

DIÁLOGOS CIENTÍFICOS EM DIREITO

**PRODUÇÕES ACADÊMICAS 2021.1
VOL. VIII**



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

ISBN: 978-65-5825-088-3

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

VOL. VIII

**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 Morais 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.
249 p. ; v.8.

Tipo de Suporte: E-book
ISBN: 978-65-5825-088-3

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

| | |
|---|-----|
| O PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL DE HANS WELZEL E O CAOS DA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA: uma visão crítica da problemática social atual - Flávio da Silva Souza, Arnaldo Sobrinho de Moraes Neto | 05 |
| TRANSMISSÃO SUCESSÓRIA DOS BENS DIGITAIS EXISTENCIAIS - Jeane Gonzaga dos Santos, Ana Virginia Cartaxo Alves | 23 |
| ANÁLISE DA MENTE DO PSICOPATA ABORDANDO A CRUELDADE DO SERIAL KILLER - Karolinne Elly Juvêncio Aguiar Donato, Camila Yamaoka Mariz Maia de Andrade | 45 |
| A UTILIZAÇÃO DE SNIPERS E O CONTEXTO SOCIO-CULTURAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – UMA ANÁLISE DO DIREITO INDIVIDUAL E COLETIVO - Mykaely Vytory Nogueira Rodrigues, Arnaldo Sobrinho de Moraes Neto | 70 |
| VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER E SUAS CONSEQUÊNCIAS FÍSICAS E PSICOLÓGICAS COM BASE NA LEI MARIA DA PENHA (LEI .340/06) - Priscila Jacinto da Silva, Mariana Tavares de Melo | 97 |
| A PSICOPATIA NO ÂMBITO DO DIREITO PENAL BRASILEIRO - Rafaela da Silva Araújo, Adelice da Silva Luz | 118 |
| ALIENAÇÃO PARENTAL - Rayane Araújo Nascimento, Maria Adelice da Silva Luz | 136 |
| O DIREITO À EDUCAÇÃO COMO ALICERCE PARA O DESENVOLVIMENTO NACIONAL - Renan Esdras Lopes Casimiro, Maria Adelice da Silva Luz | 161 |
| ALIENAÇÃO PARENTAL: uma análise jurídica PARENTAL SALE: legal analysis - Ruthe de Fátima de Lima Alves de Araújo, Mariana Tavares de Melo | 182 |
| SIGILO TELEFÔNICO DE APLICATIVO DE MENSAGENS INSTANTÂNEAS: possibilidade da intervenção estatal - Taís Teófilo Pontes, Arnaldo Sobrinho de Moraes Neto | 207 |
| EXECUÇÃO FISCAL DE ANUIDADES DOS CONSELHOS DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL EM ATENDIMENTO À LEI Nº .54/0 ALIADA AOS MEIOS DIGITAIS COMO MECANISMO DE SATISFAÇÃO DA OBRIGAÇÃO - Talita Dantas Leite Gomes, José Gomes de Lima Neto | 229 |

O PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL DE HANS WELZEL E O CAOS DA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA: UMA VISÃO CRÍTICA DA PROBLEMÁTICA SOCIAL ATUAL

Flávio da Silva Souza
Arnaldo Sobrinho de Moraes Neto

RESUMO: O presente trabalho vem informar sobre o devido tema e suas críticas, baseadas em observações sociais, enxergando a ótica de uma sociedade cheia de desejos e diferenças gritantes, no entanto, também falamos do uso do direito de qualquer forma, pois assim comete-se o que viemos a chamar de abuso de direito, ou seja, justificam-se as condutas errôneas em nome do gozo do direito que cada cidadão possui, conhecendo extrapola-se seu uso, ferindo o direito de outrem. Nesse cenário, são construídos conflitos e desordem, dando início ao caos e suas consequências para todos. Esta crítica possui seu viés construtivista para um avanço ou uma tentativa de melhora, ajustando ainda mais o que se deve, sugerindo uma estruturação no que já foi criado.

Palavra-chave: Direito penal; perspectiva sociológica.

ABSTRACT: This work informs about the proper theme and its critics, based on social observation, noticing the perspective of a society full of desires and enormous differences. However, we also talk about the use of law anyway, because one may commit what we have come to call "abuse of right". That is, misconduct is justified in the name of the enjoyment of the right that every citizen has, and knowing it, one extrapolates its use, injuring the right of others. In this case, conflicts has its constructivist bias aiming for an advancement or an attempt of improvement, adjusting what must be, suggesting a structure in what has already been created.

Key Worlds: Right; perspective sociological.

1. INTRODUÇÃO

De fato, a sociedade atual não é a mesma de séculos passados, porém seus problemas se alastram diante de longínquos tempos, se transformando de diversas modalidades: crises financeiras, políticas, uma urbanização desenfreada e desorganizada; sem falar do uso do direito de forma errônea, pois bem; falamos de uma estrutura social de que é preciso que o direito subjetivo acompanhe essa evolução, sem se desvencilhar do direito objetivo. Por que esta relação? Devido a um princípio de suma importância: o princípio da legalidade, previsto no art.5º, II, CF/88. Este sendo o alicerce do Estado de Direito, vem conferir também o direito à liberdade. Desta forma, o indivíduo se protege de eventuais desvios de finalidade, ou excessos de Poder do ente estatal, e de seus representantes. Diante de um apelo social; surge então o direito como único parâmetro para frear os abusos, e por

ordem através das normas; em virtude disso, podemos verificar que só ele pode impor aos seus cidadãos regras para uma boa convivência ou tentar apaziguá-los.

Ver-se-á a escolha racional pelo poder ou pelo direito; a justificativa para tanto; sim, pois para muitos o direito é uma “grande arma” de dois gumes usados como “ameaça” de conflito quando seu direito é ameaçado. Assim, teremos a necessidade de escolher quais elementos se fará a frente do outro quando se sentirmos supostamente constrangido.

A priori sabemos que para vivermos em uma sociedade cheia de deturpações é preciso normas. Muitas delas mesmo não estando explícita; assim cabe cada qual entender que existe no plano material e só usá-la a *ultima ratio*, portanto terá sua eficácia desejada.

Sabemos que o Direito existe para por ordem, ou certas vezes restringir direitos que ameaçam a coletividade, assim o Estado possui sua legitimidade, para usá-lo a quem quer que o ameace, tentando regular a atividade da sociedade de forma justa impõe a quem quer seja restrições no uso de seu direito. Verificar a problemática social em análise do princípio da adequação social, onde tomaremos como base para esta discussão, trazendo para certas circunstâncias atuais este instituto aplicado ao direito penal, onde se propõe sua suposta aceitação de normalidade ou atipicidade para certas condutas.

No cenário político social, buscamos entender a aceitação das condutas impostas por este apaixonante instituto de alta relevância, para toda uma esfera social, não só impondo regras, mais também mantendo cada coisa em seu devido lugar, trazendo certa paz desejada; o sustentáculo do Estado, em sentido amplo e de significado relevante, que conhecemos como Direito.

Verificar-se-á a problemática social, em análise com o princípio da adequação social, tomando como base a discussão e a situação geradora de conflito.

A importância da discussão deste trabalho é de expectador e de extremo apelo por uma sociedade mais organizada e justa, longe de suas carências, desenganos, desigualdades. A presente pesquisa tem importância para descobrir o que ocorre de fato em algumas instituições societárias, como elas agem com as desigualdades sociais e seus conflitos de poder, visto que as pessoas agem de maneira regrada pela lei, e todo aquele que não toma essa temática, então age em desvio com as condutas impostas pelo Estado.

Este estudo terá como base interdisciplinar, dentro de viés político social e democrático, sem se afastar do direito que é a base para este evento cognitivo. Analisar-se-á, o comportamento como o crime chega a se consumir através de teorias; o direito penal foco do direcionamento deste trabalho, trará a visão de ser aplicado de maneira para não molestar a todos, e sim apenas alguém de fato o desvirtua a norma, no entanto como deve ser seu fundamento real e lógico.

CAPÍTULO 1

1.1 O PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL

O Princípio da adequação Social preconizado Pelo ilustre professor alemão Hans Welzel, configura certas aceitações de comportamentos e condutas dentro de uma sociedade que devem ser vistas por uma ótica de normalidade, assim, de certa forma vislumbramos algumas atitudes que passam a ter seu papel condicionante na sociedade atual. Não esqueçamos que ao passar do tempo os comportamentos mudam: atitudes, gostos, preferências; assim a sociedade passa a modificar suas tendências. E as normas do direito objetivo devem acompanhar essa mudança, ou se adequar a elas, pois surge então a necessidade do elemento objetivo do Estado em analisar o que é de fato típico ou atípico, e através do Poder Judiciário executar suas decisões.

Com *data venia* ao professor Hans Welzel, a sua colocação a este instituto relevante que é o princípio gerador de um modelo aceitável dentro de uma coletividade social vem nos dizer que certas atitudes passam então para um viés de escolha punível ou não, dependendo do que se é “lesionado” de forma grave ou menos grave; lembramo-nos de outro elemento de extrema importância dentro do direito penal, que é o princípio da intervenção mínima, parece-me que um foi derivado do outro, porém apenas faço certa menção.

Assim anuncia a magnífica explanação sobre o princípio da adequação:

Segundo Luiz Regis Prado, apud, GRECO, Rogério, 2015 p.105. a teoria da adequação social, significa que apesar de uma conduta se subsumir ao modelo legal não será considerada típica se for socialmente adequada ou reconhecida, isto é, se estiver de acordo com a ordem social da vida historicamente condicionada.

É válido, quando se obedece a temática da intervenção mínima, também conhecido como bagatela, ou principio da bagatela, criado em 1964 por Claus Roxin, também jurista alemão, resultando para tal, como denomina assim seu significado; a insignificância reconhecida em determinados ordenamentos jurídicos. Tendo como precursor para este tema Hans Welzel, em 1939, como menciona este título; sendo aprimorado por Claus Roxin em 1964. Compreende-se assim que fatos socialmente adequados deixam de ser punido por se distanciar do tipo penal, “quebrando” o elo de punibilidade, portanto, sendo permitido desde que não produza efeito, tendo a ação ou omissão de determinado sujeito para prejudicar ou lesionar um bem tutelado.

Na função dos tipos de apresentar o ‘modelo’ de conduta proibida se põe de manifesto que as formas de condutas selecionadas por eles têm, por uma parte, um caráter social; ainda, por outra parte, são precisamente inadequadas a uma vida social ordenada. Nos tipos, encontra-se patente a natureza social e ao mesmo tempo histórica do Direito Penal: indicam as formas de conduta que se separam gravemente dos mandamentos históricos da vida social.

Este princípio sugere também ao legislador para uma observância, no que se refere a selecionar condutas proibidas, protegendo os bens de extrema importância, norteando; distinguindo, ou revogando tipos penais. Assim, sua importância de ser bem avaliada e regrada, portanto, deve ser constantemente averiguada.

Segundo, preconiza Assis Toledo, apud GRECO, Rogério-parte geral p.105, 2015: “se o tipo penal delitivo é um modelo de conduta proibida, não é possível interpretá-lo, em certas situações aparentes, como se estivesse também alcançando condutas ilícitas, isto é, socialmente aceitas e adequadas”.

Por um momento faço certa crítica diante de algumas situações aceitas, ou melhor, dizendo adequadas para este estudo em tela, onde pressupõe que atitude insignificante, mais prejudicial não está no olhar do direito, deixando de ser punível. É certo que a sociedade está sempre em modificação de estilo de vida, atitudes e comportamentos. Nessa mudança de vida e estilo, atitudes e comportamentos estão sempre em xeque mate alterações sociais implicando em ações de bem estar para alguns e “risco” para outros. Vejamos alguns exemplos: se um belo dia acordasse e visse toda a praia ocupada de bancos de feirantes ou descobrisse que a partir de então está proibido do uso do cinto de segurança. Nada contra que comerciantes

usufrua da praia para vender seus produtos, mais imagine a consequência desses exemplos juntos. Pensaríamos em um turbilhão de desorganização da estrutura social, parece que se precisa ser medido toda a conjuntura para assim dizer de fato o que é adequado e aceitável. Portanto, o que é bom para um, pode ser ruim para outro, sabendo que direitos coletivos devem ser respeitados, tanto quanto direito individual.

Ao direito está á responsabilidade de dar um direcionamento a todos esses questionamentos; parece-me árdua esta tarefa; a cada cidadão dizer o que lhe é permitido ou proibido. Por isso temos a expressão deste diploma expresso no art.5, II da Constituição Federal, onde diz que: Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

É válido, todo o instrumento para benefício de uma coletividade, mais se deve saber que consequência trará no futuro, e se permanecerá trazendo para outras gerações, pois já mencionamos as modificações e suas realidades de cada tempo, pois só será adequado o que for necessário para todos e para outra realidade comum, se não dessa forma não podemos falar em adequação social.

No cenário de uma desorganização de qualquer âmbito atual, entendemos que a ação individualizada é uma preocupação generalizada e de um impacto de perigo, ameaçando uma ótica global, refletindo em todos, pois se um sujeito pensante estiver cogitando uma conduta apenas será um risco relativo, mais se ele se dirigir ao plano real, onde dará a ação e supostamente a realização de tal ato. Assim, vejamos o entendimento adequado de uma sociedade e seus caos de fato, por isso o ordenamento e regras tentam por freio nesse “caldeirão” de atitudes.

Quando defendemos a uma uniformização social não estamos querendo padronizar comportamentos, e sim, expressar as relações de maneira preordenada, para todo e qualquer ambiente harmônico e pacífico de vivencia. Assim, o Estado não tenha a incumbência de agir com o seu direito punitivo devido às práticas errôneas de todos os cidadãos.

1.2 O CONCEITO DA ADEQUAÇÃO

De fato é bem provável, a dificuldade em conceituarmos este princípio; é necessário recorrermos ao criador Hans Welzel, e preliminarmente entendermos sua

essência e finalidade. Criador da teoria finalista, Welzel nessa teoria situa-se os elementos que decorrem a antijuricidade, a tipicidade e a culpabilidade, sedo bem analisadas e valoradas, para podermos então sugerir o que de fato pode está adequado a este instituto. Perguntaremos a nós mesmos, se este arcabouço é plausível na contemporaneidade, pois sabemos que o modo de vida e costumes de cada povo e seu meio social é mutável, assim tendo o direito seu desafio de ajustar-se a convivência da sociedade, assim seria o que preconizaria ou determina a teoria de Welzel. Bem, até que ponto a tolerância seria ou será aceitável nos dias de hoje? Assim deixando de ser e perpassando como conduta normal, dando espaço ao uso de outro principio chamado de principio da insignificância, onde este tem por auxiliar o interprete legislativo sobre o tipo penal, para de fato enxergar o que é relevante no comportamento incriminador. Neste ponto de analise é bem provável que seja fruto de uma derivação deste já mencionado.

Expressa Rogerio Sanches, Manual de Direito Penal. Parte Geral, 2014 p.84, sobre o tema em analise:

“O Princípio da Adequação Social é um instrumento utilizado para afastar a tipicidade de determinada conduta em razão de ser socialmente aceita pela sociedade”. Rogério Sanches ensina que “O princípio da adequação social foi idealizado por Hans Welzel, definindo que apesar de uma conduta se subsumir ao modelo legal, não será considerada típica se for socialmente adequada ou reconhecida, isto é, se estiver de acordo com a ordem social da vida historicamente condicionada”.

1.3 A “JUSTIFICATIVA PARA A DESORDEM

Para justificarmos algo é necessário que possamos conhecer sobre o determinado assunto? Talvez não; o que parece em certas situações é o contrário; em hipóteses prefere-se o uso da ignorância e logo depois tentar outros meios de solução. A sociedade está mergulhada em situações em que a levam para meios de desorganização, como, por exemplo: poluição sonora, poluição ambiental, gerando um desequilíbrio da convivência social harmoniosa. Falarmos em “justificativa para a desordem” é dizer que as estruturas da paz social estão sendo violadas, e é temeroso, pois se abre portas para o crime e suas ramificações.

Por um instante vemos as desigualdades surgirem e ameaçar nosso meio. Em suma, existe uma profunda dicotomia do uso da liberdade. Ao estabelecer

determinadas regras, é bem sabido que há para alguns certos incômodos; a imposição de condutas diferenciadas a grupos de pessoas é quase um sacrifício. Nesse sentido, é quase está sobre uma redoma ou está sendo vigiado constantemente sobre o manto do Estado; bem tentamos na verdade é verificarmos o elo social entre esses parâmetros, e estabelecer critica construtiva, dentro de um viés aceitável, manifestando obediência entre as leis e o modo de agir.

Podemos entender que algo mesmo permitido é limitado por sua natureza, se a assim não fosse chegaríamos a nossa própria dizimação, ou catástrofe liberada. Então, podemos pensar em um liberalismo amplo das ações humanas e suas consequências devastadoras, onde estamos querendo chegar ao uso de ações desvencilhadas da norma prevista. Esse quadro podemos já imaginar o resultado, pois estamos a tentar estabelecer paradigmas, claro com base nos princípios e seus arcabouços constitucionais garantista.

A necessidade de interesses deve ser ponderada, para realmente não falarmos de “justificativa do erro”, aqueles devem ser medidos de acordo com cada qual situação concreta. O que é legal para alguns, pode não ser adequado para outros, e, no entanto, assim segue a problemática atual dentro da ótica do direito, regulando e controlando seus impulsos desregrados de cidadãos sujeitos a ferir o direito subjetivo, levando de fato a um “colapso social” estatal.

É preciso entender que o uso do direito de qualquer forma extrapolando os direitos dos outros, é chamado de abuso de direito; mas ainda existem indivíduos desconhecedores de tal ação, portanto incorre para abertura de atitude de ignorância e abre-se um elo de infrações perante a sociedade. Vejamos os exemplos; se uma pessoa ocupa uma vaga de um estacionamento destinada para pessoas deficientes, e com naturalidade ignora tal proibição, alegando que serão alguns minutos; ou se ao comprar algo o comerciante lhe dar o troco a mais, e então nem dá mínima importância; ao passear na praça percebe que um jovem ao passar por ali deixou cair sua carteira e mais uma vez a atitude é negativa; e ao está em casa de folga, o indivíduo vai ouvir música e extrapola e aumenta sem preocupasse com a vizinhança. Pois bem, então ações corriqueiras, parecem serem justificadas por um intuito de racionalismo “perverso”, ou de naturalidade.

É de suma valia, o entendimento pleno de tal ação, pois elas refletem para uma parcela ou totalidade dela, tendo consequências para o sujeito ativo e o

passivo, respectivamente, o praticante da conduta desvirtuada e o “sofredor” da ação ou omissão. Parece; então seres irracionais ou pertencentes a gene de ações meramente compromissadas com as infrações, com a banalidade, com o fútil.

O direito de propriedade é garantido, no art.5º, CF, XXII; também o Código Civil de 2002 anuncia como uns dos direitos reais; portanto esse direito é usado de forma a burlar a lógica, pois tem a justificativa para as invasões de casas, terrenos e áreas públicas, dando início ao que chamamos de favelas em alguns casos, desestruturando as cidades, ruas e zonas de passeios, avenidas. Há de fato uma grande problematização com o assunto. Como já dissemos; as garantias existem, mas elas devem possuir um parâmetro; para elas serem aplicadas.

Neste arcabouço, compreendemos a necessidade justificada pelo uso desmedido sem ordenamento, assim é que o erro surge para dar lugar à desorganização de uma cidade, um bairro; gerando crises e problemas mais graves para uma sociedade. Precisa-se, então serem vistas certas atitudes dentro do próprio direito, pois antes de tudo, sociedade e o direito devem se ajustar e adequar-se juntas para um bom convívio.

CAPÍTULO 2

2.1 ANÁLISES DO COMETIMENTO DO CRIME: TEORIAS SOCIOLÓGICAS

Os sociólogos que estudam o crime, diz que ele surge de um resultado de um fenômeno construído, pois bem se assim é compreendida sua aceitação os “desviantes”, assim chamados por Anthony Giddens, fundador da teoria sociológica funcionalista, diz que os crimes são consequência de tensões estruturais e de uma falta de regulação social. Para Durkheim, nenhuma sociedade chegaria a um consenso total sobre a norma, também expressava que seria inevitável o desvio para o crime ou sua conformidade.

Segundo Durkheim, apud GIDDENS, Anthony. p.176,2008 expressa que: O desvio é necessário para a sociedade, preenchendo duas funções sociais: uma adaptável e a outra promoveria a manutenção da fronteira entre o “bom e o mau” comportamento na sociedade, gerando mudanças.

Para o sociólogo Robert Merton, o desvio seria uma resposta natural da situação do indivíduo, então podemos entender que por Merton que quanto mais desfavorável de uma situação aumenta-se a tendência do crime ou sua insurgência. Vejamos neste estudo os cinco valores defendidos socialmente, descrito por Merton:

Em primeiro momento surgem os conformistas, tendo como a maioria da sociedade, refere-se esta reação para aqueles que aceitam os meios convencionais, talvez pudessem chamá-los de conservadores de uma tendência ou costume, até mesmo de normas. Em segundo plano, temos os inovadores; esses possui seguimento para utilizarem meios ilegítimos para conquistarem algo mesmo aceitando alguns valores considerados. Os ritualistas aceitam situações de normalidade, pois eles se submetem forçosamente a certas atitudes repetidas e enfadonhas. Por outro lado os recolhidos são aqueles que abandonam certos valores dominantes, desligando-se da sociedade; por fim existem os rebeldes, aspiram à construção de um novo sistema sócio político.

Tentamos verificar com essas tendências a descoberta de certos indivíduos e só assim comentarmos sobre as atitudes e analisar de fato o sujeito do cometimento do crime. Sabemos que não existe um modelo de avaliação até então, para descobrir se um sujeito possui a tendência criminosa, logo, possuindo apenas hipóteses sugerindo suas realizações para determinada conduta.

2.2 A TEORIA DAS JANELAS QUEBRADAS: BREVE COMENTÁRIO

Vejamos como a situação de abandono é atraente para o crime e o delito através desta teoria, pois ela está relacionada a uma abordagem diária de ações desvirtuadas por diversas pessoas, pois bem, o abandono de casas, prédios público, ou privado geralmente usados para uso de drogas e prostituição, ocorrendo uma sensação permissiva para determinado atos fora do âmbito socialmente aceitas. Esta teoria deve-se a (Wilson e King, 1982, sugerindo a desordem com a aparência e na sequência o crime. É provável que não haja todas as teorias que expliquem as ações criminosas de determinados sujeitos para este ato, mais tentamos mostrar o porquê de suas ações.

Na teoria interacionista, temos o questionamento sobre o comportamento definido como desviante, assim sendo rotulados passam a adotar tais atos

criminosos, se tornando “inimigo” da ordem e do direito. Alguns estudiosos da nova criminologia formularam situações que em suma pode-se explicar o desejo pela prática criminosa, de alguns grupos ou facções do crime, mais apenas hipóteses para tudo isso.

2.2.1 TEORIA DA ROTULAÇÃO

Os crimes possuem suas peculiaridades e características sendo realizados de diversas maneiras (*“modus operandi”*), basta verificarmos a norma penal e constataremos as diversas tipificações que estão estampadas; nesta ótica podemos enxergar como poderá ser realizado ou intentado o crime, carregado de sentimentos como: raiva, intriga, egoísmo, rancor, vingança e outros diversos sentimentos não aceitos pela norma proibitiva.

Os teóricos que seguem esta teoria interpreta a rotulação como um processo de interação entre desviantes e não desviantes, não levando em conta suas características; assim podemos entender o foco principal desta teoria, que é analisar, por conseguinte o porquê da rotulagem.

