada de Silva (2016), entretanto, parece não deixar dúvida quanto à classificação adequada, que, de fato, se nos afigura a melhor, segundo a qual os membros do Ministério Público integrariam mesmo a categoria de agentes políticos, inclusive porque, como é da essência da classificação buscada no direito administrativo, eles detêm parcela de poder e da soberania do Estado, consistente justamente no monopólio do exercício da ação penal pública, do qual, aliás, nem mesmo o Poder Judiciário pode discordar.

Relevantes alterações foram introduzidas pela Constituição Federal de 1988 no que tange à nomeação e, principalmente, quando à hipótese de exoneração dos chefes do Ministério Público. A atual Carta Magna, por sua vez, prevê mandato com prazo determinado de duração.

Assim, o Procurador-Geral da República – chefe do Ministério Público Federal – será nomeado pelo Presidente da República, mediante prévia aprovação da escolha por maioria absoluta no Senado, para o cumprimento de dois anos de mandato (permitida a recondução, após nova manifestação do Senado Federal).

A destituição do Procurador-Geral da República antes do final de seu mandato igualmente dependerá de iniciativa do Presidente da República e prévia concordância do Senado, o qual deverá se manifestar por maioria absoluta de seus membros, em votação secreta (Lei Complementar 75/1993, parágrafo único do art. 25).

A nomeação do Procurador-Geral de Justiça, por sua vez, ocorrerá por ato do Chefe do Poder Executivo (estadual ou distrital), após apresentação, pela própria Instituição, de lista tríplice de integrantes da carreira; o mandato terá prazo determinado de dois anos, permitindo-se a recondução (CARNEIRO, 2007).

2.2 PRINCÍPIOS E FUNÇÕES DO MINISTÉRIO PÚBLICO

O artigo 127, da Constituição Federal de 1988, em seu parágrafo 1º, expressamente consagra como princípios referentes ao Ministério Público a unidade,

a invisibilidade e a independência funcional. Segundo o princípio da unidade, os membros do Ministério Público integram um só órgão, sob direção de um Procurador-Geral.

A unidade de órgãos é referente a cada Ministério Público, vale dizer, unidade inerente ao Ministério Público Federal, ao Ministério Público Estadual etc. O princípio da unidade significa, ainda, que os membros do Ministério Público exercem suas funções em nome da Instituição, não se vinculando aos processos nos quais atuam, do que resulta a possibilidade de substituição de um membro por outro, por exemplo.

O princípio da indivisibilidade, de sua feita, implica corolário do princípio da unidade, vedando-se a subdivisão de um órgão do Ministério Público em outros autônomos e independentes. O princípio da independência ou autonomia funcional impõe que os membros do Ministério Público, dentro do exercício de suas funções, somente devem respeito às normas constitucionais e legais.

Nessa esteira, não estão sujeitos às ordens de superiores hierárquicos no que tange à forma de agir dentro de um processo ou procedimento. Acerca do tema, importante apontamento é registrado por Moraes (2016, p. 64):

A independência funcional mostra-se presente, exemplificativamente, na redação do art. 28 do Código de Processo Penal, pois, discordando o Procurador-Geral de Justiça da promoção do arquivamento do Promotor de Justiça, poderá oferecer denúncia, determinar diligências, ou mesmo designar outro órgão ministerial para oferecê-la, mas jamais poderá determinar que o proponente do arquivamento inicie a ação penal.

O Supremo Tribunal Federal - STF, por sua vez, reconheceu, ainda, a vigência do princípio do promotor natural no direito pátrio. Referido princípio impede a designação de membros do Ministério Público para atuarem em casos específicos, vale dizer, após a ocorrência de determinado fato.

Visa-se, com a manutenção deste preceito, a que ao Ministério Público seja permitida a atuação absolutamente imparcial, de forma que as funções desempenhadas pela Instituição busquem, exclusivamente, a defesa dos interesses tutelados pela Constituição Federal e pelas leis infraconstitucionais, evitando-se a utilização da Instituição para satisfação de interesses pessoais, políticos etc.

De acordo com o que o exposto, a Constituição Federal de 1988 ampliou significativamente o rol de funções referentes ao Ministério Público; todavia, trata-se

de uma enumeração exemplificativa, haja vista a presença de outros diplomas legais – de ordem infraconstitucional – a igualmente definirem atribuições à Instituição. No que tange às funções elencadas no artigo 129 da Constituição Federal de 1988, dentre outras, citam-se: competir ao Ministério Público:

Promover, privativamente, a ação penal pública; Promover o inquérito civil e a ação civil pública em defesa dos interesses públicos, dos interesses difusos e coletivos e, ainda, dos interesses individuais indisponíveis; Promover a ação de inconstitucionalidade ou representação nos casos de intervenção federal e estadual, em conformidade com as normas constitucionais; Exercer o controle externo da atividade policial, e; Requisitar a instauração de inquérito policial, bem como as diligências necessárias à colheita dos elementos necessários ao oferecimento da denúncia em juízo (BRASIL, 1988).

Além das funções atualmente pertinentes ao Ministério Público, outras poderão ser criadas por intermédio de lei complementar federal ou estadual, desde que referidas atribuições sejam pertinentes às funções constitucionalmente reservadas à Instituição.

Mazzilli (2009) observa que, como se depreende de tais disposições, a Carta de 1988 fez tocar ao Ministério Público funções de relevo incontestável na construção de um efetivo Estado Democrático de Direito, sem olvidar de dotar seus órgãos dos meios para tanto.

Observa-se que o constituinte de 1988 concebeu um Ministério Público com funções ímpares, que encontram paralelos pouco próximos nas ordens constitucionais brasileiras anteriores e mesmo em outros países. Exsurge de suas funções a promoção da ação penal pública, sendo despiciendo salientar a importância de tal mister para a construção de uma sociedade livre, justa e igualitária, objetivos fundamentais da República (CF/88, artigo 3º) (MAZZILLI, 2009).

Hoje, acentuadamente robustecida a instituição do Ministério Público, ao menos no plano puramente positivo-normativo – justamente por lhe terem sido outorgadas tarefas (deveres) constitucionais de tão difícil consecução em nosso Estado de modernidade tardia – já deveriam estar sedimentados, na doutrina e na jurisprudência, quais seriam, de fato, os poderes (meios) que encerra. Essa indefinição certamente não decorre de omissão legislativa.

2.3 LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA CONDUZIR

INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

No cenário atual, diversos setores da sociedade têm questionado até que ponto é pertinente e juridicamente válida, a investigação criminal realizada diretamente pelo Ministério. Esta polêmica, que permeia há algum tempo a seara jurídica, se fortalece e adquire um novo enfoque devido ao espaço e relevância que a mídia atribui ao assunto, e, especialmente, pelo fato de que o Ministério Público, seja conduzindo a investigação, seja participando em conjunto com a polícia, tem desarticulado diversas organizações criminosas, cujos integrantes são autoridades do alto escalão da Administração Pública Brasileira.

O que vem se ratificando, de fato, é o significativo amadurecimento institucional, pelo qual vem passando o Ministério Público – órgão de feições ímpares, essencial à justiça (sobretudo num país de democracia tão tardia) – passou a desenvolver seus trabalhos com cada vez mais eficiência, o que possibilitou que fossem levadas a juízo e eventualmente condenadas pessoas que, antes, quedavam-se intocadas pelo sistema processual penal, e que decerto prefeririam que assim permanecesse.

Dentre aqueles que sustentam a impossibilidade de o Ministério Público atuar diretamente na face de investigação na fase de investigação criminal, pode-se trazer novamente as palavras de Nucci (2016), segundo o qual, a Constituição Federal de 1988 claramente definiu as funções da denominação polícia-judiciária, atribuindo-lhe exclusividade na apuração dos fatos criminosos e de sua respectiva autoria (art. 144 da Carta Magna).

Ao Ministério Público – deduz supracitado autor – reservou-se a exclusividade do ajuizamento da ação penal pública, ressalvada a hipótese de não oferecimento da denúncia no prazo cabível, fato que abriria ensejo à denominação ação penal privada subsidiária da pública. Nesta senda, Nucci (2016, p. 111) assevera ainda que:

[...] o art. 129, inciso III, da Constituição Federal, prevê a possibilidade do promotor elaborar inquérito civil, mas jamais inquérito policial. Entretanto, para aparelhar convenientemente o órgão acusatório oficial do Estado, atribuiu-se ao Ministério Público o poder de expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos (o que ocorre no inquérito civil ou em algum processo administrativo que apure infração funcional de membro ou funcionários da Instituição, por exemplo), a possibilidade de exercer o controle externo da atividade policial (o que não significa a

substituição da presidência da investigação, atribuída ao delegado de carreira), o poder de requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial (o que demonstra não ter atribuição para instaurar o inquérito e, sim, para requisitar a sua formação pelo órgão competente).

Ainda analisando o tema, ensina Nucci (2016) que o sistema processual penal brasileiro deve manter-se equilibrado e harmônico, o que ocorreria se fosse dada ao Ministério Público a possibilidade de presidência do Inquérito policial, fato que criaria o que denominou “Instituição super poderosa”.

De fato, ressaltou o autor, de um investigado sequer tomaria conhecimento, hipótese que não ocorre no inquérito policial, pois, embora se trate de um procedimento sigiloso, permite-se às partes sua fiscalização (promotor de justiça e defensor do investigado ou indiciado), bem como o acompanhamento do trâmite da investigação pelo juízo competente.

Moraes Pitombo (1987 apud CARNEIRO, 2007), por sua vez, ressaltou que a condução da atividade investigatória pelo Ministério Público prejudicaria, inclusive, a imparcialidade necessária à atuação do órgão. Abrindo-se ensejo à possibilidade de produção de provas orientadas a fundamentar determinado propósito, concluindo o Autor que a “imparcialidade viciada desatende à Justiça”.

O Supremo Tribunal Federal – embora em recente decisão já tenha reconhecido a legitimidade do Ministério Público – chegou a se manifestar, em sede de Recurso Extraordinário, pela impossibilidade da investigação criminal direta pelo Parquet.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por intermédio de decisão proferida por sua 2ª Câmara (Habeas Corpus 99.018-/1991), asseverou que ninguém melhor do que o Ministério Público – titular da ação penal pública – para acompanhar o trâmite dos inquéritos policiais e das diligências efetivadas pela polícia judiciária, mas que:

[...] do entre acompanhar diligências policiais e assumir, praticamente, a direção do inquérito policial a distância é grande. O inquérito é instrumento da denúncia, fato por demais sabido, cedo e constantemente proclamado. Mas, sua direção, é necessário que se insista, é da Polícia Judiciária, [...]. Não se discute caber ao Ministério Público a faculdade e o poder de requisitar diligências diretamente aos órgãos da polícia judiciária. Mas essas atribuições não podem e não se sobrepõem e nem hão de contrariar as normas processuais vigentes e bem assim os preceitos constitucionais que garantem o contraditório.

Esta mesma Corte, em acórdão proferido pela 1ª Câmara Extraordinária em 18 de fevereiro de 2004, cujo relator foi Dr. Marcos Antonio Marques da Silva (1997), ao negar competência ao Ministério Público para presidência da atividade investigatória criminal, destacou que a Assembleia Nacional Constituinte não acolheu a pretensão que alguns parlamentares tinham na época, no sentido de inserir, dentro do campo de atuação da Instituição, o poder investigatório criminal direto, asseverando a referida decisão, ainda, que a hipótese em comento, para se viabilizar, exigiria emenda ao texto constitucional.

Pela impossibilidade da atuação direta do Ministério Público no âmbito da investigação criminal, podemos encontrar, ainda, os ensinamentos de Tucci (2002), segundo qual, as funções referentes ao Ministério Público e à Polícia Judiciária se encontram bem definidas na Constituição Federal de 1988, bem como os diplomas legais de natureza infraconstitucional (como a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, por exemplo): Não há como confundir a finalidade e o campo de atuação de cada uma dessas instituições.

Ressalta ainda o ilustre autor, que a possibilidade de realização de investigação criminal pelo Ministério Público implicaria afronta às garantias individuais, asseguradas ao imputado, com expressa violação dos princípios do contraditório, ampla defesa, e do devido processo legal. No que tange à inviabilidade da investigação criminal a ser produzida diretamente pelo Ministério Público, anotou Tucci (2002, p. 38), ainda que:

Avulta, de logo, nesse particular, a falta de infraestrutura do Ministério Público para realizá-la; sendo certo, outrossim, que não se pode considerar como efetivamente existente, pelo simples fato de alguns membros do Ministério Público, ávidos de promoção pessoal e de publicidade, e até mesmo desprezando inafastáveis valores éticos, assumirem a posição de inquisidores, travestindo-se de „investigadores”.

Igualmente contundentes são as palavras de Marques da Silva (1997, p.46-47), para quem:

Não resta dúvida, pois, que com o não acolhimento, quando da Assembleia Nacional Constituinte de 1988, das pretensões de alguns parlamentares de ver um processo de investigação criminal, gerido pelo Ministério Público, não pode este presidir ou realizar o inquérito policial, ou mesmo procedimento administrativo investigatório criminal de mesma natureza e finalidade, vendando-se também a inquirição de forma direta, de pessoas investigadas ou suspeitas da autoria de delito, ficando limitado à requisição de tais providências à autoridade policial

competente.

O delegado da Polícia Federal, Santos (2006), por seu turno, em artigo publicado na Revista Eletrônica Consultor Jurídico, igualmente manifestou-se contrário à possibilidade de atribuição de poder investigatório ao Ministério Público em matéria criminal.

O referido autor argumentou, em síntese, que a tradição jurídica brasileira sempre delimitou bem as funções atribuídas à polícia judiciária e à judicante, e, ainda, que todas as emendas constitucionais que visavam a atribuir ao Ministério Público poder investigatório em matéria criminal foram vetadas e não integram, portanto, a Constituição Federal de 1988.

De tal modo, o poder investigatório de que dispõe o Ministério Público seria restrito às questões de natureza civil. Finalmente, ressaltou que a atribuição de poderes investigatórios ao Ministério Público implicaria o desequilíbrio na relação processual, registrando Santos (2006, p. 15), que:

A titularidade da investigação pelo MP provoca uma desigualdade de armas, pois o MP filtrará somente as provas favoráveis à acusação, restando apenas ao acusado a solicitação durante a fase processual, com isso, ensejará erros judiciários, afetará o status digitais do cidadão, o direito de defesa e a balança da Justiça penderá para um lado. Há uma hipertrofia do MP. Mensagens ao digno e culto autor, voto pela rejeição do projeto de Lei nº 5.047, de 2005.

Constata-se, assim, que os principais argumentos utilizados por aqueles que sustentaram a impossibilidade de conclusão direta da investigação pelo Ministério Público (as suas investigações independentes) se resumem em dois tópicos principais: (a) ausência de previsão constitucional e infraconstitucional para prática de atos de investigação criminal preliminar pelo Ministério Público; e (b) monopólio constitucional da polícia judiciária para presidência e conclusão dos procedimentos investigatórios.

Favorável à possibilidade de realização de investigação criminal independente pelo Ministério Público, é Sérgio Demoro Hamilton (1998). Ao analisar a questão, e, atendo-se aos poderes inerentes ao Ministério Público para desempenho de suas atribuições (requisição de abertura de inquérito ou realização de diligências etc.), o referido autor ressalta que:

[...] de nada valeriam tais poderes, caso o Ministério Público não pudesse promover de forma autônoma a investigação necessária

quando a Polícia não se apresente capaz – não importa a razão – de obter dados indispensáveis para o exercício de dever apto à instituição. (...) Na verdade como é de fácil compreensão, a Constituição Federal, ao conferir ao Ministério Público a faculdade de requerer e de notificar (art. 129, VI), defere-lhe ipso facto, o poder de investigar, no qual aquelas atribuições se subsumem (HAMILTON, 1998, p. 82).

Segundo Rangel (2016), o exercício da função investigatório preliminar é inerente à exclusividade da ação penal públicas, sendo possível ao Ministério Público, assim, preceder as investigações que forem necessárias à apuração dos fatos criminosos, especialmente frente à ausência de atividade investigatória conduzida pela polícia judiciária.

Mazzilli (2009), por sua vez, ressalta que as investigações independentes pelo Ministério Público ganham relevância, ainda, em casos em que a polícia não esteja em adequadas condições de apurar os fatos, mormente quando as investigações buscarem a apuração de atos praticados por autoridade; isto em razão de a polícia judiciária, explica o referido Autor, “constituir organismo subordinado ao governo e à administração”.

2.4 POSICIONAMENTOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Com base na ótica dominante do Superior Tribunal de Justiça - STJ, verifica-se a legitimidade do Ministério Público para realizar diligências investigatórias, que não se deve confundir com investigação direta, pois decorreria de expressa previsão constitucional, oportunamente regulamentada pela Lei Complementar n. 75/93.

No entender da Corte Superior, proceder à colheita de elementos de convicção, a fim de elucidar a materialidade do crime e os indícios de autoria, é um consectário lógico da própria função do órgão ministerial de promover, com exclusividade, a ação penal pública.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal – STF, reconheceu-se a legitimidade do Ministério Público para promover, por autoridade própria, investigações de natureza penal, fixando a Suprema Corte os parâmetros da atuação do Parquet. Por maioria, o Plenário negou provimento ao Recurso Extraordinário (RE) 593727, com repercussão geral reconhecida. Com isso, a decisão tomada pela Corte aplica-se nos processos sobrestados nas demais instâncias, sobre o mesmo tema.

No que diz respeito aos requisitos, os ministros frisaram que devem ser respeitados os direitos e garantias fundamentais dos investigados. Ficou consignado ainda que os atos investigatórios devem observar as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição, bem como as prerrogativas profissionais garantidas aos advogados, como o acesso aos elementos de prova que digam respeito ao direito de defesa.

Destacaram ainda a possibilidade do permanente controle jurisdicional de tais atos. Por sua vez, o ministro Celso de Mello salientou em seu voto que a atribuição do Ministério Público de investigar crimes deve ter limites estabelecidos e fez considerações sobre alguns requisitos a serem respeitados para tal atuação. A tese acolhida foi:

O Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os Advogados (Lei 8.906/94, artigo 7º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade - sempre presente no Estado democrático de Direito - do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Súmula Vinculante 14), praticados pelos membros dessa instituição (RE 593727, Redator para o acórdão Ministro Gilmar Mendes, julgamento em 14.5.2015, com repercussão geral - tema 184).

Os ministros Gilmar Mendes (redator do acórdão), Celso de Mello, Ayres Britto (aposentado), Joaquim Barbosa (aposentado), Luiz Fux, Rosa Weber e Cármen Lúcia negaram provimento ao recurso, reconhecendo base constitucional para os poderes de investigação do Ministério Público.

Votaram pelo provimento parcial do RE o relator, ministro Cezar Peluso (aposentado), e os ministros Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli, que reconheciam a atribuição do Ministério Público em menor extensão. Já o ministro Marco Aurélio concluiu pela ilegitimidade da atuação do parquet em tais casos.

Denota-se, ao final da presente seção que a crítica à investigação pelo Ministério Público com respaldo na sua suposta incompatibilidade com o sistema processual penal adotado no Brasil, como se nota, é absolutamente desconexa. Se aqui se tivesse optado pelo modelo do juizado de instrução, a objeção poderia fazer algum sentido.

Para o Ministério Público brasileiro, segundo seu atual desenho constitucional

e segundo o sistema processual por nós adotado, há plena compatibilidade entre a atribuição de investigar e os fins precípuos de sua atuação (art. 127 da CF/88). Corroborando tal entendimento, aponta-se que da exegese da Lei Complementar n. 75/93 e da Lei n. 8.625/93, legitima-se o Ministério Público para a realização de um amplo conjunto de medidas de natureza investigatória, a exemplo da inquirição de testemunhas e a requisição de informações e documentos públicos ou privados.

Veja-se, aliás, que com relação aos documentos e informações requisitados, nos termos da Lei, sequer poderá ser levantado óbice referente à sigiliosidade dos dados (art. 8º, § 2º, da Lei Complementar n. 75/93).

Tanto a LC 75/93 quanto a Lei 8.625/93, como se percebe com sua simples leitura, são cristalinas, didáticas e redundantes até, ao declinarem, em diversos incisos, os atos de investigação que o Ministério Público pode praticar. Previsão legal expressa, portanto, há. A indagação que deve ser feita em seguida é se a atribuição para a investigação criminal é consentânea, ou não, com as funções para as quais o Ministério Público é constitucionalmente vocacionado.

A persecução criminal, que abrange tanto a atividade de investigação (pré-processual) quanto a do processo penal acusatório, para o qual o Ministério Público está expressamente legitimado, encontra-se no escopo de atuação protetiva dos interesses elencados no art. 127 da CF/88 (CALABRICH, 2007).

Calabrich (2007) aduz ainda que esse argumento por si só já seria suficiente para demonstrar a compatibilidade da atividade investigatória com o Ministério Público. Para reforçá-lo, tome-se a cristalina dicção do art. 129, inciso IX, da CF/88, segundo o qual é função institucional do Ministério Público “exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade” (BRASIL, 1988).

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição brasileira declarou diversos direitos e garantias fundamentais, tendo sido minuciosa ao inventariar aqueles que se aplicam ao investigado e ao acusado num processo penal. Esses direitos e garantias correspondem aos princípios fundamentais do sistema garantista ideal, frutos de um processo de maturação histórica que os conduziu a um reconhecimento, entre as democracias atuais, como elementares e indissociáveis do próprio Estado de Direito, sendo, por

isso, positivados, em maior ou menor grau, em todas as Constituições hodiernas.

A identificação dos limites da função desempenhada pelo juiz na investigação criminal permite a identificação dos limites, ao menos em parte, dos poderes investigatórios do Ministério Público. Os limites à atuação do juiz na investigação são dados pela própria Constituição Federal, que explicita, inequivocamente, quais atos são de competência exclusiva do poder judiciário. Trata-se das nominadas cláusulas de reserva jurisdicional, que estabelecem um monopólio do judiciário para o proferimento não só da última palavra, mas da primeira e última palavra sobre determinados atos.

Conforme previsão explícita da Constituição, encontram-se sob o manto das cláusulas de reserva jurisdicional a busca e apreensão domiciliar (art. 5º, XI), a interceptação de comunicações telefônicas (art. 5º, XII) e as prisões (art. 5º LXI); ao lado dessas, devem ser incluídas no rol de cláusulas de reserva as medidas cautelares em geral – art. 5º, incisos XXXV, LIII, LIV e LV. Essas, e apenas essas, são as competências reservadas com exclusividade às autoridades judiciárias em sede de investigação criminal.

Por haver plena compatibilidade entre a atividade investigatória e suas funções constitucionais, o primeiro limite que se impõe ao Ministério Público para a condução de investigações é o da reserva legal (ou princípio da legalidade estrita, ou administrativa), que como visto, é plenamente atendido, especialmente pela Lei Complementar n.º 75/93 e pela Lei n.º 8.625/93.

Ocorre que determinadas medidas investigatórias não podem ser realizadas diretamente pelo Ministério Público em nenhuma hipótese. Essas medidas são justamente aquelas cingidas pelas cláusulas de reserva jurisdicional. A reserva jurisdicional, destarte, constitui, em si, uma limitação abstrata às investigações do Ministério Público. Embora seja lícito ao Parquet investigar, nunca poderá o órgão determinar buscas e apreensões domiciliares, prisões, interceptações de comunicações telefônicas e medidas cautelares em geral.

Assim, para que o Ministério Público possa executar diretamente determinada medida investigatória, não basta que esteja essa medida fora do escopo da reserva jurisdicional. É necessário, para cada ato investigatório a ser praticado, o respeito a outros limites, que se identificam com princípios constitucionais há muito declarados pela doutrina e pela jurisprudência brasileiras.

Além desses dois limites – dos princípios da legalidade administrativa e da reserva jurisdicional –, a atribuição investigatória do Ministério Público se submete a outros princípios, que sempre se relacionam, diversamente daqueles dois primeiros, ao fato concreto a ser investigado, e por tal razão podem ser chamados de limites concretos a tal atividade. São eles os princípios do (a): promotor natural, eficiência, fundamentação, proporcionalidade e legalidade estrita (no que concerne especificamente às normas de direito penal e de processo penal).

Nessa esteira, pode-se afirmar, com base no referencial teórico reunido ao longo do presente estudo, que o mesmo, atingiu seu objetivo central, ou seja, desenvolver um estudo bibliográfico e doutrinário acerca da atuação direta do Ministério Público na fase anterior à ação penal.

Entende-se, portanto, que, a investigação policial, centrada no centenário modelo de inquérito disciplinado no Código de Processo Penal, é espécie de apuração, e, não, gênero daquela atividade. Além dela, existem outras tantas formas de apuração da verdade, com as quais, aliás, todos sempre convivemos, sem qualquer questionamento jurídico acerca de sua validade.