A rotulação também possui sua importância dentro de uma ótica de regulação de punibilidade, logo, para punir, é necessário saber a quem punir; portanto vislumbramos os “desviantes”, assim como muitos teóricos chamam os que cometem transgressões de diversa natureza, sabendo que a rotulação é dada pelos que estão em situação de condição de “poder” ou pertencem a uma condição de “conforto” dado pelo “estatus social” ou cargo público, expressando estigmas de criminosos para todo aquele que “fogem” da normalidade social permitida pelo Estado. Esses agentes possuem através deste ente estatal poderes funcionais para impor em nome do próprio órgão regulador a ordem social ou pacificação.

Segundo, Howard Becker apud GIDDENS, p.178, 2008: “o comportamento desviante é o comportamento assim rotulado pelas pessoas, havendo uma divisão entre o normal e anormal”.

Esta teoria veio a ser associada aos estudos do americano, Becker, em 1963, sobre o fumante de maconha, como na época era uma atividade extremamente ilícita fora dos padrões, descobriu que dependia de um indivíduo ser aceito dentro de

um grupo. Podemos entender esta situação como uma opção de cada ser social perante sua conduta, tendo influencia do “eu” a cada grupo.

De fato, a visão negativa dentro de um seio social, é extremamente devastadora a uma pessoa que anseia em uma vida de conquista, ou pelo menos aspira uma condição melhor e se desvia para um comportamento aplicado a esta teoria, pois bem, como já mencionado em algum momento anterior, esta aplicação possui uma lógica para um fundamento de selecionar e dizer ao direito quem transgrediu suas normas. Por isso, a situação dos que sofrem esses males é de extrema penúria de sofrimento, portanto, aumenta a situação de abandono e desprezo pela sociedade e seus costumes. O lançamento do estigma contra grupos de pessoas fora dos “padrões normais” serve para diferenciar condutas, costumes, gostos e também servindo para o direito penal selecionar a sua aplicação punitiva.

CAPÍTULO 3

3.1 A JUSTIÇA RESTAURATIVA

Esta Política Pública Nacional de justiça está prevista e delineada no âmbito do Poder Judiciário na Resolução do CNJ nº 225/2016, é aplicada para uma suposta reparação de uma conduta, ou seja, deve-se tentar “consertar” o ocorrido contra uma vítima potencialmente agredida. É verdade que alguns feitos são irreparáveis, como por exemplo, um crime de homicídio e estupro; sabendo que alguns deixam sequelas emocionais jamais esquecidas, assim como um cárcere privado, uma ameaça, dentre outros. Em suma, esta política pública, tenta diminuir as ocorrências de judicialização no país, levando ao judiciário os litígios e causando um “abarrotamento” processual, embora tenha seu grande foco na contraposição da justiça criminal tradicional, a punitiva-retributiva, onde a cada ação criminosa é atribuído ao individuo um tipo penal, uma pena em abstrato. Em sua oposição a justiça tradicional criminal, está o modelo restaurativo, onde sugere ao conflitante outras soluções que não ir ao poder judiciário, ou seja, a extrajudicial.

É necessário frisar, sobre esta política, o interesse dos direitos humanos, portanto aí seu surgimento, e sua necessidade, e a do não aprisionamento desnecessário e exacerbado ou por qualquer ato infracional, logo este instituto vem

não desafogar o Poder Judiciário, mais também “evitar” a “fabricação” de regresso do sistema penitenciário.

Como aduz, segundo o artigo de Renato Sócrates Gomes Pinto, 2005, p.20: A justiça restaurativa baseia-se num procedimento de consenso, em que a vítima e o infrator, e, quando apropriado, outras pessoas ou membro da comunidade afetada pelo crime, como sujeitos centrais, participam coletiva e ativamente na construção de soluções para a cura das feridas, dos traumas e perdas causados pelo crime.

Parece-me certa contradição, não se evita as causas, porém, ao está o crime ou a infração cometida, tenta-se corrigir ou aliviar a dor de quem é acometido a determinada ação de conduta. A análise que se faz é esta, ora não entendemos de fato seu objetivo, portanto para outros ramos do direito deve-se conhecer sua benéfica teoria de aplicação. Mais para o Direito Penal seria em minha modesta explanação, inconclusivo a certo ponto.

Fala-se em uma justiça de cunho participativo e de promoção de direitos humanos, logo na ótica punitiva de direito do Estado, é meramente teoria, sem finalidade concreta. Na verdade, o termo restaurativo nos remete a algo violado e danificado, portanto, emerge a uma criminalidade desmedida e desenfreada, assim entendemos teoricamente sua finalidade, mais deixo registrada a insatisfação para seu objetivo no instituto punitivo estatal onde não há espaço ou participação real. Por outro viés, entendemos sua pretensão; a paz social, a dignidade, os direitos humanos; que se assim bem aplicada poderá evitar o mal necessário que é a pena, esta destinada ao delito ocorrido e não meramente ao indivíduo criminoso.

Sendo uma prática de justiça de caráter novo, ainda nos deixa em meio a questionamentos. De acordo com (Paul Maccold e Ted Wachel, 2003), verificaremos certa aplicação para este tipo justiça:

Crimes causam danos a pessoas e relacionamentos, e que a justiça restaurativa não é feita porque é merecida e sim porque é necessária, através de um processo cooperativo que envolve todas as partes interessadas principais na determinação da melhor solução para reparar o dano causado pela transgressão a justiça restaurativa é um processo colaborativo que envolve aqueles afetados mais diretamente por um crime, chamados de “partes interessadas principais”, para determinar qual a melhor forma de reparar o dano causado pela transgressão.

Tenta-se encontrar uma resposta a questão em tela, em vez de retribuir a pena ao criminoso, vislumbra-se medidas não encarcerárias; portanto mostra a falência do antigo regime retributivo; logo este também deverá se fadar ao cansaço e ao não funcionamento adequado para esta sociedade que atual. Seria mais viável, como já mencionado anteriormente o combater a determinadas causas previstas ou previsíveis para o cometimento do crime. Acreditamos que há um bom interesse na prática restaurativa, no momento em que o crime de fato não se consumou. Compreendemos que existem outras ações de apreensão para certas atitudes finalistas para o conflito, assim merece elogio na sua essência.

3.2 A JUSTIÇA RESTAURATIVA EM FUNCIONAMENTO

É possível por outro olhar encontrarmos uma solução meramente prática ou possível para alguns casos, pois neste título em debate é vislumbrada esta prática como aceitável e sugerida como a mais benéfica para a vítima (quando se tem ainda a vítima); e para o infrator, resposta de acordo ou soluções.

(Para Pedro Scuro Neto, 2000):

“fazer justiça” do ponto de vista restaurativo significa dar resposta sistemática às infrações e as suas consequências, enfatizando a cura das feridas sofridas pela sensibilidade, pela dignidade ou reputação, destacando a dor, a mágoa, o dano, a ofensa, o agravo causados pelo malfeito, contando para isso com a participação de todos os envolvidos) vítimas, infrator, comunidade) na resolução dos problemas (conflitos) criados por determinados incidentes. Práticas de justiça com objetivos restaurativos identificam os males infligidos e influenciam na sua reparação, envolvendo as pessoas e transformando suas atitudes e perspectivas em relação convencional com sistemas de Justiça, significando, assim, trabalhar para restaurar, reconstituir, de sorte que todos os envolvidos e afetados por um crime ou infração devem ter, se quiserem, a oportunidade de participar do processo restaurativo.

Mecanismo de funcionamento neste cenário, para uma realização, digamos preventiva, e que admitem “soluções”, ou “prevenções”, são os benefícios dado pela suspensão condicional, previsto no art.77, CP e também na lei 7.210/84, mais conhecida como Lei das Execuções Penais-LEP, respectivamente, a primeira exposição é dado ao condenado a pena privativa de liberdade não superior a dois anos, não reincidente em crime doloso; culpabilidade, circunstâncias, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e circunstâncias que

autorizem esse benefício, a segunda legislação tendo a faculdade do juiz em suspender a pena, pelo prazo de dois a quatro anos, sua execução.

Um exemplo de medidas restaurativas explícita é aplicada ao Estatuto da Criança e do Adolescente, no seu art.126, aplicando medidas de remissão concedidas pelo membro do parquet, antes iniciado o procedimento judicial; também ao mesmo estatuto é previsto o art.112 medidas de não privativa de liberdade, como por exemplo, a prestação de serviço á comunidade, e a liberdade assistida, respectivamente, nos incisos, III e IV do Estatuto mencionado.

Os mediadores e facilitadores tem este acolhimento com bons olhares, prevendo de maneira preventiva a situação de risco comum à sociedade, diante do suposto conflito; assim são treinados para aplicarem suas técnicas estudadas e também a melhor em cada caso oportuno, procurando restabelecer a status quo ante. Por este ambiente, é difícil também prevê como será a forma de solução, pois, vítimas e ofensores, estão cheios de rancor e desinteresse de um suposto acordo para determinada lide.

3.3 A JUSTIÇA RESTAURATIVA VERSUS JUSTIÇA RETRIBUTIVA

Contraopondo-se ao sistema punível do direito penal, surge a ideia de uma nova era, pois, então, com este novo pensamento teórico e possivelmente prático requerem uma conduta e um desfalecimento da persecução penal do Estado; existem consequências para o ente estatal e para toda uma sociedade interligada por tal ação delituosa, mesmo assim, há estudiosos contrários a tal regramento para certas ocasiões, por tanto a um debate de desacordo ou não aceitação desta nova política criminal.

Estamos acostumados em ver o sujeito ativo com a conduta delituosa ir ao cárcere, se assim não for, dizemos, que a justiça não foi feita adequadamente, costumeiramente a sociedade, não se procura o porquê nas leis que são criadas de forma aleatórias sem a preocupação de atualizadas de acordo com a evolução da sociedade contemporânea, quem põe em no papel estão preocupadas com a atividade mecanizada de uma fabricação sujeita ao mero capricho. Assim, todos estão sujeitos a esses ordenamentos.

Na temática criminal da justiça retributiva, o infrator das leis passa a ser visto como “inimigo”, e a ele é dado a sua pena cominada pelo Código penal, para então o juiz aplicá-lo definitivamente, sendo dado a ele o devido processo legal; destinado ao regime adequado ao crime e sua sanção.

Ambas, a atividade de política criminal está refém a atividade jurisdicional do Estado, passando por uma avaliação de escolha, estando elas ou outras a fadarem no tempo, portando devem ser criadas condições a qualquer instituto, ou então surgirá outras sobrepostas as primeiras, sem mero efeito.

CAPÍTULO 4

DIREITO E O PODER

Ao iniciarmos sobre o tema precisaremos compreender o significado de poder, em que foco é aplicado este tema. O poder da norma é necessário, porém mesmo assim deve possuir um limite, assim previsto na legalidade; ou viveremos em uma tirania do próprio Estado sobre os cidadãos; portanto não é o objetivo do direito em possuir poder, porém a circunstância do direito retrata a soberania ou parte dela de forma natural. No sentido denotativo, a força está atrelada a coerção, resistência, mas não queremos compreender este objetivo, e sim, tentarmos conhecer os motivos de suas ações e interesses de quem a possui.

Devemos entender que quem está em situação de conforto, seja de status social, profissional, hierarquicamente; revela em sua personalidade a personificação do poder, atrelado em seu cargo, ou função; pois se reveste de superioridade em relação aos outros de situação “inferior”. A quem refira a esses “polos de força” interativa, o direito e o poder, propriamente dito, ligados entre si para juntos serem um subsidiário um do outro, no momento em que eles se auxiliam para uma concreta atividade transformativa.

Se o poder é lícito, então não há o que se falar em contrariedade, seu exercício é permitido; desde que não ultrapasse a medida de sua força natural, já o direito é o “regulador” das ações humanas; ambos devem está em pleno equilíbrio, a fim de almejar o bom senso para todos. O poder está atrelado à ação do direito;

assim o direito mantém relações com o poder para a realização, contudo, de limitar o próprio poder, justificando seu uso em *ultima ratio*. De fato, o uso do poder deve se medido e justificável, não sendo assim, falaremos de uma exacerbação do mau uso, e do erro de sua finalidade, restando falar em força física, coercitiva.

É de extrema observância o que quis expressar Gusmão, pois não queremos venerar o poder como instrumento intocável, de abuso; e sim compreender sua função, junto ao direito, logo, sendo importante a prática de uma boa convivência entre eles, parece-me, então que cada sujeito na seara social compreende-se.

O poder, símbolo de força, de mero capricho, orgulho para alguns; merece certa cautela para “apreciarmos” ou valorizarmos, porque, é um elemento ponderador para uma prática abusiva, extrapolando os meios normais de atitude racional, portanto, não devemos englobar todas as ações de ordem permitida, ou que restrinja um abuso, diante de uma coletividade, no entanto é ele que desperta ao direito sua ação enérgica, e dentro de uma reserva legal de atuação. E é diante dos princípios constitucionais, que a norma é avaliada, e aplicada, ou sua validade é ineficaz, inválida, sem fundamento algum a propositura de sua ação. Entretanto, esses dois são a mais pura criação humana; de necessidade, de desejo, e inquietação de uma sociedade que “grita” no mais profundo de seus sentimentos por um apelo de melhoria, de justiça, de moral inatingível, ainda no momento oportuno. Diante disto, criaram-se, então os pilares de sustentação, que dão ajustes em todas as instituições sociais, direito e justiça; termos quase sinônimos, quão bem próximo, divididos por uma linha tênue, conseguinte, por isso, tão valioso e importante destacá-los.

No mesmo patamar, relevante e significação, o cidadão tenta atingir a ordem dada pela justiça, logo o direito impõe devida punição aos que a infringem, e que desconsidera sua importância. Assim, caminha o conglomerado social perante as estruturas de um Estado democrático

4.1 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A discussão textual ao longo deste trabalho permitiu identificar ao longo de cada tema, sua peculiaridade, sua essência cognitiva; portanto é de extrema importância exaltar cada conteúdo e seus capítulos; assim dá ênfase aos escritos

bibliográficos com o devido galardão; pois inspiraram, instigaram para esta obra ter por fim um “corpo”, uma “alma” dentro do conhecimento acadêmico.

Na inclusão laboral desta atividade, observou-se a temática de ordem e de tempo; analisando o direito como fundamento para toda a problemática em tela, mais também seus pressupostos legais e sociais. O indivíduo tendo importância relevante dentro deste cenário social, sendo ele o precursor, e talvez, o motivo da necessidade da criação do regulador e aplicador de regras tão mencionado. Falou-se em regras, teorias sociológicas, filosóficas; adequações do direito ao sujeito e sua mera aplicação. O poder, como forma de situação para que o direito tenha sua legitimidade e seja permitido na medida possível; a tentativa de justificar o abuso do direito, levando a uma suposta desorganização; também o delito como gênese para de fato a consumação de um crime. Em suma, debruçar-se para entendermos o comportamento e conduta humana perante a norma proibitiva.

Eis aí a definida tarefa de criação, de análise, de um pragmatismo, para então a ideia surgir e tomar seu papel de crítica e soluções a determinados assuntos, pois, a compreensão jurídica-social é um fenômeno extenso e de extrema paciência, portanto necessária para chegarmos uma convivência harmoniosa de uma paz social tão desejada e esperada. E na medida em que a sociedade evolui, o direito e seus ramos devem acompanhar essa evolução; assim, para embasar sua aplicação é necessário ouvir o clamor de uma sociedade, que tanto clama por uma justiça, justa e eficaz.

REFERÊNCIAS

ABDALLA, Gabriel Mendes. **A Teoria do domínio do fato**. Evolução dogmática e principais características. Disponível em: ielabdalla.jusbrasil.com.br. Acesso em: 20 de setembro de 2019.

BECCARIA, Cesare, **Dos delitos e das Penas**; tradução: Torrieri Guimarães 6 ed. Martin Claret, São Paulo, 2014.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ASSIS DE ALMEIDA, Guilherme. Curso de Filosofia do Direito, 11 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal**. Parte Geral. 2 ed. Volume único. Salvador: Editora Juspodivm. 2014. P. 80.

FOCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: história da violência nas prisões**. Tradução: Raquel Ramallete; Vozes: Petrópolis, RJ, 2013.

GIDDENS, Anthony. **Sociologia**. Tradução: Alexandre Figueiredo; Ana Patrícia Duarte Baltazar; Catarina Lorga da Silva; Patrícia Matos; Vasco Gil. 6 ed. Lisboa, 2008

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**, Vol. 1, 17 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

LEI Nº 10.257, DE 10 DE JULHO DE 2001. Dispõe sobre as: **Diretrizes de ordem urbana e rural**. Disponível em: www.planalto.com.br. Acesso em: 8 de maio de 2019.

RIEGER, Renata Jardim da Cunha; POZZOBON, Luize Genari. Princípio da adequação Social: os contornos para o seu reconhecimento no âmbito dos Tribunais Superiores, Síntese v.53, Porto Alegre, 2009.

Revista Liberdades, nº16, maio/agosto de 2014. Instituto de Ciências Criminais. Disponível em: www.revistaliberdade.org.br/site/home. Acesso em: 10 set.2019.

Slakmon, C.R. De Vitto, e R. Gomes Pinto,org.2005. **Justiça Restaurativa** (DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas e Nações Unidas-PNUD)

Justiça restaurativa- portal CNJ. Disponível em: www.cnj.jus.br. Acesso em 26 de outubro de 2019

Justiça restaurativa. Disponível em: www.wikipedia.org. Acesso em 30 de outubro de 2019.

TRANSMISSÃO SUCESSÓRIA DOS BENS DIGITAIS EXISTENCIAIS

Jeane Gonzaga dos Santos
Ana Virginia Cartaxo Alves

RESUMO: A herança é um direito garantido constitucionalmente e a partir do crescente aumento do número de usuários da rede mundial de computadores, criou-se assim um acúmulo de ativos digitais que se tornam objeto de disputas judiciais relacionado a sucessão desses ativos dada a importância econômica e afetiva. Sendo assim, o presente estudo irá abordar a viabilidade jurídica de reconhecer bens armazenados virtualmente como parte do patrimônio de um indivíduo e transmiti-los post mortem, qual é a melhor forma e como se dará essa transmissão, levando em consideração que não há no direito brasileiro vigente legislação específica relacionada a esta disciplina, o que ocorre até o presente momento, é uma aplicação extensiva e analógica das normas de direito civil, mais especificamente de direito sucessório à transferência da herança digital, no entanto, tal aplicação deixa lacunas e inseguranças jurídicas a serem sanadas pelo direito.

Palavras-chave: herança digital, legado digital, direito sucessório, sucessão testamentária.

ABSTRACT: The inheritance is a constitutionally guaranteed right and from the increasing number of users of the global computer network, a build-up of digital assets has been created that become the subject of legal disputes related to the succession of these assets, given the economic and affective importance. Therefore, this study will address the legal feasibility of recognizing virtually stored goods as part of the property of an individual and transmit them postmortem and what is the best way and how this transmission will be given, taking into account that there is no specific legislation in force under Brazilian law related to this discipline which occurs until the present moment, is an extensive and analogue application of civil law rules, more specifically the right of succession to the transfer of the digital heritage, however, such application leaves loopholes and legal uncertainties to be remedied by law.

Key words: digital heritage, digital legacy, succession right, testamentary succession.

1. INTRODUÇÃO

Em uma realidade que cada vez mais se debruça sobre o meio virtual é natural que haja uma extensão dos fenômenos sociais de um para o outro, hoje compramos, vendemos, criamos laços afetivos, exercemos nossa cidadania, pagamos contas, fazemos acordos e entre outras coisas, normais da modernidade. O mundo virtual ganhou espaço em nosso dia a dia. E se temos uma vida virtual é certo que em algum momento teremos uma morte virtual.

Então, ao morrermos no mundo real automaticamente morreremos no mundo virtual? Quais serão as consequências em decorrência dessa morte virtual? O que acontecerá com o acervo acumulado em vida? As contas em redes sociais podem ser herdadas? São alguns dos questionamentos que são trazidos com as inovações digitais.

A herança é direito consubstanciado na Carta Magna brasileira sendo a herança um direito fundamental. Na sucessão brasileira, o momento da morte da pessoa é o marco inicial para a transmissão dos bens aos seus herdeiros legítimos e testamentários. Por uma ficção legal, a morte do titular do patrimônio, a abertura da sucessão e a transmissão da herança aos herdeiros ocorrem num só momento e é deferida como um todo unitário, ainda que vários sejam os herdeiros.

Com o advento da internet é perceptível o aumento contínuo do uso das mídias digitais para estabelecer relações pessoais e profissionais. A internet é palco dos avanços tecnológicos do mundo moderno, que exemplifica o momento atual em que a informação é global. A forma como utilizamos a internet, diz muito sobre o mundo contemporâneo, o dia-a-dia e o comportamento da sociedade.

Mesmo com várias inovações no campo da legislação digital pelo poder legislativo, tais como: o Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965, de 2014) ou a Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709, de 2018) não foi abordado essa questão, sendo assim não há respaldo para a proteção desse instituto no mundo jurídico.

A herança é a soma de direitos e obrigações deixadas *post mortem*. A transmissão sucessória de bens digital compreende então, todo o acervo digital do falecido tais como páginas, contatos, postagens, manifestações, perfis pessoais, likes, seguidores, senhas, músicas, ebooks, arquivos, entre outros elementos imateriais adquiridos nas redes sociais.

Todo esses bens digitais, independente do valor patrimonial ou afetivo, podem constituir parte da herança dos herdeiros. A regulação da transmissão de bens digitais pode ser uma questão de preservação de memórias dos entes queridos sem a necessidade de provocar e assobrar o poder judiciário.

Assim, abre-se a discussão sobre a destinação da herança deixada nos meios digitais. Como se dará a sucessão dos bens com ou sem valoração econômica e qual o alcance dos herdeiros sobre os bens deixados, em especial aos

bens que se relacionam a personalidade do *de cuius* que podem sofrer limitações. Há a necessidade de uma regulamentação específica, por haver uma colisão entre o direito sucessório dos herdeiros e o direito à privacidade do falecido e terceiros.

Algumas redes sociais como Facebook, Twitter e Instagram já dispõem de ferramentas para solucionar algumas questões, mas essas soluções são legislações alienígenas e muitas vezes criam ainda mais conflitos, isto ocorre porque muitas empresas têm se posicionado quanto à negativa de desbloqueio do acesso da conta ou aparelho do falecido, não permitindo a transferência de dados e senhas aos herdeiros, ou até mesmo serviços e arquivos adquiridos de forma gratuita ou onerosa, sob alegação de proteção à privacidade do usuário, essas alegações tem fundamento? Ou só é uma forma de negar direitos aos familiares?

É importante discutir a possibilidade de sucessão dos arquivos digitais no tocante a sucessão testamentária e na sucessão legítima sobre a égide do direito brasileiro. Como se dará a transmissão sucessória, legítima ou testamentária, e qual a melhor indicada nesses casos. Houve dois projetos de lei que buscavam tratar da herança digital, porém ambos foram arquivados.

Os familiares e herdeiros do *de cuius* merecem ter respaldo legal e segurança jurídica para resguardar direitos do falecido. Cabendo assim ao Poder Judiciário brasileiro estabelecer as regras e diretrizes acerca do tema.

2. SUCESSÃO NO BRASIL

A sucessão significa tomar o lugar de outra pessoa em uma relação jurídica, ela pode ocorrer de duas formas, por ato *inter vivos* ou *causa mortis*, obviamente a sucessão tratada será àquela que ocorre em função da transmissão de direitos e obrigações ocasionada pela morte de seu titular.

A sucessão tem como objeto a herança, que se constitui na universalidade de bens, direitos e obrigações deixadas pelo falecido aos seus sucessores. A herança é protegida pela Constituição Federal de 1988 em seu art. 5º, inciso XXX que estabelece que "é garantido o direito de herança" reconhecendo o como direito fundamental.

Tem como natureza a continuidade dos bens da propriedade privada dentro da relação familiar, para conservação e manutenção, e a valorização da dignidade humana. Tendo assim, a presença de princípios constitucionais no direito privado.

A sucessão a título universal ocorre quando o sucessor recebe todo o patrimônio ou uma fração dele tendo mais de um sucessor. No caso da sucessão a título singular o sucessor recebe um bem ou um direito em específico. A sucessão legítima sempre é a título universal, não havendo legado se não houver testamento. Já a sucessão testamentária pode ser a título universal ou singular.

O momento da morte é um marco da transmissão sucessória, pelo princípio da *saisine*, a herança é passada diretamente aos sucessores legítimos e testamentários. Entretanto, é indispensável que os herdeiros possuam vocação para receber o benefício sucessório. O Código Civil no artigo 1.798, estabelece que "São legitimados a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão." (Brasil, 2002). Com exceções trazidas no artigo seguinte, a prole eventual que pode ser

A sucessão pode ocorrer por sucessão legítima através da lei ou por disposição de última vontade em sucessão testamentária.

2.1 DA SUCESSÃO LEGÍTIMA

A sucessão legítima, também denominada sucessão *ab intestato*, ocorre quando não há testamento ou quando por qualquer outro motivo o testamento seja considerado nulo, caduco ou os testador não dispôs em testamento de todos os seus bens, caso em que a sucessão legal opera sobre o restante do patrimônio. Como demonstrado no Artigo 1.788 do código Civil de 2002: "Morrendo a pessoa sem testamento, transmite a herança aos herdeiros legítimos; o mesmo ocorrerá quanto aos bens que não forem compreendidos no testamento; e subsiste a sucessão legítima se o testamento caducar, ou for julgado nulo."

Sendo assim é nítido o caráter supletivo da sucessão legítima, pois nosso ordenamento jurídico privilegia a autonomia da vontade. Entretanto, é a sucessão legítima a mais comum no nosso país. Em decorrência desse costume o legislador brasileiro achou necessário tentar garantir presumidamente a vontade do *de cuius*.

O legislador definiu uma ordem de convocação na sucessão legítima, chamada de vocação hereditária. Que está consubstanciada no Código Civil de 2002:

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:
- 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;
- aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge; III - ao cônjuge sobrevivente;
IV - aos colaterais.

O artigo acima também lista todos os herdeiros necessários, "aqueles que não podem ser privados da sua quota na herança" (SCHREIBER, 2020). São eles: Os descendentes, ascendentes, cônjuge ou companheiro, este último, o companheiro foi equiparado ao cônjuge para fins de direito sucessório em decisão prolatada pelo Supremo Tribunal de Federal, no Recurso Extraordinário 878.694/MG

A sucessão ocorre por classes, uma classe exclui a outra e entre os de mesma classe, os mais próximos excluem os mais remotos, por exemplo, havendo descendentes e ascendentes, os ascendentes são excluídos e dentre os descendentes os filhos excluem os netos.

Inexistindo herdeiros legítimos, testamentários ou facultativos, estes últimos sendo os colaterais até o quarto grau.

Art. 1.819. Falecendo alguém sem deixar testamento nem herdeiro legítimo notoriamente conhecido, os bens da herança, depois de arrecadados, ficarão sob a guarda e administração de um curador, até a sua entrega ao sucessor devidamente habilitado ou à declaração de sua vacância.

Sendo declarado sua vacância e após decorridos cinco anos da abertura da sucessão, os bens arrecadados passarão ao domínio do patrimônio público

2.2 DA SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA

A sucessão testamentária pode ser definida como o ato de última vontade do de cujus, por meio de um instrumento jurídico que declara a sua vontade sobre o destino de seus bens.

Leciona Tartuce (2020) que o testamento é:

Um negócio jurídico unilateral, personalíssimo e revogável pelo qual o testador faz disposições de caráter patrimonial ou extrapatrimonial, para depois de sua morte. Trata-se do ato sucessório de exercício da autonomia privada por excelência.

O testamento é unilateral porque se constitui por uma única manifestação de vontade, personalíssimo pois somente a um testador poderá dispor e revogável por permitir o desfazimento e a modificação a qualquer tempo, sendo válida o testamento firmado por último, antes do falecimento do testador.

Por ser um negócio jurídico o testamento deve cumprir os requisitos mínimos, agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesaem lei.

A capacidade de testar é aferida no momento da elaboração do testamento, o testador deve ser maiores de 16 anos, aos relativamente capazes entre 16 e 18 e ter pleno discernimento para a prática.

Além de ter capacidade de dispor seus bens, o testador também deve observar, caso tenha herdeiros necessários, ao limite da legítima. Como dispõe o Art. 1.789. "Havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança". O direito brasileiro adota, porém, "a liberdade mitigada, instituindo, na hipótese de haver herdeiros necessários, o limite de metade do acervo hereditário." (SCHREIBER, 2020). Caso o *de cujus* não tenha herdeiros necessários, poderá dispor na totalidade dos bens. O objeto do testamento pode ser de natureza patrimonial e existencial.

Há vários tipos de testamento divididos em dois grupos, os ordinários os quais devem seguir todos os regramentos estabelecidos na legislação civil podendo ser: público, cerrado e particular; e os especiais que ocorrem por motivos extraordinários, em decorrência de urgência circunstancial, podendo ser: marítimo, aeronáutico, militar e nuncupativo. Mas nos deteremos a analisar a espécie testamentária, o codicilo.

Codicilo é segundo os ensinamentos de Carvalho:

disposição unilateral de última vontade, gratuita, não solene, essencialmente revogável, materializada através de escrito particular, de modo aberto ou fechado, a ser feito por pessoa que tenha a indispensável capacidade testamentária ativa. (CARVALHO, 2019)

Codicilo é um ato de última vontade para disposições de menor importância econômica ou ordenamentos para ser atendido após a morte. Por dispor de bens de

menor valoração, seus requisitos são bens mais simplificados, não necessitando de solenidade. Nesse tipo de declaração de última vontade onde não há necessidade de testemunhas. Entretanto deverá ser feito por pessoa capaz, em documento datado e assinado. Podendo ser feito de forma cerrada, no qual só será aberto após a morte.

Pode ser considerado um testamento em formato mais simples, também sendo chamado por alguns de testamento anão, e pode tratar das seguintes disposições:

fazer disposições sobre o seu enterro;
deixar esmolas de pouca monta;
legar móveis, roupas ou jóias de pouco valor, de seu uso pessoal (art. 1.881);
nomear e substituir testamenteiros (art. 1.883);
reabilitar o indigno (art. 1.818);
destinar verbas para o sufrágio de sua alma (art. 1.998);
reconhecer filho havido fora do matrimônio, uma vez que o art. 1.609, II, do Código Civil permite tal ato por “escrito particular”, sem maiores formalidades. (GONÇALVES, 2019)

As disposições do codicilo se restringem a pouco valor, que pode ser aferido em comparação com montante do patrimônio deixado pelo *de cuius*. Em muitos casos tem-se admitido a liberalidade que não ultrapasse 10% do valor do acervo hereditário deixado. As ordenanças tem um caráter pessoal. Seria o codicilo uma maneira de fazer disposições de bens digitais?

O codicilo pode ser revogado, caso haja testamento posterior com disposições que não a confirmem ou modifiquem. É importante ressaltar que o codicilo pode ser ou não, acessório ou complemento do testamento, podendo existir como disposição de vontade autônoma, sem a presença de testamento. Sendo assim, o testamento e o codicilo podem coexistir em um mesmo contexto sucessório, prevalecendo a independência entre os dois institutos.

3. BENS DIGITAIS

Sobretudo, é importante iniciar conceituando os bens em geral, bens são todos aqueles coisas materiais ou imateriais que sirvam de utilidade física ou ideal para o indivíduo, que abrange coisas corpóreas e incorpóreas, materiais ou imateriais.

Segundo (LACERDA, 2017) os "bens digitais são bens incorpóreos, que um usuário insere de forma progressiva na internet, informações de caráter pessoal que tenha alguma importância e utilidade para, que contenha ou não conteúdo econômico."

É uma grande acervo que é acumulado durante toda a vida, sendo natural que não só o próprio *de cuius* mas a família desejem manter esse acervo.

É importante incluir ao bem digital em uma das modalidades de bens para que ele possa estar presente quando houver a transmissão de uma herança, ou trazendo-lhe à tona em disposição testamentária.

3.1 CLASSIFICAÇÃO QUANTO À NATUREZA

É mister classificar os bens digitais em decorrência da pouca informação disponível em nosso ordenamento, de forma a apresentar alguns dos conceitos para maior entendimento. A classificação em detrimento da natureza desses bens pode auxiliar no momento de buscar soluções específicas.

3.3.1 Bens Digitais Existenciais

Os bens digitais existenciais dizem respeito ao conteúdo pessoal do falecido.

Compreende os direitos da personalidade e está diretamente relacionada à pessoa humana:

[...] o bem relevante para o indivíduo ou para a comunidade (quando comunitário não se pode perder de vista, mesmo assim, sua individualidade, ou seja, o bem comunitário deve ser também importante para o desenvolvimento da individualidade da pessoa) que, quando apresenta grande significação social, pode e deve ser protegido juridicamente. A vida, a honra, o patrimônio, a liberdade sexual, o meio-ambiente etc. são bens existenciais de grande relevância para o indivíduo (BIANCHINI, MOLINA e GOMES, 2009).

O bem digital existencial é ligado a pessoa que o produziu. Por ter caráter subjetivo. Esses bens se observa em arquivos e contas digitais em redes sociais, "nuvens" de arquivos tais como: Dropbox, Google Drive, Icloud, senha de telefones celular, e-mails, blogs, entre outros, são uma espécie de extensão da vida privada do autor da herança e que não têm valoração econômica.

No passado, ao se deixar bens mais pessoais, tínhamos bibliotecas de livros, discos de músicas e vídeos, álbuns de fotografias que em sua maioria eram bens materiais ocorre que atualmente, tanto pelo aspecto econômico quanto pela facilidade trazida pela tecnologia, estão sendo substituídos e inseridos de forma digital, tais como: biblioteca de ebooks, armazenamento em nuvens com fotos e vídeos, listas de músicas, são bens que na maior parte não tem valoração econômica. A maioria desses bens tem seu acesso vinculado a um login e senha seja do próprio aparelho, seja da conta do usuário.

Sendo assim, a disponibilização do patrimônio do falecido aos seus herdeiros tem se tornado cada vez mais complexo.

3.1.2 Bens Digitais Patrimoniais

Os bens que são considerados patrimoniais são aqueles suscetíveis de valoração econômica é o caso dos jogos, álbuns musicais, bibliotecas de *e-books*, licenças de software, bitcoins, contas comerciais.

O mundo dos jogos se tornou um seguimento extremamente lucrativo, segundo a pesquisa do Visa Consulting & Analytics, o público “gamer” faz cerca de 1,6 transações online ligadas a produtos relacionados a jogos digitais por mês. Atualmente alguns perfis de jogos são verdadeiros tesouros, pelo tempo, dedicação e gastos para ter produtos exclusivos, demonstrando que há valoração econômica.

Outro seguimento são os Bitcoins, a primeira criptomoeda do mundo e que há oito anos funciona sem qualquer interrupção, baseada em uma rede descentralizada extremamente segura chamada Blockchain criada por Satoshi Nakamoto. Essas criptomoedas somente podem ser acessadas com uma chave privada daquela determinada carteira que poderá autorizar a transferência de bitcoins para outras carteiras. Então em caso de falecimento do proprietário das bitcoins e não tendo sido deixado a senha a disposição dos familiares, esse bem será perdido pois mesmo aplicando de forma análoga as regras de bens já disciplinados pelo Código Civil de 2002, ainda não é bastante.

O *Kindle* é um leitor digital da Amazon, uma espécie de *tablet*, que permite aos usuários lerem livros virtuais através do aplicativo da própria empresa, onde os

usuários podem obtém livros da estante virtual, em seus termos de uso nega direitos de transmissão dosusuários à terceiro.

Exceto se especificamente indicado de forma diferente, você não poderá vender, alugar, arrendar, distribuir, sublicenciar ou transferir quaisquer direitos ao Conteúdo Kindle ou qualquer parte dele a terceiros, tampouco poderá remover ou modificar quaisquer avisos ou rótulos de propriedade no Conteúdo Kindle. Além disso, você não poderá tentar driblar, modificar, anular, ou de outra forma contornar qualquer sistema digital de gestão de direitos ou outra proteção de conteúdo, ou recursosusados como parte do Serviço. (KINDLE, 2020)

No caso do leitor digital, temos um bem corpóreo que pode ser protegido com senha, mas em relação ao aplicativo, o acesso se dá por email e senha. Em caso de morte, a família poderia ainda, tendo a senha de acesso do leitor, acessar os livros comprados pelo autor, entretanto esse tipo de acesso é irregular.

3.2 CLASSIFICAÇÃO QUANTO À FINALIDADE

3.2.2 Bens Digitais de Interação

São os bens em que sua principal função é a interação, seja ela para a vida pessoal, seja para a vida profissional.

Lara (2016) os chama de contas digitais definindo-os em "sites, que oferecem a possibilidade de criação de perfis pessoais, e os de interação com outras pessoas, como o Facebook e o Instagram."

São em geral de uso diário, também chamado de redes sociais. Esses bens são muito pessoais e costumam albergar um sistema de troca de mensagens privadas que se assemelham a correspondência que, usando de uma visão extensiva, seu sigilo também encontra-se resguardado pela Constituição Federal, no art. 5º, XII. Dessa forma, são igualmente invioláveis as comunicações via e-mail, programas para troca de mensagens instantâneas e mensagens privadas trocadas em redes sociais que está regulada na Lei nº 12.965/2014, conhecida como Marco Civil da Internet.

Nos últimos anos esses bens ganharam destaque, com a introdução do termo influenciador digital, que é originado do inglês *digital influencer*, que são pessoas

que produzem conteúdo em mídias sociais e são verdadeiras vitrines virtuais, é o que leciona LARA(2016):

um determinado usuário possui um grande número de amigos (são os chamados “atores”), que comungam das mesmas ideias, objetivos, interesses, e possivelmente da mesma forma de consumir. Esse usuário influencia sua rede de amigos, através de tuítes, por exemplo, que são amplamente retuitados; por meio de postagens que são curtidas, compartilhadas, comentadas, logo esse usuário influencia o seu grupo para determinados comportamentos, portanto, se ele indicar um “bom” livro, um filme ou um produto qualquer em sua página de rede social, ou simplesmente ele comentar sobre esses produtos, seus amigos virtuais vão retuitar, curtir, compartilhar e muitos irão até mesmo consumir esses produtos. (LARA, 2016)

No caso das contas digitais que são capazes de auferir lucros, temos então um bem com valoração econômica.

Os influenciadores digitais mudaram a forma como as pessoas consomem produtos e serviços, um exemplo disso ocorreu com a morte da influenciadora e modelo digital, Nara Almeida. Aos 24 anos, veio a falecer devido a um câncer no estômago. “A influenciadora era dona de um valioso acervo digital, com perfis em mídias sociais que lucravam bastante com uma simples postagem, abarcando um grande número de seguidores.”(PEREIRA, 2018)

3.2.1 Bens Digitais de Armazenamento

Bens Digitais de Armazenamento são aqueles em que se guarda arquivos em algo que não é físico, e são encontrados na rede mundial de computadores. É muito utilizado porque pode ser acessado pelo smartphone, pelo notebook, por algum computador, basta que esteja conectado à internet, sendo armazenados através de variados tipos de serviços online, cujas regras vem em contratos de adesão, são exemplos desses serviços o *google drive*, *dropbox*, *one drive* e etc. Esses bens podem ser públicos ou privado. E servem como verdadeiras bibliotecas de mídias. Podem ser armazenados de forma manual ou automática, fazendo backup de arquivos de fotos, vídeos, arquivos, de um aparelho eletrônico.

Os bens de armazenamento ganha o nome de ativos digitais na obra de Lara (2016) compreendidos como conteúdos armazenados de forma digital, sendo estes as fotografias, as filmagens, as mensagens, as conversas, tudo a que não se tem

acesso senão por meio eletrônico e digital, pelo uso de celular, tablet, computador e outros.

Destaque também, que um bem pode em algum momento migrar ou pertencer às duas espécies de classificação sendo de interação e armazenamento, por exemplo, no caso de extinção da aplicação virtual, foi o que aconteceu com a empresa “Orkut” que após sua dissolução permitiu a seus usuários salvarem fotos e vídeos em outra conta da empresa Google. Neste caso houve uma migração.

4. DA SUCESSÃO DA HERANÇA DIGITAL NO TOCANTE AOS BENS DIGITAIS EXISTENCIAIS

Após definido o que são os bem digital nos detemos a trazer o conceito de Herança Digital, que nas palavras de Silva(2014) se perfazem em "todo o legado digital de um indivíduo que fica disponível na nuvem ou armazenado em um computador logo após sua morte faz parte de sua herança digital”

Em especial aos bens digitais existenciais é importante entender que por se relacionar com os direitos da personalidade é limitado a transmissibilidade relacionada a esses direitos. Porém várias decisões judiciais demonstram que a característica da intransmissibilidade pode ser relativizada como no caso dos direitos autorais onde há a possibilidade de cessão de uso da imagem e usufruto dos direitos autorais, cabe aqui ressaltar que não se transmite o direito em si, mas sim a utilização.

Portanto, é possível afirmar que os direitos personalíssimos não são absolutamente intransferíveis, cabendo assim aos herdeiros legítimos e testamentários, o pleito. É como alude o artigo 12 do Código Civil de 2002:

Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.

O citado Código admite que o testamento tenha um conteúdo extrapatrimonial, como consta no parágrafo segundo do Art. 1.857, "São válidas as

disposições testamentárias de caráter não patrimonial, ainda que o testador somente a elas se tenha limitado". São disposições de última vontade que tem como objeto um bem sem valoração econômica, mas que dispõe sobre a existência da Pessoa Humana, indo de encontro ao princípio da dignidade da pessoa humana, que se encontra no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988 e ao respeito à autonomia da vontade.

Essas disposições podem ser declaradas no testamento junto de outras disposições patrimoniais ou podendo se restringir a somente a estas disposições não patrimoniais.

Alguns tipos comuns dessa disposição ocorre para o reconhecimento de filhos havidos fora do casamento, nomeação de tutor para filho menor, reabilitação de indigno, instituição de fundação, imposição de cláusulas restritivas, se houver justa causa.

Também é utilizado para dispor sobre cuidados e tratamentos que deseja ou não receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade.

Nas palavras de Marighetto "o ordenamento jurídico contribui para preservar e tutelar o valor, a autonomia e o fim individual do ser humano, não unicamente de forma geral e abstrata, mas também no respeito à ordem atual e jurisdicional do direito positivo".

Infelizmente, um dos maiores motivos de discussões por parte de familiares do falecido são os provedores de serviços que em seus termos de uso negam o direito de herança relacionadas a mídias adquiridas através deles. Isso ocorre porque na maioria dos termos e condições de uso dos provedores se estabelece que não há transmissão. Porém esse termos de uso são contratos de adesão que são elaborados unilateralmente, onde uma das partes pode criar cláusulas que mais o beneficiam, e o usuário do serviço somente consente ou não com o contrato.

A possível caracterização dos termos de serviço, condições de uso e licenças empregados nos mundos virtuais, serviços de armazenamento ou lojas virtuais, não só como contratos de adesão, mas como contratos de consumo, é de especial relevância para a preservação dos direitos do usuário" (FILHO, 2017)

A lei 8.078/1990 define em seu artigo segundo que consumidor "é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final" e este serviço desenvolvido deve ser remunerado pelo conceito estabelecido no artigo terceiro da mesma lei "Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração"

A tese levantada por parte dos provedores de serviços é que os serviços fornecidos pelos aplicativos e sites são obtidos de maneira gratuita. Entretanto, mesmo que a obtenção e utilização do aplicativo ou site seja gratuita, há remuneração indireta em detrimento do proveito da divulgação e compartilhamento pelos usuários, atraindo a atenção de grandes empresas que pretendem divulgar propagandas em sua plataforma, ocasionando em lucros por divulgação, sendo assim aplicável a proteção consumerista. É o que demonstra a decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA SUSCITADO POR CÂMARA CÍVEL ESPECIALIZADA. PROVEDOR DE CONTEÚDO. FACEBOOK. MENSAGENS OFENSIVAS. RELAÇÃO CONSUMERISTA. O Facebook é um site que presta o serviço de rede social, permitindo que os usuários conversem entre si e compartilhem mensagens, links, vídeos e fotografias. Neste sentido, como bem observado pelo Ministério Público, a relação jurídica firmada entre o prestador do serviço e o usuário pode ser qualificada como de consumo, já que preenchidos os requisitos previstos nos artigos 2º e 3º, do Código de Defesa do Consumidor. Frisa-se que há claro posicionamento do Superior Tribunal de Justiça de que a legislação consumerista é aplicável aos serviços prestados em sítio eletrônico. Ao oferecer um serviço por meio do qual se possibilita que os usuários externem livremente sua opinião, deve o provedor de conteúdo ter o cuidado de propiciar meios para que, após notificado sobre os acontecimentos, não mais ocorram lesões aos usuários ou a terceiros, que poderão ser equiparados aos consumidores que se utilizam diretamente do serviço. Resolve-se o conflito para declarar a competência da Câmara Suscitante, 25ª Câmara Cível, para julgar o referido agravo de instrumento. (TJ-RJ - CC: 00430274320148190000 RJ 0043027-43.2014.8.19.0000, Relator: DES. MARIA AUGUSTA VAZ, Data de Julgamento: 27/10/2014, OE - SECRETARIA DO TRIBUNAL PLENO E ÓRGÃO ESPECIAL, Data de Publicação: 05/11/2014 17:31)

Em se tratando de provedores de serviço, é notório o caráter consumerista.

Ademais, os termos de uso desses provedores são o que o direito civil reconhece como contrato de adesão, a lei nº 8.078/1990 conceitua-o no artigo 54 como sendo o "Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de

produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo". O Código de Defesa do consumidor (lei 8.078/1990), por esse contrato ocorrer sem a participação do consumidor o Código Civil de 2002 estabelece no artigo 424, que "Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio."

A Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, conhecida como o Marco Civil da Internet estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil, de forma a alinhar direito e internet. Um dos direitos tratados é a obrigação de informações mais claras sobre contratos na *internet*:

Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:

[...]

VI - informações claras e completas constantes dos contratos de prestação de serviços, com detalhamento sobre o regime de proteção aos registros de conexão e aos registros de acesso a aplicações de internet, bem como sobre práticas de gerenciamento da rede que possam afetar sua qualidade;

É importante que as informações estejam dispostas de forma clara, para que não haja engano por parte do usuário sobre o que ele adquire no meio digital.

O posicionamento das redes sociais para o *Post Mortem* são muito similares, o *Facebook*, e o *Instagram*, empresas que comportam esse tipo de bem, possibilitam aos parentes e a terceiros, a exclusão ou transformação do perfil em memorial, um exemplo de como se torna a conta no *Instagram*:

As contas transformadas em memorial no Instagram têm as seguintes características principais:

Ninguém pode entrar em uma conta transformada em memorial.