A conclusão é absolutamente relevante porque dela se extrai que o inquérito policial (espécie) é de responsabilidade exclusiva da polícia judiciária.

Não o são, entretanto, outras tantas formas de investigação (gênero), que incumbem, na seara de repartições de atribuições de outras autoridades, a quem a lei fixar e, inclusive, ao próprio particular.

A própria disciplina da Constituição Federal não confere qualquer exclusividade à polícia judiciária na busca da verdade real. O que existe nela, e o que se extrai da leitura do artigo 144, é a atribuição que o Estado brasileiro dá a polícia judiciária, para a apuração de infrações penais. Tal atribuição, orgânica, não retira de outras autoridades administrativas a iniciativa das investigações, afirmação que, aliás, consta no próprio Código de Processo Penal (art. 4º, parágrafo único).

Conclui-se que, ao Ministério Público, a quem a Constituição Federal reservou relevante papel de defesa da sociedade – inclusive garantindo a seus órgãos de execução proteção e iniciativa, no seu mister, contra o próprio Estado – estão assegurados instrumentos de atuação, expressos ou implícitos, que viabilizem a sua vocação, inclusive a investigação criminal independente como forma de busca da verdade real a sustentar o exercício da ação penal em juízo.

Diferentemente do que se verifica no dia-a-dia das investigações policiais, em relação às quais infelizmente ainda são recorrentes notícias de torturas e de diversos outros abusos, o mesmo não se diz das investigações conduzidas pelo Ministério Público.

Nesse diapasão, se nada mudou no plano estritamente normativo, muita coisa parece ter mudado no plano dos fatos: o Ministério Público passou a incomodar quem antes nunca havia sido incomodado. E se, para esses que outrora não eram incomodados, a não submissão à adequada aplicação do direito e do processo penal exigir a invocação da tese da impossibilidade da investigação pelo MP, por mais frágil que seja ela, não se costuma demonstrar pudor ou parcimônia ao invocá-la.

Por fim, destaca-se o entendimento proferido pelo Supremo Tribunal Federal, que negou provimento ao Recurso Extraordinário (RE) 593727, ao entender pela legitimidade do Ministério Público para promover, por autoridade própria, investigações de natureza penal, fixando a Suprema Corte os parâmetros da atuação do Parquet.

REFERÊNCIAS

CALABRICH, Bruno. *Investigação criminal pelo Ministério Público: fundamentos e limites constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CARNEIRO, José Reinaldo Guimarães. *O Ministério público e suas investigações independentes: reflexões sobre a inexistência de monopólio na busca da verdade real*. São Paulo: Malheiros, 2007.

CHIMENTI, Ricardo Cunha. *Teoria e prática dos juizados especiais cíveis estaduais e federais*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

HAMILTON, Sergio Demoro. *A amplitude das atribuições do Ministério Público na investigação penal. Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade*. Rio de Janeiro, v.3, n.5/6, p. 137-150, 1998.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Ministério Público*. 5. ed. São Paulo: Editora Damásio de Jesus, 2007. São Paulo: Russel, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Competência para Julgamento de Agentes Políticos por Ofensa à Lei de Improbidade Administrativa. Interesse Público*. V. 42, p. 15-19. São Paulo: BDJur, 2007.

MIRABETE, Julio Fabrini. *Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

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

RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 18. ed. rev. atual. amp. São Paulo: Lúmen Júris. 2016.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo; GONÇALVES, Vitor Eduardo Rios. Direito Processual Penal Esquematizado. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

ROSA, Márcio Fernando Elias. Direito Administrativo. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SANTIN, Valter Foletto. O Ministério Público na Investigação Criminal. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2007.

SILVA, Marco Antonio Marques da. Juizados Especiais Criminais. São Paulo: Saraiva, 1997. SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

TUCCI, Rogério Lauria. Teoria do Direito Processual Penal: jurisdição, ação e processo penal (estudo sistematizado). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

RESPONSABILIDADE CIVIL DA GENITORA EM DECORRÊNCIA DANEGATIVA DE PATERNIDADE.

Raylane Cavalcante Santos
Luciano Honório

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo fazer uma análise crítica acerca da lei de alimentos gravídicos criada em 2008, cujo foco é assegurar à grávida o direito de receber alimentos durante a gestação, apontar sobretudo, as lacunas nessa lei e trazer a perspectiva da problemática envolvendo a genitora em face da negativa de paternidade, atribuindo-a ou não a responsabilidade civil nesse caso..

Palavras – Chaves: alimentos gravídicos. Responsabilidade civil. Genitora.

ABSTRACT: The present work aims to make a critical analysis about the pregnancy food law created in 2008, whose focus is to assure pregnant women the right to receive food during pregnancy, to point out the gaps in this law and to bring the perspective of the problem involving the Paternity, attributing it or not civil liability in this case.

Key words: Food. Civil responsibility. Genitor

INTRODUÇÃO

O trabalho apresentado aborda o tema dos alimentos gravídicos, dando ênfase à questão da responsabilidade civil da genitora decorrente da negativa de paternidade, isto é, na hipótese em que se reconhece, após a prestação dos alimentos ao nascituro pelo suposto pai, que a imputação da paternidade foi equivocada. Instituída pela Lei n. 11.804, os alimentos gravídicos surgiram com o objetivo de garantir efetividade a um valor social consubstanciado na noção de justiça, sobretudo a proteção ao nascituro, dando-lhe condições de se desenvolver de forma saudável. Sob essa perspectiva, a lei passou a permitir que a gestante, desprovida de condições financeiras suficientes a levar uma gestação digna, pleiteasse alimentos do suposto pai, de modo a auxiliá-la materialmente nos nove meses de gestação.

Anteriormente à vigência da lei em comento, os direitos do nascituro eram resguardados com base na legislação comum de alimentos. Nessas circunstâncias, seriam fixados alimentos provisórios diante da comprovação de indícios suficientes de paternidade (publicidade do relacionamento do casal, fotos, cartas trocadas) e, na ausência de provas nesse sentido, mas verificada a urgência e necessidade do alimentando, cabíveis seriam os alimentos provisionais. Fato é que os magistrados dificilmente concediam os alimentos durante a gestação, pelas mais variadas razões,

causando uma grande insegurança jurídica. Sob a vigência da lei específica dos alimentos gravídicos, a insegurança jurídica ainda persiste, já que não é possível a realização de exames de DNA para verificar a paternidade da criança. Diante desse quadro, os juízes fixam os alimentos tomando-se por base apenas indícios de paternidade e tão somente após o nascimento do bebê é que se confirma que o alimentante não é o pai biológico da criança.

A questão emblemática que contorna o tema em estudo é saber se haveria um dever de responsabilidade da gestante diante do quadro acima exposto e em que modalidade de responsabilização seria. A oposição de vários vetos ao projeto que originou a lei objeto deste estudo, notadamente o art. 10, revela a ausência de previsão na legislação específica acerca da responsabilidade civil da autora. 4 O dispositivo vetado previa a responsabilidade objetiva da genitora diante da negativa de paternidade, impondo o dever de indenizar o alimentante independentemente de comprovação de culpa. Com base nisso, questiona-se na atual sistemática se seria possível a reparação por danos materiais e morais sofridos por aquele que arcou com despesas de filho que não era seu.

Tal indagação é de extrema relevância, já que o assunto ainda não é corrente na jurisprudência, motivo pelo qual se faz necessário realizar um estudo sólido apto a proporcionar a devida segurança jurídica esperada pelos operadores do direito. Diante desse panorama, o trabalho se propõe, por meio da metodologia de estudo bibliográfica parcialmente exploratória e qualitativa, a buscar soluções razoáveis no sentido da responsabilização da genitora diante da comprovação de que o suposto pai não é biologicamente genitor da criança alimentada. Para atingir-se este objetivo, ao abordar a relevância do instituto dos alimentos gravídicos na proteção do nascituro, o primeiro capítulo apresenta de que maneira a Lei n. 11.804/08 encontra sua efetividade, tomando-se por base o tratamento dado a situações idênticas anteriormente à sua vigência. Tendo em vista a necessidade de proteção ao nascituro, o segundo capítulo realiza uma análise ampla dos artigos vetados pelo Projeto de Lei n. 7.376/2006 que posteriormente deu origem a Lei n. 11.804/2008, buscando demonstrar até que ponto é relevante o veto feito pela Lei dos Alimentos Gravídicos, isto é, qual a importância da vedação à responsabilidade objetiva na temática dos alimentos gravídicos.

Por último, diante das cautelas que o magistrado deve tomar no momento da

averiguação, no caso concreto, a respeito do dever da genitora de indenizar, o estudo busca identificar a responsabilidade civil da gestante, sua natureza e características, tendo em vista a demonstração pericial posterior de que a imputação da paternidade do alimentante foi falsa.

1. NASCITURO

A palavra nascituro vem do latim e que, basicamente, significa “o que está por nascer” é considerado sinônimo de feto e atualmente existe uma grande discussão sobre esse assunto, no que diz respeito se um feto, mesmo tendo vida pode ser considerado um ser humano e quais direitos este ser possui.

Segundo Maria Helena Diniz:

Nascituro é aquele que há de nascer, cujos direitos a lei põe a salvo; aquele que, estando concebido, ainda não nasceu e que, na vida intrauterina, tem personalidade jurídica formal, no que atina aos direitos da personalidade, passando a ter personalidade jurídica material, alcançando os direitos patrimoniais, que permaneciam em estado potencial, somente com o nascimento com vida (DINIZ, 1998,p. 334).

A palavra nascituro dispõe de vários significados. Juridicamente falando, podemos definir nascituro como sendo aquele que foi concebido no ventre materno e que está para nascer.

Silmara J.A. Chinelato e Almeida explica detalhadamente cada termo deste conceito:

Com concisão, encerra os elementos essenciais do termo técnico- jurídico a conceituar, embora necessite ser, agora, explicitado:

- a) é a pessoa – com tais palavras indica, desde logo, a tomada de posição do autor, que também é nossa, no sentido de que o nascituro tem personalidade jurídica desde a concepção (...)
- b) que está por nascer - diferença específica em relação às pessoas já nascidas, sejam elas capazes, sejam elas relativa ou absolutamente incapazes;
já concebida – diferença específica em relação à prole eventual (...)
- c) no ventre materno – essa expressão, utilizada em 1966, (...) excluiria o embrião pré-implantatório, enquanto in vitro ou crioconservado, isto é, ainda não implantado no útero da futura mãe. (ALMEIDA, 2000, p.9.)

Na Bíblia há referência expressa acerca do nascituro, havendo glorificação

originada por Davi que enfatiza o conhecimento de Deus sobre a formação do nascituro a partir de sua concepção, conforme pode ser verificado no Livro dos Salmos 138,13-16:

“Fostes vós que plasmastes as entranhas do meu corpo, vós me teceste no seio de minha mãe. Sede bendito por me haverdes feito de moto tão maravilhoso. Pelas vossas obras extraordinárias conheceis até o fundo a minha alma. Nada de minha substância vos é oculto, quando fui formado ocultamente, quando fui tecido nas entranhas subterrâneas. Cada uma de minhas ações vossos olhos viram, e todas elas foram escritas em vosso livro; cada dia de minha vida foi prefixado, desde antes que um só deles existisse.”

Já na Grécia antiga havia entendimentos sobre o nascituro, existindo até a punição para o aborto em certas regiões e em determinados períodos de tempo. Contudo algumas localidades e temporalidades não apresentavam a mesma punição. Alguns filósofos da época defendiam a possibilidade de realização do aborto, como por exemplo, Platão e Aristóteles. O primeiro pregava que os interesses do Estado deveriam prevalecer, assim por necessidades demográficas por temor a fome poderia haver o aborto. O segundo também defendia o aborto dentro do âmbito do Estado e afirmava que só poderia ocorrer o abortamento enquanto não houvesse o feto adquirido a alma, destacando-se que o momento da aquisição da alma é distinto para ambos.

É necessário salientar os esboços realizados sobre o nascituro na Grécia antiga, em que colaboraram enormemente para a ciência da embriologia. Os primeiros estudos sobre esta matéria que se tem conhecimento foram desempenhados por Hipócrates, considerado o Pai da Medicina. Posteriormente, no século IV a.C., Aristóteles registra um tratado de embriologia, sendo dado a ele o título de o Fundador da Embriologia.

O atributo jurídico da pessoa passa a existir a partir do momento em que o feto sai do ventre da mãe, quer por parto natural, induzido ou artificial, e tenha vida. É a vida que dá a personalidade jurídica da pessoa.

Até então, desde a concepção até o nascimento com vida, o embrião é um nascituro, gerado e concebido com existência no ventre materno; nem por isto pode ser considerado como pessoa. "A lei protege os interesses de um ser humano já concebido (óvulo fecundado), ordenando o respeito pelas expectativas daqueles

direitos que esse ser humano virá a adquirir, se chegar a ser pessoa", o que acontecerá, repetimos, somente após o nascimento com vida.

O atributo jurídico da pessoa passa a existir a partir do momento em que o feto sai do ventre da mãe, quer por parto natural, induzido ou artificial, e tenha vida. É a vida que dá a personalidade jurídica da pessoa.

É importante lembrar que o nascituro, cuja existência é intra-uterina, não deve ser confundido com outra figura, a do natimorto que é a criança que nasceu morta. Ou seja, todo natimorto foi antes um nascituro, mas nem todo nascituro será um natimorto.

Vê-se então a diferença entre o nascituro, que foi gerado e concebido mas só existe no ventre materno, e a criança que já passou pelo nascimento com vida, já se consumou como pessoa. Esta segunda tem personalidade jurídica; o primeiro é apenas um nascituro com expectativa de direitos.

Não entramos aqui em questão religiosa, sociológica ou filosófica sobre a existência de vida uterina como ser humano, como pessoa. Nossa análise cinge-se ao direito material brasileiro. Como na lei civil, o marco inicial da personalidade humana é fixado pelo começo da vida, é importante fixar-se o conceito de nascituro.

Como diz Santoro-Passarelli, por efeito da instituição do nascituro, forma-se um centro autônomo de relações jurídicas, a aguardar o nascimento do concebido ou procriado, da criatura que provenha de mulher.

O professor Washington de Barros Monteiro, com a experiência de um grande civilista esclarece: "Discute-se se o nascituro é pessoa virtual, cidadão em germe, homem *in spem*. Seja qual for a conceituação, há para o feto uma expectativa de vida humana, uma pessoa em formação. A lei não pode ignorá-lo e por isso lhe salvaguarda os eventuais direitos. Mas para que estes se adquiram, preciso é que ocorra o nascimento com vida.

Por assim dizer, nascituro é pessoa condicional; a aquisição da personalidade acha-se sob a dependência de condição suspensiva, o nascimento com vida. A esta situação toda especial chama Planiol de antecipação da personalidade".

Para Goffredo Telles Jr, "os direitos da personalidade são os direitos subjetivos da pessoa de defender o que lhe é próprio, ou seja, a identidade, a liberdade, a sociabilidade, a reputação, a honra, a autoria etc. Por outras palavras, os direitos da personalidade são direitos comuns da existência, porque são simples

permissões dadas pela norma jurídica, a cada pessoa, de defender um bem que a natureza lhe deu, de maneira primordial e direta"

Caio Mario doutrina que liga-se à pessoa a ideia de personalidade, que exprime a aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações, enquanto Haroldo Valadão esclarece que a personalidade é o conceito básico da ordem jurídica, que a estende a todos os homens, consagrando-a na legislação civil e nos direitos constitucionais de vida, liberdade e igualdade.

O código civil brasileiro de 2002 assegura em seu texto o início da personalidade civil, vejamos: "Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, dos direitos do nascituro. (CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO, 2002)".

Explana Rolf Madaleno:

Para a teoria concepcionista os alimentos têm seu fundamento no direito à vida, e a vida se inicia na concepção uterina, onde encontra ambiente para nascer com vida, e, por isso, seus direitos existem desde a concepção, em toda sua plenitude, ficando condicionados ao nascimento com vida tão somente os seus direitos patrimoniais. (MADALENO, 2015, p.920)

O indivíduo obtendo a aquisição da personalidade jurídica ele se tornará sujeito de direitos e deste modo poderá participar de relações e negócios jurídicos. Passa-se então a ser sujeito de uma pretensão ou titularidade jurídica, intervindo com o seu poder de ação na produção de uma decisão judicial. Vale salientar que estando presente determinado direito, há de existir forçosamente um sujeito que detenha sua titularidade, apresentado deste modo personalidade civil.

O nosso ordenamento reconheceu duas modalidades de pessoas, as físicas ou naturais e as jurídicas. Estas últimas como sendo uma coletividade de pessoas ou bens visando alcançar sua finalidade econômica ou social, já aquelas primeiras são entendidas como sujeito de direito e deveres.

É imperioso frisar que a personalidade jurídica não é apenas um atributo garantido a pessoa natural, ser humano, e sim também as pessoas jurídicas, já que no artigo 1º do Código Civil não há previsão alguma acerca da exclusão das pessoas jurídicas no que concerne ao atributo da personalidade.

A doutrina apresenta dois espectros acerca da personalidade, sendo um primeiro naturalista e o outro jusnaturalista ou positivista. Na primeira acepção seria

um atributo inerente a condição de ser humano. Já no espectro jusnaturalista a personalidade é tida como uma investidura do direito.

Diretamente relacionado com a personalidade jurídica encontra-se a capacidade jurídica, que se interpenetra uma na outra, todavia sem se confundirem. A capacidade é a medida jurídica da primeira, ela é a condição de validade dos negócios jurídicos e das relações jurídicas.

Na opinião de Montoro (1997, p. 112) há uma lastimável confusão acerca dos conceitos de personalidade e de capacidade no que se refere ao nascituro. Para este mencionado autor a personalidade é a aptidão para alguém ser titular de direito e a capacidade se relacionará a extensão dos direitos da pessoa. Assim todos os homens serão dotados de personalidade de igual modo, já a capacidade jurídica nem todos terão as mesmas.

A capacidade pode ser plena ou apenas limitada. Todos os seres humanos sem qualquer distinção adquirem a capacidade de direito ou gozo, uma capacidade conhecida por ser à base da aquisição de direitos. Contudo a capacidade de fato, qual seja, a idoneidade da pessoa para exercer por si só os atos reconhecidos na vida jurídica demanda alguns requisitos para o se poder exercê-la.

O direito civil Brasileiro apresenta certos pressupostos para a efetivação da capacidade de fato, consistindo nos elementos mais importantes a maioridade, saúde e desenvolvimento mental. Todavia salienta-se que há outros dados específicos referentes à capacidade de fato. Assim para se ter a capacidade plena é necessário que o indivíduo seja maior de dezoito anos, não apresente nenhuma enfermidade ou deficiência mental (mesmo que seja transitória) que retire sua capacidade de discernir para a prática dos atos da vida civil, não seja ébrio ou viciado em tóxico habituais, tenham o desenvolvimento mental completo e por fim que não seja declarado pródigo.

Estando presentes os dois modos de capacidade, tanto a de direito quanto a de fato, haverá aí a denominada capacidade plena. Já se ocorrer apenas à capacidade de gozo, existirá apenas uma capacidade limitada, a denominada incapacidade.

É necessário salientar que a ausência de capacidade plena pode ser suprida utilizando-se de alguns institutos jurídicos como a tutela, onde há uma substituição de vontade, e a curatela, onde a parte é assistida por outrem, a assistência e outros

instrumentos.

É importante ainda distinguir a capacidade jurídica e a legitimação, já que muitos autores fazem tal confusão acerca destes institutos e que tantas vezes pode ocorrer a capacidade plena sem que haja a legitimação para a realização de ato específico. Assim nem toda pessoa capaz estará legitimada para o desempenho de determinadas atitudes.

Sobre este assunto é interessante a explicação prática e perspicaz de Venosa (apud GAGLIANO, 2007, p.89):

Não se confunde o conceito de capacidade com o de legitimação. A legitimação consiste em averiguar se uma pessoa, perante determinada situação jurídica, tem ou não capacidade para estabelecê-la. A legitimação é forma específica de capacidade para determinados atos a vida civil. O conceito é emprestado da ciência processual. Está legitimado para agir em determinada situação jurídica quem a lei determinar. Por exemplo, toda pessoa tem capacidade para comprar ou vender. Contudo, o art. 1.132 do Código Civil estatui: „os ascendentes não podem vender aos descendentes, sem que os outros descendentes expressamente consintam“. Desse modo, o pai, que tem a capacidade genérica para praticar, em geral, todos os atos da vida civil, se pretender vender um bem a um filho, tendo outros filhos, não poderá fazê-lo se não conseguir a anuência dos demais filhos. Não estará ele, sem tal anuência, „legitimado“ para tal alienação. Num conceito bem aproximado da ciência do processo, legitimação é a pertinência subjetiva de um titular de um direito com relação a determinada relação jurídica. A legitimação é um plus que se agrega à capacidade em determinadas situações.

Diante disto, é fácil perceber que há uma tênue, porém importante, diferença entre a capacidade e a legitimação, sendo este último uma forma de especialização daquela.

No que diz respeito ao momento de aquisição da personalidade jurídica surge uma grande controvérsia, tanto no direito pátrio quanto no alienígena, inserindo-se neste momento a problemática do nascituro. Prevalece neste ponto as três teorias do marco inicial da personalidade jurídica, quais sejam, a teoria natalista, a teoria concepcionista e a teoria da personalidade condicional.

2. TEORIAS ATUAIS EXISTENTES

Ensina-nos que a personalidade jurídica é adquirida apenas com o nascimento com vida. Nesse sentido, o nascituro teria apenas expectativa de direitos. Em relação a essa teoria, leciona Flávio Tartuce “a teoria natalista nega ao nascituro até mesmo os seus direitos fundamentais, relacionados com a sua personalidade, caso do direito à vida, à investigação de paternidade, aos alimentos, ao nome e até à imagem”. (TARTUCE, 2014, p.79).

Já a teoria concepcionista defende que a personalidade civil do homem começa a partir de sua concepção, sendo o nascituro considerado pessoa, visto que já possui direito, este seria o principal argumento dessa teoria

A omissão do legislador sempre gerou dificuldade para a concessão de alimentos ao nascituro, ainda que incontestável a responsabilidade parental desde a concepção. Assim vem se tentando preencher essa enorme lacuna e injustificável lacuna no ordenamento jurídico através de um avanço na jurisprudência que já vinha assegurando tal direito.

A obrigação alimentar desde a concepção está mais do que implícita no ordenamento jurídico, mas nada como a lei para vencer a injustificável resistência de alguns juízes em deferir direitos, ao nascituro, não claramente expressos.

Para Alexandre Marlon da Silva Alberton “ Quem está por nascer precisa de cuidados médicos, da assistência pré-natal, medicamentos e por vezes até de intervenção cirúrgica em ocorrências de maior gravidade, sem descuidar dos indispensáveis cuidados garantidos do seu saudável desenvolvimento”. (ALBERTON, 2001, p.77)

3. ALIMENTOS GRAVÍDICOS

Entre os direitos fundamentais da pessoa humana encontra-se assegurado a sobrevivência e o crédito alimentar é o meio adequado para obter os recursos necessários à subsistência de quem não consegue por si só prover sua manutenção pessoal.

Alimentos são prestações para satisfação das necessidades vitais de quem não pode provê-las por si.

No que diz respeito a natureza da prestação alimentar Rolf Madaleno nos traz que:

São considerados naturais quando respeitam ao

estritamente necessário à sobrevivência do alimentando, assim compreendido o que for absolutamente indispensável a vida, como a alimentação, a cura, o vestuário e a habitação, e tendo em mira o mínimo indispensável para o alimentando sobreviver. (MADALENO, 2014, p.855)

Embora o Código Civil não defina o que sejam alimentos, esse conceito é pacífico na doutrina.

Segundo Yussef Said Cahali, a palavra alimentos, adotada no direito para designar o conteúdo de uma pretensão ou de uma obrigação, vem a significar tudo o que é necessário para satisfazer aos reclamos da vida; são as prestações com as quais podem ser satisfeitas as necessidades vitais de quem não pode provê-las por si; mais amplamente, é a contribuição periódica assegurada a alguém, por um título de direito, para exigi-la de outrem, como necessário à sua manutenção.

No mesmo diapasão, manifesta-se o eminente civilista Orlando Gomes, fortalecendo e ampliando conceitualmente o tema, para agregar outros valores, discorrendo com precisão que:

Alimentos são prestações para satisfação das necessidades vitais de quem não pode provê-las por si. A expressão designa medidas diversas. Ora significa o que é estritamente necessário à vida de uma pessoa, compreendendo, tão somente, a alimentação, a cura, o vestuário e a habitação, ora abrange outras necessidades, compreendidas as intelectuais e morais, variando conforme a posição social da pessoa necessitada.

Segundo Maria Helena Diniz:

Compreende o que é imprescindível à vida da pessoa como alimentação, vestuários, habitação, tratamento médico, transporte, diversões, e, se a pessoa alimentada for menor de idade, ainda verbas para sua instrução e educação (CC, art. 1.701, in fine), incluindo parcelas despendidas com sepultamento, por parentes legalmente responsáveis pelos alimentos. (DINIZ, 2008, p.558)

Esclarece Carlos Roberto Gonçalves:

O dever de prestar alimentos funda-se na solidariedade humana e econômica que deve existir entre os membros da família ou os parentes. Há “um dever legal de mútuo auxílio familiar, transformado em norma, ou uma obrigação ética. No entanto, as razões que obrigam a sustentar os parentes e a dar assistência ao cônjuge transcendem as simples justificativas morais ou sentimentais, encontrando sua origem no próprio direito natural”. (Gonçalves, 2009, p.456)

Um dos direitos garantidos ao nascituro é o de receber o que se chama de “alimentos gravídicos”, trata-se de verba de caráter alimentar, que destina-se as despesas adicionais durante o período de gravidez e que sejam dela derivada, do momento da concepção ao parto, até mesmo medicamentos, assistência médica, internações, alimentação especial e demais necessidades prescritivas e terapêuticas os quais são imprescindíveis a gestante de acordo com o que o médico julgue necessário e que o juiz considere adequado.

Maria Berenice Dias afirma que:

Ainda que inquestionável a responsabilidade parental desde a concepção, o silêncio do legislador sempre gerou dificuldade para a concessão de alimentos ao nascituro. Assim, em muito boa hora foi preenchida a injustificável lacuna. Trata-se de um avanço que a jurisprudência já vinha assegurando. A obrigação alimentar desde a concepção está mais do que implícita no ordenamento jurídico, mas nada como a lei para vencer a injustificável resistência de alguns juízes em deferir direitos não claramente expressos. (DIAS, 2010, p.525)

Em seus direitos fundamentais a Constituição Federal de 1988 assegura a vida, a saúde, alimentação, obrigações que devem ser executadas pelos pais. Tais deveres devem ser supridos para que possam promover o pleno desenvolvimento do ser ainda no ventre de sua mãe. Diante disso foi sancionada pelo Presidente Luiz Inacio Lula da Silva a lei 11.804 de 05 de novembro de 2008 e sua publicação foi no dia seguinte. Esta lei trata do direito aos alimentos gravídicos e a forma como ele será aplicado.

A Legislação que versa sobre os alimentos gravídicos traz em seu artigo 2º que: “Os alimentos de que se trata esta Lei compreenderão os valores suficientes para cobrir as despesas adicionais do período de gravidez e que sejam dela decorrentes, da concepção ao parto, inclusive referentes à alimentação especial. Assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto, medicamentos e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis, a juízo do médico, além de outras que o juiz considere pertinentes”.

Logo se pressupõe que não se trata de rol meramente taxativo, pois poderão existir outras despesas não mencionadas aqui e que seja indispensável a gestante e ao feto.

Para que sejam estipulados os alimentos, a mãe deverá instruir na ação relatório ou laudo com parecer de um médico que justifique a indisponibilidade de exames complementares, ou outros cuidados especiais, caso se faça necessário.

Em contrapartida o magistrado pode introduzir algo que não se encontra no laudo médico, o que é motivo de discussão, pois para que faça isso deverá ter motivo fundamentado, pois cabe ao médico avaliar as necessidades vitais da gestante, porém se este achar procedente acrescentar poderá fazê-lo, pois pode se tratar de algo urgente e que assim não poderá esperar.

É de suma importância grifar que a aplicação de alimentos gravídicos segue os mesmos critérios dos alimentos convencionais se tratando da necessidade da gestante, possibilidade de contribuição do réu, e da autora, e a proporcionalidade de seus rendimentos para contribuírem, diante da responsabilidade de ambos, podendo o valor fixado durante a gravidez ser alterado com uma revisão de alimentos após o nascimento da criança.

Para requerer o cumprimento de tal obrigação, basta que se tenham indícios da paternidade, o qual irá permanecer após o nascimento com vida e se converterá em pensão de alimentos a favor do filho, tal transformação ocorre independentemente do reconhecimento da paternidade.

Ainda que o pedido seja de alimentos, a causa de pedir é a paternidade. Assim, caso o genitor não conteste a demanda ou se insurja somente quanto ao valor do encargo, e, ainda assim, não efetive o registro do filho, a procedência da ação pode ensejar, a pedido da autora, a expedição do mandado de registro, sendo dispensável a instauração do procedimento de averiguação da paternidade para o estabelecimento do vínculo parental.

Descabe cumular a ação de alimentos gravídicos com alimentos a favor do nascituro, uma vez que ocorre a transformação do encargo quando do nascimento.

Vale salientar que a titular para propor a ação será somente à mulher gestante, e após o nascimento da criança, esta somente será sua representante.

Segundo Maria Berenice Dias:

Basta o juiz reconhecer a existência de indícios de paternidade para a concessão dos alimentos, não sendo suficiente a mera imputação da paternidade pela autora, seria leviandade pretender que o juiz deva satisfazer-se com uma cognição superficial. Porém, não é necessária a prova da possibilidade do réu e nem da necessidade da gestante, pois a obrigação decorre da responsabilidade

parental, devendo o juiz atentar à proporção dos recursos de ambos. (DIAS,2010, p.526).

Mesmo com todo o arsenal legislativo, não havia uma norma expressa que assegurasse alimentos ao nascituro, tendo a doutrina e a jurisprudência dado uma grande contribuição para as gestantes na luta pelo exercício de direitos dos filhos intra-uterinos, mesmo antes da edição da lei. Como de costume, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul saiu na frente dos outros, concedendo o pagamento de alimentos aos nascituros:

ALIMENTOS EM FAVOR DE NASCITURO. Havendo indícios da paternidade, não negando o agravante contatos sexuais à época da concepção, impositiva a manutenção dos alimentos à mãe no montante de meio salário mínimo para suprir suas necessidades e também as do infante que acaba de nascer. Não afasta tal direito o ingresso da ação de investigação de paternidade cumulada com alimentos. Agravo desprovido. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Agravo de Instrumento Nº 70018406652, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 11/04/2007)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ALIMENTOS PROVISÓRIOS. NASCITUR O. CABIMENTO. PRELIMINAR. A decisão que fixa os alimentos provisórios em prol do nascituro, sem por fim a demanda, desafia agravo de instrumento e não apelação. O agravante não nega o relacionamento amoroso mantido com a representante do nascituro, tampouco que tenha mantido relação sexual com ela à época da concepção. Alegação de dúvida sobre a paternidade não infirma o disposto no art. 2º do CC quanto à proteção aos direitos do nascituro. Precedentes. Preliminar rejeitada. Recurso desprovido. (Agravo de Instrumento Nº 70021002514, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Ataídes Siqueira Trindade, Julgado em 15/10/2007)

A lei de alimentos gravídicos por se tratar de algo novo traz em seu texto algumas lacunas, como por exemplo, a questão das provas que são mais de ordem prática do que jurídica, porque todos os meios de provas serão admitidos, porém nem sempre será fácil demonstrar a relação de filiação de um nascituro.

Fica a cargo da genitora buscar por todos os meios necessários e lícitos demonstrar que teve um relacionamento amoroso com o suposto pai, o que se torna uma tarefa difícil, vez que, deverá ela trazer ao processo provas cabíveis do referido relacionamento, tais como, cartas, mensagens eletrônicas, documentos e até

testemunhas, as quais possam conduzir o juiz a um entendimento de que seja real a paternidade, pois, caso falte tais provas poderá o juiz julgar a ação improcedente.

Douglas Phillips Freitas explana:

Salvo a presunção de paternidade dos casos de lei, como imposto no art. 1.597 e seguintes, o ônus probatório é da mãe. Mesmo o pai não podendo exercer o pedido de Exame de DNA como matéria de defesa, cabe à genitora apresentar os „indícios de paternidade“ informada na lei através de fotos, testemunhas, cartas, e-mails, entre tantas outras provas lícitas que puder trazer aos autos, lembrando que ao contrário do que pugnam alguns, o simples pedido da genitora, por maior necessidade que há nesta delicada condição, não goza de presunção de veracidade..(FREITAS, Nº 26).

Cabe a gestante colacionar provas ou indícios que apontem para a alegada paternidade, diante da impossibilidade de ser exigida prova negativa por parte do indigitado pai. Foi proibida também a realização do exame em DNA durante a gestação. Com base nesse entendimento cabe observar o julgamento da apelação cível do Tribunal de justiça do Mato Grosso do Sul nº 08009412820158120018 MS 0800941-28.2015.8.12.0018

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ALIMENTOS GRAVÍDICOS. PRELIMINAR – JUNTADA DE DOCUMENTOS NOVOS COM A APELAÇÃO – POSSIBILIDADE. MÉRITO. FIXAÇÃO DE ALIMENTOS GRAVÍDICOS – NECESSIDADE, POSSIBILIDADE E PROPORCIONALIDADE – REDUÇÃO DEVIDA. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. Admite-se a juntada de documentos a qualquer tempo, desde que para fazer prova dos fatos ocorridos depois dos articulados ou para contrapor os que já foram produzidos, assegurado à parte contrária a oportunidade de manifestação. Para a fixação dos alimentos gravídicos, basta a existência de indícios de paternidade, consoante art. 6º, da Lei n. 11.804/2008, a observação do trinômio necessidade-possibilidade-proporcionalidade, bem como a existência de obrigação solidária entre ambos os genitores.

Há princípio se vem à idéia de realizar o exame pericial, como nos traz Maria Berenice Dias:

Não há como impor a realização de exame por meio da coleta de líquido amniótico, o que pode colocar em risco a vida da criança. Isto tudo sem contar com o custo do exame, que pelojeito terá que ser suportado pela gestante. Não há justificativa para atribuir ao Estado este ônus. E, se

depende do Sistema Único de Saúde, certamente o filho nascerá antes do resultado do exame. (DIAS, 2010, p.548)

Outro problema encontrado é o tempo, pois a gestação humana dura em média trinta e seis semanas, e um processo leva anos até que possa chegar ao veredicto. Outro caso em que se pode ser analisado é a mulher que não tem certeza da paternidade de seu filho e acusa uma determinada pessoa a qual de fato tenha tido relacionamento e indica esta como o responsável pela paternidade, e o juiz baseado em um conjunto de indícios apresentados, condena o pai ao pagamento de tais alimentos, e após o nascimento se comprova através de DNA que tal criança não era filho deste pai, pergunta-se então se este pai poderá pleitear ação indenizatória, seja por danos morais ou materiais ou até mesmo ressarcimento do que já foi desembolsado contra esta? A resposta é negativa, pois uma vez que foi pago os alimentos estes não serão repetíveis, e também porque neste caso iria ocorrer um atentado contra o direito de ação. Antes de ser vetado o artigo 10º desta Lei, era plausível em caso de resultado negativo o autor responderia por danos morais e materiais causados ao réu, o que hoje não mais ocorre.

4. RESPONSABILIDADE CIVIL

A ideia de responsabilidade civil está relacionada à noção de não prejudicar outro. A responsabilidade pode ser definida como a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar o dano causado a outrem em razão de sua ação ou omissão. Nas palavras de Rui Stoco:

A noção da responsabilidade pode ser haurida da própria origem da palavra, que vem do latim *respondere*, responder a alguma coisa, ou seja, a necessidade que existe de responsabilizar alguém pelos seus atos danosos. Essa imposição estabelecida pelo meio social regrado, através dos integrantes da sociedade humana, de impor a todos o dever de responder por seus atos, traduz a própria noção de justiça existente no grupo social estratificado. Revela-se, pois, como algo inarredável da natureza humana. (STOCO, 2007, p.114).

Segundo Silvio Rodrigues “A responsabilidade civil é a obrigação que pode incumbir uma pessoa a reparar o prejuízo causado a outra, por fato próprio, ou por fato de pessoas ou coisas que dela dependam” (RODRIGUES, 2003, p. 6).

No direito atual, a tendência é de não deixar a vítima de atos ilícitos sem ressarcimento, de forma a restaurar seu equilíbrio moral e patrimonial. Conforme o entendimento de Carlos Alberto Bittar:

O lesionamento a elementos integrantes da esfera jurídica alheia acarreta ao agente a necessidade de reparação dos danos provocados. É a responsabilidade civil, ou obrigação de indenizar, que compele o causador a arcar com as consequências advindas da ação violadora, ressarcindo os prejuízos de ordem moral ou patrimonial, decorrente de fato ilícito próprio, ou de outrem a ele relacionado. (BITTAR, 1994, p. 561).

Brandão reforça:

Caracterizado como um dos pressupostos da responsabilidade civil contratual ou extracontratual, pela impossibilidade de haver ação de indenização sem a existência de um prejuízo. A doutrina e a jurisprudência são enfáticas em estabelecer que só haverá responsabilidade civil se houver um dano a reparar. Não poderia ser diferente, já que a responsabilidade é a obrigação de ressarcimento. (BRANDÃO, 2010)

A autora supracitada ainda salienta que os arts. 186, 187 e 927 do Código Civil, que consagram “a regra de que todo aquele que causa dano a outrem é obrigado a repará-lo, chega-se à evidência de quatro elementos essenciais da responsabilidade civil: ação ou omissão, culpa ou dolo do agente, relação de causalidade, e o dano experimentado pela vítima”.

Pode-se concluir que se não houver ocorrido o dano a alguém, não há que se falar em responsabilidade civil.

O Código Civil considera em seu art. 186, “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. (BRASIL, 2002)

Neste item, surgem duas questões polêmicas, uma vez que os alimentos gravídicos são concedidos apenas com a comprovação dos “indícios da paternidade”.

Segundo Melo Filho (2009):

A responsabilidade civil pelos danos materiais e morais na hipótese de improcedência da ação; 2) a repetição do indébito quando, não obstante a concessão da liminar de alimentos provisionais, a ação, ao final, acaba sendo julgada improcedente, ou, ainda, a despeito da procedência, o devedor posteriormente propõe uma ação de exoneração de alimentos e comprova, mediante exame de DNA ou outras provas, a ausência do vínculo de paternidade.”

De acordo com a Lei 11.804/08, o suposto pai que pagou indevidamente estaria desamparado não podendo haver nesses casos a reparação do dano, uma vez que o artigo 10, que previa a responsabilidade da gestante, fora vetado.

Ainda nessa mesma linha de considerações Freitas (2008) discorre:

Na discussão do ressarcimento dos valores pagos e danos morais em favor do suposto pai, de regra, não cabe nenhuma das duas possibilidades, primeiro, por haver natureza alimentar no instituto, segundo por ter sido excluído o texto do projeto de lei que previa tais indenizações. Porém, se confirmada, posteriormente, a negativa da paternidade, não se afasta esta possibilidade em determinados casos. Além da má-fé (multa por litigância ímproba), pode a autora (gestante) ser também condenada por danos materiais e/ou morais se provado que ao invés de apenas exercer regularmente seu direito, esta sabia que o suposto pai realmente não o era, mas se valeu do instituto para lograr um auxílio financeiro de terceiro inocente. Isto, sem dúvidas, se ocorrer, é abuso de direito (art. 187 do CC), que nada mais é, senão, o exercício irregular de um direito, que, por força do próprio artigo e do art. 927 do CC, equipara-se ao ato ilícito e torna-se fundamento para a responsabilidade civil.”

O artigo 927 do Código Civil Brasileiro complementa o raciocínio elencado quando dispõe sobre o dever de indenizar daqueles que cometem ato ilícito, afirmando que “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.” A jurisprudência tem se manifestado favorável a concessão de indenização para aqueles que foram lesados moralmente pela falsa imputação de paternidade:

A atitude da ré, sem dúvida alguma, constitui uma agressão à dignidade pessoal do autor, ofensa que constitui dano moral, que exige a compensação indenizatória pelo gravame sofrido. De fato, dano moral, como é sabido, é todo sofrimento humano resultante de lesão de direitos da personalidade, cujo conteúdo é a dor, o espanto, a emoção, a vergonha, em geral uma dolorosa sensação experimentada pela pessoa. Não se pode negar que a atitude da ré que difundiu, por motivos escusos, um estado de gravidez inexistente, provocou um agravo moral que requer reparação, com perturbação nas relações psíquicas, na tranqüilidade, nos sentimentos e nos afetos do autor, alcançando, desta forma, os direitos da personalidade agasalhados nos inc. V e X do art. 5º da CF.(6ª Câmara de Direito Privado do TJSP, apel. 272.221-112, 10.10.1996). Como foi bem reconhecido na sentença, grande foi o sofrimento do autor em se ver apontado como o pai do filho da ré. Não tivesse bastado o vexame decorrente do ajuizamento da ação de investigação de paternidade, o autor ainda foi recolhido ao cárcere por não ter pago as prestações alimentícias que a ré sabia, ou deveria presumir, que não eram por ele devidas (fls. 63

e verso). E é público e notório o caráter vergonhoso que isso tem, principalmente numa cidade pequena como aquela em que se deu o triste episódio. Assim, é evidente que o equivalente a dois salários mínimos não constitui suficiente para o justo ressarcimento do enorme dano causado ao autor. (Tribunal de Justiça. Sétima Câmara de Direito Privado. Apelação 252.862-1/0. Relator: Desembargador Sousa Lima. Julgado 22/maio/1996).

Pautado nos artigos e jurisprudência supra, é incontestável o direito do réu da ação de alimentos gravídicos, condenado indevidamente, de pleitear uma indenização pelos danos psicológicos sofridos. Pensar de forma diferente seria coadunar-se com a conduta ilícita da gestante, que sairia impune mesmo depois de todo o transtorno moral causado ao suposto pai.

A doutrina diverge em relação à reparação civil do dano supostamente causado, quando verificado posteriormente ao nascimento da criança que o suposto pai não o era. Uma parte da doutrina defende que a mãe (autora) possui o dever de indenizar o suposto pai (réu). Outra corrente doutrinária acredita que, não tendo a autora litigado a ação com má-fé, não cabe a reparação de danos ao suposto pai, uma vez que devido a existência do princípio da irrepetibilidade, os alimentos não são passíveis de restituição.

A responsabilidade civil da gestante é um dos pontos mais polêmicos e controversos da Lei dos Alimentos Gravídicos. Esta questão foi a mais debatida na trajetória do projeto de lei. Portanto, como fica a situação jurídica do suposto pai se após o nascimento da criança for comprovado que não é o verdadeiro genitor? Se após o nascimento ocorrer a comprovação que o suposto pai, responsável pelo pagamento dos alimentos, não é o verdadeiro genitor, não poderá pedir a restituição dos valores pagos indevidamente, pois na redação original da Lei houve o veto do artigo 10, que prescrevia “em caso de resultado negativo do exame pericial de paternidade, o autor responderá, objetivamente, pelos danos materiais e morais causados ao réu”. O dispositivo foi vetado, pois iria de encontro ao princípio do acesso à justiça.

A concessão dos alimentos gravídicos é embasada apenas em indícios, como já foi devidamente exposto, após o parto, podem ser negados com o exame de DNA e a comprovação de quem é realmente o pai da criança. Caso seja atestado que o genitor não é aquele que estava provendo os alimentos do nascituro, surgirá a situação daquele que pagou indevidamente pelo nascimento do filho de outro.

Com base nessa problemática, o legislador disciplinou no artigo 10 da Lei dos Alimentos Gravídicos que, em caso de resultado negativo do exame pericial de paternidade, o autor da ação responderá, objetivamente pelos danos materiais e morais causados ao réu.

A introdução deste artigo gerou muita discussão, principalmente porque iria permitir que toda e qualquer genitora tivesse que indenizar o pai errado. Analisando por essa ótica, como a mãe que já não possuía recursos para se prover e prover sua gestação iria conseguir pagar indenizações ao suposto pai

Ademais, o direito de ação é abstrato, o litigante pode ou não sair vitorioso. Mesmo que os pedidos sejam julgados improcedentes, não haverá dever de restituição, pois uma das características dos alimentos é que eles são irrestituíveis, ou seja, o devedor não poderá reaver o que pagou indevidamente, já que tudo foi revertido na sobrevivência do credor.

Depois de muitas controvérsias a esse respeito, o executivo resolveu remover este artigo, salientando nas razões do veto que "o dispositivo pressupõe que o simples exercício do direito de ação pode causar dano a terceiros, impondo ao autor o dever de indenizar, independentemente da existência de culpa, medida que atenta contra o livre exercício do direito de ação."

Entretanto, o veto a este dispositivo não significou a isenção completa das genitoras, apenas impediu-se que ocorresse a responsabilidade objetiva, o que tornaria sem eficácia o instituto dos alimentos gravídicos. Na dúvida, as mulheres iriam preferir não entrar com o pedido.

Maria Berenice Dias afirma que:

Mesmo que os alimentos sejam irrepelíveis, em caso de improcedência da ação mister identificar a postura da postulante. No caso de restar comprovado que a autora agiu de má-fé, ao imputar ao réu a paternidade, tal gera o dever de indenizar, cabendo, inclusive, a imposição de pagamento por danos morais. (DIAS, 2010, p.528)

De fato, o pedido de alimentos gravídicos ao indivíduo errado certamente causará prejuízos, o que ocasiona um conflito de direitos, de um lado a dignidade e vida do nascituro e da gestante, e de outro, a propriedade do réu que foi indevidamente diminuída. Sendo assim, no caso do demandado em uma ação de alimentos gravídicos não ser o verdadeiro pai, não ficará desamparado, pois estará

resguardado pela regra geral da responsabilidade civil subjetiva, com a possibilidade de obter a reparação de seus danos morais e materiais.

Nada impede a possibilidade de indenização através do instituto da responsabilidade civil subjetiva, sendo assim, a autora poderá vir a responder pela indenização cabível desde que verificada a sua culpa, ou seja, que esta agiu com dolo ou com culpa em sentido estrito ao promover a ação de alimentos.

Nesse sentido, explica Regina Beatriz Tavares da Silva:

Permanece a aplicabilidade da regra geral da responsabilidade subjetiva, constante do art. 186 do Código Civil, pela qual a autora pode responder pela indenização cabível desde que verificada a sua culpa, ou seja, desde que verificado que agiu com dolo (vontade deliberada de causar o prejuízo) ou culpa em sentido estrito (negligência ou imprudência) ao promover a ação. Note-se que essa regra geral da responsabilidade civil está acima do princípio da irrepetibilidade dos alimentos, daquele princípio pelo qual se a pensão for paga indevidamente não cabe exigir a sua devolução. (SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Alimentos gravídicos.)

Outros alegam que não é possível nenhuma reparação por incidência do princípio da irrepetibilidade dos alimentos. Quando a mãe sabe que o réu não é o verdadeiro genitor, e mesmo assim, se vale da ação para lograr auxílio financeiro de terceiro inocente, cometerá abuso de direito (artigo 187 do Código Civil).

Sobre o abuso de direito, Silvio Rodrigues explana:

O abuso de direito ocorre quando o agente, atuando dentro das prerrogativas que o ordenamento jurídico lhe concede, deixa de considerar a finalidade social do direito subjetivo e, ao utilizá-lo desconsideradamente, causa dano a outrem. Aquele que exorbita no exercício do seu direito causando prejuízo a outrem, pratica ato ilícito, ficando obrigado a reparar. Ele não viola os limites objetivos da lei, mas, embora os obedeça, desvia-se dos fins sociais a que esta se destina, do espírito que norteia. (RODRIGUES, 1994, p. 46.)

Para Carlos Roberto Gonçalves, “O problema em caracterizar a culpa em sentido estrito como causa de indenização ao réu é que qualquer grau de culpa, mesmo a levíssima, pode ser considerado pelo magistrado” (GONÇALVES, 2009, p.460).

Embora não pretendesse esse resultado, “há a repercussão do ato ilícito no patrimônio de outrem, e aí está a consumação do ato ilícito, concretiza-se a responsabilidade civil”.

Dessa forma, a gestante poderia ficar desencorajada e com medo de propor a ação de alimentos gravídicos para não ter que correr o risco de ser condenada a indenizar o réu, no caso de insucesso na demanda. Portanto, para não criar uma obstrução ao direito de postular em juízo, o qual constituiria um perigoso risco para quem se dispusesse a exercê-lo, a conduta da mulher gestante não deve ser apreciada com rigorismo. Uma possível solução seria a aplicação do critério recomendado no caso de oposição, de má-fé, de impedimentos ao casamento, ou seja, somente o dolo ou culpa grave serviriam de fundamento para a sentença condenatória, afastando assim a responsabilidade decorrente da culpa levíssima e até mesmo a culpa leve.