A expressão "Em memória de" será exibida ao lado do nome da pessoa no perfil.

As publicações que a pessoa falecida compartilhou, incluindo fotos e vídeos, permanecerão no Instagram e ficarão visíveis para o público com o qual foram compartilhadas.

As contas transformadas em memorial não aparecem em alguns locais no Instagram, como em Explorar (INSTAGRAM, 2020)

Em contrapartida o *Google* e o *Twitter* apenas possibilitam a exclusão da conta permanentemente.

As opções já previstas para os usuários em vida, é designar uma pessoa para ser a conta herdeira, provedores como o *Facebook* e o *Google* dispõe desta opção.

O *Google* permite ao usuário estipular o tempo que a conta pode permanecer inativa que a conta herdeira salve as informações e arquivos da conta.

Outra alternativa pode ser utilizar o codicilo para a proteção dos bens digitais existenciais, do ponto de vista de (VIEGA; SILVEIRA, 2020) em se tratando de:

um legado virtual que exteriorize a intimidade do sujeito, isto é, dados pessoais em redes sociais, e-mails, arquivos digitais de armazenamento, dentre inúmeros outros que traduzem unicamente seus aspectos pessoais, poderia o codicilo instrumentalizar a vontade da pessoa no sentido de dar a finalidade que melhor preserve a sua liberdade, dignidade e privacidade, quando de sua morte.

O caráter simplificado do codicilo pode ser uma ótima opção em se tratando de bens digitais existenciais, principalmente com a possibilidade da aprovação do projeto de lei N.º 5.820, de 2019 de autoria de Elias Vaz, que pretende modificar o artigo 1.881, do Código Civil de 2002, dispondo:

Art. 1.881. Toda pessoa capaz de testar poderá, mediante instrumento particular, fazer disposições especiais sobre o seu enterro, bem como destinar até 10% (dez por cento) de seu patrimônio, observado no momento da abertura da sucessão, a certas e determinadas ou indeterminadas pessoas, assim como legar móveis, imóveis, roupas, joias entre outros bens corpóreos e incorpóreos.

§1º A disposição de vontade pode ser escrita com subscrição ao final, ou ainda assinada por meio eletrônico, valendo-se de certificação digital, dispensando-se a presença de testemunhas e sempre registrando a data de efetivação do ato.

§2º A disposição de vontade também pode ser gravada em sistema digital de som e imagem, devendo haver nitidez e clareza nas imagens e nos sons, existir a declaração da data de realização do ato, bem como registrar a presença de duas testemunhas, exigidas caso exista cunho patrimonial na declaração.

§3º A mídia deverá ser gravada em formato compatível com os programas computadorizados de leitura existentes na data da efetivação do ato, contendo a declaração do interessado de que no vídeo consta seu codicilo, apresentando também sua qualificação completa e das testemunhas que acompanham o ato, caso haja necessidade da presença dessas.

§4º Para a herança digital, entendendo-se essa como vídeos, fotos, livros, senhas de redes sociais, e outros elementos armazenados exclusivamente na rede mundial de computadores, em nuvem, o codicilo em vídeo dispensa a presença das testemunhas para sua validade.

§5º Na gravação realizada para fim descrito neste dispositivo, todos os requisitos apresentados tem que ser cumpridos, sob pena de nulidade do ato, devendo o interessado se expressar de modo claro e objetivo, valendo-se da fala e vernáculo Português, podendo a pessoa com deficiência utilizar também a Língua Brasileira de Sinais (LIBRAS) ou de qualquer maneira de comunicação oficial, compatível com a limitação que apresenta.

O projeto de lei, além de criar a possibilidade do codicilo ser feito por meio digital, tornando-o mais acessível, também prevê no parágrafo quarto a possibilidade

do codicilo dispor sobre bens digitais existenciais. A acessibilidade do instrumento pode aumentar o número de pessoas que fazem disposição de última vontade.

Na justificação da proposta, o autor afirma que uma grande parte do do patrimônio se encontra em espaços virtuais e que com "a morte do seu titular, atualmente, a maioria desse acervo virtual se perde em decorrência da ausência de um meio eficaz e simples para dispor sobre o mesmo". Sendo necessário essa modificação.

Entretanto, essa não é a primeira vez que um projeto de lei aborda a temática da herança no meio digital, o projeto de lei 8.562 de 2017, de autoria de Elizeu Dionizio, buscava inserir o Capítulo II-A e os arts. 1.797-A a 1.797-C à Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que dispunha:

Art. 1.797-A. A herança digital defere-se como o conteúdo intangível do falecido, tudo o que é possível guardar ou acumular em espaço virtual, nas condições seguintes:

- senhas;
- redes sociais;
- contas da Internet;
- qualquer bem e serviço virtual e digital de titularidade do falecido.

Art. 1.797-B. Se o falecido, tendo capacidade para testar, não o tiver feito, a herança será transmitida aos herdeiros legítimos.

Art. 1.797-C. Cabe ao herdeiro:

- I - definir o destino das contas do falecido;
- transformá-las em memorial, deixando o acesso restrito a amigos confirmados emantendo apenas o conteúdo principal ou;
- apagar todos os dados do usuário ou;
- remover a conta do antigo usuário.

Neste projeto de lei, é claro a preocupação do legislador de incluir o máximo possível do acervo digital, a maior crítica a esse projeto encontra-se na transmissão automática dos bens do *de cuius*. Motivo que determinou seu arquivamento.

Outro projeto pretendia acrescenta o art. 10-A à Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet), a fim de dispor sobre a destinação das contas de aplicações de internet após a morte de seu titular.

Art. 10-A. Os provedores de aplicações de internet devem excluir as respectivas contas de usuários brasileiros mortos imediatamente após a comprovação do óbito.

§ 1º A exclusão dependerá de requerimento aos provedores de aplicações de internet, em formulário próprio, do cônjuge, companheiro ou parente, maior de idade, obedecida a linha sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau inclusive.

§ 2º Mesmo após a exclusão das contas, devem os provedores de aplicações de internet manter armazenados os dados e registros dessas contas pelo prazo de 1 (um) ano, a partir da data do óbito, ressalvado requerimento cautelar da autoridade policial ou do Ministério Público de prorrogação, por igual período, da guarda de tais dados e registros.

§ 3º As contas em aplicações de internet poderão ser mantidas mesmo após a comprovação do óbito do seu titular, sempre que essa opção for possibilitada pelo respectivo provedor e caso o cônjuge, companheiro ou parente do morto indicados no caput deste artigo formule requerimento nesse sentido, no prazo de um ano a partir do óbito, devendo ser bloqueado o seu gerenciamento por qualquer pessoa, exceto se o usuário morto tiver deixado autorização expressa indicando quem deva gerenciá-la.

Essa disposição trazido no projeto, também traz as mesmas críticas, a possibilidade da familiar ter acesso aos bens digitais, o projeto também foi arquivado.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A sociedade evoluiu e diante dessa evolução, as relações se modificaram e o direito teve que acompanhar essa evolução. Ocupando uma grande parte do nosso tempo diário, as redes sociais são verdadeiras estantes de memórias e arquivos, os provedores de serviços facilitam a obtenção de bens virtuais, é sabido que uma parte da nossa herança ficará em meio virtual. Sendo assim, é extremamente necessário discutir as formas de destinação dos bens digitais, a fim de garantir a sua intimidade, privacidade e imagem sejam preservadas e respeitadas pelos familiares, terceiros e provedores de serviços na *internet*.

A existência da pessoa natural termina com a morte, assim termina a vida digital, os resquícios da sua vida se mantêm na rede mundial de computadores, mas suas ações em nome próprio devem morrer com sua personalidade.

Este trabalho se propôs a investigar a possibilidade de transmissão após a morte de bens deixados no meio digital, sendo estes todo o acervo criado durante a vida. São infinitos os bens produzidos na *internet*, que vão desde uma conta em redes social, salvamentos automáticos de arquivos do aparelho celular a uma conta de armazenamento, fotos trocadas por meio de aplicativos de mensagens, até transações financeiras por ocasião do trabalho. Estamos a todo momento agregando mais bens ao nosso patrimônio.

A destinação desses bens em meio virtual, como estudado, se divide em duas partes, os bens que por sua natureza são valoráveis economicamente e os bens que não possuem valor econômica, aqui nomeado de bens digitais existenciais.

No que diz respeito ao sucessão legítima, não há dúvida que, mesmo em se tratando de bens patrimoniais podem compor com mais facilidade a herança junto

aos bens comuns. O que não se pode afirmar da sucessão de bens existenciais, por esse bem representar a privacidade do *de cuius*, sem a expressa vontade do *de cujos*.

Resta concluído que, diante da ausência de norma positivada a solução mais adequada e eficiente é o incentivo ao pleno exercício da autonomia privada, podendo se utilizar do testamento para dispor dos bens digitais de maneira geral, pois este instrumento sucessório pode dispor de bens digitais com ou sem valoração econômica. O testamento pode dispor de conteúdo patrimonial e existencial, em se tratando de bens patrimoniais, o testador poderá dispor livremente.

O estudo sobre a destinação dada para os bens digitais existenciais é importante pela complexidade de tratar de bens de natureza personalíssima. Com caráter meramente afetivo, como fotos, contas de e-mail, perfis em redes sociais, entre outros do mesmo gênero, estariam no rol dos direitos personalíssimos do *de cuius*, como direito à intimidade e direito à vida privada.

A transmissibilidade sucessória dos bens digitais existenciais seria aceita se o autor da herança autorizasse de alguma forma em vida que um herdeiro possa custodiar e acessar integralmente ou parcialmente, o acervo digital.

Caso o sucessor deseje uma forma mais simples de dispor de seus bens digitais existenciais, ele pode optar por destinar esses bens através de codicilo.

O codicilo é, na verdade, a melhor opção quando se trata de bens digitais existenciais, é uma solução prática para um legado prático, e muito mais atraente para dispor de bens mais ligados a pessoa. Através do codicilo, o codicilante poderá determinar como se dará sua morte em meio digital, tais como: a escolha de um administrador digital, transformação em memoriais de seus redes sociais, o momento de exclusão, a migração de mídias nos bens de armazenamento, entre outros.

REFERÊNCIAS

AGUIAR. Uma aproximação a teoria do bem jurídico. Disponível em: <<https://leonardoaaaguiar.jusbrasil.com.br/artigos/321035616/uma-primeira-aproximacao-a-te-oria-do-bem-juridico>> Acesso em 24 de março de 2020

BIANCHINI, Alice; MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. Direito penal. Introdução e princípios fundamentais. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. Coleção Ciência Criminais, v.1.

BRASIL. Lei nº 8.078, DE 11 DE SETEMBRO DE 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm Acesso em: 04 de maio de 2020

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 20 maio de 2020.

CABRAL, Hideliza Lacerda Tinoco Boechat. Os Novos Direitos e a Efetividade da Tutela Constitucional dos Direitos Existenciais. Disponível em: http://www.lex.com.br/doutrina_24003441_OS_NOVOS_DIREITOS_E_A_EFETIVIDADE_DA_TUTELA_CONSTITUCIONAL_DOS_DIREITOS_EXISTENCIAIS.aspx. Acesso em 16 de Abril de 2020

CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. Direito das sucessões/Luiz Paulo Vieira de Carvalho. 4. Ed - São Paulo. Atlas. 2019.

ESTEVAO, Ilca Maria. Digital influencer: saiba mais sobre a profissão do momento. Disponível em: <https://www.metropoles.com/colunas-blogs/ilca-maria-estevao/digital-influencer-saiba-mais-sobre-a-profissao-do-momento>. Acesso em: 30 maio de 2020.

FACEBOOK. O que acontecerá com minha conta do Facebook se eu falecer? Central de Ajuda. Disponível em: <https://m.facebook.com/help/103897939701143>. Acesso em: 30 de Maio de 2020

FILHO, Marco Aurélio de Faria Costa. **Patrimônio Digital**: Reconhecimento e Herança. Recife: Ed. Nossa Livraria, 2016.

FILHO, Marco Aurélio de Farias Costa. Herança digital: valor patrimonial e sucessão de bens armazenados virtualmente. Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco, 187-215, 2017. Disponível em: <https://revista.jfpe.jus.br/index.php/RJSJPE/article/view/152>. Acesso em: 30 de maio de 2020.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil**. v.1–Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, volume 7 : direito das sucessões / Carlos Roberto Gonçalves. – 13. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2019.

INSTAGRAM. O que acontece quando a conta do Instagram de uma pessoa falecida é transformada em memorial? Disponível em: <https://help.instagram.com/231764660354188>. Acesso em 30 de Maio de 2020

KINDLE. Termos de uso da Loja Kindle. Disponível em: <https://www.amazon.com.br/gp/help/customer/display.html?nodeId=201014950> Acesso: 02 de Junho de 2020

LACERDA, Bruno Zampier. **Bens digitais**: cybercultura, redes sociais, e-mails, músicas, livros, milhas aéreas, moedas virtuais. Ed. Indaiatuba: Foco, 2017.

LARA, Moisés Fagundes . Herança Digital. 1. ed. Porto Alegre: Clube dos Autores, 2016.

MARIGHETTO, Andrea. A dignidade humana e o limite dos direitos da personalidade. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-ago-21/marighetto-dignidade-humana-limite-direitos-personalida-de>. Acesso em: 25 de maio de 2020.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. Autonomia privada e dignidade humana, 1ªEd. Rio de Janeiro, Renovar, 2009.

MORAES, Roberta. A força dos influenciadores digitais. Disponível em: <https://www.mundodomarketing.com.br/reportagens/digital/36010/a-forca-dos-influenciadores-digitais.html> Acesso em: 30 mar. 2020.

PEREIRA, Victor da Silva Simões. **Herança digital: o direito das sucessões nos bancos de dados virtuais**. Disponível em: <<https://www.notariado.org.br/artigo-heranca-digital-o-direito-das-sucessoes-nos-bancos-de-dados-virtuais-por-victor-da-silva-simoes-pereira>>, Acesso em: 30 de Maio 2020

PEREIRA, COSTA. Herança digital - as redes sociais e sua proteção pelo direito sucessório brasileiro. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/heranca-digital-as-redes-sociais-e-sua-pr-otecoao-pelo-direito-sucessorio-brasileiro/>> Acesso em 24 de março de 2020

RENDEIRO, Marcia Elisa. Orkut e Facebook: as teias da memória em meio às redes sociais. Disponível em: http://revistas.unisinos.br/index.php/ciencias_sociais/article/view/csu.2011.47.3.08/625. Acesso: 02 de Junho de 2020

SANTOS, Everton; CASTIGLIONI, Tamires. (2019). HERANÇA DIGITAL: A TRANSMISSÃO DE BENS VIRTUAL. Revista de Direito, Governança e Novas Tecnologias. 4. 104. 10.26668/IndexLawJournals/2526-0049/2018.v4i2.4805.

SANTOS, Bruno Damasceno Ferreira. Bem digital - natureza e regime jurídico do objeto do comércio eletrônico on-line Conteudo Juridico, Brasilia-DF: 28 abr 2020. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/39450/bem-digital-natureza-e-regime-juridic-o-do-objeto-do-comercio-eletronico-on-line>. Acesso em: 28 abr 2020.

SCHREIBER, Anderson Manual de direito civil: contemporâneo / Anderson Schreiber. – 3. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020.

SILVA, Jéssica Ferreira da. Herança digital: a importância desta temática para os alunos da Faculdade de Informação e comunicação da Universidade Federal de Goiás. 2014.

SPAGNOL, Débora. A destinação do patrimônio virtual em caso de morte ou incapacidade do usuário: "herança digital". Jusbrasil. S/d. Disponível em: [https://deboraspagnol.jusbrasil.com.br/artigos/426777341/a-destinacao-dopatrimonio-virtual-e m-caso-de-morte-ou-incapacidade-do-usuario-herancadigital?ref=topic_feed](https://deboraspagnol.jusbrasil.com.br/artigos/426777341/a-destinacao-dopatrimonio-virtual-e-m-caso-de-morte-ou-incapacidade-do-usuario-herancadigital?ref=topic_feed) Acesso em 24 de março de 2020.

TARTUCE, Flávio. Direito Civil: direito das sucessões – v. 6 / Flávio Tartuce. – 12. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

VIEGA, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; SILVEIRA, Sabrina Bicalho. A herança digital: considerações sobre a possibilidade de extensão da personalidade civil post mortem. Disponível em: <https://claudiamaraviegas.jusbrasil.com.br/artigos/686500746/a-heranca-digital-consideracoes-sobre-a-possibilidade-de-extensao-da-personalidade-civil-post-mortem>. Acesso em: 01 de Junho de 2020

VISA. Brasileiros investem 60% a mais em jogos do que em outros itens, diz Visa. Disponível em: <https://www.visa.com.br/sobre-a-visa/noticias-visa/nova-sala-de-imprensa/brasileiros-investem.html> Acesso em: 28 abr 2020

ANÁLISE DA MENTE DO PSICOPATA ABORDANDO A CRUELDADE DO SERIAL KILLER

Karolinne Elly Juvêncio Aguiar Donato
Camila Yamaoka Mariz Maia de Andrade

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo compreender o motivo que leva uma mente a torna-se desumana através de pesquisas sobre o outro lado da história, trazendo relatos de infância, comportamentos e dados neurológicos acerca da mente do psicopata, podendo mostrar a parte escondida que o âmbito jurídico não aprofunda. Propor maior compreensão sobre os indivíduos que apresentam sintomas da psicopatia, relacionando os termos psicopatia com inimputabilidade, de forma que chegue à conclusão do problema.

Palavras-chave: psicopatia, inimputabilidade, mente humana.

ABSTRACT: This article aims to understand the reason why a mind becomes inhuman through research on the other side of history, bringing childhood reports, behaviors and neurological data about the mind of the psychopath and may show the hidden part that the legal framework does not go deeper. Propose greater understanding about individuals who present symptoms of psychopathy relating the terms psychopathy with inimputability in order to reach the conclusion of the problem.

Key words: psychopathy, inimputability, human mind.

1. INTRODUÇÃO

Inicialmente quando os crimes são acontecidos com frequência em nossa sociedade, na grande maioria dos casos, são cometidos com requinte de frieza sem medidas e que não apresentam sinais de arrependimentos, ou de remorso ante o exposto dos seus atos. Essas pessoas são denominadas de psicopatas. Entender a razão que os levam a cometer tal atos com tanta brutalidade, e sem compaixão traçando uma detalhada análise de sua personalidade é fundamental para a aplicação da Lei Penal, tendo como objetivo trazer a harmonia na sociedade, não só afastando dela pessoas que poderiam prejudicá-las, como também dando a essas pessoas tratamento devido de seu distúrbio psicológico.

Psicopatia passa a ser entendida atualmente pelos estudiosos, como um tipo de personalidade que tem como principais características a ausência acentuada de culpa, remorso e preocupação empática com os outros. Psicopatas parecem carecer de emoções, não se importando com o sofrimento alheio. Além disso, eles são

superficialmente encantadores, manipuladores, egocêntricos e tem um senso de grandiosidade exacerbado. Tendem a ser impulsivos, costumam assumir riscos e não planejar o futuro. Eles demonstram ter um comportamento antissocial e têm um controle comportamental pouco desenvolvido. (GLENN, ANDREA., 2009).

Diante disso considerado como ponto imprescindível que os psicopatas têm completo controle racional. Eles não possuem delírios, psicoses nem problemas na razão compreendido pelo pesquisador citado. Pelo contrário, como se vê, são ótimos manipuladores, sabem se articular muito bem para obter o que querem. Conforme demonstrou o professor Walter Sinnott-Armstrong, em palestra proferida na PUC-RIO, os psicopatas são capazes de dizer o que as pessoas querem ouvir. Desta forma, nem sempre o que eles falam condiz com suas ações; eles são capazes de mascarar suas atitudes ainda em conformidade com o mesmo autor.

Assim, o psicopata se apresenta clinicamente como uma contradição ambulante: por um lado, é capaz de dar respostas sociais, moralmente apropriadas para as situações do dia-a-dia; por sua vez, quando deixados a própria sorte, suas ações não condizem com seus relatos verbais. Os estudos cerebrais passaram a ter maior importância a partir do caso Phineas Gage. No Século XIX, em um acidente com explosivos, Gage teve sua cabeça atravessada por uma barra de ferro que penetrou em sua bochecha esquerda e saiu no topo de sua cabeça, transpassando pelo córtex pré-frontal.

Depois do ocorrido, sua forma de agir moralmente foi profundamente modificada, passando a ter julgamentos morais diferentes de antes do acidente. Concluiu-se, a partir deste acidente, que havia uma determinada parte do cérebro que se referia exatamente à personalidade, emoções e, conseqüentemente, às escolhas morais, e que deveria ser estudada mais profundamente. Muitos sintomas de Gage são também sintomas presentes na psicopatia. Outro dano cerebral que levaria o paciente a ter características semelhantes às relatadas nos psicopatas seria a lesão ao *“córtex singular anterior”*. As lesões nesta área são raras, mas quando ocorrem, tendem a ter como resultado a apatia, falta de preocupação emocional, hostilidade, irresponsabilidade etc. Além deste, danos ao lobo médio-temporal e na amígdala estão associados há tempos com mudanças emocionais e de comportamento em macacos.

Ainda, de acordo com o referido autor que considera as instabilidades e agressividades, normalmente causadas pelos familiares durante a infância, podem causar o desenvolvimento de problemas emocionais nos jovens, como frieza, falta de empatia, crueldade, satisfazendo os seus impulsos destrutivos. O termo aplicado para essas situações é chamado de “*desvio de conduta*”, já que essas crianças sofreram um afastamento dos padrões comuns de comportamento e as lesões cerebrais.

Diante o exposto, frisa-se a importância do estudo da mente do psicopata. visto que uns podem ser decorrentes de acidente neuro cerebral, e outros decorrentes de infância e ambientes violentos, transformando a criança em um adulto violento, sem empatia e remorso pelas outras pessoas, manipulando para conseguir o que almeja. A Psicologia nem sempre é compreendida por todos, para os leigos do assunto que não entendem sobre, qualquer pessoa que pratique um crime brutalmente, é considerado como psicopata, sem analisar por dentro todo o contexto e o que levou o agente a praticar tal conduta ou qual o motivo de ele praticar tal atos. Mediante a discussão apresentada fato gerador de minha inquietude para a realização desse estudo buscou-se através de artigos científicos, jornais de âmbito nacional e revistas especializadas dados para a elaboração desse Trabalho de Conclusão de Curso.

Já Rodolfo Augusto Ambiel explica que a psicopatia, e a relaciona com o meio forense: A psicopatia pode ser 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. Sendo considerada como a mais grave alteração de personalidade, uma vez que os indivíduos caracterizados por essa patologia são responsáveis pela maioria dos crimes violentos, cometem vários tipos de crime com maior frequência do que os não psicopatas e, ainda, têm os maiores índices de reincidência apresentados. (AMBIEL, 2006).