Conforme já visto em momento oportuno, o cerne do trabalho busca abordar qual o tratamento jurídico a ser dado à genitora diante da negativa de paternidade, tomando como base o veto ao art. 10 do Projeto de Lei n. 7.376/2006. Posterior descoberta de que o suposto pai demandado em juízo não contém laços biológicos com a criança revela uma hipótese que pode dar ensejo a reflexos tanto na esfera patrimonial quanto moral. Adimplir com a obrigação alimentícia frente a um credor “indevido”, em muitas situações pode configurar em um dispêndio mensal que tenha dado causa à redução significativa dos rendimentos do réu/alimentante, privando-lhe, se for o caso, de um sustento digno. Dependendo do caso concreto, a errônea imputação de paternidade serve como instrumento de vingança contra a parte ré, podendo gerar prejuízos de ordem moral, como a desestabilização em suas relações familiares, sociais e profissionais, além de ser violado em seu direito à honra. A escolha legislativa revela claramente a opção pelo não acolhimento da tese da responsabilidade civil objetiva da genitora. Resta saber se tal veto colaborou para a existência ou não de respaldo à atitude da mãe relativa ao indigitado pai.

Deve-se chamar atenção para o fato de que por se tratar de temática recente, os Tribunais ainda não contam com sólidos posicionamentos capazes de cobrir a lacuna deixada pelo veto do art.10. Nesse sentido, com a finalidade de trazer soluções às futuras demandas relacionadas com o tema, o presente estudo busca partir da sistemática da responsabilidade civil, desmembrando-a em subjetiva e

objetiva. As reparações e ressarcimentos fundam-se na presença do ato ilícito (pressuposto da responsabilidade), consoante dispõem os artigos 186 e 927 do atual Código Civil:

Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. Art. 927. Aquele que por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. (CIVIL, 2016)

Ao obrigar o agente causador do dano a repará-lo, a responsabilidade civil atende o mais elementar sentimento de justiça. Nas palavras do doutrinador Sérgio Cavalieri Filho “o dano causado pelo ato ilícito rompe o equilíbrio jurídico-econômico anteriormente existente entre o agente e a vítima. Há uma necessidade fundamental de se restabelecer esse equilíbrio, o que se procura fazer recolocando o prejudicado no status quo ante”. Corolário dos ensinamentos expostos pelo doutrinador encontra-se a fixação de uma indenização proporcional ao dano. Tomando-se por base a distinção entre responsabilidade subjetiva e objetiva, de acordo com a teoria clássica, a culpa é o principal pressuposto da responsabilidade civil subjetiva. Deste modo, a reparação do dano somente se dará se restar comprovada a falta do dever de cautela do agente causador do dano. Entretanto, por força do desenvolvimento industrial impulsionado pelo surgimento do maquinismo e outras invenções tecnológicas, acrescido ao crescimento populacional, observou-se que nem todas as situações poderiam ser amparadas pelo conceito tradicional de culpa. A partir de então, deu-se espaço para o surgimento da teoria da responsabilidade objetiva, que pautada no risco, prescinde do elemento culpa. Desta forma, desde que a atividade seja ilícita, o dano tenha ocorrido e haja o nexo de causalidade, mesmo o agente não atuando com culpa/ dolo, ainda sim será responsabilizado. Portanto, segundo Cavalieri Filho “ Na responsabilidade objetiva é irrelevante o nexo psicológico entre o fato ou a atividade e a vontade de quem a pratica, bem como o juízo de censura moral ou de aprovação da conduta”. (CAVALIERI FILHO, 2012).

A teoria, do risco criado ou risco benefício, faz com que mesmo no caso de emprego de toda a diligência para a evitar o dano, o agente responda pelos riscos ou perigos de seu agir, haja vista ser beneficiário das vantagens proporcionadas pelo seu atuar. Nota-se assim que o paradigma da responsabilidade objetiva foi ampliado para abranger não somente o ato ilícito, mas também o ato provocador do

dano. Apreendendo-se os conceitos acima mencionados, cumpre reiterar, por força do veto do art. 10, a exclusão da incidência da teoria objetiva no âmbito dos alimentos gravídicos. Seria então plausível a aplicação da responsabilidade subjetiva como meio de suprir a lacuna deixada pelo veto? O entendimento que vem ganhando destaque é a possibilidade de se adequar a situação gerada pela negativa de paternidade aos comandos trazidos pelo art. 186 e 927 do Código Civil, ou seja, responsabilização subjetiva da genitora. Todavia, há que se ter muita cautela quanto à imposição do dever de reparar danos ao suposto pai, tendo em vista que o dolo, consistente na vontade deliberada de dar causa ao prejuízo, ou a culpa em sentido estrito, imprudência ou negligência, da genitora deve estar cabalmente comprovada. Nesse sentido, a solução mais segura a evitar o dano injusto é verificar se a gestante tinha a pretensão de efetivamente causar um prejuízo ao réu da ação de alimentos gravídicos, na medida em que tinha consciência da falsa imputação. O ponto nevrálgico da obrigação da genitora em reparar o dano é verificar se sua atuação se deu mediante abuso de direito. O art. 187 do Código Civil, ao estabelecer que “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes” consagrou o abuso de direito como fonte de responsabilidade civil. A caracterização do instituto é revelada pelo exercício anormal de um direito, que se afasta tanto dos valores éticos quanto das finalidades sociais e econômicas. Ao tecer comentários sobre o dispositivo em questão, Sílvio de Salvo Venosa aduz que é o: [...] fato de usar um poder, de uma faculdade, de um direito ou mesmo de uma coisa, além do razoavelmente o Direito e a Sociedade permitem [...] O titular da prerrogativa jurídica, de direito subjetivo, que atua de modo tal que sua conduta contraria a boa-fé, a moral, os bons costumes, os fins econômicos e sociais da norma, incorre no ato abusivo. Nesta situação, o ato é contrário ao direito e ocasiona responsabilidade. Com relação aos estudos concernentes ao tema, nota-se certo consenso quanto à possibilidade de aplicação do instituto da responsabilidade civil subjetiva. Entretanto, ainda persistem algumas divergências no que se refere à irrepetibilidade dos alimentos gravídicos. Tendo em vista a expressa remissão feita pelo art. 11 da Lei de alimentos gravídicos à aplicação subsidiária da Lei de Alimentos (Lei 5.478/68) e do Código de Processo Civil, há posicionamento doutrinário defensor de que o atributo da irrepetibilidade dos alimentos se aplica

também quando estes forem gravídicos vitais.

Tal afirmação leva à conclusão de que mesmo quando o demandado não for o pai biológico da criança, ainda que tenha pago indevidamente os alimentos gravídicos, não é possível a devolução dos valores pagos em sua integralidade. Não obstante isso, a solução encontrada pela corrente doutrinária para minimizar a atitude da genitora seria uma restituição a título de indenização.

Em sentido contrário, há aqueles que entendem que o princípio da irrepetibilidade dos alimentos não é absoluto, de modo a encontrar no dolo e no erro os seus limites. Portanto, diante de atitudes permeadas pela má-fé, seria possível a cobrança pelo suposto pai de todos os valores que tenha pago indevidamente.

Sob essa perspectiva, a análise parte de uma ótica subjetiva, devendo estar configurada a prova inequívoca do dolo na conduta da gestante, isto é, que ao invés de exercitar regularmente seu direito, a genitora mesmo ciente da falta de vínculo biológico entre o nascituro e o suposto pai, tenha se utilizado do instituto para obter auxílio financeiro de terceiro inocente. É importante ressaltar que, ainda que a ação proposta pela genitora seja julgada improcedente, não há que se falar em indenização ao suposto pai se houver a existência de motivos plausíveis que justifiquem a desconfiança de que o réu poderia ser o pai do nascituro.

Assim, se no período da concepção houve relação sexual entre a genitora e o réu, tal hipótese é apta a eximir a responsabilidade da mãe do nascituro, já que afasta o dolo.

Este mesmo posicionamento foi adotado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no julgamento da apelação cível n. 7002058030432:

RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. INFIDELIDADE. FALSA ATRIBUIÇÃO DE PATERNIDADE. Ausência de provas quanto ao intuito deliberado de ofender e de prévia ciência quanto à paternidade. Não se evidenciou atitude de má-fé da demandada que, aliás, ao tempo da concepção, relacionava-se sexualmente também com o autor, o que poderia gerar dúvida sobre a paternidade. O comportamento leviano com relação à fidelidade, de outro lado, em que pese a inconformidade, não serve de abrigo à pretensão indenizatória por dano moral, em que pese não se olvide o sofrimento sempre presente em rompimentos amorosos. Mesmo que definida a responsabilidade preponderante de um dos parceiros pela extinção da união, o desencanto e o sofrimento do outro, via de regra, não são indenizáveis. E assim ocorre porque a união é livre, sendo absolutamente voluntária para os parceiros, ainda

que um se pretenda, depois, induzido em erroo vítima de má-fé. Ao encetar a relação, cada um assumiu o risco de ser mal sucedido. Apelação desprovida.

Além das demandas de negatória de paternidade e exoneração de alimentos, o suposto pai pode fazer uso de outros instrumentos judiciais, tais como as ações de reparação por danos materiais e morais em face da genitora, com fundamento nos artigos 186 e 927 do Código Civil. Para tanto, exige-se a comprovação documental dos gastos efetuados com a indevida imputação, bem como a prova do abalo psicológico sofrido.

Além disso, é possível que à mãe da criança beneficiária dos alimentos seja imputada a litigância de má-fé, nos termos do artigo 16 do Código de Processo Civil, haja vista a inobservância por parte da genitora dos deveres de lealdade e boa-fé. Ainda resta ao réu da ação de alimentos gravídicos a demanda de locupletamento a ser ajuizada em face do verdadeiro pai da criança, notadamente pelo fato de que não tendo cumprido com sua obrigação, teria havido assim o seu enriquecimento. Favoravelmente à repetição de indébito, o Tribunal de Justiça de São Paulo já decidiu no sentido de que, em se tratando de inexistência de filiação, a pretensão deve ser deduzida contra a mãe ou contra o pai biológico, responsáveis legais pela manutenção do alimentando. Entendeu-se que é perfeitamente possível que quem forneceu os alimentos não tendo a obrigação legal de fazê-lo, pode pleitear a restituição pelos valores pagos em face do terceiro que tem o dever de fornecê-los.

Diante do exposto, observa-se que a lacuna legislativa proveniente do veto do artigo 10 pode ser suprida mediante a utilização de algumas ferramentas já existentes no campo da responsabilidade civil. Com isso, evita-se a proteção de condutas maliciosas ao mesmo tempo em que se prestigia àquele que demonstrou inexistir vínculo paterno filial, a possibilidade de reaver os valores pagos indevidamente.

Cabe destacar a conceituação da modalidade de culpa imprudência: Age de forma imprudente aquele que sabedor do grau de risco envolvido, mesmo assim acredita que seja possível a realização do ato sem prejuízo a qualquer um.

Assim, a autora deverá ser responsabilizada subjetivamente tanto em sua conduta culposa quanto em sua conduta dolosa, pois configura abuso de direito, ou seja, é o exercício irregular de um direito, que diante do artigo 927 do Código Civil se equipara ao ato ilícito, tornando-se fundamento para a responsabilidade civil.

A comprovação dos danos materiais sofridos será feita através de demonstrativos da quantia gasta, valendo-se de descontos em folha, bloqueios judiciais, ou qualquer outro documento que ateste o quantum pago em alimentos gravídicos, sendo possível também a cumulação com pedido de indenização por danos morais, uma vez que a condenação daquele que não era pai, além gerar o encargo financeiro, acarreta grande abalo psicológico ao réu.

A jurisprudência é pacífica quanto à condenação em danos morais por ato ilícito, independentemente de o pleito ter sido exclusivamente em relação aos danos psíquicos ou cumulados com qualquer outro:

“Ementa: Dano moral puro. Caracterização. Sobrevindo em razão de ato ilícito, perturbação nas relações psíquicas, na tranqüilidade, nos entendimentos e nos afetos de uma pessoa, configura-se o dano moral, passível de indenização. (STJ, Min. Barros Monteiro, T. 04, REsp 0008768, decisão 18/02/92, DJ 06/04/1998, p. 04499)”

Os pedidos de indenização por dano moral e material encontram-se nos artigos 186 e 187, ambos do Código Civil e também de forma expressa na Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso V e X.

O artigo 927 do Código Civil dispõe sobre o dever de indenizar daqueles que cometem ato ilícito. Aquele que, por ato ilícito (artigos 186 e 187) causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

A jurisprudência tem se manifestado favorável a concessão de indenização para aqueles que foram lesados moralmente pela falsa imputação de paternidade.

Além de indenização por dano moral e material, alguns autores entendem ser possível o pedido por litigância de má-fé se provado que ao invés de apenas exercitar regularmente seu direito, a gestante sabia que o suposto pai realmente não o era, mas se valeu do instituto para lograr um auxílio financeiro de terceiro inocente. O que configura abuso de direito (artigo 187 do CC), que é o exercício irregular de um direito, que, por força do próprio artigo e do artigo 927 do Código Civil, equipara-se ao ato ilícito e torna-se fundamento para a responsabilidade civil.

A irrepetibilidade dos alimentos é uma construção conceitual feita pelos autores que discorrem sobre os alimentos, porém alguns doutrinadores a exemplo

de Yussef Said Cahali admitem a relativização da irrepitibilidade dos alimentos.

Quanto à restituição dos alimentos Arnold Wald sustenta que:

Admite-se a restituição dos alimentos quando quem os prestou não os devia, mas somente quando se fizer a prova de que cabia a terceiro a obrigação alimentar. A norma adotada pelo nosso direito é destarte a seguinte: quem forneceu os alimentos pensando erradamente que os devia, pode exigir a restituição do valor dos mesmos do terceiro que realmente devia fornecê-los. (WALD, 4 ed, RT 198)

De acordo com esse entendimento, utiliza-se para reaver a quantia paga a ação de repetição do indébito, que deve ser dirigida contra quem de direito deveria pagar, qual seja, o verdadeiro pai. Todavia a própria gestante, tendo condições necessárias, poderá ser acionada para restituir os valores, assim as ações de alimentos gravídicos seriam ajuizadas de modo mais responsável e cauteloso.

Já existe entendimento jurisprudencial manifesto pela procedência da repetição do indébito em casos de alimentos comuns, lei 5.478/68, devendo servir de parâmetro para futuras decisões acerca da restituição nos alimentos gravídicos.

Segundo Maria Berenice Dias:

Mesmo que os alimentos sejam irrepitíveis, em caso de improcedência da ação mister identificar a postura da postulante. No caso de restar comprovado que a autora agiu de má-fe, ao imputar o reu paternidade, tal gera o dever de indenizar, cabendo, inclusive, a imposição de pagamento por danos morais. (DIAS, 2010, p. 528)

Por tanto, ainda que o legislador tenha excluído a responsabilidade objetiva da gestante, ainda persiste contra ela a responsabilidade subjetiva por danos morais e materiais na forma dos artigos 186, 187 e 927, todos do Código Civil, restando ainda para aquele que prestou os alimentos gravídicos e não os devia, outras maneiras de ser reparado nos danos sofridos, quais sejam, através da ação de repetição de indébito e litigância de má-fé.

CONCLUSÃO

Este presente artigo teve por objetivo analisar de modo conciso, porém detalhado a personalidade jurídica do nascituro, a hipótese de concessão de alimentos gravídicos em face do mesmo e a possibilidade da genitora ser

responsabilizada civilmente nos casos em que seja comprovada a negativa de paternidade.

No que diz respeito ao nascituro foi apontada uma evolução histórica e um estudo resumido de direito comparado do nascituro e as teorias do início da personalidade jurídica, com a finalidade de garantir uma tutela mais justa dos direitos do mesmo.

Quanto aos alimentos gravídicos foi observado a deficiência de legislação pertinente para a proteção dos direitos desse nascituro e a criação de uma lei específica para respaldar e proteger as necessidades tanto da genitora quanto do feto durante a gestação e isso se faz por meio de um auxílio financeiro do suposto pai e até mesmo da mãe, respeitado o binômio possibilidade e necessidade para que fique de forma proporcional para ambos

Diante de toda a análise no que trata o direito do nascituro, entendemos que o mesmo possui personalidade desde a concepção. Contudo o mesmo não se pode falar da capacidade jurídica, admitindo então proteção de todos os direitos inerentes ao nascituro, aplicando-se toda a legislação no que couber, lhes garantido, por exemplo, o direito a vida, o direito a curador quando o pai houver falecido e a mãe apresentar-se na ausência do pátrio poder, o direito a reconhecimento de filiação, o direito a alimentos, direito a reparação por danos morais e ou materiais, dentre uma infinidade de normas que visam salvaguarda-lo.

A lei de alimentos gravídicos permite a condenação do réu ao pagamento das parcelas alimentícias mesmo quando há apenas indícios de paternidade, e é neste ponto que se estabelece uma discussão, pois a condenação com base em indícios pode trazer ao suposto pai uma situação bastante complicada, pois pode estar impondo o pagamento indevidamente e erroneamente, já que a paternidade é presumida, e não atestada cientificamente justamente por ser impedida a realização de exame de DNA antes do nascimento da criança.

Como demonstrado neste trabalho, o artigo que previa a responsabilidade objetiva da gestante por danos morais e materiais causados ao suposto pai foi vetado. As lacunas da lei levaram os juristas a se manifestarem na busca de soluções que possibilitassem a reparação civil em favor do suposto pai que, após realização de exame de DNA, tenha obtido como resultado a negativa de paternidade.

A confirmação da negativa de paternidade, após já ter sido prestado alimentos o suposto pai, permite a este utilizar-se do instituto do dano moral e material previstos no Código Civil, provando a responsabilidade subjetiva da genitora, bem como demonstrando a culpa ou o dolo a que tenha agido a gestante, apresentando, também, documentos que comprovem os gastos que lhes foram imputados indevidamente, cabendo, ainda, a provar os abalos psicológicos que tenha sofrido.

Neste contexto, o presente trabalho buscou identificar as lacunas existentes na Lei nº 11.804/2008 e buscou por demonstrar também como referidas lacunas vem sendo sanada por nossa legislação e jurisprudência no que tange a responsabilidade da gestante caso esta acione na justiça um terceiro inocente, o suposto pai, demonstrando quais ferramentas este possui para reaver o que pagou indevidamente a título de alimentos gravídicos e para que seja indenizado moralmente por todo o dano suportado com base na regra geral do código civil.

REFERÊNCIAS

ALBERTON, Alexandre Marlon da Silva. O Direito do Nascituro a Alimentos. Rio de Janeiro: AIDE, 2001.

ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato. Tutela Civil do Nascituro, 1ª edição, Editora Saraiva, 2000.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível 70020580304. Rel. Marilene Bonzanini Bernardi. Julgado em 28.10.2003. Disponível em <http://www.jusbrasil.com.br/diarios/35212977/djsp-judicial-1ainstancia-capital-13-03-2012-pg-150>. Acesso em: 15 abr. 2017.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 10 ed. rev., ampl. São Paulo: Atlas, 2012. p. 14. 24 Ibid., p. 14. 25 Ibid. p. 18. 26 Ibid., p. 152. 17

CODIGO CIVIL BRASILEIRO, 2002

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias, 7ª edição, Editora Revista dos Tribunais, 2010

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro, 23ª edição, Editora Saraiva, 2008.

FRANÇA, Rubens Limongi. Instituições de direito civil. 5ª edição, Editora Saraiva, 1999.

FREITAS, Douglas Phillips. Alimentos gravídicos e a Lei n. 11.804/2008. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil, Porto Alegre, n. 27, nov./dez. 2008.

GAGLIANO, Pablo Sotze; FILHO, Rodolfo Pamplona. Novo curso de direito civil.8.ed.São Paulo: Saraiva.2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, 6ª edição, Editora Saraiva, 2009.

MADALENO, Rolf. Curso de direito de família. 5ª edição. Editora Forense, 2014
https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4992 acessado em 03/06/2017
<http://reginabeatriz.com.br/alimentos-gravidicos>> acessado em 07/11/2016

Revista Consultor Jurídico, 24 de novembro de 2003, 15h27, acessado em 15/04/2017

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil: parte geral. 24ª edição. v. 1. Editora Saraiva, 1994.

TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil – Volume Único. 4ª edição, Editora Método, 2014.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil.3ª edição. São Paulo: Atlas.2003

WALD, Arnold. Direito de família. Colab. Luiz Murillo Fábregas. 4ª edição. São Paulo: RT, 1981

APLICAÇÃO DA LIBERDADE PROVISÓRIA E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Sérgio Maia Góis
Valberto Azevedo

RESUMO: A liberdade provisória é um instituto penal que permite ao indiciado de um crime o direito de esperar em liberdade o ínterim do procedimento processual penal, desde que as condições que lhe sejam impostas sejam cumpridas sob pena de tê-la revogada. O principal motivo de sua disponibilização repousa na atenuação que os males do cárcere incute àqueles que dele experimentam, principalmente porque a legislação hodierna, tanto constitucional como infralegal, prescreve pela manutenção da liberdade quando as hipóteses por elas abarcadas se encontram na situação fática vivenciada. O presente artigo fará um estudo sobre a liberdade provisória e a dignidade da pessoa humana, fazendo uma análise sobre seu histórico, características, possibilidades de aplicação e demonstração do poder da mídia na influência das prisões, tendo como paradigma os textos normativos internacionais pertinentes aos direitos humanos sob o aspecto da dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Liberdade provisória, dignidade da pessoa humana, medidas cautelares diversas de prisão, poder da mídia, direitos humanos.

ABSTRACT: The provisional freedom is a criminal institute that allows to the indicted of a crime the right to wait in freedom the interim of the criminal procedural procedure, since the conditions that are imposed been fulfilled under sentence of had her revoked. The main reason of your availability rest at mitigation that the prison evils incute to those who tried, mainly because the current legislation, as much constitutional as infralegal, prescribe through the maintenance of the freedom when the hypotheses covered by them find themselves in the experienced situation. The current article will make a study about the provisional freedom and dignity of human person, doing analysis about his history, characteristics, possibilities of application and demonstration of the media power in the influence of prisons, having as paradigm the internationals normative texts relevant to human rights under de aspect of dignity of human person.

1. INTRODUÇÃO

A liberdade, ontologicamente falando, representa o maior bem que um ser humano pode possuir. Apesar de piegas, o presente estudo não tem como intenção utilizar de uma comoção excessiva para fundamentar o mote tratado, pelo contrário, buscar-se-á nas páginas a seguir desenvolvidas abarcar de forma técnico-legal os normativos hodiernamente vigentes.

Ao remeter-se a eventos pretéritos corriqueiramente repetidos na história, perceber-se-á que o assunto ora tratado foi o direito vestibular básico arduamente defendido pela sociedade de outrora. Isto porque, o direito fundamental também

conhecido como de primeira geração é inerente ao homem, ou seja, é anterior à Sociedade, ao Direito e ao Estado. Ela foi concebida ao homem desde a sua criação. A liberdade é imanente à natureza humana, daí porque ser desde sempre mote passível de discussões.

O Estado reconheceu que se não a regulasse não teria controle sobre determinadas ações também inerentes ao homem, por isso permitiu que no âmbito interno a liberdade fosse ampla e abstrata, e no externo fosse restrita e objetiva. Daí porque, esta vir sempre ligada a uma limitação legal, uma vez que assim não fosse o lado primitivo ontologicamente arraigado na espécie humana não seria externamente controlado.

Quando uma limitação é imposta, geralmente vem coadunada com uma sanção, tudo isso para que o ímpeto, naturalmente peculiar ao homem, seja contido e a vontade de exteriorizar o sentimento seja, na maioria das vezes, controlado, contemplando assim, não o bem da vida individualizado, mas de uma realidade social globalizada.

O homem, enquanto gênero, ao escolher viver entre seus pares, teve a necessidade de aprender a conviver com a regulamentação da Liberdade. Permitiu que parcela dela fosse retirada pelo Estado para que o mesmo controlasse possíveis apropriações destas liberdades. Assim não fosse, todos se achariam no direito de fazer qualquer coisa. Por ser a liberdade a pedra de toque dos direitos fundamentais, ela passou por um desenvolvimento histórico que desaguou na realidade fática que vivenciamos hoje. Na esteira da liberdade, a concepção de maior valor para a matéria que ora está sendo analisada não é o simples antagonismo entre liberdade e o cerceamento dela e sim a essência legislativa que norteia os dispositivos referentes ao mote.

Quando a Carta Maior de 88 grafou no título dos direitos e garantias fundamentais de que ninguém seria levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitisse a liberdade provisória, com ou sem fiança (art. 5, inc. LXVI, CF-88), a fez não só para nortear e limitar o conteúdo da atividade legiferante infraconstitucional, o fez também para que os detentores de competência judiciária não deixassem de concedê-la pela discricionariedade excessiva peculiar a alguns deles. Acrescido ao que fora dito, o princípio da dignidade da pessoa humana aparece como super princípio responsável por nortear as decisões tomadas no âmbito judicial.

2. DIGNIDADE COMO PRINCÍPIO NORTEADOR DA LIBERDADE

Coadunado com o que até então foi falado, é imperioso não esquecer que o princípio paradigmático regente na atividade legiferante criacional pátria é o da dignidade da pessoa humana. Apesar de hodiernamente estar incluída em diversas constituições e tratados, sua essência ainda não fora irradiada conforme deveria. É clarividente que a respeitabilidade objetiva ou subjetiva que deveria ser aplicada ao gênero humano não passa de um vetor utópico ainda não atingido. Durante muito tempo a dignidade possuiu significado diverso com o entendido hodiernamente. Quem externa o conceito de dignidade ainda vinculado a mera posição social é o Ministro Luís Barroso:

Em uma linha de desenvolvimento que remonta a Roma antiga, atravessa a Idade Média e chega até o surgimento do Estado Liberal, a dignidade – dignitas – era um conceito associado ao status pessoal de alguns indivíduos ou à proeminência de determinadas instituições. Como um status pessoal, a dignidade representava a posição política ou social derivada primariamente da titularidade de determinadas funções públicas, assim como do reconhecimento geral de realizações pessoais ou de integridade moral. O termo também foi utilizado para qualificar certas instituições, como a pessoa do soberano, a coroa ou o Estado, em referência à supremacia de seus poderes. Em cada caso, da dignidade decorria um dever geral de respeito, honra e deferência, devido àqueles indivíduos e instituições mercedores de tais distinções, uma obrigação cujo desrespeito poderia ser sancionado com medidas civis e penais. Até o final do século XVIII a dignidade ainda não estava relacionada com os direitos humanos. (LUÍS ROBERTO BARROSO, 2011).

Atualmente, a interpretação de dignidade ganha significado diverso, passando a ser compreendida como elemento ínsito a raça humana. Alexandre de Moraes Verbaliza:

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente a pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. (ALEXANDRE DE

MORAIS, 2004).

O adjetivo “digno” ganha significado diverso de outrora, pois torna-se parâmetro axiológico na orientação e compreensão no arcabouço constitucional inserido na Carta Magna vigente. Flávia Piovesan prescreve que:

Os direitos e garantias fundamentais passam a ser dotados de uma especial força expansiva, projetando-se por todo o universo constitucional e servindo como critério interpretativo de todas as normas de ordenamento jurídico nacional. (GUILHERME DE SOUSA NUCCI, 2017).

Apesar de parecer um elemento utópico enxertado na Constituição de 1988, o princípio da dignidade da pessoa humana solidifica a forma global como as nações norteadas pelo Estado Democrático de Direito pensam. Apesar de em algumas situações deixar transparecer a imagem de irrealizável, Guilherme de Souza Nucci externa:

É interessante registrar que, na doutrina em geral, os autores têm a tendência de vestir uma armadura científica imune aos sentimentos humanos. Parece-nos que creem, realmente, na imunidade da ciência humana (especialmente no campo do direito), ao amor, à solidariedade, à bondade, à tolerância, bem como aos sentimentos negativos, tais como ódio, a intolerância, o egoísmo, amaldade, etc. No cenário das ciências criminais, poucos aventuram-se a considerar o humanismo uma fonte hábil para lidar com as punições e também com outras condutas demonstrativas da violência produzida por indivíduos. Pode-se cuidar do princípio da humanidade, afirmando que, no Brasil, são vedadas as penas cruéis. Explicam-se quais são essas penas, buscando-se conferir a elas um conteúdo meramente científico, sem nenhum toque real de humanismo. Aliás, justamente por isso é que o princípio da humanidade encontra-se somente no papel, visto que presos morrem todos os dias em estabelecimentos superlotados, constituindo uma espécie bizarra de pena de morte, enquanto a maioria dos operadores omite-se. Para gozar dos direitos é preciso exercitar os deveres. Para ser atingido um bem estar coletivo, demanda-se segurança pública. O maior desafio para a consolidação da democracia do Brasil está em conter o crescimento da violência com políticas democráticas que não se limitem à ação repressiva, mas que integrem ações sociais de prevenção tão multiformes quanto à violência à combater. (GUILHERME DE SOUSA NUCCI, 2016)

Percebe-se através do que fora dito pelo ilustre magistrado que, apesar do princípio norteador da atividade procedimental jurídica aparecer como fundamento da República Federativa do Brasil engravado no artigo vestibular da Constituição Federal vigente, ainda não se faz efetivamente valer nos dias de hoje. São quase 25 anos que a Carta Maior de 88 determinou pela implementação de seu Artigo 1º, inciso III. É uma norma de eficácia plena que passou por um longo período de amadurecimento e, infelizmente, ainda não conseguiu promover sua essência. Não há mais nenhuma razão plausível que não permita sua aplicação nos milhares de processos criminais em trâmite no país. A maioria dos julgados faz questão de torná-la invisível.

Não cabe, hodiernamente, uma visão retrógrada da sociedade acerca daqueles que de alguma forma experimentam o infortúnio de supostamente ter cometido um ato ilícito. Tem-se que enxergar de maneira tal que a objetividade e as leis sejam cumpridas. O ódio não pode imperar.

É preciso cessar a ideia maniqueísta de sociedade: esta não se divide entre bons e maus; entre honestos e desonestos; entre cidadãos de bem e criminosos. Nunca foi assim e jamais será. Quem hoje atua desonestamente, amanhã pode salvar uma vida. Quem se considera um cidadão de bem, no futuro, pode cometer um delito. Ocorre que muitos se consideram diferentes de outros porque simplesmente não foram surpreendidos em suas mazelas, defeitos e atos ilícitos. Não estamos inseridos em sociedade de almas puras; fosse assim, não existiriam guerras, terrorismo, crimes, etc. Os direitos humanos servem para mostrar ao indivíduo que ele precisa respeitar o próximo exatamente como pretende ser respeitado pelo Estado ou por outros semelhantes. A segurança pública é um direito e um dever de todos, não podendo ser encarada como antagonista da dignidade humana ou dos direitos humanos. Cuida-se de visão obtusa do próprio direito. (GUILHERME DE SOUZA NUCCI, 2016)

Para exemplificar a importância da dignidade da pessoa humana referente ao elemento subjetivo, a jurisprudência pátria julga:

STJ - RECURSO ORDINARIO EM HABEAS CORPUS
RHC 49180 MG 2014/0153510-0 (STJ)
Data de publicação: 15/05/2015
Ementa: PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO. REQUERIMENTO DE ADIAMENTO INDEFERIDO. CERCEAMENTO DE DEFESA. OCORRÊNCIA. RÉU

ACOMETIDO DE NEOPLASIA MALIGNA DA PELVE RENAL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. RECURSO PROVIDO.

Configura-se cerceamento de defesa na hipótese em que o juízo indefere pedido de adiamento da audiência de oitiva das testemunhas da acusação, por impossibilidade de comparecimento do réu, não obstante tenha a defesa juntado atestado médico, datado do dia anterior, no sentido de que ele deveria permanecer afastado de suas atividades, por estar acometido de neoplasia maligna da pelve renal (CID C65.0), situação que, à toda evidência, reveste-se de considerável gravidade. 2. A situação exposta feriu a dignidade do acusado, na medida em que se descumpriu o mandamento constitucional de respeito e proteção ao direito fundamental à saúde. 3. Recurso provido para anular a audiência de oitiva das testemunhas da acusação, realizada no dia 5 de fevereiro de 2014, a fim de que outra se realize com a possibilidade de participação do acusado.

3. LIBERDADE

A liberdade é a razão vestibular da gênese dos direitos humanos e o direito de ir e vir é o pressuposto básico do vetor das liberdades básicas. O cerceamento desse direito deve ser pautado na completude de um conjunto probatório fático e jurídico que consiga dirimir peremptoriamente qualquer dúvida acerca da situação concreta ensejadora de sua retirada. Hoje, infelizmente, o que se tem mais visto são juízes de piso e Tribunais inferiores encarcerando suspeitos com relatórios e dispositivos que não fundamentam verdadeiramente suas decisões.

As fases procedimentais necessárias para o esclarecimento do feito foram técnica e acertadamente implantadas no ordenamento jurídico vigente, uma vez que esse íterim procedimental possibilita a maturação efetiva do processo penal. Não fosse assim, não teria sido implantada nos mais diversos textos penais normativos. Tem-se que introjetar no âmago dos julgadores que os elementos que abarcam cada descrição normativa foram implantados com um objetivo, e se foram massivamente difundidos é porque a liberdade representa o maior de todos os direitos. Não se quer dizer com isso que aqueles declarados culpados, após o trânsito e julgado, não recebam a punição que a lei determina. Apenas, que não pode deixar a emoção ser o norteador da fundamentação jurídica e nem muito menos que a ineficiência do Estado se dê em detrimento dos direitos constitucionalmente tutelados.

A inserção dessas garantias serve para barrar a arbitrariedade notória muita

das vezes realizadas por alguns dos magistrados pátrios. Para aclarar e ratificar a importância acerca da liberdade, e por saber da subjetividade das decisões proferidas, os legisladores, no ano de 2011, através da Lei 12.403, determinaram que as medidas diversas de prisão deveriam ser inicialmente analisadas antes da derradeira tomada de decisão. Se, ao analisar o caso em concreto, o magistrado identificar que as mesmas supram o objetivo ontológico da prisão e requisitos como os previstos no inciso II do artigo 282 do Código de Processo Penal, estas devem ser aplicadas. Deve-se atentar que este prescreve situações na qual se deve aplicar as medidas diversas de prisão. São elas: 1- a adequação da medida à gravidade do crime, 2- circunstância do fato e 3- condições pessoais do indiciado ou acusado. Como se verá em momento oportuno a aplicação desse dispositivo acolhe, inclusive, crimes graves, uma vez que o mesmo não estabeleceu os tipos de crime e sim a gravidade no sentido amplo. Isso envolve todos os graus de gravidade.

O legislador não estabeleceu qualquer restrição no que tange a aplicação das medidas cautelares de prisão. Dessa forma, como se trata de matéria penal constitutiva de liberdade não é possível aplicar analogia extensiva in malam partem. Por isso claro fica que essas medidas podem ser aplicadas, inclusive, aos crimes hediondos, desde que não atribuídos fiança a eles. Traduzindo para o simples português percebe-se que pode-se atribuir liberdade provisória com medidas diversas de prisão aos crimes hediondos desde que sem fiança.

Não se pode enjaular um suspeito quando medidas diversas cumprem o objetivo que a prisão iria cumprir. O grande diferencial nesse caso é que o cidadão na qualidade de suspeito não experimenta as circunstâncias nefastas que o cárcere proporciona. Mesmo quando preso em flagrante, as circunstâncias fáticas permitem que o acusado atravesse a persecução penal respondendo em liberdade.

O homem, em sua esmagadora maioria, comete uma infração devido a circunstâncias temporal e material impostas a ele muitas das vezes casualmente. Antes de tudo, é necessário analisar se excludentes de ilicitude e dirimentes de culpabilidade estão presentes. Sabe-se que apenas o magistrado tem poder para tanto. O detido em flagrante pode estar abarcado por algumas das hipóteses supracitadas e permanecer preso até a audiência de instrução caso seu árbitro não conceda absolvição sumária.

Esse breve relato permite a todos compreender, mesmo que sucintamente,

que a constrição da liberdade é exceção e que institutos mantenedores dessa qualidade estão espalhados em incontáveis dispositivos normativos. A partir daí tentar-se-á concatená-los nas laudas a seguir.

4. SENTIMENTO CONTEMPORÂNEO DE INJUSTIÇA

A forma como o crime é executado, na maioria das vezes, define, para o cidadão comum que toma conhecimento do fato, a maneira como a represália deveria ser aplicada. Apesar da falta de tecnicidade criminal, o cidadão conjectura em seu âmago a pena ideal para a situação fática cotidianamente revelada. Esquecendo que o trâmite processual é constitucionalmente assegurado a todos que nessa situação se encontram. Infelizmente, o mero suspeito no Brasil, em questão de segundos, após a narração da notícia, torna-se condenado em última instância com pena de morte. A última assertiva fora exagerada e propositadamente incluída para demonstrar a descrença no sistema judicial penal pátrio.

O presente estudo busca desmistificar e, principalmente, aclarar a possibilidade de aplicação do benefício da liberdade provisória nos crimes hediondos sem com isso que aqueles que de alguma forma tiveram seus bens, patrimoniais ou não, ceifados radicalmente de seus convívios deixe de sentir que a justiça fora cumprida.

Tem-se que extirpar peremptoriamente da mente daqueles que sofrem perda de um bem penalmente tutelado que institutos penais garantidores de um processo legal consubstanciado com garantias constitucionais negativas não são formas de diminuição da “justiça” deles e sim que foram legalmente instituídos para que ninguém sofra a mácula nefasta do cárcere quando o fato concreto permita que se responda à acusação em liberdade. Necessário deixar claro que as normas penais garantidoras não têm como essência deixar de punir aquele que cometera infração penal tipificada, apenas prima pela segurança processual amplamente tutelada pela Carta Magna.

A sociedade hodierna, cansada de não mais acreditar no sistema punitivo da pátria em que vive, desacredita por inteiro naquilo que poderia considerar justiça. Acha que as leis do país são falhas e que o “criminoso” não recebe a reprimenda equivalente à ação praticada. Sem saber, na maioria das vezes, que a maior problemática encontra-se na falta de estrutura física apta a abarcar aqueles que se

utilizam das fases dos regimes prisionais.

Através da atividade legiferante infralegal foram instituídas, acertadamente, os regimes prisionais aplicados no Brasil. O Código Penal, artigo 34 e seguintes, delinea a forma com que cada um deles será aplicado para aqueles que dos regimes se utilizam. Por acreditar veementemente no retorno do apenado ao seio social, o Brasil baseia-se pela progressividade dos regimes. O grande problema é que os regimes semiaberto e aberto praticamente não existem. O 1º prescreve que o apenado enquadrado naquele regime deveria cumprir em colônia agrícola ou industrial ou estabelecimento similar, trabalho para que seu retorno ao cotidiano laboral na sociedade se desse de forma mais harmônica. O aberto retrata que o apenado estaria condicionado a consecução de uma atividade laboral durante o período matutino e vespertino tendo seu recolhimento em casa de albergado ou similar no período noturno como obrigatório. Tomando por exemplo o Estado da Paraíba, a única cidade a ter colônia agrícola ou industrial é o Município de Sousa, sendo inexistente a casa de albergados inclusive na capital João Pessoa.

Pelo fato desses regimes inexistirem na prática, o STF, em sua Súmula Vinculante 56, determina que: “a falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS”. Dessa forma, constata-se que o apenado sai do regime fechado para o aberto ou abertíssimo. Este último, apesar de inexistente, foi assim caracterizado pelas condições fáticas hodiernamente encontradas.

Apesar de não ser o mote do tema, essa breve explanação serve para fundamentar o ceticismo amplamente sentido pelos cidadãos, uma vez que, na prática, consta-se que o condenado pula um regime para voltar ao convívio dos livres. O argumento ontológico para se aplicar a progressividade é por demais válida e louvável, desde que o sistema prisional possuísse estrutura suficiente para sua implementação.

Por conta disso verifica-se que o instituto da liberdade provisória é tido pelos leigos como benefício causador da injustiça, uma vez que possibilita ao suspeito ou acusado responder o processo criminal, quando as condições legais assim permitem, em liberdade. Doravante se constatará que a pertinência do benefício supracitado tem como pressuposto maior o Princípio da Dignidade da Pessoa

Humana e dos dispositivos normativos negativos encontrados aos montes nos direitos e garantias fundamentais da Lei Maior.

5.O INSTITUTO DA LIBERDADE PROVISÓRIA E AS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DE PRISÃO

O instituto penal em epígrafe, parte inicial, retrata cenário em que ao acusado será concedido o benefício da soltura provisória durante o trâmite da persecução penal quando verificadas situações previstas normativamente que possibilitem seu provimento, contanto que atenda a certas imposições determinadas pelo magistrado. Inexistentes as razões de manter em cárcere o acusado, deverá a autoridade coatora pô-lo imediatamente no seio da sociedade. É assim que se posicionam os Tribunais de Justiça pátrios.

TJ-PR - Habeas Corpus Crime HC 4405423) Data de publicação: 08/11/2007

Ementa: HABEAS CORPUS - TENTATIVA DE HOMICÍDIO - PRISÃO EM FLAGRANTE - PEDIDO DE LIBERDADE PROVISÓRIA INDEFERIDO "POR GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA" - CONCEITO VAGO, FLUIDO, SEM NATUREZA CAUTELAR - FUNDAMENTO NA GRAVIDADE DO FATO TÍPICO E ELEVADO GRAU DE CRIMINALIDADE NA CIDADE

- AUSÊNCIA DE FATO CONCRETO A ENSEJAR A CUSTÓDIA PREVENTIVA DO PACIENTE -

APLICAÇÃO DE MEDIDA CAUTELAR PESSOAL ALTERNATIVA À PRISÃO - POSSIBILIDADE - PERMISSÃO LEGAL, COM O ADVENTO DA LEI

11.464 /2007, DE CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA PARA CRIMES HEDIONDOS E ASSEMELHADOS - ORDEM CONCEDIDA.

(1) A prisão em flagrante, de acordo com um entendimento mais moderno, perdura tão-somente até a comunicação da custódia, pela autoridade policial ao juiz, o qual, em decisão fundamentada, homologa o ato administrativo ou determina a soltura do preso em caso de nulidade da inaugural do inquisitório, caso não incidente fato concreto que autorize a decretação da prisão preventiva. (2) Toda prisão cautelar, por ser medida de exceção, impõe demonstração inequívoca da necessidade e utilidade da medida para o processo-crime. Portanto, não basta a presença do *fumus comissi delicti* (prova da materialidade e indícios suficientes de autoria - art. 312, 2.ª parte, do CPP). Ainda, no mesmo sentido, é requisito intransponível, a explicitação clara e precisa de pelo menos uma das situações fáticas precursoras do *periculum libertatis*,

previstas no art. 312 , 2ª parte, do CPP . In casu, a autoridade apontada como coatora utilizou como razões de decidir o argumento ministerial de que sua conduta é grave e pôs em risco a ordem pública, em virtude do grande número de crimes contra a vida, tentados ou consumados, na cidade, com grande descrédito à Justiça. Todavia, a garantia da ordem pública é um conceito vago, impreciso e fluido, a qual contrasta com o Estado Democrático de Direito, previsto no preâmbulo e no artigo 1º , caput, da CF/88 . Assim, tal modalidade de prisão cautelar para não representar ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana, há que ser motivada em fatos concretos e pertinentes. (4) A garantia da ordem pública, diante de sua fluidez, não possui caráter cautelar ao processo penal, em paradoxo com a natureza acautelatória da prisão preventiva. Muito pelo contrário, funciona como medida de prevenção geral e especial ao mesmo tempo. Ou seja, o magistrado, ao decretar a prisão preventiva para garantia da ordem pública, sem fundamentação adequada atribui à medida cautelar função típica da pena. (5) Conforme reiterada jurisprudência, a gravidade do delito, por si só, não representa fundamento suficiente para ensejar a decretação da prisão preventiva, pois tal medida se divorcia totalmente de sua natureza cautelar. (6) Todavia, é possível vislumbrar-se a aplicação de medidas cautelares alternativas à prisão preventiva, que deverão ser aplicadas pelo juiz criminal em consonância com o caso concreto. O descumprimento destas, autorizarão a prisão cautelar, em autêntica adoção do content of court. (7) Por outro lado, a alteração do artigo 2º, inciso II, da Lei 8072/90, procedida pela Lei 11.464/2007, passou a não vedar a concessão de liberdade provisória nos crimes hediondos e assemelhados. Ou seja, houve a positivação de jurisprudência, no sentido de o magistrado verificar no caso concreto a possibilidade ou não de concessão de liberdade provisória no caso de crime hediondo ou assemelhado. Ordem concedida. Acórdão

ACORDAM os magistrados integrantes da Primeira Câmara Criminal, do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em conceder a ordem impetrada, nos termos do contido no voto e sua fundamentação.

A liberdade provisória é um direito subjetivo do cidadão, motivo pelo qual ao juiz não cabe a possibilidade de poder conceder, e sim do dever conceder, quando presentes os elementos fáticos e jurídicos determinantes para a soltura.

Sua existência se justifica pelo princípio da presunção da inocência. Não seria salutar, nem mesmo justo, impor ao acusado que ainda não passou pela instrução judicial probatória os efeitos nefastos do cárcere. Até porque a concretização da realização do benefício submete o acusado a obrigações que o vinculam ao

processo e ao juízo. Caso não haja o cumprimento efetivo das condições impostas poderá o magistrado revogar a liberdade.

Importante ressaltar o papel que a lei 12. 403/11 teve no mote analisado. Até então a liberdade provisória funcionava apenas como uma medida de contracautela sucedânea a prisão em flagrante. O juiz não possuía ferramentas legais para aplicar outra medida cautelar diversa de prisão. À prisão preventiva não era disponibilizada nenhuma medida cautelar. Isso queria dizer que muitas vezes o magistrado revertia o flagrante em preventiva sem fundamento porque de outra forma teria que conceder a liberdade provisória sem nenhuma condicionante obrigatória, a não ser de comparecer em juízo.

A Carta Magna exterioriza no inciso LXVI do artigo 5 que existe o instituto da fiança. Da mesma forma o inciso VIII do artigo 319 do Código Penal também o faz. Renato Brasileiro de Lima em sua obra Legislação Criminal Especial Comentada define fiança e sua importância na lei 12403/11:

... a fiança tem como finalidade precípua assegurar o cumprimento das obrigações processuais do acusado, na medida em que este, pelo menos em tese, tem interesse em apresentar, em caso de condenação, para obter a devolução da caução. Com as mudanças produzidas pela lei 12403/11, houve uma ampliação das hipóteses de admissibilidade de concessão de liberdade provisória com fiança, porquanto o art. 323 do CPP limitou-se a incorporar ao Código de Processo Penal apenas as vedações constitucionais à fiança (racismo, tortura, tráfico de drogas, terrorismo, crimes hediondos e crimes cometidos por grupos armados, civis ou militares contra a ordem constitucional e o Estado Democrático), sendo que o artigo 324 do CPP deixou de prever qualquer requisito relacionado com a quantidade de pena para considerar o crime infiançável. (RENATO BRASILEIRO DE LIMA, 2015).

As medidas cautelares prescritas nos artigos 319 e 320 do Código de Processo Penal corroboram peremptoriamente a intenção precípua do legislador constitucional, uma vez que passaram a permitir, melhor dizendo, exigir, que a regra é responder a qualquer processo penal em liberdade. As nove hipóteses do artigo 319 e o artigo 320 do Código de Processo Penal consubstanciam amplamente formas eficientes de obrigações a serem realizadas pelo acusado. Vejamos algumas dessas hipóteses:

Art.319. São medidas cautelares diversas de prisão:

comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;
proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;
proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;
(...)

O legislador ordinário ao esmiuçar em lei infralegal o desejo ontológico do constituinte o faz acertadamente. Até porque nos casos que envolvam uma maior contraprestação do acusado ao juiz é permitido cumular os dispositivos normativos previstos no artigo 319 do Código de Processo Penal. O mote fruto do embate até então (Liberdade Provisória) será melhor detalhado no tópico que retrata a possibilidade de aplicação de liberdade provisória sem fiança nos crimes hediondos.

6.0 PODER DA MÍDIA NA INFLUÊNCIA DAS PRISÕES

O Estado Democrático de Direito no qual o Brasil está inserido não pode permitir que a prisão provisória tenha natureza condenatória, pois dessa forma representaria antecipação de futura condenação. História essa vivida até bem pouco tempo atrás na ditadura militar. A Norma Maior de uma nação, em nenhuma hipótese, pode ter seu alcance mitigado por conta de uma atividade judicial norteadada pelo clamor social difundido pela mídia de massa. O instituto da liberdade provisória vem para incutir peremptoriamente na mente dos magistrados que a mesma tem natureza acautelatória. Em outras palavras pode-se ratificar que o agente suspeito só poderá ser recolhido ao cárcere na extrema necessidade.