2. O PERFIL DO PSICOPATA E A VISÃO SOB A SOCIEDADE

A psicopatia pode ser conceitualizada como uma síndrome clínica com início em idade precoce, de caráter duradouro, que engloba uma constelação de traços

extremos de cariz interpessoal, emocional e comportamental, bem como uma propensão para determinados estilos de vida. Esta conjugação traduz-se por comportamentos antissociais recorrentes e déficits emocionais e relacionais profundos (PECHORRO et al., 2014). Aduz Cleckley (1976) que, os psicopatas, em destaque os assassinos em série, têm como características relevantes a ausência de remorso, culpa ou empatia, carecem de emoções, não se importando com o sofrimento do outro. Ainda, são manipuladores, egocêntricos e tendem a ser impulsivos. Com base nos estudos de Cleckley, Robert Hare criou a “medida” de psicopatia conhecida e denominada como Psychopathy Checklist (PCL), na qual elencou vinte características aos psicopatas, e cada sintoma listado tinha uma pontuação, de modo que se uma pessoa atingisse um total de pontos, era considerada psicopata. Essa medida foi aprimorada pelo próprio criador, Hare, a qual passou a ser chamada de PCL-R. O PCL-R é o meio mais utilizado mundialmente para diagnosticar a psicopatia. Os termos do PCL-R são descritos por Morana (2003) como sendo os seguintes:

- 1- Lábria/ charme superficial;
- 2- Sendo grandioso de autoestima;
- 3- Mentira patológica;
- 4- Ausência de remorso ou culpa;
- 5- Indiferença/ insensibilidade afetivo-emocional;
- 6- Crueldade/ falta de empatia;
- 7- Incapacidade para aceitar/admitir responsabilidade pelos próprios atos;
- 8- Promiscuidade sexual;
- 9- Ausência de metas realistas a longo prazo;
- 10- Impulsividade;
- 11- Irresponsabilidade;
- 12- Versatilidade criminal;
- 13- Manipulação;
- 14- Estilo de vida parasitário;
- 15- Necessidade de estimulação;
- 16- Descontroles comportamentais;
- 17- Várias relações conjugais de curta duração;

18- Transtornos de conduta de infância.

De acordo com Theodore Millon (1998, p. 3), inicialmente, o termo “psicopata” foi utilizado para estabelecer uma série de comportamentos que eram vistos como moralmente repugnantes. Foi no fim do século XVIII que houve a efetiva discussão acerca da psicopatia, quando alguns psiquiatras e filósofos começaram a estudar a relação de livre arbítrio e transgressões morais, indagando se alguns criminosos seriam capazes de compreender a consequência de seus atos. Até o período do Iluminismo, acreditava-se que os crimes cometidos por pessoas psicopatas eram obras do diabo (apud SANCHEZ GARRIDO, 2009).

Ainda segundo o autor, em 1801, o psiquiatra Philippe Pinel foi o primeiro a notar que alguns pacientes, os quais estavam envolvidos em atos impulsivos e autodestrutivos, tinham seu raciocínio intacto e ainda possuíam consciência do que estavam fazendo/praticando. Ele denominou isso como insanidade sem delírio. Até então, qualquer inabilidade racional era considerada como uma doença mental. Foi a partir daí que surgiu a possibilidade de um indivíduo ser insano, mas sem qualquer confusão mental. Na época em que o psiquiatra Pinel escrevia sua tese, na Inglaterra, viveu o mais conhecido assassino da história, Jack “o estripador”, que matou diversas prostitutas e nunca foi pego. Os estudos continuaram sobre o assunto, doutrinadores discutiram se a psicopatia era considerada doença mental ou não, e suas características.

Porém, em 1941, o psiquiatra americano Hervey Cleckley transformou-se no principal escritor até então sobre a psicopatia, lançando o livro “The mask of sanity” (A máscara da sanidade). Ele propôs rotular o transtorno de personalidade antissocial de “demência semântica”, evidenciando o que era mais importante, ou seja, a tendência de o indivíduo psicopata dizer uma coisa e fazer outra. Ele ainda esclarece, no livro, que nem todos os psicopatas são de fato criminosos, mas que possuem certas características, como falta de sentimento de culpa, emoções superficiais, impulsividade, entre outros.

O psicopata não tem alucinações, neurose ou psicose, ele tem sim capacidade plena mental e ainda possui determinadas características cerebrais que o diferencia do que é considerado normal. Em consequência dessa obra, Robert Hare elaborou o “Manual for the Hare Psychopathy Checklist” (MILLON, 1998).

Neste contexto, Cleckey (1976) descreve o psicopata em sua obra como: O psicopata demonstra a mais absoluta indiferença diante dos valores sociais e é incapaz de compreender qualquer assunto relacionado a esses valores. Não é capaz de se interessar minimamente por questões abordadas pela literatura ou pela arte, tais como tragédia, a alegria ou o esforço da humanidade em progredir. Também não cuida dessas questões na vida diária. A beleza, a feiura, exceto em um nível bem superficial, a bondade, a maldade, o amor, o horror e o humor não têm um sentido real, não constitui nenhuma motivação para ele. Também é incapaz de apreciar o que motiva as outras pessoas. É como se fosse cego às cores, apesar da sua aguda inteligência para os aspectos da existência humana (CHECKEY, 1976, p. 90).

Dessa forma, em relação ao normal discernimento de um psicopata, citado por Roland (2010), que acredita que nenhum dos psicopatas que ele estudou ou examinou era legalmente insano. Entretanto, não poderia considerar nenhum deles como uma pessoa normal. Todos eram indivíduos com distúrbios mentais. Porém, esses distúrbios estavam correlacionados às índoles e às compulsões sexuais, de forma que eram pessoas cientes de seus atos, possuíam noção que seus atos eram cometidos de forma errada, mas optaram por realizar de qualquer forma.

Segundo Penteado Filho (2012, p. 166): “esse tipo de transtorno específico de personalidade é evidente através de insensibilidade aos sentimentos alheios”. Mas para a psiquiatria forense, o assassino em série vive em uma zona fronteira entre a loucura e a normalidade, ou seja, ele se enquadra em um meio termo, entre uma pessoa completamente louca e uma pessoa completamente sã, para a psiquiatria eles são considerados como indivíduos híbridos, pois eles não têm o conhecimento completo da ação em razão de uma deformidade mental (FARIAS, 2012; BONFIM, 2010).

Nos últimos cinquenta anos os estudos sobre a psicopatia têm sido dominados por uma perspectiva que considera os psicopatas como indivíduos altamente impulsivos, com tendência para o comportamento antissocial e cujas relações com os outros são instáveis e cimentadas por interesses próprios. Esta tendência para o comportamento desviante pode ser vista como uma consequência de sua fraca capacidade para entender e experienciar emoções. Assim, estes sujeitos, apesar de possuírem as suas capacidades racionais e cognitivas

preservadas, aparentam ser incapazes de compreender a significância emocional do comportamento humano. Como consequência dessa inaptidão, são sujeitos com dificuldade em antecipar as consequências emocionais de suas ações, sem capacidade para aprenderem pela punição e que frequentemente se envolvem em situações onde se colocam a eles e a terceiros em risco (CLECKLEY, 1941; 1988).

Uma grande parte da literatura e investigação disponíveis sobre a psicopatia centra-se na sua vertente comportamental e antissocial, essencialmente por esta estar associada à perpetração reiterada de crimes e comportamentos desviantes e por colocar em risco terceiros e/ou a sociedade. No entanto os estudos existentes sobre a vertente afetiva e interpessoal ou Psicopatia Primária mostram uma realidade passível de causar igualmente grande prejuízo, pautada pela ausência de valores, empatia, culpa ou remorsos (BAKIAK, NEUMANN, & HARE, 2010; HOGAN & HOGAN, 2001; LYKKEN, 1995; MATHIEU, NEUMANN, BAKIAK). Conforme Lykken (1995) e Cleckley consideravam que o sentimento de moralidade, ou a consciência humana, eram fruto de um processo de aprendizagem direcionado e reforçado pelas emoções.

Desta forma, o autor considera que, quando o espectro emocional se encontra diminuído o desenvolvimento da moralidade ou da socialização podem estar comprometidos. As definições da psicopatia foram sempre influenciadas pelas observações psiquiátricas do início do século XIX, onde a expressão psicopata era utilizada pela literatura médica num sentido lato, referindo-se aos doentes mentais de um modo geral, sem qualquer associação, á época, entre a psicopatia e a personalidade antissocial.

Os psicopatas são indivíduos movidos pela ambição, usualmente isentos de histórico criminal, passam facilmente despercebidos e pervertem as normas a seu favor para atingirem os seus objetivos, por norma grandiosos. Apesar de já existir literatura que aborde este fenómeno em populações não-forenses, sendo necessária mais investigação para que se possa sistematizar e determinar a prevalência da patologia na população em geral e estimar os prejuízos causados (RAINE & SANMARTIN, 2001.)

Para os autores Bakiak e Hare (2006) os crimes cometidos por indivíduos com psicopatia são tendencialmente mais violentos do que os cometidos por indivíduos não psicopatas, o seu comportamento em geral é controlador, agressivo,

ameaçador e abusivo. As agressões perpetradas por eles tendem a ter uma natureza predatória, fria e calculista, desprovida da intensidade emocional, que estaria associada as circunstâncias, para a maioria das pessoas. Exercem violência instrumental, ou seja, apenas como um meio para atingir os seus objetivos, ignoram o sofrimento que causam. São indivíduos com uma elevada taxa de reincidência, sendo que, os autores estimam que a taxa de prevalência da patologia, na população mundial seja de apenas 1%, no entanto, são responsáveis por pelo menos metade da criminalidade violenta e recidivante na América do Norte ainda conforme os mesmos autores.

Os diversos autores salientam também que a maior parte da investigação produzida está direcionada para populações forenses, sendo por isso difícil estudar os psicopatas “bem sucedidos”, no entanto estimam que, em contexto empresarial, haja uma prevalência de 3,5%, uma vez que este é um meio apetecível, onde frequentemente podem recorrer aos seus métodos menos ortodoxos, sabendo que, desde que atinjam os seus objetivos serão recompensados financeiramente ou pelo reconhecimento. (BAKIAK & HARE, 2006).

Cleckley encontra também algumas diferenças entre indivíduos com psicopatia, que sugerem a existência de um perfil primário e de um perfil secundário, remetendo o primeiro para sujeitos relativamente inteligentes, com baixos níveis de ansiedade, charme superficial e fortes competências sociais enquanto o segundo grupo aponta para uma maior tendência para a impulsividade, fracas competências sociais, baixo nível de escolaridade e níveis elevados de ansiedade (CLECKLEY 1988).

A distinção entre a psicopatia primária e a secundária é também adotada por Robert Hare (1980;1991). O autor ainda define a patologia como uma dimensão contínua, constituída por dois grupos de indicadores, os de cariz afetivo e interpessoal e os relativos ao comportamento antissocial. Dessa maneira, Hare concebeu um instrumento que considerado atualmente o mais utilizado para avaliar a Psicopatia, a Escala Revista de Psicopatia (PSYCHOPATHY CLECKLIST, 1991;2003), composta pelos dois fatores propostos pelo autor. A versão mais recente da escala discrimina os aspectos interpessoais/afetivos que se incluem no Fator 1 ou Psicopatia Primária, dos aspectos relativos ao comportamento antissocial e impulsivo que se enquadram no Fator 2 ou Psicopatia Secundária. Mais

especificamente, no Fator 1, incluem-se itens como o charme superficial, o mentir patológico, o sentido de grandiosidade, o estilo manipulativo, a ausência de remorsos e empatia, a superficialidade afetiva e a externalização da culpa. Por outro lado, no Fator 2 encontramos uma divisão em duas facetas: o estilo de vida impulsivo, que remete para a irresponsabilidade, tendência para o tédio, um estilo de vida “parasita” e o desvio social que traduz em delinquência juvenil, fraco controle comportamental e versatilidade criminal. (HARPUR, HAKSTIAN & HARE, 1989; HARE, HARPUR HAKSTIAN FORTH HART & NEWMAN, 1990; HARE, 2003.)

A Respeito da psicopatia, Silva (2014, p. 38) explana: É importante ressaltar 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 e tampouco apresentam intenso sofrimento mental.

Sendo assim, torna-se imprescindível dizer que, as expressões conhecidas como sociopatia, transtorno de personalidade antissocial ou transtorno de personalidade dissocial, são sinônimas de psicopatia. Analisando sob a visão do Direito Penal, Galvão (2013, p. 456) esclarece acerca dos psicopatas:

[...] O psicopata tem plena consciência sobre o caráter ilícito do comportamento que realiza e também possui a plena capacidade para determinar-se em conformidade com esta consciência. A psicopatia é um transtorno de personalidade que produz efeito direto no comportamento, mas não interfere na consciência de seu caráter ilícito ou na autodeterminação do sujeito que livremente escolhe realizá-lo. Os psicopatas têm plena consciência do caráter ilícito do que estão fazendo e de suas conseqüências, pois sua capacidade cognitiva ou racional é perfeita.

No sentido de melhor aclarar o que seria a psicopatia pondera que se investiguem as condições orgânicas e sociais do individuo estudado, sendo que, para a constatação desse transtorno na pessoa, são as lacunas encontradas na formação de seu superego, como a ideia e percepção de valores morais, éticos e sociais, são parcialmente ausentes.

Em consonância, França (2004, p. 424) que ressalta algumas características marcantes como:

Distúrbios da afetividade, ausência de delírios, boa inteligência, inconstância, insinceridade, falta de vergonha e de remorso, conduta social inadequada, falta de ponderação, egocentrismo, falta de previsão, inclinação à conduta chocante, raramente tendem a suicídio, vida sexual pobre e não persistem num plano de vida. Falam mentiras sem nenhum constrangimento, roubam, ofendem, enganam, descuidam de seus familiares e parentes, colocam em perigo suas vidas e a de outros. Muitas vezes esse indivíduo não tem ligações com outras pessoas, ou melhor, é totalmente incapaz de manter relações duradouras, buscando sempre uma gratificação imediata, ou seja, por impulso, sendo que os princípios morais encontram resistentemente pervertidos e o poder de controle prejudicado.

Ademais considerado pela Medicina como um transtorno de personalidade, Galvão (2013, p. 457) que descreve sobre essa classificação: "o defeito de personalidade encontra ambiente propício para suas manifestações nos variados ambientes de uma sociedade que cada vez mais cultiva valores individualistas e consumistas."

Para tanto a sua Classificação Internacional de Doenças da Organização Mundial e Saúde (CID-10 F60.2), ocorre como um transtorno de personalidade se caracteriza por um desprezo das obrigações sociais e pela falta de empatia do sujeito para com os outros.

A organização entende que o transtorno afeta o comportamento de maneira que não é facilmente modificado pelas experiências adversas, inclusive pelas punições, reconhecendo ainda no psicopata uma baixa tolerância à frustração e um baixo limiar de descarga da agressividade, o que faz com que ele não seja naturalmente levado à prática de crimes violentos. [...] Apontando algumas considerações sobre esses indivíduos e suas situações perante as outras pessoas e consequentemente em toda a sociedade, Silva (2011, p.29) informa: [...] Um ambiente social no qual a violência e a insensibilidade emocional são "ensinadas" no dia a dia predispõe uma criança com tendências psicopáticas a ser uma pessoa extremamente perigosa. Por outro lado, um ambiente educacional cuja educação seja mais rigorosa e menos condescendente às transgressões pode levar essa mesma criança (propensa à psicopatia) a expressar a maldade de forma leve ou moderada em consonância com o mesmo autor.

Contudo, se faz necessário que isso ocorra ainda na infância. Caso contrário, a bagagem genética aliada os processos educacionais e sociais terão como resultado um indivíduo francamente perverso. A psicopatia não é contraída, no sentido de quem pega uma gripe, ou algo passageiro, mas o indivíduo nasce psicopata e continua assim até a sua morte. É uma maneira de ser permanente, não existe tratamento até o momento, todos foram ineficazes.

A esse respeito, Silva (2011, p.29) ressalta:

É importante sublinhar que os estudos clínicos sobre a psicopatia sempre apresentam grandes dificuldade de serem realizados. A investigação clínica sobre a personalidade psicopática é tarefa extremamente complicada, pois os testes realizados para esse fim dependem dos relatos avaliados. Porém, os psicopatas não têm interesse nenhum em revelar algo significativo para os pesquisadores e tentam sempre manipular a verdade para obter vantagens.

Todavia, o fato que apesar do indivíduo ter conhecimento desse transtorno, ele não causa em regra um sofrimento a si mesmo, porém, as pessoas que estão a sua volta que são as maiores prejudicadas, graças à situação desagradável que muitas vezes ocorre. Em outras palavras, podemos dizer que a psicopatia tem uma marcante desarmonia que reflete de maneira significativa na vida de uma pessoa, não em relação ao seu modo de sentir, mas principalmente em relação a situação das outras pessoas com este indivíduo. Eles ainda apresentam uma enorme tendência de responsabilizar os outros por suas falhas, ou justificar comportamentos conflitantes com a sociedade ainda segundo o mesmo autor.

3. ASPECTOS FORMAIS SOBRE SERIAL KILLERS

Entre os criminosos patológicos, há àquele que mata com espaços temporais, ou seja, ele mata de tempo em tempo, dando um intervalo nos homicídios praticados, este é chamado de Serial Killer ou assassino em série. E tem àquele que mata várias pessoas de uma vez só, este é conhecido como Mass Murderer ou assassino em massa. Já no caso em que não há ligação com patologia, o indivíduo é considerado como Hitman ou assassino de aluguel, cuja finalidade dos homicídios visa ao benefício próprio, ou seja, é um meio de vida, espécie de serviço para manter sua sobrevivência (BRAYNER, 2016).

Nota-se que quando é intenso o grau de insensibilidade, ou seja, apresenta ausência total de remorso, o que leva o indivíduo a uma exacerbada indiferença afetiva, este pode assumir um comportamento delituoso assíduo, e o diagnóstico é de psicopatia. O assassino que mata com um intervalo de tempo, é considerado como um assassino serial propriamente dito, este indivíduo está ligado aos psicopatas, pois são frios e sem consciência. Já o assassino que mata várias pessoas por impulso, está ligado a outro mecanismo mental, este indivíduo é considerado como um assassino serial atípico (FARIAS, 2012).

Para um indivíduo ser considerado como um assassino em série deve ser destacado o motivo que o levou a praticar o crime, esse, deve ser de cunho psicológico, e originário de fantasias ou desejos íntimos do agressor. Tal motivo, na maioria das vezes será considerado um absurdo para as outras pessoas, completamente irracional e ilógico para a sociedade. Outro aspecto importante a ser destacado, diz respeito a escolha de suas vítimas, elas serão escolhidas aleatoriamente e mortas sem um motivo justificável para nós espectadores (CORDEIRO; MURIBECA, 2017).

No Brasil, a doutora Hilda Morana conquistou a validação da Escala Hare (PCL-R). Para Morana (2003), o PCL-R é um instrumento avaliativo utilizado através de uma entrevista e que, conforme a pontuação do indivíduo caracteriza-se a psicopatia ou não. O assassino em série, conhecido também como serial killer, do ponto de vista criminológico, é quando um assassino reincide em seus crimes com um mínimo de três ocasiões e com um determinado intervalo de tempo entre cada um.

Já Ilana Casoy (2004, p. 18), afirma que se pode considerar um indivíduo como serial killer quando “se comete uma série de homicídios durante algum tempo, com pelo menos alguns dias de intervalo entre esses homicídios”. O que os diferencia dos assassinos em massa é o intervalo entre um crime e outro. Ainda de acordo com Casoy (2004), são raras as vezes em que os assassinos em série conhecem as vítimas, na maioria das vezes a vítima representa apenas um símbolo, tendo em vista que a finalidade do ato é o prazer que se sente com a conduta ilícita, sendo que o mesmo não sente compaixão nem remorso. O serial killer utiliza a manipulação para colocar a vítima na armadilha, consegue imitar uma pessoa normal. O autor ainda ressalta que quando um psicopata se torna de fato um

assassino em série, ele é exageradamente eficiente e inteligente, organizado e metódico. Muitas teorias são usadas para compreender esses assassinos, entre elas entram abusos na infância, genética, injustiças sociais, traumas, e até mesmo influência do meio social.

A Psiquiatria Forense expõe que uma pessoa nasce psicopata e suas vivências determinaram se ela será um assassino ou não. Nesse contexto, o psiquiatra Hervey Cleckley (2009) expõe que o psicopata, serial killer, não é um indivíduo doente desprovido de conhecimento, mas ele é indiferente aos valores morais. O médico psiquiatra Doutor Dietz, no livro *“Por dentro das mentes assassinas”*, relata que “nenhum dos seriais killers que tive oportunidade de estudar ou examinar era legalmente insano. Contudo, nenhum era uma pessoa normal. Todos eram pessoas com distúrbios mentais. Mas, a despeito de seus distúrbios, que estavam relacionados às índoles e às compulsões sexuais, eram pessoas cientes de seus atos, possuíam noção de que o que faziam era errado, e decidiram fazer de qualquer forma” (ROLAND, 2010, p. 152).

Em consonância com Robert Hare (2013), que acredita que os assassinos em série seriam sujeitos manipuladores, arrogantes, faltosos com a verdade, impulsivos e que não respeitam os desejos, direitos ou sentimentos dos outros para sua própria satisfação, sendo os principais responsáveis, em todos os países, por crimes considerados violentos. No mesmo sentido, acrescenta Maria Fernanda Faria Achá (2011), que eles se caracterizam por demonstrar um padrão de comportamento regido pela falta de confiança e de sentimentos pelo outro, ausência da empatia, vaidade exagerada, loquacidade, arrogância, manipulação, impulsividade, ausência de culpa e ausência de remorso pelos atos realizados. Inicialmente, para que seja possível analisar os crimes cometidos por pessoas com transtornos de personalidade e seus reflexos no sistema penal, é necessário compreender de forma sucinta os conceitos de crime e culpabilidade e quais são os seus elementos, a fim de esclarecer, conseqüentemente, o que vem a ser imputabilidade, inimputabilidade e semi-imputabilidade.

3.1 ALGUNS CASOS DE ASSASSINOS EM SÉRIE NO BRASIL

Perfil do serial Killer de Goiânia

Um dos assassinos a ser apresentado será Tiago Henrique Gomes da Rocha, o caso mais atual no Brasil, Tiago praticou diversos crimes entre o ano de 2011 até o ano de 2014. Seus assassinatos chocou a população do município de Goiânia-GO, a maioria das vítimas foram mulheres. Tiago chegou a cometer crimes contra homossexuais e moradores de rua, atualmente ele está preso, foi condenado por diversos homicídios, mas ainda há processos para serem julgados. Tiago, mais conhecido como *“Serial Killer de Goiânia”*, assassino em série mais famoso da atualidade, réu confesso de aproximadamente 39 vítimas. Tiago foi criado pela mãe e avós, ele nunca conheceu o pai, sempre foi um menino muito quieto e tímido, mas muito inteligente, não saía muito de casa na infância. Na sua adolescência, Tiago sofria violência psicológica na escola, era vítima de bullying, sofreu abuso sexual, e teve relacionamentos homossexuais. Durante toda adolescência Tiago conviveu em sua casa com visitas de mulheres, travestis e homossexuais, ele sempre culpou sua mãe por não ter conhecido seu pai. Já adulto, Tiago passou a trabalhar como vigilante, porém, ele levava uma vida dupla, em seus períodos de folga do trabalho ele cometia assaltos e assassinatos (TOLEDO, 2012). Tiago Henrique Gomes da Rocha foi condenado por diversos homicídios, e assaltos, contra ele havia mais de 42 processos, sendo 35 por homicídios, Tiago confessou cerca de 39 homicídios, mas ainda restam processos para serem sentenciados.

Perfil do Chico Picadinho

Francisco, mais conhecido como **“Chico Picadinho”**, um dos assassinos em série mais conhecido do Brasil. Chico teve uma infância bastante conturbada, costuma enxergar e conversar com assombrações, ele gostava de histórias de terror, como vampiros e lobisomens, Chico gostava de brincar com fogo e matar gatos para saber se eles realmente teriam sete vidas. Sofreu de enurese até seus seis anos de idade. A mãe de Chico exercia como profissão a prostituição, ela atendia seus clientes em casa, Chico com apenas oito anos de idade, presenciava sua mãe sendo agredida e tendo relações com seus clientes, Chico cresceu sem uma figura masculina em casa, sem a presença de um pai (CASOY, 2014b).

Para a psiquiatria forense, Chico é diagnosticado como um psicopata, na época em que foi preso ele também foi diagnosticado com o transtorno da personalidade antissocial e transtorno da personalidade sádica. Hoje em dia, o DSM-5 não apresenta mais o transtorno da personalidade sádica, ele foi incluído ao transtorno do sadismo sexual e no transtorno do masoquismo sexual (DSM-5, 2014). Chico sempre se apresentou como uma pessoa manipuladora, dissimulado e muito sedutor, ele sabia como conquistar as suas vítimas. Sua primeira vítima foi assassinada de forma cruel, ela foi estrangulada e esquartejada. Chico, após esquartejar a vítima, tentou sumir com os pedaços do corpo, mas não conseguiu. Ele foi condenado a aproximadamente 20 anos de prisão, mas não cumpriu muito tempo de pena, logo ele foi liberado por bom comportamento, assim que completou 8 anos de pena a justiça entendeu que ele já estava apto para voltar a viver em sociedade (MOREIRA, 2016).

A vítima sobrevivente da tentativa de homicídio denunciou Chico. Em 13 de setembro de 1976, a empregada doméstica Rosemeire, de 20 anos, conheceu Francisco na Lanchonete Elenice, onde ele a convidou para acompanhá-lo ao Hotel Carnot, juntamente com mais um casal. Enquanto estavam tendo relações sexuais, Francisco começou a ter um comportamento bastante violento. Mordeu sua parceira várias vezes além de tentar esganá-la. Segundo o depoimento da moça ela desmaiou e quando voltou a si percebeu que Francisco tentava morder a sua “veia do pescoço”.

Ao levantar-se, sangue escorreu por entre suas pernas. [...] Rosemeire, que estava no início de uma gravidez, perdeu o bebê. Em 15 de setembro foi instaurado um processo contra Francisco Costa Rocha por lesão corporal dolosa. Entre a saída da prisão e a fatídica noite de outubro de 1976, quando Francisco cometeria seu segundo crime, ele mesmo notou a escalada de violência em que se encontrava. A cada relação sexual que praticava, seus instintos sádicos estavam mais exacerbados. Por volta de meia dúzia de mulheres sentiram a agressividade dos “quase” estrangulamentos, mas como a excitação sexual por privação de oxigênio (hipoxifilia) é prática comum em relações de sadomasoquistas, não reclamaram. Quando a condição sádica é severa, e quando está associada ao transtorno de personalidade antissocial, o indivíduo pode ferir gravemente ou matar suas parceiras. Francisco sabia que esse dia não estaria longe (CASOY, 2014, p. 97).

Chico em seu segundo crime foi condenado a aproximadamente 30 anos de prisão, em 2017 o advogado de Chico fez um pedido para que ele fosse liberado, tendo em vista que ele está internado a mais de 40 anos, Chico foi interditado civilmente.

Perfil e Crimes de Pedrinho Matador

Pedro, mais conhecido como “Pedrinho Matador”, considerado o maior assassino em série do Brasil, Pedrinho em uma entrevista exclusiva à Marcelo Rezende para o programa Repórter Record, afirmou que já matou mais de cem pessoas, a maioria delas dentro do sistema prisional. Em relação a negligencia de seus pais, Pedrinho teve uma infância muito parecida com a de Chico Picadinho, mas diferente de Chico, Pedrinho teve uma figura paterna na sua infância, mas seu pai era muito controlador, e frequentemente praticava violência doméstica, quem sofria mais era a mãe de Pedrinho que sempre foi muito maltratada (TOLEDO, 2012).

Quando Pedrinho tinha 14 anos ele cometeu seu primeiro homicídio, matou duas pessoas por vingança, após cometer seu primeiro crime Pedrinho se mudou. Na cidade em que foi morar, ele se envolveu com tráfico de drogas e mais homicídios, entre seus 15 anos de idade até ser preso, Pedrinho cometeu mais de 30 homicídios fora do sistema prisional, mas dentro do sistema prisional ele cometeu dezenas de homicídios (CASOY, 2014b).

Pedrinho foi condenado a aproximadamente 400 anos de prisão, ele chegou a cumprir 30 anos. Foi liberado em 2007, mas quatro anos depois voltou a cometer homicídios, foi condenado novamente e permanece preso até a atualidade.

Perfil e Crimes do Maníaco do Parque

Francisco foi diagnosticado como um conduto pata, ou seja, a patologia e a deformidade se encontram nas condutas praticadas por ele, isto é, ele é um psicopata extremamente egoísta, ele também foi diagnosticado com o transtorno da personalidade antissocial (PALOMBA, 2017).

Francisco de Assis Pereira, mais conhecido como *“Maníaco do Parque”*, assim como Pedrinho e Chico Picadinho, Francisco também teve uma infância conturbada, foi criado por sua mãe e uma tia, ele não teve um exemplo paterno. Francisco relata que na sua infância e até mesmo depois de adulto ele tinha diversos pesadelos, não conseguia dormir direito, ainda menino, Francisco era molestado sexualmente por essa tia que ajudou cria-lo. Quando adolescente Francisco começou a trabalhar, ele teve um patrão que o assediava, após esses assédios ele começou a se interessar por relações homossexuais (PEREIRA, 2015).

Após matar suas vítimas Francisco arrumava o corpo delas em uma posição de decúbito genu-peitoral, ele é considerado um assassino em série organizado, pois planejava todos seus ataques e arrumava os corpos de suas vítimas no local do crime. Ele costumava voltar dias depois no local do crime para visitá-las e praticar necrofilia. Francisco foi condenado por 9 homicídios, ocultação de cadáver, estupro e atentado ao pudor, somando todas as condenações chega a 268 anos de prisão, atualmente Francisco encontra-se preso (PEREIRA, 2015).

4 PSICOPATA E O SEU TRATAMENTO NO ÂMBITO JURÍDICO

A psicopatia apresenta vários níveis de gravidade: leve, moderado e grave. O psicopata de grau moderado a grave é aquele que pode chegar a ser assassino em série – o indivíduo que assassina três ou mais pessoas, geralmente segundo um padrão característico, (LABATE, 2018). Para parecer uma pessoa “normal” e misturar-se aos outros seres humanos, o psicopata, especialmente nos casos mais graves, como o serial killer, desenvolve uma personalidade para contato, dissociada do seu comportamento violento e criminoso, a qual permite que ele viva em sociedade, de modo que sem ela, seria preso instantaneamente (CASOY, 2002).

De acordo com a autora, o controle comportamental demonstra que o criminoso reconhece que seu comportamento não é admitido pela sociedade. É por esta razão que a maior parte deles é considerada capaz de distinguir entre o certo e o errado. Psicopatas não sabem sentir compaixão por outras pessoas, e nem se relacionar com elas. Eles aprendem a imitar as pessoas “normais”. Trata-se de um ato manipulativo, que aprenderam por observação e que os ajuda a trazer sua vítima para dentro da armadilha. Geralmente, são ótimos atores e têm uma aparência

absolutamente normal. Quando capturados, assumem uma máscara de insanidade, alegando múltiplas personalidades, esquizofrenia, ou qualquer coisa que os exima de responsabilidades. Demonstram, assim, a sua capacidade de compreensão do ilícito e, por consequência, a sua periculosidade. Ao contrário do que muitos acreditam, insanidade não é uma definição de saúde mental. Refere-se à habilidade do ser humano em compreender se suas ações são certas ou erradas quando elas estão acontecendo.

Ainda de acordo com o entendimento da especialista supracitada, o comportamento humano é influenciado por causas biológicas, psicológicas e sociais. Estudos demonstraram que o distúrbio, especialmente nos casos mais graves, como o assassino em série, está associado à mistura de três principais fatores: disfunções cerebrais/biológicas ou traumas neurológicos, predisposição genética e traumas na infância.

Nesse sentido, Casoy (2002) argumenta que os laços familiares na infância do ser humano servem de base para todas as suas outras relações. Ademais, os pais devem preocupar-se em constituí-los profundamente entre os primeiros meses de vida da criança, pois a falta desses laços é considerada o grande fator do desenvolvimento da psicopatia. Observa-se que é característica comum, entre muitos psicopatas, sofrer abusos na infância. Esses abusos foram sexuais, físicos, emocionais ou relacionados à negligência ou ao abandono.

Dessa forma, percebe-se que, além dos fatores biológicos, o meio social e os fatores culturais também influenciam fortemente na modulação desse quadro, ora favorecendo, ora inibindo o seu desenvolvimento, podendo manifestar-se desde uma leve alteração do senso ético até o comportamento perverso com crueldade (SILVA, 2014).

O Dr. Robert Hare realizou um estudo a partir da análise da reação das ondas cerebrais monitoradas de psicopatas à linguagem verbal. Ponderando as alterações que ocorriam em seu cérebro quando ouviam determinadas palavras, como câncer, morte e cadeira. Para as pessoas saudáveis, a atividade cerebral modifica-se rapidamente, dependendo da palavra ouvida. Já para os psicopatas, todas as palavras são neutras, uma vez que nenhuma atividade cerebral especial foi registrada.

Os estudos do Dr. Adrian Raine foram os primeiros a ligar comportamento violento e antissocial com uma anormalidade anatômica específica no cérebro humano. A partir de suas pesquisas científicas, constatou-se que indivíduos que são antissociais, impulsivos, sem remorso e que cometem crimes violentos têm, em média, 11% menos matéria cinzenta no córtex pré-frontal do que o normal. Contudo, a presença de reduzida massa cinzenta apenas aumenta a probabilidade de ser um indivíduo violento, na medida em que seria a combinação entre os fatores biológicos e sociais que “criaria” um criminoso (CASOY, 2002).

De acordo com muitos pesquisadores, defeitos cerebrais e lesões têm tido importante ligação com o comportamento violento. Quando o hipotálamo, o lobo temporal e/ou o cérebro límbico sofrem danos, a consequência pode ser comportamentos altamente agressivos por parte do indivíduo.

Desse modo, há casos de pessoas que se tornaram psicopatas devido a acidentes cerebrais. O operário de mineração americano, Phineas Gage, é um exemplo. Ele sofreu uma lesão no lobo frontal por uma barra de ferro, que atravessou sua cabeça. Gage sobreviveu, porém, restaram sequelas em seu cérebro, mudando sua personalidade (LABATE, 2018). Segundo Silva (2014), os atos criminosos dos psicopatas 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. Dessa forma, vale esclarecer que a psicopatia não se encaixa como uma doença mental, uma vez que os psicopatas compreendem a realidade, embora por vezes não consigam sobrepor a razão à emoção (COSTA, 2008).

A pessoa acometida pela personalidade psicopática se mantém normal, porém tem suas emoções afetadas e, por consequência, a formação do seu caráter também será prejudicada. O diagnóstico de psicopatia é realizado mediante entrevistas semiestruturadas, por meio de examinadores capacitados e experientes, com o fim de analisar a personalidade e verificar se existem traços que indicam a incidência do transtorno. Não é tarefa simples, e requer muita cautela e domínio técnico sobre o assunto por parte do examinador (MASI, 2018).

Via de regra, portanto, está na esfera de discricionariedade do juiz, embasado em um laudo forense, decidir por encaminhar o réu acometido pelo referido transtorno à prisão, na qual cumprirá sua pena como qualquer outro criminoso, ou a

uma instituição como os Institutos Psiquiátricos Forenses (IPF), onde será submetido a uma medida de segurança (MASI, 2018).

Masi (2018) diz que “o problema da prisão tradicional para o psicopata é que lá ele não recebe qualquer tratamento, o que apenas intensifica as características inerentes ao transtorno, além de colocar a segurança de outros presos em risco”. Cumpre mencionar, ainda, que estes devem ser afastados do preso comum, pois impedem a sua reabilitação (MORANA, 2017).

Além do mais, “quando da progressão de regime, em razão dos ditames legais, não há qualquer garantia de que o indivíduo não voltará a delinquir” (MASI, 2018). Por outro lado, a medida de segurança para realizar especial tratamento curativo é bastante polêmica, devido à grande dificuldade de se tratar de forma eficaz os portadores desse transtorno. “Até onde se sabe, os criminosos com TPAS são aparentemente imunes a terapias, tratamentos, análises” (MASI, 2018).

Desta feita, por não ser considerada doença, não há cura, porém, “muitos acreditam que a medicação regular tem o condão de limitar a mente do psicopata, inibindo-a de executar crimes” (LABATE, 2018).

A medida de segurança ora exposta não possui tempo determinado, podendo ser revogada tão logo sanada a enfermidade. Entretanto, o indivíduo psicopata pode enganar, dissimular e aparentar ser totalmente são e plenamente capaz, de modo a fraudar o sistema e manter-se impune, representando um risco para a sociedade e os valores que o Direito Penal visa proteger.

Nesse contexto, observa-se que a psicopatia representa um verdadeiro desafio para a Psiquiatria Forense, não tanto pela dificuldade em identificá-la, mas sim para auxiliar a Justiça sobre o lugar mais adequado para esses pacientes e como tratá-los (manicômios judiciários, penitenciárias ou outros estabelecimentos) (MASI, 2018).

Atualmente, não há tratamento definitivo para a psicopatia. Por conseguinte, a “política de enfrentamento da situação deve ter em conta a incapacidade de reinserção social dessas pessoas e a impossibilidade de estabelecer um tempo determinado para o tratamento médico psiquiátrico” (MASI, 2018). Considerando que a medida de segurança tem propósito curativo e terapêutico, o legislador pátrio estipulou somente o prazo mínimo de duração, perdurando a sanção até a cessão da periculosidade, atribuindo a essa espécie de resposta penal, o caráter de

perpetuidade, proibido pela Carta Magna. Em outras palavras, a legislação não especifica o prazo máximo de duração, que é por tempo indeterminado (enquanto não cessar a periculosidade), e o prazo mínimo fixado, representa apenas um marco para a efetuação do primeiro exame de verificação de cessação da periculosidade, o qual, em regra, repete-se indefinidamente (BITENCOURT, 2017).

Contudo, essa opção legislativa tem sofrido críticas, na medida em que é crescente o número de doutrinadores e juristas que argumentam que a indeterminação do prazo de duração da referida medida não tem compatibilidade com a Constituição Federal, a qual proíbe sanção de caráter perpétuo (art. 5º, XLVII, “b”, CF/88) (CUNHA, 2015).

Pena e medida de segurança não se distinguem ontologicamente. Em razão disso, é possível afirmar que tal previsão não foi recepcionada pelo atual texto constitucional, uma vez que a Constituição de 1988 consagra, como uma de suas cláusulas pétreas, a proibição de prisão perpétua (BITENCOURT, 2017).

Em resposta a essa problemática, uma primeira corrente sugere que o tempo de cumprimento da medida de segurança não ultrapasse o limite de 30 anos, que é o lapso temporal permitido de privação da liberdade do infrator (art. 75 do CP). Para outra, o tempo de cumprimento não deve suplantar o limite máximo da pena cominada ao fato previsto como crime praticado pelo inimputável (CUNHA, 2015). Do mesmo modo, Bitencourt (2017) afirma que, atualmente, começa-se a sustentar que a medida de segurança não pode ultrapassar o limite máximo da pena cominada ao delito, pois esse seria o limite da intervenção estatal na liberdade do indivíduo, seja a título de pena ou a título de medida. Apesar de não existir previsão expressa no Código Penal, tal posicionamento está em conformidade com a proibição constitucional do uso da prisão perpétua. Assim, superado o lapso temporal correspondente à pena cominada à infração imputada, o indivíduo deixa de ser objeto do sistema penal. No entanto, se ainda apresentar sintomas de enfermidade mental, caberá à saúde pública realizar o tratamento em hospitais da rede pública, como ocorreria com qualquer outro cidadão “normal” (BITENCOURT, 2017).

Nos moldes do art. 171 da Lei de Execução Penal, a medida de segurança só poderá ser executada após o trânsito em julgado da sentença. Para iniciá-la, é

indispensável a expedição de guia de internamento ou de tratamento ambulatorial (art. 173 da LEP).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A questão do psicopata é ainda muito delicada e com controvérsias. O presente trabalho teve como objetivo demonstrar, a partir de textos de psicologia moral e estudos neurológicos, em sua maioria norte-americanos, os principais entendimentos acerca do tema. Os criminosos com traços psicopáticos apresentam alta nocividade social, razão pela qual necessitam de atenção especial, de uma política criminal específica e, devido à elevada probabilidade de reincidência criminal, de monitoramento permanente (MASI, 2018).

Á barbárie de determinados comportamentos criminosos leva á busca de explicação por que tamanha violência, diante de uma mente humana, a qual apresenta falta de empatia e compaixão com o próximo. Diante disso, pode-se afirmar que existem situações em que o delito é executado por indivíduos que padecem de psicopatia. Porém, é fundamental ter em conta que a presença da Psicopatia é atravessada por outras variáveis que terão, também, concorrido para a adoção de comportamentos criminosos. Os psicopatas são sujeitos frios, sem empatia, remorso, manipuladores e egocêntricos. Sofrem de transtorno de personalidade antissocial, mas não são doentes mentais.

Conforme foi ressaltado, a influência da Psicologia no campo do Direito Penal é de tamanha importância. Sendo os transtornos de Personalidade sobretudo o antissocial, representa um verdadeiro desafio para a psiquiatra 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. Os pacientes que revelam comportamento psicopático e cometem homicídios seriados necessitam de atenção especial, devido à elevada probabilidade de reincidência criminal, sendo ainda necessário sensibilizar os órgãos governamentais a construir estabelecimentos apropriados para a custódia destes sujeitos. Por fim, concluo nesse trabalho a importância do estudo sobre a psicopatia, afim de que se saiba como funciona a cabeça deste, para que as pessoas não taxem qualquer criminoso que cometa um

crime como “psicopata” diante da sociedade, sendo que para isso, tem que ter um estudo de caso direcionado, com diagnóstico com transtorno de personalidade.

REFERÊNCIAS

ACHÁ, Maria Fernanda Faria. Funcionamento executivo e traços de psicopatia em jovens infratores. 2011. Dissertação (Mestrado em Psiquiatria) - Faculdade de Medicina, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

BRAYNER, Katyane Karla de Melo. Psicopatas assassinos em série: desafios para o direito penal brasileiro. Caruaru, PE, 2016.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: Parte Geral. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017

BONFIM, Edilson Mougnot. O julgamento de um serial killer. 2. Ed., Niterói, RJ, Impetus, 2010.

CASOY, Ilana. Serial Killers: Louco ou cruel. Ed. Definitiva, Rio de Janeiro, DarkSide Books, 2014a.

CASOY, Ilana. Serial killer, louco ou cruel? 6. Ed. São Paulo: Madras, 2004.

CORDEIRO, Carolayne Haline Carneiro; MURIBECA, Maria das Mercês Maia. Assassinos em Série: Da necessidade de uma política criminal para os psicopatas. 11º. Vol., Nº 2, Pág. 92110. São Paulo, Revista Direito Mackenzie, 2017. Disponível em <<http://dx.doi.org/10.5935/2317-2622/direitomackenzie.v11n2p92-110>>. Acesso: 16 de jul. 2018

CUNHA, Rogério Sanches. Manual de Direito Penal: Parte Geral - Volume Único 3. ed. Salvador – Bahia: JusPODIVM, 2015.

CLECKLEY, H. (1988). The Mask of Sanity: An Attempt to Clarify Some Issues About the So Called Psychopathic Personality (5th ed.). St. Louis: C. V. Mosby Co.

LECKLEY, H. Máscara da Sanidade. Ed. livraria do advogado. 1976.

FRANÇA, Genival Veloso de. Medicina legal. 7. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2004.

FARIAS, Marcelo. Documentário Matar pra ver cair: Entrevista com Guido Palomba e Levy Magno. 15'00”, Liquid Produções. 2012. Disponível em <<http://www.youtube.com/watch?v=xe91JdJXMy4>>. Acesso em: jan. 2018.

GLENN, Andrea., KURZBAN, R., & RAINE, A. (in press). Evolutionary Theory and Psychopathy. Aggression and Violent Behavior.

GALVÃO, Fernando. Direito penal: parte geral. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

Harpur, T. J., Hakstian, A. R., & Hare, R. D. (1988).

HARE, Robert D. Sem consciência: o mundo perturbador dos psicopatas que vivem entre nós. Tradução de Denise Regina de Sales. Porto Alegre: Artmed, 2013

KIEHL, Kent A. in: Without Morals: The Cognitive Neuroscience of Criminal Psychopaths. SINNOTT-ARMSTRONG, Walter - Moral Psychology - The Neuroscience of Morality: Emotion, Brain Disorders, and Development – Volume 3, MIT PRESS: Cloth / January 2008.

KIEHL, Kent A. in: Without Morals: The Cognitive Neuroscience of Criminal Psychopaths.

LABATE, Giuliana Venturini. O psicopata criminoso e sua mente. Disponível em <<https://canalcienciascriminais.com.br/psicopata-criminoso-mente/>> acesso em 27 de maio de 2018.

LYKKEN, D. T. (1995). The antisocial personalities. Hillsdale, NJ: Lawrence Erlbaum Associates.

MASI, Carlo Velho. Transtorno de personalidade antissocial e Direito Penal. Disponível em <<https://canalcienciascriminais.com.br/transtorno-personalidade-antissocial/>> acesso em 25 de maio de 2018.

MORANA, Hilda Clotilde Penteadó. PCL-R - PSYCHOPATHY CHECKLIST REVISED. Disponível em <http://www.sap.sp.gov.br/download_files/pdf_files/copen/edicao-01/15%20%20Artigo%20D.N.%20-%20PCL-R%20-%20Psychopathy%20Checklist%20Revised.pdf> acesso em 13 de maio de 2018.

MILLON, Theodore. SIMONSEN, Erik.; BIRKET-SMITH, Morten In: Historical conceptions of psychopathy in the United States and Europe – Psychopathy: antisocial, criminal and violent behavior. Nova York: The Guilford Press, 1998.

MORANA, Hilda Clotilde Penteadó. Identificação do Ponto de Corte para a Escala PCL-R. Disponível em: <www.teses.usp.br/teses/disponiveis/5/5142/tde.../HildaMorana.pdf>. Ano 2003. Acesso em: 04 de jun. 2017.

MOREIRA, Luiz Ernani. Chico Picadinho, part. 1. Tribunal na TV. 2016. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=PhroaUtTSAY>>. Acesso em: mar. 2018

PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. Manual Esquemático de Criminologia. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PALOMBA, Guido Arturo, Insania Furens: casos verídicos de loucura e crime. 1ª. Ed., São Paulo,, Saraiva, 2017a.

PEREIRA, Leandro. Maníaco do Parque: mentes diabólicas. Freak TV. 2015. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=jbx5Yrxx7eo>>. Acesso em: jan. 2018.

PECHORRO, P., Gonçalves, R. A., Maroco, J., Gama, A. P., Neves, S., & Nunes, C. (2014). Juvenile delinquency and psychopathic traits: an empirical study with Portuguese adolescents.