Não importa se a divulgação dada pela mídia de alguns casos criminais tenha como intenção ganhar a guerra pela audiência ou, como já foi visto em alguns casos, tentar direcionar a obtenção de um resultado almejado. Não importa! O que se tem visto é a mídia pátria transformando o suposto cometimento de um crime em um verdadeiro “espetáculo criminal” transmitido para todo o país. Entretanto, em que pese a mídia estar exercendo o seu papel social no momento em que noticia a ocorrência de um fato criminoso, acabam por esquecer, ou propositadamente ignorar, que os acusados, ou pior, ainda suspeitos, estão tendo publicizados seus

processos.

É notório que quando os holofotes são direcionados, os mesmos sofrem consequências da espetacularização do crime que, supostamente, cometeram. Dentre estas consequências, a principal é a influência que poderá atingir a neutralidade do juiz da causa no momento da fundamentação ou a manutenção da prisão preventiva do acusado ou do tribunal do júri nos crimes contra a vida. Pior do que a situação narrada anteriormente, se constata na hipótese em que existe apenas uma mera suspeita. Nestes casos, o magistrado utiliza-se da discricionariedade subjetiva possibilitada nas hipóteses em que se encontra mais de um modelo objetivo para se fundamentar uma determinada questão. Não se está através deste posicionamento afirmando que não deva existir a discricionariedade do magistrado, óbvio que deve existir. É pra isso que ele está lá! Só que em casos como esse sua discricionariedade está contaminada. Aclara-se definitivamente esse imbróglio quando se pensa em uma prisão preventiva. Neste, o juiz “objetivamente” utiliza-se de dispositivos que podem ser utilizados com certa discricionariedade, ex: prisão preventiva decretada como garantia da ordem social. Alguém sabe objetivamente o que é a ordem social?

Isto posto, os meios de comunicação de massa, ao publicizarem determinado caso criminal, passam a fomentar esta crença punitivista na sociedade e, até mesmo no órgão decisor. Apesar do dever de imparcialidade, este último, acaba se tornando suscetível aos apelos midiáticos e, em alguma medida, influenciado no momento da fundamentação ou manutenção de prisão preventiva do acusado para, com isso, fornecer uma resposta imediata à sociedade que clama por punição. Ocorre que, conforme alerta Eugênio Pacelli de Oliveira (2010, p. 523), “a prisão preventiva revela a sua cautelaridade na tutela da persecução penal, objetivando impedir que eventuais condutas praticadas pelo alegado autor e/ou por terceiros possam colocar em risco a efetividade do processo”.

Infelizmente, ao que parece, na prática, as medidas cautelares tem sofrido limitação notória, uma vez que raramente são aplicadas quando tem-se verificado a atuação decisiva da mídia. A decretação de prisão preventiva no Brasil vem sendo utilizada de maneira excessiva pelos magistrados e mantida pelos Tribunais, o que dificulta a coexistência entre prisão preventiva e presunção de inocência.

A motivação das decisões nos casos com significativa repercussão,

geralmente, é bastante superficial, o que viola os princípios da provisoriedade (breve duração da prisão preventiva) e da excepcionalidade (prisão preventiva como ultima ratio do sistema).

Trouxe-se à baila essa discussão com o objetivo precípuo de se constatar que os casos concretos que tiveram grande repercussão midiática tiveram a tecnicidade jurídica comprometida.

Caso emblemático que abarca o que está sendo tratado refere-se a Alexandre Nardoni e Anna Carolina Jatobá, condenados por júri popular pelo assassinato de Isabella Nardoni, uma indefesa criança que morreu ao despencar de um edifício em São Paulo. Essa matéria não é trazida à tona no intuito de reviver o caso que talvez tenha sido o mais divulgado na mídia nacional. Também não será levantada hipótese de ter ou não ter sido feito justiça. Necessário simplesmente atinar as pessoas que acompanharam que até as perícias realizadas divergiam com relação a alguns pontos, porque então não foram dados a dois suspeitos sem antecedentes criminais a possibilidade de responderem em liberdade? Aprende-se nos bancos da Universidade que para decretar prisão preventiva acautelatória baseada em ordem social, econômica, por conveniência de instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal faz-se necessário analisar a concretude que fundamenta a decisão e não meras suposições vindouras baseadas no achismo. O fato de serem relativamente abastados financeiramente não poderia ser justificativa de fuga ou embaraço ao andamento processual. Todavia, quem seria o corajoso magistrado a conceder liberdade provisória ao casal Nardoni?

7. POSSIBILIDADE DA APLICAÇÃO DA LIBERDADE PROVISÓRIA SEM FIANÇA AOS CRIMES HEDIONDOS

Antes de falar acerca da aplicação do instituto da liberdade provisória sem fiança aos crimes hediondos, importante é estar atento ao que diz a Constituição de 88. Ainda mais importante é saber que a harmonização é a principal técnica que dirime qualquer conflito instalado entre normas de mesmo poder hierárquico. Dessa forma, em virtude do princípio da unidade constitucional, o inciso LXVI, do artigo 5º, que fala que ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança, não poderá ser interpretado isoladamente,

permitindo assim ao legislador ordinário a possibilidade ou não de conceder a liberdade provisória.

Se assim o fosse a ele seria conferido grau de discricionariedade na não implementação do instituto em comento aos crimes mais graves, deixando, dessa forma, que influências momentâneas norteassem a atividade legiferante na seara penal. Junto ao inciso supracitado tem-se que analisar o dispositivo normativo que vem logo a seguir. O inciso LXVII, do mesmo artigo constitucional, contempla o princípio da presunção de não culpabilidade. Ainda no artigo 5º temos o inciso LXI que prescreve que toda e qualquer prisão antes de transitado em julgado de sentença condenatória tem natureza cautelar. Para sua decretação é necessário ordem escrita fundamentada de autoridade judicial competente. Com isso fica claro que faz-se necessário a coadunação harmônica entre as três para que a interpretação se dê de forma que o legislador constituinte contemplou. Renato Brasileiro de Lima, na obra Legislação criminal especial comentada retrata o que ora foi externado:

Em outras palavras, ao se restringir a liberdade provisória em relação a determinado delito, estar-se-ia estabelecendo hipótese de prisão obrigatória, em clara e evidente afronta ao princípio da não culpabilidade. De mais a mais, ao se vedar de maneira absoluta a concessão da liberdade provisória, tais dispositivos legais estariam privando o magistrado da análise da necessidade da manutenção da prisão cautelar urgente do agente, impondo verdadeira prisão ex lege. (RENATO BRASILEIRO DE LIMA, 2015).

Com isso, percebe-se claramente que se fosse dado ao legislador ordinário o poder inclusive de tratar da questão de concessão de liberdade provisória sem analisar o caso concreto tirar-se-ia do magistrado qualquer poder de análise. Conclui o doutrinador:

Criar-se-ia, então, um juízo prévio e abstrato de periculosidade, feito pelo legislador, retirando do poder judiciário o poder de tutela cautelar do processo e da jurisdição penal, que só pode ser realizado pelo magistrado a partir dos dados concretos de cada situação fática. (RENATO BRASILEIRO DE LIMA, 2015).

Depreende-se com tais assertivas que não pode afastar da autoridade judiciária a análise não só da instituição como da necessidade da manutenção da prisão cautelar, ou seja, apesar do que diz o inciso LXVI o legislador ordinário não

tem o poder absoluto de vedação no que tange liberdade provisória.

Quando analisa-se o dispositivo normativo que fala sobre a prisão em flagrante, artigo 310 do Código de Processo Penal visualiza-se que a continuação da prisão em flagrante se baseia em necessidade cautelar, ou seja, a própria lei posteriormente estipula quais critérios serão analisados para que o estado de flagrância seja convertida em preventiva, quando presentes um dos motivos constantes nos artigos 312 do CP. Vejamos os artigos:

Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente:

relaxar a prisão ilegal, ou;

converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art.312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas de prisão; ou

conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Apesar de estarem presentes o conjunto probatório que identifique o cometimento do crime, e quando se fala isso se tem no caso concreto a materialidade do crime e o *fumus comissi delicti*, é possível que ao acusado seja dado a liberdade provisória.

Junto a todos esses dispositivos normativos supramencionados o artigo 282 do CPP prescreve sobre disposições gerais acerca das medidas cautelares e da liberdade provisória, vejamos:

Art.282. As medidas cautelares previstas neste título deverão ser aplicadas observando-se a:

necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais;

adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

Ela vem complementar o que outrora a CF vigente pretendia e determinava. Seus dois incisos afastam peremptoriamente a possibilidade da aplicação absoluta da vedação da liberdade provisória pelo legislador ordinário. Essa exteriorização afastou a possibilidade de haver tarifação de crimes ao bel prazer do legislador, achando este que a concessão ou não do benefício ficaria sujeito à comoção

popular.

Foi de fundamental importância a inserção da lei 12.403/11 no ordenamento jurídico, pois como norma reguladora que trata de disposições gerais ela definiu as inúmeras hipóteses que possibilitariam tal concessão. O inciso II retrata claramente que terá que se analisar a adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado. O dispositivo em comento utiliza-se da expressão e no que se refere às hipóteses passíveis de análise, deixando claro que é um caso de hipóteses cumulativas. Mais uma vez se depara, agora na legislação infralegal, que a liberdade do acusado configura a regra geral, uma vez que para que haja a manutenção de um preso no sistema carcerário as hipóteses legais tem que estarem coadunadas e para que isso ocorra a situação concreta analisada terá que ser absurdamente grave. Ainda no que se refere ao artigo 282 do CP, o inciso I, in fine, revela que para a não concessão do benefício serviria para evitar a situação que causasse prática futura de infração penal. Isso significa dizer que seria necessário uma análise da periculosidade no caso concreto. Este inciso foi negado quando solicitado pela liberdade provisória para o casal Nardoni. Analisando de forma fria e técnica, como afastar ou declarar perigoso um casal que não tinha antecedentes criminais e se mostravam pacíficos no meio social que conviviam? Infelizmente estavam em um dia ruim. Acontece com quase todo mundo.

Dito tudo isso, consegue-se enxergar com mais clareza que independentemente do crime o que será levado em consideração são as hipóteses contidas nos dispositivos normativos amplamente debatidos acima. Não importa se hediondo ou não. Pra corroborar o que fora dito Renato Brasileiro de Lima em sua obra Legislação Criminal Especial Comentada verbaliza:

O Supremo Tribunal Federal tem se manifestado no sentido de que o fato de ser o crime hediondo, por si só, não impede a concessão da liberdade provisória, na medida em que qualquer prisão imposta antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, por ser dotada de natureza acautelatória, só pode ser determinada excepcionalmente, e quando estiver demonstrada sua necessidade a partir de dados concretos constantes dos autos. (RENATO BRASILEIRO DE LIMA, 2015).

É assim que tem se posicionado o STJ como demonstra o julgado abaixo proferido: **STJ - AGRAVO**

REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS AgRg no HC 102326 SP 2008/0059433-0 (STJ)

Data de publicação: 13/10/2008

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICCODE DROGAS. POSSIBILIDADE DA LIBERDADE PROVISÓRIA. AUSÊNCIA DE SUA PROIBIÇÃO NA LEI 11.464 /07. PRISÃO EM FLAGRANTE. LIBERDADE PROVISÓRIA. RECURSO A QUE SE

NEGA PROVIMENTO. 1. A vedação da liberdade provisória não pode estar fundamentada apenas na gravidade abstrata do crime. 2. A proibição da liberdade provisória com fiança não compreende a da liberdade provisória sem a fiança. 3. A Lei 11.464 /07 não impede a concessão da liberdade provisória nos crimes hediondos, sendo de natureza geral em relação a todos os crimes dessa natureza. 4. Recurso a que se nega provimento.

Tal posicionamento tem desagradado diversos setores da sociedade. Diferente opinião tem-se encontrado na seara jurídica, uma vez que esse entendimento é dotado de tecnicidade jurídica. Renato Brasileiro de Lima retrata:

Ao se permitir em tese a concessão de liberdade provisória sem fiança aos autores de crimes hediondos, de modo algum se está afirmando que todo e qualquer autor de crime hediondo e equiparado será colocado em liberdade. Na verdade, admite-se a análise da imprescindibilidade da manutenção da prisão cautelar, devendo o juiz apontar de maneira fundamentada a hipótese do art. 312 do CPP que justifica sua segregação, ou, caso contrário, que seja concedida ao preso a liberdade provisória sem fiança, cumulada, se for o caso, com as medidas cautelares diversas da prisão. (RENATO BRASILEIRO DE LIMA, 2015).

Pode-se perceber de forma clarividente que no mesmo sentido tem se posicionado a jurisprudência pátria: “Se o réu é primário de infração e de bons antecedentes (...) a Liberdade Provisória é um direito e não uma faculdade, desde que os autos demonstrem que a negativa do benefício foi baseada em hipotética conveniência da instrução criminal.” (TAMG- JBCR 12/104).

Para que não reste nenhuma dúvida acerca do mote, conclui-se: “Não é apenas uma faculdade o juiz dar a Liberdade Provisória a quem faz jus. É uma faculdade dever, pois desde que presentes os pressupostos para a sua concessão, o negar benefício caracteriza coação ilegal.” (TACRIM-SP, 05/10/82).

Igualmente, o doutrinador rio grandense Eugênio Pacelli entende que a prisão

é excepcional:

A custódia, então, vedada a antecipação da culpabilidade, deve se orientar pelo critério da excepcionalidade, fundada, sempre, em razões de cautela, quando revelada a necessidade de prisão, como única forma de preservação da eficácia e efetividade da jurisdição penal. (EUGÊNIO PACELLI, 2000).

8. TUAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NO ÂMBITO INTERNACIONAL FRENTE AOS TEXTOS NORMATIVOS INTERNOS

O princípio da dignidade da pessoa humana “impôs” aos mais diversos estados do globo uma relativização em suas soberanias. Porque hoje, mecanismos internacionais tantos foram criados sob a perspectiva de que a dignidade do ser humano das mais diferentes etnias e religiões fosse fiscalizada sob um enfoque homogêneo.

Os estados soberanos internacionais recebem pressão das mais diversas sociedades para que se comprometam a respeitar e fazer cumprir as obrigações de abrangência internacional. É notório que por mais que um país relute em relação a sua entrada nos tratados pertinentes aos direitos humanos, quando não o faz não é visto com bons olhos perante a sociedade internacional. Isso reflete principalmente nas relações econômicas dos países, uma vez que apesar de entendimento doutrinário amplo, essa é a principal e talvez única sanção que um Estado soberano pode infligir a outro.

Hodiernamente, faz-se necessário que os Estados atenuem a concepção de soberania histórica e ontologicamente conhecida, porque foi constatado que determinados componentes são ínsitos à natureza humana, e como tais, são parte de um todo, independente de onde ele tenha nascido. Para tanto faz-se imperioso que haja um reconhecimento global da matéria debatida. Infelizmente, ainda não é unísono o posicionamento que entende que determinadas matérias necessariamente devem transcender outras. Pedro Baptista Martins é um deles e transcreve sobre o mote:

A conservação do Estado soberano será a negação da natureza jurídica do direito externo e, por conseguinte, a

consagração da anarquia internacional. Mas, nem por isso, o imobilismo jurídico renunciou de vez à noção de soberania. Os internacionalistas, na sua grande maioria, têm-se mantido fiéis a ela, sustentando a conveniência de sua conservação, embora reconheçam que, mantida com o seu conceito originário, será uma fonte de permanentes dificuldades opostas ao desenvolvimento do internacionalismo.

Para não suprimi-la, preferiram submeter a uma extravagante revisão o seu conteúdo, procurando adaptá-los às condições de vida internacional e às aspirações pacifistas de que se acha animada a civilização contemporânea. A conciliação, porém, é impossível e o direito externo só se afirmará definitivamente depois que tiver lançado os seus fundamentos sobre as ruínas da soberania nacional. (VALERIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI, 2017).

Com a devida vênia acerca do que fora verbalizado acima, os casos que envolvem direitos humanos, principalmente os referentes aos de 1ª geração (liberdade) não podem ser abarcados pelo referido posicionamento.

Entendimento mais atual pode-se constatar pelo autor Valerio de Oliveira Mazzuoli quando prescreve:

A verdadeira soberania deve consistir na cooperação internacional dos Estados em prol de finalidades comuns. Um novo conceito de soberania, afastada a sua noção tradicional, aponta para a existência de um Estado não isolado, mas incluso em uma sociedade e em um sistema internacional de proteção de direitos como um todo. Os atos dos Estados são tanto mais soberanos quanto mais asseguram o cumprimento dos direitos humanos no plano interno, sem qualquer distinção de raça, sexo, língua ou religião. Como destaca Boutros-Ghali, “ainda que o respeito pela soberania e integridade do Estado seja uma questão central, é inegável que a antiga doutrina da soberania exclusiva e absoluta não mais se aplique e que esta soberania jamais foi absoluta, como era então concebida teoricamente”, arrematando que enfatizar os direitos dos indivíduos e os direitos dos povos é uma dimensão da soberania universal, que reside em toda humanidade e que permite aos povos um envolvimento legítimo em questões que afetam o mundo como um todo. (VALERIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI, 2017).

Valerio de Oliveira Mazzuoli ainda externa:

Nada que se faça, no plano internacional, relativamente à proteção dos direitos humanos é capaz de ameaçar qualquer estrutura do Estado de índole interna, mesmo

porque os sistemas internacionais de proteção (global ou regionais) são complementares e coadjuvantes dos sistemas de proteção internos, somente atuando se, internamente, não for possível levar a cabo a proteção devida. (VALERIO DE OLIVIRA MAZZUOLI, 2017).

A importância do mote foi tanta que o Supremo Tribunal Federal teve que se manifestar de uma vez por todas sobre o embate. Tudo isto demonstra a influência com que os textos normativos externos na seara dos direitos humanos têm sobre os mais diversos Estados soberanos.

O Recurso Extraordinário de número 466.343 serviu para que as relações conflitantes entre os textos normativos referentes aos direitos humanos contidos no plano externo e a legislação interna fossem dirimidas, uma vez que a corte suprema pátria posicionou-se pela inconstitucionalidade da prisão civil do depositário infiel. A decisão supracitada ainda revolucionou o entendimento acerca da hierarquia normativa dos tratados internacionais de direitos humanos ao atribuí-la caráter de norma supralegal.

A deliberação em comento corroborou posicionamento que o direito internacional hodierno já possuía, qual seja o de atribuir características ontológicas a pessoa humana como um todo. O valor do homem enquanto gênero encontra sua entonação jurídica em seus direitos fundamentais, não sendo o mesmo um sujeito diferente no plano global. Daí porque não se pode desvencilhar a liberdade, a tolerância e o respeito ao gênero humano de acordo com as formas de governo ou maneira de pensar dos Estados inseridos nos quatro pontos cardeais do globo terrestre. Suas características basilares possuem grau de personalismo universal, razão pela qual os dispositivos referentes ao texto protecionista humanitário pactuado em San Jose na República da Costa Rica foi introjetado corretamente em nosso ordenamento jurídico.

Com apenas um voto contrário, O Supremo Tribunal Federal solidificou o entendimento preteritamente existente, qual seja os tratados e convenções internacionais quando recepcionados e aprovados por atividade legiferante específica teria status de Emenda Constitucional.

A Suprema corte assim decidiu porque conseguiu extrair a máxima eficácia do quadro normativo internacional humanitário por entender que sua atribuição, entre outras, é efetivar os direitos garantidos pela própria Constituição vigente, tendo

como um dos dispositivos mais importantes a dignidade da pessoa humana.

O Recurso Extraordinário passou a ser utilizado como paradigma em todos os casos que envolviam o texto do Pacto de San Jose da Costa Rica, conforme demonstra a Jurisprudência pátria:

STJ - RECURSO ORDINARIO EM HABEAS CORPUS
RHC 23606 SC 2008/0102501-4 (STJ)

Data de publicação: 05/02/2010

Ementa: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS - EXECUÇÃO - DEPOSITÁRIO INFIEL -DECISÃO JUDICIAL - AMEAÇA DE PRISÃO CIVIL - HABEAS CORPUS - TRIBUNAL "A QUO" - ORDEM DENEGADA - NOVA ORIENTAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE A MATÉRIA - RECONHECIMENTO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO CIVIL, EM TODAS AS HIPÓTESES, DO DEPOSITÁRIO INFIEL - PRINCÍPIO DA ISONOMIA - INTERESSES DAS PARTES LITIGANTES - SEGURANÇA JURÍDICA - NECESSIDADE DE ADOÇÃO DE REFERIDA ORIENTAÇÃO POR ESTACORTE. I - Não obstante tradicional orientação nesta Corte, há muitos anos, pela não aplicação do Pacto de São José da Costa Rica – em vigor no Brasil desde o advento do Decreto n. 678 , de 6 de novembro de 1992 – ao caso do depositário infiel, cumpre destacar que o C. Supremo Tribunal Federal (STF) em recente julgamento, do dia 3.12.2008, quando foram apreciados os Recursos Extraordinários 466.343/SP e 349.703/RS e o HC 87.585/TO, tornou definitiva a orientação no sentido da inconstitucionalidade da prisão civil, em todas as hipóteses, do depositário infiel, circunstância que, por si mesma, impõe a concessão da ordem no caso concreto. II - Sensível a essa mudança de orientação, o próprio Superior Tribunal de Justiça, inclusive com o voto do Relator do presente recurso, já proferiu julgados que acompanham a diretriz do Supremo Tribunal Federal, no sentido da inviabilidade da prisão civil do depositário infiel. Precedentes. Recurso provido para concessão da ordem e afastamento da prisão como depositário infiel.

9. CONCLUSÃO

Fica claro, peremptoriamente, que a Liberdade Provisória, tanto para os crimes hediondos quanto para os demais, está coadunada intrinsecamente a individualidade do caso concreto. Dessa forma, comprovado está que o epíteto de crime hediondo não pode passar por cima de princípios constitucionalmente tutelados.

A dignidade da pessoa humana deverá sempre indicar o caminho do emprego

da ordem democrática para que dessa forma o Estado de Direito arduamente conseguido não seja tão facilmente desrespeitado.

O instituto em comento não pode ser visto pela sociedade como fonte ensejadora de injustiça, pois, se assim fosse, todos que fazem parte dela estariam sujeitos a experimentação contínua dos malefícios irreparáveis que o cárcere provoca. E o pior, voltaria a viver época em que um mero suspeito restaria por enjaulado até o trânsito em julgado de processo criminal a ele imputado.

A situação dos presídios brasileiros agrava o processo de “reeducação social” impostos aqueles que perdem sua liberdade, tendo em vista que a engrenagem responsável pela máquina da instituição carcerária deforma todos aqueles que dela experimentam. Os castigos físicos geradores de deformações corporais cotidianamente impostas pelos agentes penitenciários ou pelos outros detentos não são os únicos a provocar danos. A violência mental é a pior, uma vez que é insanável. Razão esta, dentre outras, que a liberdade provisória impera, pelo menos em tese, no ordenamento jurídico hodierno para o cometimento de qualquer tipo de crime, inclusive os hediondos. Daí porque deve se fazer valer quando a situação fática assim permitir.

A época em que a manutenção do encarceramento do ser humano era motivada por argumentos frágeis não pode voltar a vigorar, tendo em vista que o mundo abarcado pelas nações incrustadas ontologicamente pelo Estado Democrático de Direito não mais admitem que direitos pertencentes ao gênero humano sejam minimamente desrespeitados.

Pôde-se perceber com o que foi exaustivamente explanado que a liberdade tem o poder de coadunar diversos assuntos jurídicos. Principalmente porque se trata de mote da ordem do dia.

A contemporaneidade da temática faz com que se analise o conteúdo de forma sistêmica, para que nenhuma faceta deixe de ser analisada. Dessa forma foi feita. Ao harmonizar todos esses aspectos uniformemente tem-se que a liberdade, seja provisória ou não, tornou-se alvo de discussão nos textos normativos internacionais e está amplamente tutelada pelas mais diversas instituições jurídicas, tendo em vista que é o direito mais protegido em todo o mundo.

REFERÊNCIAS

LIMA, Renato Brasileiro de. Legislação Criminal Especial Comentada. 3ª. ED. Salvador: JusPODIUM, 2015.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Dos Regimes de liberdade no Processo Penal Brasileiro. Belo Horizonte, 2000.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal. 13ª. ED. São Paulo: Saraiva. 1992.

NUCCI, Guilherme de Sousa. Direitos Humanos Versus Segurança Pública. Rio de Janeiro: Forense. 2016.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Curso de Direitos Humanos. 4ª. ED. Rio de Janeiro. Forense, São Paulo: MÉTODO, 2017.

MORAIS, Alexandre de. Direito Constitucional. 16ª. ED. São Paulo: Atlas. 2004.