SINNOTT-ARMSTRONG, Walter - Moral Psychology - The Neuroscience of Morality: Emotion, Brain Disorders, and Development – Volume 3, MIT PRESS: Cloth / January 2008.

ROLAND, Paul. Por dentro das mentes assassinas: a história dos perfis criminosos. São Paulo: Editora Mandras, 2010

STRUCHINER, Noel - Para falar de regras: O positivismo conceitual como cenário para uma investigação filosófica acerca dos casos difíceis do direito. Orientador: Danilo Marcondes de Souza Filho. – Rio de Janeiro: PUC-Rio, Departamento de Filosofia, 2005 31

SILVA, Ana Beatriz Barbosa. Mentres perigosas: o psicopata mora ao lado. 2. ed. São Paulo: Globo, 2014.

SANCHES GARRIDO, Francisco José. Fisionomia de la psicopatía. Concepto, origem, causas e tratamento legal. 3ª época, no 2 (2009). Madrid: Revista de Derecho Penal y Criminología.

TOLEDO, Pablo. Mentres Assassinas. Repórter Record. 2012. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=b9OLD41ol18>>. Acesso em: 15 mar. 2018

A UTILIZAÇÃO DE SNIPERS E O CONTEXTO SOCIO-CULTURAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – UMA ANÁLISE DO DIREITO INDIVIDUAL E COLETIVO

Mykaely Vytory Nogueira Rodrigues
Arnaldo Sobrinho de Moraes Neto

RESUMO: O Estado do Rio de Janeiro, descrito como um lugar maravilhoso nas músicas marcantes da cultura popular brasileira pode ser também facilmente apontado como o Estado mais violento do país, principalmente por aqueles que já vivenciaram os horrores que se passam em suas comunidades e em toda a sua extensão. Tal estado vem sendo destaque nos noticiários há pelo menos 10 anos pela sua crescente onda de violência e confrontos entre criminosos e policiais, que fazem com que o brilho da Cidade Maravilhosa – sua capital – seja embaçado. Todavia, o ano de 2018 foi o mais marcante para essa população, pois no dia 16 de fevereiro do referido ano o presidente da época decretou a intervenção federal do Estado, dando maior respaldo às atividades que já estavam sendo realizadas pelas Forças Armadas desde julho de 2017. Não obstante, com as eleições para o chefe do executivo do Estado, o eleito Governador do Rio, Wilson Witzel, dispõe de uma medida um tanto peculiar e não usual no nosso país: snipers - atiradores de elite - para abater indivíduos que estiverem portando armas de grosso calibre. Um confronto alarmante entre os direitos e garantias fundamentais asseguradas na nossa constituição: a vedação da pena de morte e o consagrado direito à vida vs o direito da segurança da população e o direito de defesa de outrem.

Palavras-Chaves: análise sócio-cultural, intervenção federal, Rio de Janeiro, snipers.

ABSTRACT: *The state of Rio de Janeiro, described as an Amazing place in the remarkable songs of the Brazilian popular culture can easily be named as the most violent state in the country, specially for those who have experienced the horrors that happen throughout their communities. Such state has been highlighted in the news for at least 10 years for its increasing wave of violence and clashes between criminals and police, what makes the brightness of the “wonderful city” – its capital – be overshadowed. However, 2018 was the most memorable year for this population, on February 16 of that year the acting president of the time decreed the federal intervention of the state, supporting the activities that were already being carried out by the armed forces since July 2017. Notwithstanding the elections for the state chief executive, the elected governor of Rio, Wilson Witzel, has a somewhat peculiar and unusual measure in our country: the snipers, to shoot down individuals who possess large-caliber. An alarming confrontation between the fundamental rights guaranteed in our constitution: the forbiddance of the death penalty and the consecrated right to life versus the right of security of the population and the right of defense of other.*

Key words: *socio-cultural analysis, federal intervention, Rio de Janeiro, snipers.*

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como fulcro apresentar todo o contexto histórico-social do estado do Rio de Janeiro e quais conjunturas fez com que este fosse

nomeado o estado mais violento do país, se assemelhando a países que vivem em conflitos de guerra.

O começo da formação do estado do Rio de Janeiro já se deu mediante uma enorme diferença de classe, onde a sociedade, em sua predominância, era de negros escravos que trabalhavam para a Corte e os burgueses da época, uma classe minoritária, mas detentora do capital financeiro.

Essa diferença de classes, ao longo dos anos, foi de intensificando, mas após a abolição da escravidão no Brasil, os negros, que até então eram escravos, não tinham moradia, desencadeando construções ao redor no centro da cidade do Rio – os cortiços – onde ali foram se formando a sociedade pobre da cidade.

A falta de atenção do Estado e seus representantes, a indiferença e preconceito da classe nobre, tornaram a classe pobre como a escória da sociedade, ignorando a sua formação, a falta de saneamento básico, escolaridade precária, más condições de emprego e habitação, restando, a essa parte esquecida do estado, a sua união, lutando a cada dia para conseguir a sua sobrevivência.

Diante dessa gritante diferença social, os morros ganharam moradores que haviam sido enxotados das cidades, o crime começou a conquistar a classe menosprezada e ganhou volumosos números de seguidores, de modo que, quando o Estado percebeu a força que havia nos morros e o quanto o crime organizado já possuía de exército, as suas ações sociais foram insignificantes.

A violência tomou tamanha proporção ao longo dos anos, que o poder executivo do Rio já não tinha habilidade suficiente para controlar a situação assolada da segurança pública, necessitando da intervenção da União. As forças armadas foram acionadas e a intervenção federal decretada, pela primeira vez desde a promulgação da Constituição de 1988.

No ano de 2018 foram realizadas as eleições dos governadores dos Estados da Federação, mas, um governador em particular, ganhou os holofotes dos jornais nacionais ao anunciar as suas ideologias para o controle da segurança no estado do Rio de Janeiro, a solução, para o candidato Wilson Witzel, era a utilização de snipers para abater criminosos que estivessem portando arma longa – fuzil – nos morros cariocas. Nessas eleições, o candidato Wilson ganhou a chefia do governo do Estado do Rio de Janeiro e visa implementar a sua ideia radical, mas diante desse fato, os debates jurídicos em volta dessa ação estão sendo realizados, como por

exemplo, a violação aos direitos e garantias constitucionais e a vedação da pena de morte, assuntos aqui abordados.

2. O RIO DE JANEIRO E SEU CONTEXTO SÓCIO-URBANO

Palco de grandes atrações turísticas, shows, belas paisagens naturais e um carnaval mundialmente conhecido, o Rio de Janeiro também passou a ser conhecido através de um cenário dos piores acontecimentos de violência que dominam o país.

Ao descrever como e quando começou o problema de segurança pública do Rio, faz-se necessário uma retrospectiva que ultrapassa séculos. Em 1808, momento em que a corte portuguesa se instalara na cidade, a precariedade da infraestrutura não permitira comportar a quantidade de habitantes já presentes no local, além dos que haviam acabado de chegar – tendo a maior concentração de escravos do mundo no início do século XIX. Nesta época, a corte se encontrava aterrorizada com o elevado índice de criminalidade.

A medida tomada por Dom João, em 1809, para diminuir a criminalidade foi a criação da Intendência Geral De Polícia Da Corte (combinação do que entendemos hoje como prefeitura e secretaria de segurança com a Guarda Real de Polícia), sendo seu subcomandante o Major Miguel Nunes Vidigal.

Segundo o historiador Francis Albert Cotta, “a Intendência Geral da Polícia teria assumido o papel de ‘agente civilizador’. Ela teria funcionado como uma instituição privilegiada do Estado para a difusão de valores e códigos de comportamento social, condizentes com a ordem social renovada que se pretendia fundar no Brasil a partir de 1808”.

Dentro do Rio de Janeiro, a supervisão dos escravos em suas obrigações públicas recaía sobre a guarda da Intendência, e registros de prisão revelam quanto os escravos que viviam na cidade tinham de se submeter às suas patrulhas. Como a pesquisa de Leila Mezan Algranti revelou, uma média de 80% dos presos da Guarda e de outros membros da equipe do intendente eram escravos. Todas as apreensões restantes – com a exceção de 1% – eram de pessoas livres de cor. As razões dadas para essas detenções variavam entre roubo, perturbação da paz, posse de arma, assalto e homicídio, fuga e *capoeira*, arte marcial afro-brasileira, que os

senhores de escravos e os funcionários da Coroa associavam intimamente com a atitude de desobediência violenta.

A “Lei Pito do Pango”, criada em 1830, em que instituía a proibição do uso e venda do pito do pango (codinome dado à maconha), bem como a sua conservação, em uma conjuntura onde 90% dos encarcerados eram escravos e que o consumo da maconha fazia parte da sua cultura africana. Contudo, essa medida não extinguiu o uso e a venda da maconha e até os anos de 1930 a maconha era vendida em herbários do Centro, um mercado quase clandestino e ainda não se tinha a ideia de traficantes e suas disputas por território.

No período entre 1850 a 1870 grande parte da população vivia nos chamados cortiços, que estavam concentrados na área central da cidade do Rio de Janeiro, sendo esses cortiços vistos pela classe mais alta como um lugar de criminalidade e doença, além de serem desprezados pelo poder público, por ali vivendo as pessoas mais pobres.

Os cortiços se situavam em grandes casarões no centro comercial da cidade do Rio, esses casarões anteriormente pertenciam a membros da elite carioca que com o aumento da população pobre nos centros urbanos migraram para os arredores da cidade onde se concentraram as famílias com poder econômico. Com o interesse em transformar o Rio em um grande cartão postal do Brasil, o território em que se encontravam os cortiços, de acordo com Nobrega (2007), passou a ser cobiçado pelos setores imobiliários.

O ano de 1866 dá início ao processo de destruição desse tipo de construção da área central do Rio de Janeiro, quando se inicia a reforma para urbanizar e elitizar esse espaço, momento de exclusão social dos pobres na cidade. Contudo, essas políticas de separação não impediram a construção de novos cortiços - apenas mudaram de lugar, pois foi nos morros que novas construções foram sendo formadas. Em 1897, ex combatentes da guerra de canudos ocuparam os Morros da Providência e Santo Antônio, sendo insuficientes as moradias para atender os novos habitantes, ocasionando na expansão e ocupação de outros morros, formando as favelas.

Segundo Nobrega (2007) o primeiro cortiço a ser demolido foi a “cabeça de porco” que abrigava cerca de duas mil pessoas, sendo assim o maior cortiço da cidade. O autor relata que os moradores desse cortiço juntaram as madeiras dos

escombros para construir seus barracos no morro que ficava próximo ao cortiço, esse morro se expandiu pela cidade e levou o nome de “morro da favela”.

Nos anos entre 1940 e 1950, a maconha sai dos herbários do centro e começa a subir aos morros, ficando a cocaína restrita à Zona Sul (local da classe alta da época), não alcançando a favela e seus habitantes devido ao seu alto custo. Na década de 70, com a queda do preço da cocaína, os assaltantes percebem que o tráfico de entorpecentes era mais vantajoso e seguro. Conseqüentemente, as chamadas “bocas de fumo” se preocupam em se armarem para defender seus negócios e os comandos de facções começam a se formar – principalmente nos presídios – dando um pontapé no caos que se é vivenciado no Rio de Janeiro até hoje.

E assim a maconha subiu o morro, nos anos 1940 e 1950, enquanto a cocaína continuava restrita às altas rodas da Zona Sul, cara demais para ser vendida nas bocas de fumo — na favela, quem cheirava pó era considerado rico. As vendas aumentaram nos anos 1960, quando o asfalto aprendeu a enrolar baseado, especialmente pelas mãos de estudantes e artistas que viveram a luta contra a repressão militar e a busca por liberdades individuais.

Com a formação dos comandos e a organização do tráfico internacional, a violência se intensificou, havendo disputas de territórios e defesa dos morros, o investimento em armamento mostra o poder do traficante: quanto maior o poder bélico, menor a chance de ser atacado e maior a de atacar, ocasionando o enorme índice de morte violenta do país.

Um ex-gerente do tráfico, que fala em condição de anonimato, afirma que a violência só tende a aumentar no Rio porque os bandidos “perderam o medo da polícia e sabem que a UPP acabou”.

— Se você tem fuzil, você é forte — explica o homem, que conta já ter distribuído mil cestas básicas por mês, na época em que era “linha de frente”. — As grandes favelas têm pessoas no Paraguai. Hoje, não há uma ordem para matar policiais no Rio. Eles estão morrendo porque, agora, o tráfico está nas ruas.

3. Sistema Constitucional de crises

A Carta Magna consagrou o Brasil como uma República Federativa de união indissolúvel, portanto, seus membros devem permanecer unidos e íntegros, mas independentes entre si. Ora, nenhum Estado deve dominar ou impor sua legislação sob o outro, apenas a União, em casos excepcionais, quando houver uma crise constitucional.

Há no país uma diversidade de doutrinas abarcando acerca do conceito de crise constitucional, de modo que, para melhor explanar sobre esse importante tema, colaciona-se os ensinamentos do doutrinador Pedro Lenza:

A defesa das Instituições Democráticas caracteriza-se como o equilíbrio da ordem constitucional, não havendo preponderância de um grupo sobre outro, mas, em realidade, o equilíbrio entre os grupos de poder. Se a competição entre os grupos sociais extrapola os limites constitucionais, teremos o que a doutrina denomina de situação de crise. (LENZA, 2007, p.631)

Diante disso, existindo uma ameaça ao sistema republicano, bem como aos direitos e garantias fundamentais, tem-se uma crise constitucional. O saneado do problema da crise supracitada está expressamente elencado na Constituição Federal em seu art. 84, IX, contudo, a sua aplicabilidade deve obedecer aos princípios da temporariedade, da proporcionalidade e da necessidade.

De fundamental importância para as seguranças *jurídica* e *institucional* são os chamados mecanismos constitucionais de gerenciamento de crises. Estamos falando, essencialmente, dos institutos da intervenção Federal e estadual, bem como dos estados de defesa e de sítio, e do uso excepcional das Forças Armadas (a atuação regular das Forças Armadas não faz parte deste sistema, mas apenas seu acionamento para situações mais graves). Tratam-se de mecanismos que, espera-se, *não precisem ser ativados*, mas, caso se façam necessários, as ordens jurídica e institucional ficam regulamente mantidas com a *regulamentação prévia* para sua utilização.

As prerrogativas previstas são atribuídas à União em caráter temporário e excepcional para reestabelecer a ordem constitucional, somente justificando seu uso em situações de anormalidade da vida institucional, incluindo como medidas a serem tomadas: o ESTADO DE DEFESA, ESTADO DE SÍTIO e a INTERVENÇÃO FEDERAL.

3.1 ESTADO DE DEFESA E ESTADO DE SÍTIO

Para conceituar o Estado de Defesa, disserta Dirley Cunha Júnior:

uma providência constitucional, de caráter excepcional, que pode ser adotada pelo Presidente da República, depois de ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, com vistas a preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza (CUNHA JUNIOR, 2012, p. 1203)

Para decretar o Estado de Defesa, é necessário determinar o tempo de sua duração, bem como, especificar as áreas a serem abrangidas, indicando nos termos da lei (art. 136, §1º, da CF/88) as seguintes medidas:

I - restrições aos direitos de: a) reunião, ainda que exercida no seio das associações; b) sigilo de correspondência; c) sigilo de comunicação telegráfica e telefônica; II - ocupação e uso temporário de bens e serviços públicos, na hipótese de calamidade pública, respondendo a União pelos danos e custos decorrentes. (BRASIL, 1988)

O período de duração do estado de defesa não deve ser superior a trinta dias, podendo ser prorrogado apenas uma vez, por igual período, “se persistirem as razões que justificaram a sua decretação” (Art. 136, § 2º, da CF/88).

Uma vez decretado o estado de defesa, bem como a sua prorrogação, o Presidente da República, dentro de vinte e quatro horas, submeterá o ato com a respectiva justificção ao Congresso Nacional, decidindo este por *maioria absoluta* (Art. 136, § 4º, da CF/88). Tratando de necessidade urgente do estado de defesa, o Congresso Nacional pode ser convocado, extraordinariamente, em caso de recesso, no prazo de cinco dias (Art. 136, § 5º, da CF/88).

No que tange à decretação do Estado de Sítio, o Presidente da República, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, solicitará ao Congresso Nacional autorização para a decretação do estado de sítio nos seguintes casos (Art. 137 da CF/88): I - comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa; II - declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira.

Possuindo o mesmo segmento do Estado de Defesa na situação do Congresso estar em recesso à época da decretação (Art. 138, parágrafos 2º e 3º).

Na vigência dessa medida, os direitos e garantias fundamentais sofrem uma limitação pelo poder executivo, contudo, para que não haja abuso de poder, a Constituição limitou quais serão os atos a serem tomados contra às pessoas, conforme estabelecido no art. 139, CF/88, *in verbis*:

Art. 139. Na vigência do estado de sítio decretado com fundamento no art. 137, I, só poderão ser tomadas contra as pessoas as seguintes medidas:

- obrigação de permanência em localidade determinada;
- detenção em edifício não destinado a acusados ou condenados por crimes comuns;
- restrições relativas à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma da lei;
- suspensão da liberdade de reunião; V - busca e apreensão em domicílio;
- VI - intervenção nas empresas de serviços públicos; VII - requisição de bens.

Parágrafo único. Não se inclui nas restrições do inciso III a difusão de pronunciamentos de parlamentares efetuados em suas Casas Legislativas, desde que liberada pela respectiva Mesa.

3.2 INTERVENÇÃO FEDERAL

A Constituição Federal prevê, nos seus artigos 34 e 36 do capítulo VI, a Intervenção Federal nas hipóteses de problemas com as finanças do Estado, invasão estrangeira, e o grave comprometimento com a ordem pública. No caso do Rio de Janeiro, foi invocado o inciso três do artigo 34, que permite uma intervenção federal para "por fim a grave comprometimento da ordem pública". Destaca-se que a Intervenção Federal é utilizada em Estado de Exceção, ou seja, quando comprovado que os instrumentos que possuem estão "indisponíveis, inexistentes ou insuficientes ao desempenho regular de sua missão constitucional" e quando "esgotados os instrumentos destinados à preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio" (lei complementar 97/1999).

Diferentemente dos demais institutos explicados no tópico anterior, a Intervenção decretada pelo Presidente da República será encaminhada para aprovação ao Congresso Nacional, por votação de maioria simples, (Artigo 49, IV, da CF/88), ou seja, após a declaração do Executivo.

Diante disso, Cunha Júnior conceitua a intervenção federal como:

o ato político, fundado na Constituição, que consiste na ingerência de uma entidade federada nos negócios políticos de outra entidade

igualmente federada, suprimindo-lhe temporariamente a autonomia, por razões estritamente previstas na Constituição. (CUNHA JUNIOR, 2009, p 844)

Ademais, o decreto presidencial deverá especificar a amplitude, o prazo e as condições de execução, tal como nomear o interventor, devendo o decreto ser submetido à apreciação do Congresso em vinte e quatro horas e caso não esteja funcionando, no prazo de vinte e quatro horas será convocada sessão extraordinária. (Art.36, §§ 1º e 2º, CF/88).

3.3 INTERVENÇÃO FEDERAL NO RIO DE JANEIRO

No dia 16 de fevereiro deste ano, o Senado aprovou o Decreto 9.288 de 2018, assinado pelo então presidente Michel Temer, que determinou a Intervenção Federal no Estado do Rio de Janeiro. Com este decreto, a segurança pública do Rio passou à esfera Federal até o dia 31 de dezembro de 2018.

Antes da decretação, o Rio estava recebendo suporte da União em relação à segurança pública por meio das operações de Garantia da Lei e da Ordem (GLO) que, nos casos excepcionais onde a segurança tradicional não conseguia conter as ocorrências de perturbação da ordem, as Forças Armadas poderiam atuar, além de receber ajuda da Força Nacional quando o Estado solicitava. Nestes casos, o Estado continuava responsável pela gestão pública, até mesmo coordenando as ações das forças da União.

Mesmo com a ajuda da União, o Estado estava sendo ineficaz no combate à violência, necessitando do auxílio da Intervenção Federal, como interventor, foi escolhido o General do Exército Walter Souza Braga Netto, em seu plano, previa-se que a Intervenção até dezembro diminuiria os índices de criminalidade, recuperaria a capacidade operativa dos policiais, articularia os diversos órgãos da segurança pública, além de fortalecer o caráter técnico e aperfeiçoar a gestão do sistema prisional.

A intervenção foi decretada com o objetivo de retomar a ordem da segurança pública no Estado do Rio de Janeiro, que ao longo dos anos se alastrou por toda a extensão de seu território, sendo possível observar a ineficácia das medidas tomadas pelo referido Estado-membro, ocasionando uma ação decisiva da União.

Fato é que a intervenção foi decretada com vistas a conter a dramática situação da segurança pública que se abateu sobre o Estado do Rio de Janeiro, em particular a Capital, problema especialmente crescente nos últimos meses e que exigiu uma ação mais incisiva da União sobre o referido Estado-membro da Federação. Como justificativa à intervenção federal, o Governo Federal se amparou no artigo 34, III, que enuncia que:

“A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: III - pôr termo a grave comprometimento da ordem pública”. (3). Foi escolhido um interventor de origem militar, o General Walter Souza Braga Netto, subordinado diretamente ao Presidente da República, com controle operacional de todos os órgãos estaduais de segurança pública previstos na Constituição do Estado do Rio de Janeiro. Nos dias 19/02/2018 e 20/02/2018, as duas Casas do Congresso apreciaram e aprovaram o decreto de intervenção.

4. A VIOLÊNCIA E A CRISE DE SEGURANÇA PÚBLICA

A situação de calamidade na segurança pública no Rio de Janeiro teve como principal causa a marginalização da sociedade de baixa renda pelo poder público, utilizando métodos apenas para destruir e “tirar de vista” tal população, ausentando totalmente as políticas assistencialistas garantidas pelos direitos humanos de segunda geração. Somente na década de 90 as favelas receberam assistência do governo para usufruírem ao menos de saneamento básico, água encanada e coleta de lixo – nada mais justo: também são brasileiros, pagam impostos e são mão-de-obra no mercado de trabalho.

A grave crise financeira do Estado, a escassez de recursos para a polícia, a recessão e o desemprego fazem parte do numeroso rol de fatores determinantes para a crise de segurança em questão.

De acordo com a brilhante reportagem realizada pela BBC News Brasil, a crise na segurança pública do Rio de Janeiro ocorreu, pois, os recursos destinados à polícia e política das UPPs ficaram escassos, entrando em falência, devido à recessão que alastrava o Estado.

Um dos problemas, segundo a socióloga Julita Lemgruber, coordenadora do Centro de Estudos de Segurança e Cidadania da Cândido Mendes (Cesec), foi apostar primordialmente nas UPPs, que tinham foco claro na capital e nunca foram uma política de segurança pública para todo o Estado - das 38 UPPs implantadas, apenas uma, no Complexo da Mangueirinha, fica fora dos limites do município, na Baixada Fluminense.

"Quando a política das UPPs entrou em falência, o Estado não conseguiu se movimentar rapidamente para se reestruturar", diz Lemgruber.

Para ela, os episódios violentos que a cidade tem presenciado são "reações pontuais para apagar incêndios", levando o Rio de volta à situação de "anos atrás".

Com a crise financeira instalada, os salários dos servidores públicos atrasaram, incluindo os policiais, resultando no não recebimento de salário, bonificações e o 13º salário. Em entrevista à BBC News Brasil, Maria Isabel Couto, da Diretoria de Análise de Políticas Públicas da Fundação Getúlio Vargas (FGV/DAPP), diz que a escassez de recursos vem prejudicando a infraestrutura e as condições de trabalho da polícia, aumentando a situação de vulnerabilidade.