ABORTO DE EMBRIÕES COM MICROCEFALIA: DIREITO OU CRIME?

Thaís Pessoa Pontes
Ibérico Santos Fonseca

RESUMO: O aborto de embriões com microcefalia, objeto do presente artigo, é bastante polêmico, causando controvérsias em todas as searas do conhecimento humano. A problemática em torno do tema: "Aborto de embriões com microcefalia: Direito ou crime?", sustenta uma base sólida em relação a Medicina, Ética, Sociologia, Religião e Direito. Porém, é suma importância o estudo para maiores esclarecimentos sobre o tema nos dias atuais devido ao surto do zika vírus em todo o país, especificamente na região Nordeste. Contudo, a finalidade da pesquisa é mostrar que a prática do aborto de embriões com má formação cerebral, pode ser considerada uma prática legal, legítima e justa com a dignidade humana, trazendo argumentos jurídicos para corroborar com o entendimento de interrupção da gestação com feto microcefálico, assim, não seja considerado um ato ilícito. Cabe ao STF, como protetor da Constituição Federal, garantir os direitos fundamentais e declarar a melhor interpretação do Código Penal que veda o aborto de embriões diagnosticados com microcefalia. Conclui-se que fetos portadores de anomalia fetal não apresentem compatibilidade com a vida extrauterina, o que justificaria o aborto, destarte, a necessária urgência na alteração do Código Penal.

Palavras - chave: Aborto, microcefalia, legalização.

ABSTRACT: Abortion embryos with microcephaly, of this Article object, is quite controversial, causing controversy in all cornfields of human knowledge. The issue around the theme: "Abortion embryos with microcephaly: Right or crime", maintains a solid basis in respect of Medicine, Ethics, Sociology, Religion and Law. However, it is extremely important to study for further clarification on topic nowadays due to virus zika outbreak across the country, specifically in the Northeast. However, the purpose of the research is to show that the practice of abortion embryos with poor brain training can be considered a legal practice, legitimate and fair with human dignity by bringing legal arguments to corroborate with the interruption of pregnancy understanding with fetus microcephalic thus it is not considered an illegal act. It is up to the Supreme Court, as protector of the Constitution, guarantee fundamental rights and declare the best interpretation of the Criminal Code which prohibits the abortion of embryos diagnosed with microcephaly. It is concluded that fetuses with fetal anomaly do not show compatibility with extrauterine life, which would justify abortion. Thus, the necessary urgency to change the Criminal Code.

Keywords : Abortion, microcephaly, legalization

1 INTRODUÇÃO

Discorrer sobre o tema aborto é uma questão extremamente delicada e polêmica, dentre outros, nas ciências penais e inúmeros pontos de vista.

O presente trabalho tratou de uma pesquisa que tem o escopo de apresentar a discussão da possibilidade jurídica de interromper a gestação em caso de fetos

com microcefalia.

Afinal, aborto é um direito ou um crime?

Sabe-se que o ordenamento jurídico considera o aborto um crime contra a vida, um direito fundamental, sendo necessária apreciação do Poder Judiciário em relação a microcefalia para evitar a violação dos direitos e garantias constitucionais.

Logo, o que se pretende esclarecer é que a mãe tenha plena consciência que o filho que está sendo gerado com a má formação cerebral grave, irreversível e muita das vezes incompatível com a vida e que ela tenha a faculdade de interromper a gravidez, por ser uma gestação desprovida de gerar uma vida saudável.

Ainda não há comprovações científicas se o zika vírus é o principal causador da microcefalia, todavia, não se pretende apresentar soluções ou conclusões definitivas acerca do tema, mas esclarecer a existência da realidade social devido ao surto da microcefalia com o atual ordenamento jurídico.

A polêmica em relação ao aborto de embriões com microcefalia, é um tema que gera grandes desentendimentos, pois, as interpretações são ambíguas entre a proteção da “vida do feto” e o direito da livre arbítrio da mulher, sendo, portanto, um momento em que os direitos se confrontam.

Num primeiro momento, foram feitas, de maneira sucinta algumas considerações do direito à vida, tendo em vista a ausência legal do momento que inicia a vida e se existe relação do zika vírus com a microcefalia, bem como o histórico da doença no Brasil.

Posteriormente, trouxe à tona algumas considerações atinentes ao aborto, seu histórico e o crime de aborto previsto no código penal.

Logo em seguida, apresentou a necessidade de autorização judicial para o abortamento de fetos com microcefalia, logo, por ser um tema de grande repercussão, se fez necessário um debate de opiniões pró e contra a legalização do aborto de embriões com microcefalia.

Em outro momento, foi discutido a liberdade, a dignidade e a saúde da mulher e o entendimento dos tribunais superiores fazendo distinção entre microcefalia e anencefalia.

Por derradeiro, foi feita menção dos direitos sexuais e reprodutivos, a lei do planejamento familiar e a diferença da descriminalização com a legalização do aborto.

O presente trabalho, portanto, visa apresentar os argumentos jurídicos existentes na legalização da interrupção da gestação de fetos com microcefalia sem ser considerado uma conduta ilícita, defendendo o direito mais importante, por ser a razão de todos os outros: o direito à vida.

2 O ABORTO DE EMBRIÕES COM MICROCEFALIA É CONSIDERADO CRIME NO ORDENAMENTO JURÍDICO?

Microcefalia (do grego mikrós, pequeno + kephalé, cabeça) é uma condição neurológica em que o tamanho da cabeça e/ou seu perímetro cefálico occipito-frontal (OFC) é dois ou mais desvios padrão abaixo da média para a idade e sexo. Também chamada de nanocefalia. (MESQUITA, 2016)

Logo, podemos afirmar que a doença impede o crescimento normal do sistema nervoso central do bebê, danos estes, irreversíveis.

A microcefalia já é comprovada cientificamente que a doença pode ser adquirida ou congênita, não podendo descartar a possibilidade das síndromes genéticas hereditárias, que é fruto de exposição a substâncias nocivas a saúde no decorrer da gravidez.

Na visão do jurista Júlio Fabbrini Mirabete (2005, p.83) :

Aborto é a interrupção da gravidez com a destruição do produto da concepção. É a morte do ovo (até três semanas de gestação), embrião (de três semanas a três meses) ou feto (após três meses), não implicando necessariamente sua expulsão. O produto da concepção pode ser dissolvido, reabsorvido pelo organismo da mulher ou até mumificado, ou pode a gestante morrer antes de sua expulsão. Não deixará de haver, no caso, o aborto.

Outrora, não existe, ainda, um posicionamento dos Tribunais Superiores para a legalização do aborto de embriões diagnosticados com microcefalia. Apenas, há previsão legal para o aborto em casos de risco para a gestante, em casos de estupro e fetos diagnosticados com anencefalia, conforme ADPF 54.

A microcefalia é uma doença que ainda não existe cura, bem como ainda não existe vacina para o combate desse mal. E, dar continuidade numa gestação na qual o feto apresenta anomalia cerebral configura um eterno tormento não só para a mãe, mas para toda a família.

De toda forma, a interrupção da gravidez é uma decisão que cabe a mulher e

envolve saúde pública.

A esse respeito, Maria Helena Diniz (2006, p.29), assegura:

O termo “aborto”, originário do latim abortus, advindo de aboriri (morrer, perecer), vem sendo empregado para designar a interrupção da gravidez antes de seu termo normal, seja ela espontânea ou provocada, tenha havido ou não a expulsão do feto destruído.

De acordo com Ministério da Saúde, não se pode ter a certeza de que a microcefalia está associada ao zika vírus, destarte, é crescente o número de mulheres infectadas pelo mosquito *Aedes Aegypti* durante a gravidez, causando alvoroço pela quantidade de crianças com má formação cerebral devido a microcefalia.

O zika vírus foi descoberto no continente africano, especificamente na República de Uganda, na década de 1940 e identificado nas Américas somente no ano de 2015. A doença foi identificada em meados de 1947 entre os primatas que habitavam a Floresta de Zika, na qual um vírus transmitido por relações sexuais muito parecido com o *Aedes Aegypti* que é o mesmo transmissor da Dengue e da Chikungunya. Por ser uma doença pouco estudada, não existem muitas comprovações científicas que o zika vírus é o responsável pelo crescente número de nascimentos de crianças com microcefalia.

A microcefalia é uma patologia neurológica rara em que o cérebro e a cabeça da criança não se desenvolvem de maneira adequada em relação às outras crianças de mesma idade e sexo. Na maioria dos casos, é resultado de alguma infecção adquirida pela mãe durante a gravidez (rubéola e toxoplasmose). Ao nascer, a criança apresenta um perímetro cefálico menor do que 32 centímetros. Além de risco de morte, as consequências são graves e irreparáveis para os bebês que sobrevivem, como dificuldades psicomotoras (no andar e falar) e cognitivas (retardo mental). Infelizmente, ainda não existe cura para essa doença.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) que assegura que, “as gestantes que manifestarem o interesse em entregar seus filhos para uma casa de acolhimento serão impreterivelmente encaminhadas à Justiça da Infância e da Juventude” (artigo 13, § 1º). Naturalmente, esse direito vale para os bebês com microcefalia. Entretanto, a gestante jamais terá o direito de decidir pela interrupção dolosa de sua gravidez, optando pela morte do filho. O compromisso do Brasil é

promover a dignidade da pessoa humana, a prevalência dos direitos humanos, o progresso da humanidade e, enfim, o bem de todos.

O Pacto San José da Costa Rica, firmado pelo Brasil, cessou no direito positivo brasileiro acerca da teoria natalista e conceptualista, pois a vida não começa com o nascimento com vida, mas no momento da fecundação, garantindo ao nascituro seus direitos e não mera expectativa de direito.

Por derradeiro, o aborto de embriões com microcefalia ainda é considerado crime no país. O aborto por si só causa impacto social, pressionando e desafiando os médicos e juristas que determinam até onde a ciência da vida não ofende o princípio da pessoa humana.

3 O DIREITO À VIDA

O direito à vida é o mais importante de todos os direitos. Somente com a existência da vida é que uma pessoa adquire todos os outros direitos, consagrado no artigo 5º da Constituição Federal, que garante a inviolabilidade.

Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Segundo Canotilho (2000, p. 86):

O direito à vida é um direito subjetivo de defesa, pois é indiscutível o direito de o indivíduo afirmar o direito de viver, com a garantia da não agressão ao direito à vida, implicando também a garantia de uma dimensão protetora deste direito à vida. Ou seja, o indivíduo tem o direito perante o Estado a não ser morto por este, o Estado tem a obrigação de se abster de atentar contra a vida do indivíduo, e por outro lado, o indivíduo tem o direito à vida perante os outros indivíduos e estes devem abster-se de praticar atos que atentem contra a vida de alguém. E conclui: o direito à vida é um direito, mas não é uma liberdade.

Vale ressaltar que, a Constituição Federal, protege a vida de forma geral, inclusive a uterina e assegura somente a vida digna, mas todo e qualquer tipo de vida humana, mesmo que imperfeita e cheia de limitações.

O direito à vida envolve polêmicas, pois não há um consenso entre os juristas de quando e como se inicia a vida, como a evolução da ciência e novos direitos que deverão ser resguardados juridicamente, essa é a regra no ordenamento jurídico, no

entanto, cabe exceções como é o a pena de morte em caso de guerra declarada ou até mesmo em gravidez resultante de estupro, pois é facultado a mulher interromper a gravidez nesse caso específico, configurando causas de excludente de ilicitude. O direito à vida envolve valores culturais e religiosos.

3.1 AS TEORIAS JURÍDICAS SOBRE O INICIO DA VIDA

Os princípios norteadores do ordenamento jurídico, servem para solucionar as discussões quando não amparado por lei na solução desses conflitos. O mais importante deles é a inviolabilidade do direito à vida, através dele, é possível lutar por outros direitos.

Nesse sentido, defende Mello, (1999, p.140):

Violar um princípio é mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa, não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas, a todo sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra seus valores fundamentais, contumácia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que sustentam e alui-se toda a estrutura nele esforçada.

A Constituição Federal assegura não só o direito a vida, mas a intimidade, liberdade e bem estar, preservando a vida humana como uma condição de supremacia.

3.1.1 Teoria Concepcionalista

O Código Civil ao adotar a teoria concepcionalista, só concede a personalidade ao nascituro o nascimento com vida, porém, tem resguardo o direito desde a concepção, logo, o artigo 2º estabelece que „A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.“.

A teoria adotada conclui que o inicio da vida com a fecundação do óvulo com o espermatozoide, momento este chamado de concepção.

Assim, conclui-se, que o embrião humano é um indivíduo em desenvolvimento, que merece o respeito e integridade que é dado a todo homem, a partir do momento da concepção. (SOUZA, 2008).

3.1.2 Teoria Natalista

A teoria natalista preconiza que a personalidade da pessoa se inicia com o nascimento com vida e que o nascituro possui apenas uma „expectativa de direito”.

Logo, podemos concluir que „o nascituro, de acordo com esta teoria, não tem personalidade jurídica nem capacidade de direitos, sendo protegido apenas os direitos que terá supostamente ao nascer com vida, os quais encontra-se expressamente enumerados pelo Código Civil”. (SOUZA, 2008)

4 A RELAÇÃO DO ZIKA VÍRUS COM A MICROCEFALIA

Microcefalia é a anomalia congênita em que o cérebro da criança não se desenvolve adequadamente. As fontanelas, popularmente conhecida como moleiras, se atrofiam impedindo o cérebro de crescer e se desenvolver e, como resultado, o perímetro da cabeça fica menor que o normal. A microcefalia pode ser causada por uma série de problemas genéticos ou ambientais.

Aos cientistas ainda não comprovaram se existe relação do Zika Vírus com o surto da microcefalia no país. O surto teve início no Nordeste do país em 2015. A febre da zika (ZIKV), é um vírus transmitido pelo mosquito *Aedes Aegypti*, que é o mesmo transmissor da Dengue e da Chikungunya.

5 O HISTÓRICO DE CASOS COM MICROCEFALIA NO BRASIL

De acordo com tabela a seguir, há no Brasil 4.107 casos suspeitos de microcefalia, dos quais 583 já foram confirmados para esta má formação e 950 já foram descartados.

Uma recente tabela foi divulgada pelo Ministério da Saúde para acompanhamento dos casos de microcefalia no Brasil até o momento.

Casos de microcefalia 2015/16

	Em investigação	Confirmados	Descartados	Total de notificações
Brasil	4.107	583	950	5.640
Alagoas	102	25	85	212
Bahia	582	120	73	775
Ceará	256	33	46	335
Maranhão	151	14	16	181
Paraíba	440	59	291	790
Pernambuco	1.188	209	204	1.601
Piauí	81	32	14	127
Rio Grande do Norte	275	76	23	374
Sergipe	178	0	10	188
Espírito Santo	62	3	8	73
Minas Gerais	27	0	38	65
Rio de Janeiro	250	2	4	256
São Paulo	119	0	30	149
Acre	26	0	0	26
Amapá	Sem registro	Sem registro	Sem registro	
Amazonas	Sem registro	Sem registro	Sem registro	
Pará	10	1	0	11
Rondônia	10	1	0	11
Roraima	11	0	0	11
	Em investigação	Confirmados	Descartados	Total de notificações
Tocantins	95	0	17	112

Distrito Federal	5	0	19	24
Goiás	80	6	2	88
Mato Grosso	123	0	50	173
Mato Grosso do Sul	5	1	5	11
Paraná	2	0	13	15
Santa Catarina	0	0	1	1
Rio Grande do Sul	29	1	1	31

Fonte: <http://revistapiaui.estadao.com.br/lupa/2016/02/29/microcefalia-estados-e-ministerio-da-saude-possuem-dados-diferentes/>

5.1 A Prevenção ao Combate da Microcefalia

O Ministério da Saúde divulgou que as causas da microcefalia quando for genética é possível preveni-la. Logo, a melhor forma de se prevenir não só a microcefalia, mas diversas outras condições de saúde, é a realização do pré natal durante a gravidez.

Os médicos recomendam evitar a ingestão de álcool durante a gestação, pois predispõe o bebê a diversas doenças, como Síndrome do Alcoolismo Fetal e microcefalia. Não fazer uso de medicamentos sem a orientação médica: alguns medicamentos podem interferir na formação fetal, conseqüentemente causando uma má formação do cérebro como a microcefalia. E, evitar ingerir qualquer tipo de medicamento sem orientação médica. Também, evitar o contato com pessoas com febre ou infecções: qualquer infecção pode dar alguma alteração no desenvolvimento do feto, desde uma rubéola e citomegalovírus, até a dengue, febre zika e febre chikungunya. Por isso é importante evitar a exposição geral a doenças. (MARTINEZ, 2000)

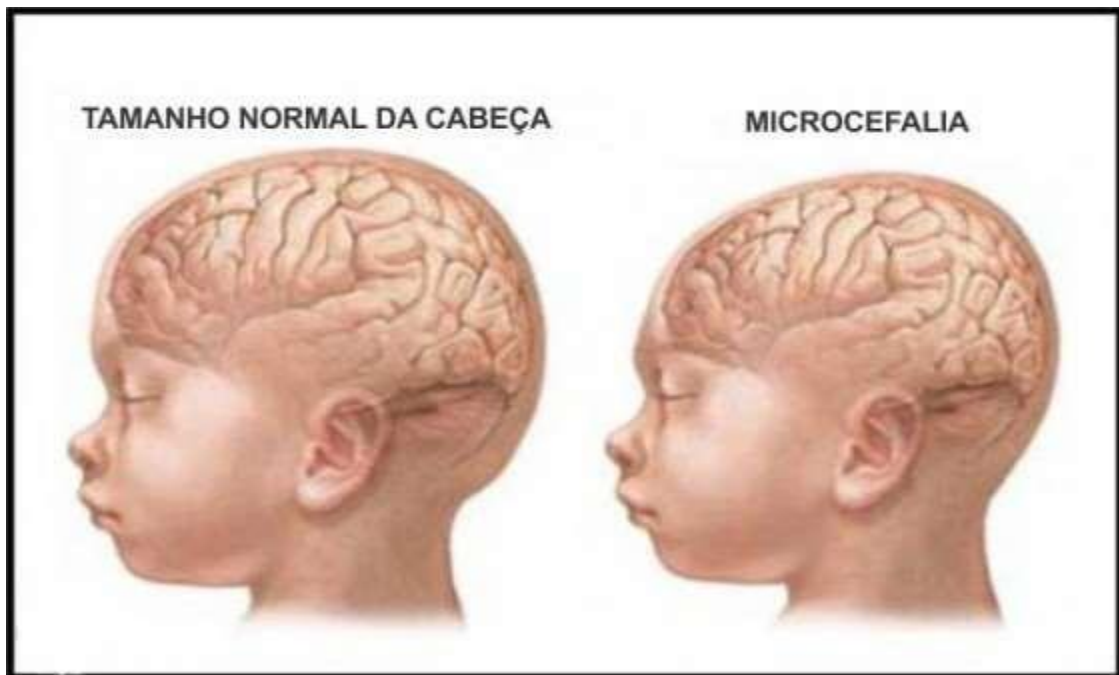
5.1.1 As Principais Causas de Embriões com Microcefalia

Como o resultado da microcefalia é o crescimento abaixo do normal do cérebro da criança ainda no útero ou na infância, existem algumas outras causas da microcefalia, podendo citar: Má formação do sistema nervoso central; Diminuição do oxigênio para o cérebro fetal: algumas complicações na gravidez ou parto podem diminuir a oxigenação para o cérebro do bebê; Exposição a drogas, álcool e certos produtos químicos na gravidez; Desnutrição grave na gestação; Fenilcetonúria materna; Rubéola congênita na gravidez; Toxoplasmose congênita na gravidez; Infecção congênita por citomegalovírus. (ALMEIDA, 2016).

O Ministério da Saúde, divulgou recentemente o Protocolo de Atenção à Saúde para a Microcefalia com as doenças genéticas que causam a microcefalia, são elas: Síndrome de Down; Síndrome de Cornelia de Lange; Síndrome Cri du chat; Síndrome de Seckel; Síndrome de Smith-Lemli–Opitz; Síndrome de Edwards. (Ministério da Saúde, 2015)

Estima-se que quase que na totalidade das crianças com microcefalia apresentam déficit intelectual, atraso nas funções motoras e de fala, distorções faciais, baixa estatura, hiperatividade, epilepsia, bloqueio na coordenação e equilíbrio e alterações neurológicas, exceto as de origem familiar, pois há variação do tipo e nível de gravidade.

Para uma melhor visualização sobre a microcefalia, segue imagem ilustrativa que demonstra, ainda que superficialmente, a diferença de uma feto normal e um feto com microcefalia.



Fonte: <https://www.google.com.br/search?q=fots+de+um+feto+com+microcefalia>

6 O ABORTO

Faz-se necessário uma breve análise sobre um tema como este por ser considerado controverso pela sociedade.

O aborto ou interrupção da gravidez consiste na remoção prematura de um embrião do útero. “Aborto: Do latim abortu. Ato ou efeito de abortar; parto prematuro; produto desse parto; produção imperfeita; anomalia; coisa monstruosa; malogro, fracasso.” (FERNANDES, 1993, p. 87).

Mirabete esclarece em seu conceito que aborto não implica necessariamente na expulsão do feto, mas na destruição do produto da concepção. É a morte do ovo (até três semanas de gestação), embrião (de três semanas a três meses) ou feto (após três meses), não implicando necessariamente sua expulsão. (MIRABETE, 2003 b, p. 93).

O aborto é a destruição da vida, pois a vida se inicia com a concepção, com garantia de direito em cláusula pétrea. Logo, o Estado é o responsável para punir quem praticou o ato criminoso. Entretanto, nem toda prática de aborto é crime, pois, existem as excludentes de ilicitude elencadas no Código Penal Brasileiro, são elas: o aborto praticado pelo médico habilitado, se não há outro meio de salvar a vida da

gestante ou em caso de gravidez resultante de estupro, denominado aborto necessário.

6.1 CLASSIFICAÇÃO DO ABORTO

Maria Tereza Verardo em sua obra “Aborto um direito ou um crime” define os vários tipos de aborto: o aborto espontâneo é aquele quando o aborto ocorre por vários fatores de ordem natural, sendo este realizado pelo próprio corpo da mulher, sem influência externa (1996, p.23).

Quanto à questão pretendida com o aborto, este será: a) terapêutico, se abranger duas modalidades: o aborto necessário permitido por lei e praticado por médico, com ou sem consenso da gestante, desde que haja outra solução para salvar sua vida, que ocorre perigo, independentemente de autorização judicial ou policial. b) sentimental, admitido por lei, por ter sido a gravidez decorrente de estupro, desde que sua interrupção seja provocada por médico, com prévia anuência da gestante ou, se incapaz, de seu representante legal, independentemente de autorização judicial, uma vez comprovada a violência. c) econômico, quando a gestante ou o casal não tem recursos financeiros suficientes para prover satisfatoriamente o sustento e a educação desse filho, que, ainda, viria a agravar a situação econômica familiar, lesando os demais filhos, que poderiam ficar na penúria; d) estético, se a gestante interromper a gravidez por não querer ficar com o corpo deformado; e) honoris causa, se, criminosamente, praticado por gestante para ocultar sua gravidez da sociedade, visando preservar a honra, e manter sua reputação social ilibada. É comum em gestante solteira ou adúltera, que teve relações sexuais com outro homem na ausência do marido etc., pode ser efetuado pela própria gestante ou por outra pessoa com seu consento.

7 O CRIME DE ABORTO PREVISTO NO CÓDIGO PENAL

O Código Penal Brasileiro foi criado pelo decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, e ganhou um capítulo específico denominado Crimes contra a Vida, que vai do artigo 124 ao 128 do Código Penal. São eles:

Artigo 124: Provocar aborto em si mesma ou consentir que

outrem lheprovoque. Pena: detenção, de um a três anos.

Artigo 125: Provocar aborto, sem o consentimento da gestante. Pena: reclusão, de três a dez anos.

Artigo 126: Provocar aborto com o consentimento da gestante. Pena: reclusão, de um a quatro anos. Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.

Artigo 127: Há um aumento das penas nas situações de abortamento induzido por terceiros, quando deste ato ocorrer lesão corporal de natureza grave ou morte da gestante.

Artigo 128: Contempla os dois casos em que não se pune o aborto praticado pelo médico:

I - Se não há outro meio de salvar a vida da gestante.

II - Se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

A descriminalização do aborto de feto com microcefalia gera muita polêmica, por essas razões terem se tornado significativas no meio social e jurídico a próxima seção é toda dedicada para o aborto com má formação fetal.

8 O ABORTO POR MÁ FORMAÇÃO FETAL

Inicialmente, se faz necessário distinguir um feto com má formação do inviável. A má formação não impede o nascimento com vida, é possível a sobrevivência, apesar das limitações da criança.

As crianças diagnosticadas com microcefalia apresentam um cérebro muito pequeno, com má formação no córtex cerebral e calcificações. A aparência é muito severa e destrutiva do cérebro. Na maioria das vezes, a má formação é crônica e ensejam a incompatibilidade com a vida.

A microcefalia pode ocorrer por infecções que causam dano ao cérebro, exemplo disso é a meningite e a meningoencefalite. Como ataca o sistema nervoso, geralmente está associada a algum distúrbio.

Segundo Palminha & Carrilho, (2003, p.73):

Durante a gravidez, os fetos são muito vulneráveis de fenilalanina e estão em risco importante de microcefalia. As infecções bintra-uterinas como a toxoplasmose, a infecção a citomegalovírus, vírus da rubéola e da imunodeficiência humana, são também causa de embriofetopatia e de potencial microcefalia.

9 A NECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA O ABORTO DE EMBRIÕES DIAGNOSTICADOS COM MICROCEFALIA

No Brasil, só existem duas excludentes de ilicitude relativas ao aborto. A primeira é quando a gestante corre risco de vida e a outra é em caso de gravidez resultante de estupro.

Por ser um tema recente, ainda não existe um projeto de lei para legalização do aborto em caso de microcefalia. Porém, um número de estudiosos afirmaram que irão procurar o STF para pacificar essa decisão.

Enquanto a anencefalia é a ausência total do cérebro a microcefalia é a má formação do cérebro.

Se em casos de embriões anencéfalos é permitido o aborto sem poder ser considerado crime, apesar que, atenta contra a vida e dignidade humana, não se justifica ser considerado crime caso uma mulher queira interromper a gravidez com um feto que apresente microcefalia.

10 O DEBATE ENTRE AS OPINIÕES PRÓ E CONTRA A LEGALIZAÇÃO DO ABORTO EM FETOS COM MICROCEFALIA

O ponto de partida desse debate será o entendimento que, tanto os que combatem como os que defendem o aborto tem a difícil convicção deste procedimento.

Então, para os que são a favor a descriminalização do aborto diante dos sérios problemas que um feto com microcefalia apresenta, os danos também podem ser causados por mulheres que no momento de desespero procuram clínicas ilícitas para a prática do aborto. Não podemos esquecer o número de mulheres que se submeteram a tal procedimento de extração do feto e ficaram com sequelas irreparáveis, em especial o sentimento de culpa.

A propósito de "aborto legal", alguns renomados juristas, em resposta à questão: "Pode o Estado manter, na rede hospitalar pública, atendimentos aos casos de aborto em razão de estupro ou risco de vida da mãe? Pode-se aí falar em aborto legal?" Formulada pelo Pe. Luiz Carlos Lodi da Cruz, da Diocese de Anápolis, assim

se pronunciaram (MEIRELES, 2010): - Dr. Ricardo Henry Marques - Juiz do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo:

O Código Penal Brasileiro vigente elencou, entre os delitos contra a vida (art. 121 a 128), o crime do aborto (art. 126). Indicou ainda o mesmo código hipóteses em que a prática desse delito não se pune (art. 128)". Essas hipóteses - que são duas () - constituem o que, em direito, se chama de escusas absolutórias. As escusas não tornam lícitas, mas somente autorizam a sua não punição (...). O aborto provocado é sempre crime no direito positivo brasileiro; não há aborto direto algum que seja lícito, e o Estado - que é o guardião da legalidade - não tem, por óbvio, a faculdade de praticar ilícitos (...). Por isso, é absurdo, é patente falta de cultura jurídica - eu diria mesmo falta de bom senso - falar em aborto legal nas hipóteses em que o aborto direto não se pune. (idem).

Assim, podemos concluir que o aborto em caso de fetos com microcefalia é a solução mais adequada, pois cessa o sofrimento da criança que não possui desenvolvimento mental, bem como o da mãe, garantindo o direito da mulher em prosseguir ou não com a gravidez. O Estado não pode impor a mulher dar continuidade na gravidez de um indivíduo que virá ao mundo para sofrer, devido suas limitações.

11 ABORTO: UM DIREITO OU CRIME?

Como o tema comporta posições diferentes faz-se necessário analisar os argumentos dos dois lados, lembrando que isso não significa que a questão esteja segregada em apenas dois pontos. Considerando que se vive, atualmente em uma sociedade pluralista, existem diversas opiniões à respeito da questão da interrupção da gestação, tanto o é que podem existir segmentos menores em cada grupo. Portanto, serão analisados de uma forma geral os principais argumentos das duas posições, não desejando esse trabalho dizer que apenas esses questionamentos são os existentes na atual realidade.

11.1 Argumentos favoráveis levando em consideração o aborto ser um direito

No decorrer deste trabalho, já foi dito que por ser um tema polêmico e atual, não existe legislação específica que garanta a mulher abortar depois que for

constatado que o produto concebido possua microcefalia. Pois bem. O que se pretende mostrar é que a interrupção da gestação em casos de microcefalia não seria considerada crime de aborto, porque o Código Penal ao tipificar este crime tem o intuito de punir a frustração de uma expectativa de vida, a expectativa potencial de surgimento de uma pessoa. Ademais, como já é possível o abortamento de fetos com anencefalia pela Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental de nº 54-8 (ADPF), ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde, sem precisar de autorização legal prévia, espera, que o mais breve possível mulheres possam ter a liberdade de escolha sobre seu corpo.

Embriões com microcefalia apresentam defeitos insanáveis não podendo ser corrigidos com o tempo de gestação e nem com o aproveitamento de medicamentos ou meios cirúrgicos. Estes apresentam uma condição patológica que não permite a aquisição do status de pessoa, não podendo, com o nascimento, ser investidos com os atributos da personalidade.

O argumento que se baseia é a dignidade da pessoa humana. A Constituição Federal, como se sabe, veda toda forma de tortura (art.5º, III) e a legislação infraconstitucional define a tortura como situação de intenso sofrimento físico ou mental.

Segundo o posicionamento da Drª Maria Berenice Dias (2005) - Desembargadora do TJRS, “como a plenitude do sistema estatal não convive com vazios, para a concreção do direito, o juiz precisa ter olhos voltados à realidade social. Mister deixem de fazer suas togas de escudos para não enxergar a realidade, pois os que buscam a Justiça merecem ser julgados e não punidos.” (Revista Consulex, ano VIII, nº 168).

A Constituição Federal , exige a conservação e a tutela da vida, todavia, acrescenta, com “dignidade”. Exigir que a mãe carregue em seu ventre um feto, sem qualquer chance de sobrevivida é um sofrimento dramático ferindo assim a dignidade da mãe.

Afirma Nelson Hungria, (1955) sobre o aborto regulamentado pelo Código Penal :

Nada justifica que se obrigue a mulher estuprada a aceitar uma maternidade odiosa, que dê vida a um ser que lhe recordará perpetuamente o horrível episódio da violência sofrida.” No entanto, não se tem reconhecido, como igual proteção da sanidade psicológica da mulher a interrupção da gestação de um feto anencéfalo, ainda que

evidente o sofrimento causado a gestante.

Deve-se sempre respeitar a saúde da mulher, a elas é garantido a livre decisão sobre como irá levar a sua vida e o que irá fazer com o seu corpo.

11.1.1 Argumentos que consideram o aborto ser um crime

Os argumentos utilizados para descaracterizar a interrupção da gestação de feto com microcefalia são os mesmos usados para barrar qualquer outro tipo de interrupção da gravidez, independentemente do feto possuir qualquer tipo de patologia. A legislação penal, assim como a legislação constitucional, preservam a vida em qualquer situação em que ela se encontre.

Os defensores de proibição do aborto com microcefalia, se baseiam no direito a vida, na qual todo ser humano é constitucionalmente protegido.

Para Roberto Vidal da Silva Martins diante da expressa vedação trazida pelo Código Penal da possibilidade de interrupção da gestação em casos de anomalias fetais, autorizar esta prática seria afrontar a lei, neste sentido o autor preconiza que:

É interessante notar que, no Brasil, por trás das autorizações judiciais que algumas gestantes obtêm para abortar em caso de má formação fetal, há clara e frontal agressão à lei penal porque o aborto só não é punido no nosso país “se a gravidez for oriunda de estupro” e “se não houver outro meio de salvar a vida da gestante”, e mesmo nestes casos, o crime continua, mas só a pena é suprimida. A lei penal também não pune o furto famélico, mas nem por isso o autoriza. (MARTINS, 2008, p. 20).

Continua asseverando que:

Mais do que isto, o constituinte declarou que os tratados internacionais sobre direitos fundamentais ingressariam no ordenamento jurídico nacional como cláusulas invioláveis. Defendo eu a tese de que todos os tratados internacionais sobre direitos fundamentais, por força do §2º do art. 5º, são cláusulas pétreas estabelecidas por Constituinte originário [...]. (MARTINS, 2008, p.101).

Por fim, o Brasil ratificou o Pacto de São José, então foi incorporado no ordenamento jurídico como emenda constitucional, logo, trata-se de norma constitucional, assim o referido tratado deve ser respeitado.

12 LIBERDADE, DIGNIDADE E O DIREITO À SAÚDE DA MULHER

É mister que se repense a postura do Estado em ver a mulher como agente da função reprodutora, deixando de se fazer o questionamento sobre mais valia, se a vida da mulher ou do feto.

Ao Estado, cabe garantir esse direito e não impor a obrigação de levar a diante uma gravidez não planejada, ou a gravidez de um embrião que tenha sido diagnosticada com anomalia genética que acarretarão em poucos dias ou meses consequências físicas, psicológicas e financeira dessa imposição para a vida da mulher.

A autonomia individual, no campo sexual, confere à mulher o direito de decidir seu planejamento reprodutivo. Daí porque a proibição do aborto, em razão da predominância majoritária de uma crença religiosa específica, fere a determinação constitucional da inviolabilidade do direito da mulher de decisão na condução de um processo gestacional. Quando se fala no direito à vida, é do ser humano com vida que se está tratando.

Neste sentido, a lei precisa se adequar a sua mudança, que por muitas vezes, se torna inerte conforme as necessidades sociais. Portanto, é de suma importância o princípio da dignidade da pessoa humana, pois a constituição garante a vida e através as garantias que o ser humano necessita para viver com dignidade.

A consideração dos distúrbios psíquicos advindos da imposição da maternidade não desejada é objeto de crescente interesse por parte do poder institucional, constituindo-se numa categoria referencial na perspectiva da defesa da descriminalização do aborto.

Somente com a descriminalização do aborto, é que possibilitará a redução dos riscos à vida e à segurança da mulher, e a proteção de sua autonomia reprodutiva, diante das dificuldades de se tratar o tema do aborto no âmbito legislativo, também, faz-se necessário aprofundar a reflexão sobre os mecanismos cabíveis para o encaminhamento da questão até o poder judiciário, no exercício do controle concentrado de constitucionalidade.

13 O ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES EM DETRIMENTO COM ANENCEFALIA E A MICROCEFALIA

A anencefalia é uma má formação incompatível com a vida, vulgarmente conhecido como „ausência de cérebro” e, por não possuir explicação plausível para justificar sua origem.

Trata-se de uma anomalia diagnosticável ainda na gravidez, porém, sem explicação consistente caracterizada pela ausência total ou parcial do encéfalo e da calota craniana, proveniente de defeito no fechamento do tubo neural.

Segundo SARMENTO, Daniel (2007, p.139-140), a definição mais completa seria:

Anencefalia é um defeito no tubo neural (uma desordem envolvendo um desenvolvimento incompleto do cérebro, medula, e/ou suas coberturas protetivas). O tubo neural é uma estreita camada protetora que se forma e fecha entre a 3ª e 4ª semanas de gravidez para formar o cérebro e a medula do embrião. A anencefalia ocorre quando a parte de trás da cabeça (onde se localiza o tubo neural) falha ao se formar, resultando na ausência da maior porção do cérebro, crânio e couro cabeludo. Fetos com esta disfunção nascem sem testa (a parte da frente do cérebro) e sem um cérebro (a área do cérebro responsável pelo pensamento e pela coordenação). A parte remanescente do cérebro é sempre exposta, ou seja, não protegida ou coberta por ossos ou pele. A criança é comumente cega, surda, inconsciente, e incapaz de sentir dor. Embora alguns indivíduos com anencefalia talvez venham a nascer com um tronco rudimentar de cérebro, a falta do cérebro em funcionamento permanente deixa fora de alcance qualquer ganho de consciência. Ações de reflexo tais como a respiração, audição ou tato podem talvez se manifestar. A causa da anencefalia é desconhecida. Embora se acredite que a dieta da gestante e a ingestão de vitaminas possam caracterizar uma resposta, cientistas acreditam que há muitos fatores envolvidos.

É imprescindível estabelecer as distinções entre o que pode ser considerado um feto mal formado e um feto inviável.

Portanto, a distinção entre feto malformado e inviável, apesar das anomalias, é possível que o feto malformado se mantenha vivo. Ao passo que, nos fetos inviáveis, a anomalia provoque o óbito do feto logo após o parto.

O Supremo Tribunal Federal julgou procedente a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental sob nº 54, interposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde.

Com esta decisão, foi declarada inconstitucional qualquer interpretação do Código Penal no sentido de penalizar o abortamento de fetos anencéfalos e, em consequência, tornou facultativo o direito da gestante de optar pelo aborto do feto anencefálico, sem a necessidade de autorização judicial, quando a anomalia for devidamente conduzida por médico habilitado.

Entretanto, é necessário uma medida urgente do STF, em face ao tema de repercussão geral que é a microcefalia, a fim de evitar abortos irregulares, bem como, para garantir a ordem e o estado democrático de direito.

Uma questão importante e que deve pesar no julgamento é o fato de a microcefalia por si só não ser letal em todos os casos. Diferentemente da anencefalia, cuja expectativa de vida não ultrapasse os primeiros meses após o nascimento, a microcefalia pode causar a morte, contudo, na maioria dos casos, causa deficiências motoras e mentais irreparáveis. Vale ressaltar que, apesar de ser um tema muito atual, ainda não existe posicionamento dos STF e jurisprudência que conceda em sede de liminar o abortamento de embriões diagnosticados com microcefalia.

Somente com o desenvolvimento das pesquisas médicas e, posteriormente, um ato do Poder Legislativo modificando a lei vigente no país, poderá, futuramente, ser descriminalizado o aborto nesse caso específico. Até lá, a prática do aborto em casos de microcefalia continua sendo crime no Brasil.

14 A LEI DO PLANEJAMENTO FAMILIAR

A lei 9.263 de 12 de janeiro de 1996 foi elaborada para regulamentar o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, onde possibilita que as mulheres e os homens tem o direito de escolher ter ou não filhos, o número e a época de tê-los.

De acordo com o art. 2º da Lei nº 9.263/96, o planejamento familiar é “o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal”. Ou seja, é o direito à reprodução, à saúde reprodutiva e ao controle da fecundidade.

Nada pode ser oposto a estes direitos, bem como eles não podem ser restringidos pelo Estado, por se tratar se direitos potestativos e incontestáveis.

15 DESCRIMINALIZAÇÃO X LEGALIZAÇÃO DO ABORTO

Descriminalizar o aborto seria o aborto deixar de ser ato ilícito, retirando-o do código penal brasileiro, deixando portanto de ser crime e um atentado contra a vida, crime este que atualmente é imposto para a mulher que realizar o aborto passível a

imputação da pena determinada em lei.

Por outro lado, ao se adotar a expressão legalização do aborto, diz-se que o Estado deve, além de descriminalizar a conduta, fornecer o procedimento nos hospitais públicos, promover campanhas de esclarecimento, acompanhamento psicológico e outras formas de suporte. Há necessidade de um respaldo social para essas mulheres que precisam ser entendidas e não julgadas ou criminalizadas.

16 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É importante destacar que a atual criminalização do aborto é uma afronta aos direitos fundamentais femininos, aos direitos reprodutivos e ao princípio da autonomia. Tendo como ponto de partida a problemática do aborto, desde a antiguidade até os dias de hoje, indispensável reconhecer sendo este como um dos temas mais polêmicos da atualidade.

Vale ressaltar que o objetivo do presente trabalho é trazer conhecimento de forma ampla sobre o respectivo tema, para estimular as mulheres para lutarem por seus direitos e liberdade de escolha.

O médico Dr. Dráuzio Varella explicou bem o ponto de vista dos “pró escolha” em seu artigo publicado.

A questão do aborto está mal posta. Não é verdade que alguns sejam a favor e outros contrários a ele. Todos são contra esse tipo de solução, principalmente os milhões de mulheres que se submetem a ela anualmente por não enxergarem alternativa. É lógico que o ideal seria instruí-las para jamais engravidarem sem desejá-lo, mas a natureza humana é mais complexa: até médicas ginecologistas ficam grávidas sem querer. Não há princípios morais ou filosóficos que justifiquem o sofrimento e morte de tantas meninas e mães de famílias de baixa renda no Brasil. É fácil proibir o abortamento, enquanto esperamos o consenso de todos os brasileiros a respeito do instante em que a alma se instala num agrupamento de células embrionárias, quando quem está morrendo são as filhas dos outros. Os legisladores precisam abandonar a imobilidade e encarar o aborto como um problema grave de saúde pública, que exige solução urgente. (VARELLA, Dráuzio. A QUESTÃO DO ABORTO).

As mulheres se sentem desamparadas e perdidas, sem ter ajuda psicológica,

tomando a decisão de recorrer a uma clínica clandestina, ficando a vulnerável as pessoas que lá trabalham.

Graças ao desenvolvimento das ciências biológicas, e ao aperfeiçoamento dos métodos diagnósticos da medicina fetal, que se possibilita a constatação precoce de quaisquer tipos de anomalia, inclusive as incompatíveis com a vida saudável.

No Brasil, a discussão acerca da prática abortiva de fetos com má formação voltou a ter destaque, uma vez que a legislação ainda não possui um dispositivo regulamentador da matéria.

A argumentação em face da descriminalização do aborto microcefálico tem como base o princípio da dignidade da pessoa humana em relação à mãe, só procrastinando seu sofrimento decorrente desta situação. Trata-se de uma realidade dolorosa, pois a mãe carrega em seu ventre um ser humano com má formação cerebral, onde não possui cura, sendo irrefutável concluir que tal situação é permeada por dor e angústia, eis que as famílias acometidas por esta anomalia tem o conhecimento de que o filho poderá nascer e falecer em seguida ou, quiçá, nem chegar ao momento do nascimento em alguns casos.

Isto posto, tem-se que a discussão acerca da interrupção da gestação de fetos com microcefalia excede a questão de ser contra ou a favor ao aborto, em razão da necessidade de se estabelecer um paradigma entre as instâncias morais e éticas, na medida em que estas sirvam de alicerce para as diretrizes eventualmente adotadas.

Nesse contexto, torna-se inanimado a expedição de uma norma reguladora acerca da problemática, com decorrente adequação da legislação à nova realidade social. Acredita-se que o aborto de embriões com microcefalia deverá incidir tão somente nos casos em que houver a constatação de que o produto concebido apresenta inviabilidade de vida extrauterina, uma vez que existem inúmeras evidências de fetos que, sendo inicialmente diagnosticados com microcefalia, alcançaram uma sobrevida muito maior do que as perspectiva, apesar das sequelas mentais e motoras.

Nestes casos, a criminalização da prática abortiva perduraria como regra, abrindo-se uma exceção, entretanto, para os casos extremos de total incompatibilidade com a vida, para evitar a primazia de um princípio constitucional

sobre outro.

Por fim, é contundente que se faça uma ponderação dos preceitos e normas principiológicas inerentes à problemática do aborto microcefálico, através da relativização das evidências ora postas em questão, a fim de que se possa estabelecer as diretrizes e mecanismos que possam perfazer a construção de uma norma penal compatível com o mínimo de paridade e justiça.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Roberto. O que você precisa saber sobre a microcefalia. 2016. Disponível em: (<http://robertoalmeidacsc.blogspot.com.br/2016/02/o-que-voce-precisa-saber-sobre.html>).
- ALVES, Castro. Os escravos. São Paulo: Livraria Martins, 1976.
- COSTA JR., Paulo José da Direito Penal Objetivo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003. p. 203.
- DIAS, Maria Berenice. Aborto em casos de anencefalia, 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/6423/aborto-em-casos-de-anencefalia> Acesso em: 28 de maio de 2016. Revista Consulex, ano VIII, nº 168
- DINIZ, Maria Helena. Código Civil Anotado. São Paulo. Ed. Saraiva, 2006.
- DINIZ, Maria Helena. O Estado do Biodireito. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 29.
- FARHAT, Rogério. Aborto. Revista Saúde Brasil – Publicação do Ministério da Saúde, Brasília. Acesso em: 21 de maio de 2016.
- GOMES, Márcia Pelissari. O aborto perante a legislação pátria. Disponível em: <http://www.advogado.adv.br/estudantesdireito/uit/marciapelissarigomes/oaborto> Acesso em: 24 de maio de 2016.
- GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte especial, volume II: introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa. 9. ed. Niterói: Impetus, 2012.
- GREGO, Rogério. Curso de Direito Penal – Parte Especial. Niterói, Rio de Janeiro. Ed. Impetus, 2004, v. II.
- HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal, Rio de Janeiro, ed. Forense, 1955, vol. V, p. 304.
- LEMO, Jennifer Mendes. A descriminalização do aborto na proposta de reforma do Código Penal. Disponível em <http://jus.com.br/artigos/27412/adescriminalizacao-do-aborto-na-proposta-de-reforma-do-codigo-penal> Acesso em: 29 de maio de 2016.
- MARTINEZ, Maria Luiza. Efeitos do álcool em fetos, 2000. Disponível em: <http://www.boasaude.com.br/artigos-de-saude/3645/-1/efeitos-do-alcool-em-fetos.html>.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva Martins; MARTINS, Roberto Vidal da Silva; FILHO, Ives Gandra da Silva Martins. A Questão do Aborto: Aspectos Jurídicos

Fundamentais. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2008.

MELO, Celso Antonio Bandeira. MARCÍLIO, Maria Luiza, RAMOS, Ernesto Lopes. Ética: Na virada do milênio-busca do sentido da vida. São Paulo. LTR 1999, p.140.

MESQUITA, Aguidon. Microcefalia: Conceito, causas, sintomas, diagnósticos, tratamento e prevenção, 2016. Disponível em: <http://aguidonmesquita.blogspot.com.br/2016/microcefalia-conceito-causas-sintomas>. Acesso em: 28 de maio de 2016.

MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2015. Protocolo de Atenção à Saúde para Microcefalia. Disponível em: <http://portalsaude.saude.gov.br/principal/agencia-saude/21241-saude-lanca-protocolo-de-atencao-a-saude-para-microcefalia> Acesso em: 28 de maio de 2016.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. Manual de Direito Penal. 23ª ed. São Paulo: Atlas S.A, 2005, p. 262.

NAEGELE, Douglas. O aborto e o direito à vida. Disponível em: <http://www.algoadizer.com.br/edicoes/materia.php?MaterialID=233> Acesso em: 13 de abril de 2016.

OMS. Abortamento Seguro, 2012: Orientação Técnica e Políticas para o sistema de saúde. Disponível em <http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/70914/7/9789248548437>, 2ª edição

PIOVESAN, Flávia. Os direitos reprodutivos como direitos humanos. Reprodução e sexualidade – uma questão de justiça. Porto Alegre, 2002.

REVISTA VEJA. <http://veja.abril.com.br/idade/exclusivo/perguntasrespostas/aborto/#6> Acesso em: 21 de maio de 2016.

ROSA, Emanuel Motta da O Crime do aborto e o tratamento penal. <http://emanuelmotta.jusbrasil.com.br/artigos/139263291/o-crime-de-aborto-e-otratamento-penal>. Acesso em: 20 de maio de 2016.

SANTANA, Raquel dos Santos. A dignidade da pessoa humana como princípio absoluto. <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5787/A-dignidade-da-pessoahumana-como-principio-absoluto> Acesso em: 25 de maio de 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. 3 Ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988. 3 Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2004.

SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (coord.) Nos Limites da Vida: Aborto, Clonagem Humana e Eutanásia sob a Perspectiva dos Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 30.

SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SOUZA, Priscila. Teoria do início da vida, 2008. Disponível em: <http://www.intertermas.unitoledo.br> Acesso em: 29 de maio de 2016.

VERARDO, Maria Tereza. Aborto – um direito ou um crime? 6 ed. São Paulo. Editora Moderna, 1991.

VERARDO, Maria Tereza. Aborto - um direito ou um crime?. 6. Ed. São Paulo: Editora Moderna,2001.