A luta pela diminuição da violência é tema de propostas políticas há mais de 30 anos, porém sem nenhuma mudança significativa, ficando a população à espera de um milagre para que o Rio de Janeiro se torne, finalmente, um paraíso tropical além de apenas suas belezas naturais, ainda almejando alguma atitude efetiva dos governantes a fim de sanar o problema secular - um caos social e cultural que atormenta essa população que não vê uma solução frutífera, apenas a crescente violência, não conhecendo o digno direito à paz social.

4.1 CONTEXTO DA CRISE

O auge do funcionamento da política das UPPs, em 2011, foi o ano mais favorável na melhoria da criminalidade no Estado, e ainda, nos anos de 2006 a 2016 houve uma notável diminuição da violência. Destarte, além das UPPs diminuírem a violência, foi também o fator primordial para a reorganização da criminalidade que se espalhou geograficamente por todo o Estado.

A violência se diferenciou e se expandiu, deixando de centralizar na capital e passando a abranger todo o Estado, fato comprovado pela pesquisa realizada pela FGV/DAPP, conforme informações obtidas pelo Instituto de Segurança Pública.

"Antes, a capital sempre acumulava os maiores números de violência", diz Maria Isabel Couto, uma das autoras da pesquisa. Isso foi mudando ao longo dos últimos anos, com o aumento do crime no interior do Estado e na Baixada Fluminense (região metropolitana do Rio, já fora das fronteiras do município). "A concentração na capital significava que, do ponto de vista da segurança pública, os esforços e o contingente também podiam ser concentrados. Hoje, a violência está muito mais

dispersa, e é preciso distribuir esforços, recursos e adotar estratégias mais complexas", diz Couto.

Tal reconfiguração pode ser atribuída, em parte, à fuga dos criminosos de lugares onde eram ocupadas pelas UPPs e onde se refugiaram, começaram a dominar e se expandir. Destarte, a situação também pode ter ocorrido por descrédito das UPPs, conforme considera Maria Isabel Couto: "As UPPs trouxeram a sensação de que o Rio ia finalmente dar conta do problema do tráfico. Os primeiros episódios de violência fizeram essa ideia desmantelar e mostraram que as UPPs não eram infalíveis."

A nova configuração do crime e da violência no Rio de Janeiro provocou um fortalecimento das facções criminosas, deixando seus ataques mais agressivos e aumentando suas ambições – deixam de se preocupar apenas com o domínio das favelas e passam a arquitetar outras disputas mais ousadas.

"Você acha que a criminalidade não percebe que o Rio está à deriva, com um ex-governador preso, o mandato do atual correndo risco (referência a acusações de corrupção contra o governador Luiz Fernando Pezão), um Tribunal de Contas que está na cadeia? É uma situação de falta de legitimidade do Estado, um Estado que está um pouco à deriva, e a criminalidade percebe isso claramente", diz Julita Lemgruber.

A falta de emprego e oportunidades lícitas fazem com que os jovens e crianças das comunidades sejam cada vez mais atraídas pelos benefícios do tráfico – que não se resumem em bens materiais, mas também acolhimento, valorização e o crescimento no crime – aumentando o poder das organizações criminosas com seu fortalecimento humano, formando seus exércitos do tráfico.

A gestão do crime não respeita fronteiras", diz Maria Isabel Couto. "As facções estão se comunicando, criando parcerias, buscando expandir sua influência e suas rotas. Há uma clara disputa nacional e internacional por territórios.

Uma organização criminosa que cresce a cada instante, uma polícia sem recursos e um Estado em recessão: um cenário perfeito para uma crise na segurança pública, perdurando por séculos com fatores distintos em cada episódio.

4.2 APLICAÇÃO DAS FORÇAS ARMADAS

A garantia da Defesa Nacional de um país era realizada frente às ameaças externas, como invasões e intimidação da soberania, utilizando-se as forças armadas. Esta assegurava a soberania nacional contra o risco iminente das ações de outros países, conceituando tais ameaças como “tradicionais”.

Com o passar do tempo houve uma desconfiguração desse conceito, pois, com as políticas de paz e união, os países passaram a almejar um convívio pacífico nas relações internacionais e o fortalecimento para o comércio exterior.

As ameaças passam a ser de conflitos internos no país, sendo descentralizadas e transnacionais, apresentam-se também como multitemáticas, ou seja, podem surgir de várias áreas da sociedade, como questões fitossanitárias, ambientais, econômicas entre outras. Com essa mudança, o emprego das Forças Armadas altera-se para a nova realidade, passando a ser utilizada para combater aos perigos que surgem das mais variadas áreas do campo social, econômico e ambiental.

No Brasil, as operações de utilização das forças armadas foram reguladas pela Constituição Federal, em seu artigo 142, pela Lei Complementar 97 de 1999, e pelo Decreto 3897 de 2001, tratando sobre as missões da GLO (garantia da lei e da ordem). Nessas ações, é facultado aos militares de atuar com o poder de polícia até o restabelecimento da normalidade, agindo de forma episódica, em área restrita e por tempo limitado, com o objetivo de preservar a ordem pública, a integridade da população e garantir o funcionamento regular das instituições.

A decretação para empregar tal reforço é feita pelo Poder Executivo do país, por motivação ou não dos governadores ou dos presidentes dos demais Poderes constitucionais.

A Constituição Federal/88 prevê, de maneira excepcional, a utilização das Forças Armadas no plano interno do país, possuindo 04 (quatro) meios de execução que visam a garantia dos poderes constitucionais, da lei e da ordem, conforme já exposto alhures, quais sejam: Garantia da Lei e da Ordem; Intervenção; Estado de Defesa; e, Estado de Sítio

As forças armadas já foram utilizadas em diversos eventos e estados do nosso país, de modo que, a operação da GLO atuou 20 (vinte) vezes só no Estado do Rio de Janeiro, sendo a maioria delas em ocupações militares nas favelas, com missões relativas preservação da segurança pública e o combate à violência urbana.

No Rio de Janeiro, a partir de 2010, ocorreram duas operações de longa duração em áreas de favelas: a Operação Arcanjo, entre 2010 e 2012, de ocupação dos Complexos do Alemão e da Penha; e posteriormente a operação São Francisco, entre 2014 e 2015, de ocupação do Complexo da Maré.

Com o Decreto nº 9288/18, instituindo a Intervenção Federal no Estado, foi a primeira vez que tal medida era instaurada no país desde a promulgação da CF/88. A intervenção teve por objetivo “pôr termo a grave comprometimento da ordem pública no Estado do Rio de Janeiro”, conforme descrito no art. 1º, §2º do referido decreto.

A partir de fevereiro de 2018, as forças armadas passaram a comandar e administrar diretamente todo o aparato policial, prisional e o corpo de bombeiros do estado, e foram iniciadas negociações para a transferência de recursos federais para a segurança pública no Rio de Janeiro.

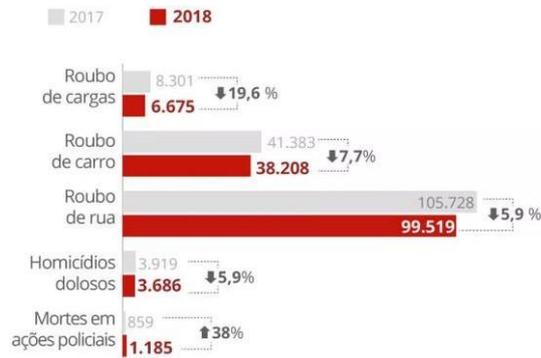
Conforme já descrito, as funções originárias das Forças Armadas são a defesa do país e a garantia dos poderes constitucionais, mas a Constituição Federal permite seu uso na segurança pública se as forças de segurança tradicionais não forem suficientes, motivos que resultaram na utilização das Forças Armadas no estado do Rio de Janeiro.

4.3A INTERVENÇÃO EM NÚMEROS

Os alarmantes números de mortes em confrontos, pessoas mortas por balas perdidas e tiroteios no Rio de Janeiro fizeram com que a União interferisse por meio da intervenção federal para restaurar a ordem da segurança pública.

Após 10 (dez) meses de intervenção federal no Rio de Janeiro, a redução da criminalidade é notória e traz grande satisfação para o sucesso da operação. Conforme dados do Instituto de Segurança Pública (ISP) do Estado, houve redução de 23% (vinte e três por cento) de casos de roubo de carga – comparativo de novembro de 2018 e novembro de 2017 – nos casos de roubos de rua, houve redução de 5,9% - comparativo de março a novembro de 2018 com o mesmo período em 2017 – e ainda, queda de 33,7% dos latrocínios no ano de 2018.

Houve, ainda redução de roubo de carros e homicídios dolosos, conforme demonstrado no quadro abaixo:



Fonte: Instituto de Segurança Pública (ISP)
 *Comparação de março a novembro

Todavia, os tiroteios e disparos aumentaram 37% e as mortes por ações policiais cresceram em 38%, dados em comparação com o ano de 2017. Outro dado é a acerca da apreensão de armas, conforme tabela abaixo:

Mês: Todos / Ano: 2017.

| Região | Arma de Fabricação Caseira | Carabina | Espingarda | Fuzil | Garrucha | Garruchão | Metralhado.. | Outros | Pistola | Revólver | Submetral.. | Total |
|--------------------|----------------------------|----------|------------|-------|----------|-----------|--------------|--------|---------|----------|-------------|-------|
| | 1 | 2 | 20 | 12 | 4 | | | 2 | 151 | 163 | 2 | 357 |
| Baixada Fluminense | 38 | 8 | 100 | 59 | 10 | 1 | 7 | 12 | 981 | 814 | 12 | 2.042 |
| Capital | 5 | 32 | 69 | 370 | 10 | | 9 | 9 | 1.355 | 787 | 17 | 2.663 |
| Grande Niterói | | 1 | 43 | 37 | 3 | | 2 | 2 | 339 | 288 | | 715 |
| Interior | 97 | 54 | 469 | 21 | 100 | 13 | 2 | 26 | 811 | 1.331 | 5 | 2.929 |
| Total | 141 | 97 | 701 | 499 | 127 | 14 | 20 | 51 | 3.637 | 3.383 | 36 | 8.706 |

Mês: Todos / Ano: 2018.

| Região | Arma de Fabricação Caseira | Carabina | Espingarda | Fuzil | Garrucha | Garruchão | Metralhado.. | Outros | Pistola | Revólver | Submetral.. | Total |
|--------------------|----------------------------|----------|------------|-------|----------|-----------|--------------|--------|---------|----------|-------------|-------|
| Baixada Fluminense | 16 | 12 | 80 | 119 | 10 | | 7 | 31 | 1.120 | 638 | 4 | 2.037 |
| Capital | 3 | 17 | 57 | 274 | 9 | | 3 | 5 | 1.373 | 719 | 7 | 2.467 |
| Grande Niterói | | 3 | 45 | 31 | 1 | | 2 | 4 | 536 | 336 | 4 | 962 |
| Interior | 59 | 42 | 469 | 69 | 95 | 6 | 4 | 18 | 1.060 | 1.425 | 8 | 3.255 |
| Total | 78 | 74 | 651 | 493 | 115 | 6 | 16 | 58 | 4.089 | 3.118 | 23 | 8.721 |

pré-ii de Janeiro. Nos dois meses seguintes ao decreto (março e abril), o número aumentou para 1.502 trocas de tiros.

5. DO USO DA FORÇA LETAL NA INTERVENÇÃO FEDERAL

O ordenamento jurídico brasileiro assegura o uso de força letal em casos excepcionais e restritos, o uso da força é uma das ferramentas atribuídas ao policial militar, de modo que, sua utilização apenas ocorrerá de forma legal e extraordinária.

A força deve ser empregada de forma moderada, proporcional à gravidade da violação identificada e com intensidade estritamente necessária ao atendimento do objetivo que deve ser atingido. Qualquer desvio ou abuso, reprovados pelo consentimento público, e pela não observância dos limites legais será considerado uso excessivo da força, truculência e arbitrariedade, que levam à descrença e ao medo relacionado às instituições que deveriam respeitar estes limites e responsabilização pelo excesso.

O uso de força letal é um jargão militar que significa, popularmente, “atirar para matar”, no que tange a “regra de engajamento” é um manual operacional das forças armadas determinando em qual contexto se fará o uso de terminada ação. O uso de tal força configura as operações no Rio como situação de guerra, não apenas ações contra a criminalidade.

A Human Rights Watch, ONG, explica que as "regras de engajamento" das Forças Armadas — normas de conduta dos militares em ações — permitem o emprego de munição letal, “como último recurso”, quando há “grave ato ameaçador contra a integridade física própria, de terceiros, de instalações e/ou de bens materiais essenciais ao cumprimento da missão”. A HRW ressalta, porém, que os princípios básicos da ONU só permitem o uso deliberado de força letal quando estritamente inevitável para proteger a vida, nunca para evitar danos à propriedade. Os princípios da ONU constituem uma declaração de referência internacional que impõe limites ao uso da força, devendo ser observada por qualquer agente que atue em operações de segurança pública no Rio, independentemente de seu uniforme.

Como o Estado estava em intervenção federal, toda as ações policiais, assim como do exército e outros comandos, que estão sob o controle das forças armadas responderão perante a justiça militar por todos os atos praticados no decorrer dessa situação.

O Código Penal brasileiro disciplina acerca das causas que legitimam as ações praticadas pelos policiais, chamadas de excludentes de ilicitude, conforme art. 23 do referido código, *in verbis*:

Art. 23. Não há crime quando o agente pratica o fato: I- Em estado de necessidade;
Em legítima defesa;
Em estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular de direito.

O poder de polícia permite aos policiais o uso da força, dentre elas, a física, sendo revestidas de legalidade, necessidade, proporcionalidade e conveniência na ação. A secretaria nacional de segurança pública descreve acerca do uso diferenciado da força, modelo utilizado pelas polícias brasileiras, com níveis baseados na intensidade do comportamento do agressor:

Presença física: é a simples presença policial, diante de um comportamento de normalidade por parte de um agressor, onde não há necessidade da força policial.

Verbalização: é a comunicação, a mensagem transmitida pelo policial, utilizada diante de um comportamento cooperativo por parte do agressor, que não oferece resistência e obedece às determinações do policial

Controle de contato: são as técnicas de conduções e imobilizações, inclusive por meios de algemas, utilizadas diante da resistência passiva do agressor, que age em um nível preliminar de desobediência (ele não acata as determinações, fica simplesmente parado).

Controle físico: é o emprego da força suficiente para superar a resistência ativa do indivíduo, o qual desafia fisicamente o policial, como num caso de fuga. Cães e agentes químicos podem ser utilizados.

Táticas defensivas não letais: é o uso de todos os métodos não letais, por meios de gases fortes, forçamento de articulações e uso de equipamentos de impactos, como os bastões retráteis, diante de uma agressão não letal pelo agressor, que oferece uma resistência hostil, física (contra o policial ou pessoas envolvidas na situação).

Força letal: é o mais extremo uso da força pela polícia e só deve ser usado em último caso, quando todos os outros recursos já tiverem sido experimentados. Nesse caso o suspeito ameaça a vida de terceiros.

Conforme se pode observar, a força letal é a última a ser empregada, usada apenas quando esgotarem todos os meios antecedentes de controle do terceiro agressor. Contudo, sabe-se que em determinadas situações extremas, como em um confronto entre criminosos, resta impossibilitado o emprego gradual da utilização acima descrita para obstar os atos do agressor.

5.1 EXCLUDENTES DE ILICITUDE

Conforme conceitua Nucci, a ilicitude é "a contrariedade de uma conduta com o direito, causando efetiva lesão a um bem jurídico protegido", logo, a ilicitude é a violação dos dispostos legislativos, aquele ato contrário à lei e tipificada pela legislação como crime.

Pode-se assim dizer que todo fato penalmente ilícito é, antes de mais nada, típico. Se não fosse, nem existiria preocupação em aferir sua ilicitude. No entanto, pode suceder que um fato típico não seja necessariamente ilícito, ante a concorrência de causas excludentes. É o caso do homicídio praticado em legítima defesa. O fato é típico, mas não ilícito, daí resultando que não há crime. (CAPEZ, 2011, p.289)

As excludentes de ilicitude estão previstas no art. 23 do Código penal, que prevê que não existirá crime quando o agente praticar o ato em 1- Estado de necessidade, 2 - Legítima defesa e 3 - Estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular de um direito. Se a pessoa praticar algum delito em conformidade com as disposições acima, haverá o afastamento do ato ilícito, logo, não existirá crime.

Nas palavras de Damásio de Jesus (2014), “estado de necessidade é uma situação de perigo atual de interesses protegidos pelo direito, em que o agente, para salvar um bem próprio ou de terceiro, não tem outro meio senão o de lesar o interesse de outrem”, de modo que, o fato não pode ter sido praticado pelo agente.

A Legítima Defesa prevista art. 25 do Código Penal, conforme conceitua Capez:

é causa de exclusão de ilicitude que consiste em repelir injusta agressão, atual ou iminente, a direito próprio ou alheio, usando moderadamente dos meios necessários. Não há, aqui, uma situação de perigo pondo em conflito dois ou mais bens, na qual um deles deverá ser sacrificado. Ao contrário, ocorre um efetivo ataque ilícito contra o agente ou terceiro, legitimando a repulsa. (CAPEZ, 2008, p. 281)

Acerca do estrito cumprimento do dever legal, leciona CAPEZ:

não há crime quando o agente pratica o fato no “estrito cumprimento de dever legal” (CP, art. 23, III, 1ª parte). Trata-se de mais uma causa excludente de ilicitude. Quem cumpre um dever legal dentro dos limites impostos pela lei obviamente não pode estar praticando ao mesmo tempo um ilícito. Trata-se de mais uma causa excludente de ilicitude. Quem cumpre um dever legal, que a ordem jurídica a ordem jurídica o dever de agir e, em seguida, o chamasse a responder pela ação praticada. (CAPEZ, 2012, 315)

E, por fim, acerca do exercício regular de direito:

causa de exclusão da ilicitude que consiste no exercício regular de um direito típico. Segundo conhecida fórmula de Graf Zu Dohna, “uma ação

juridicamente permitida não pode ser, ao mesmo tempo, proibida pelo direito. Ou, em outras palavras, o exercício de um direito nunca é antijurídico (CAPEZ, 2012, p. 317)

5.2 APLICAÇÃO DE SNIPERS

Snipers, também conhecidos como franco-atiradores, são homens treinados para não errar o tiro. Eles têm como missão efetuar apenas um único disparo e, através de sua arma, salvar vidas. No Brasil, estão presentes em algumas corporações policiais, como o COT – Polícia Federal; o BOPE – Polícia Militar e o Comandos – Exército Brasileiro.

Com uma difícil rotina, onde a exigência por um disparo certo contra o inimigo é constante, os snipers precisam ter em mente que não importa a quantidade de pessoas que precisam eliminar durante toda sua vida profissional. O treinamento mental ao qual são diariamente submetidos é baseado no tema: ao eliminar um inimigo, salva-se uma vida e faz-se um bem a sociedade.

O treinamento, acontece de forma exaustiva, até que o disparo passe a ser certo, exigindo muita disciplina, preparo físico e mental, visto que, na maioria das vezes, precisam ficar por horas parados na mesma posição aguardando o momento de atirar no alvo e buscando ficar longe do campo de visão de todos, inclusive de seus colegas policiais.

Antes de adentrar no aspecto jurídico, cabem esclarecimentos sobre suas atuações. Os snipers são policiais altamente treinados e capacitados para efetuar disparos que podem ser escalonados da seguinte maneira:

1. TIRO DE COMPROMETIMENTO, que se constitui em um único disparo com aptidão para neutralizar o alvo instantaneamente, provocando, em regra, a sua morte;
2. TIRO SELETIVO, que é o disparo efetuado contra o instrumento capaz de causar a ameaça e não contra o agressor.
3. TIRO DE CONTENÇÃO, onde o policial almeja atingir pontos não vitais do alvo, acarretando a sua incapacitação mecânica (de deslocamento).

Nas eleições de 2018, o eleito ao governo do Estado discursou seu objetivo em defesa do "abate" dos criminosos que ostentem fuzis pelas ruas cariocas. Segundo o novo governador, tal ato seria justificado pelo instituto da legítima defesa. Contudo, cabe o questionamento: em tal caso, pode-se falar em legítima defesa?

Realizadas as observações a respeito dos disparos, cabe a observação que qualquer bem jurídico pode ser protegido pela legítima defesa, não apenas o direito à vida (ex: patrimônio, dignidade sexual, liberdade etc.) (GRECO, 2018. p. 446). A legítima defesa exige os seguintes elementos: 1. Injusta Agressão; 2. Uso Moderado Dos Meios Necessários Para Repelir A Agressão; 3. Atualidade Ou Iminência Da Agressão; 4. Defesa De Direito Próprio Ou De Terceiro

O disparo do sniper pode constituir uma ação que causará a morte imediata do alvo. Com esta única ação, os direitos constitucionais entram em conflito: o direito à vida, a vedação da pena de morte, o direito do contraditório e ampla defesa vs o direito à paz, à segurança da sociedade e a incolumidade pública.

A Carta Magna veda a pena de morte, salvo algumas exceções, bem como assegura o direito à vida e o direito da defesa daquele que estiver sendo acusado de algum delito, em seus artigos 5º ao 6º.

Elencados os direitos à luz da constituição, reflitamos: se aquele indivíduo criminoso também é considerado ser humano e detentor de tais direitos, então cabe ao estado violá-los?! Ressaltamos que antes de alguém ser "bandido", esse alguém é pessoa e o Brasil faz parte de tratados internacionais e resguarda em sua legislação amparo a todos, sem distinção, devendo assim ser aplicado.

É sabido que o a história do Rio de Janeiro é marcada pela violência e o descaso do poder estatal em instituir políticas assistencialistas a todas as classes e em especial às mais carentes. Políticas estas que vieram a ocorrer nos anos 90, quando as favelas já eram destaque em serem as maiores do mundo e o tráfico internacional ganhava força, atraindo aqueles que viam a chance de sair da pobreza por meio ilícito.

Destarte, a crise de segurança pública chegou a uma proporção fora do controle do governo, fato que gera mortes de crianças, pais e mães de família, estudantes e trabalhadores que perdem a árdua "guerra das drogas" – pessoas estas que não participam do mundo ilícito que domina as favelas do Rio, mas que sofrem constantemente com a violência e confrontos dentro das comunidades.

Essas pessoas também estão com seus direitos constitucionais violados: suas vidas, a tranquilidade, a segurança e até, por vezes, sua moradia e bens materiais.

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (BRASIL, 1988)

Os confrontos – tanto o bélico, quanto o de direitos – têm soluções delicadas merecedoras de estudos aprofundados para se chegar uma conclusão aceitável, exigindo do Estado, em suas três esferas, atenção primordial. Far-se-á imprescindível um olhar sensível às histórias e vidas que vivem naqueles morros: a esperança que salta aos olhos assustados de seus moradores vislumbrando poder quiçá um dia ver sua cidade maravilhosa em plena paz.

5.3A INCIDÊNCIA DA LEI 13060/2014

A Lei n. 13.060/2014, disciplina o uso dos instrumentos de menor potencial ofensivo pelos agentes de segurança pública, no território brasileiro. A norma faz referência ao agente de segurança pública que realiza atividades que tenham por fim garantir a segurança da população (os profissionais pertencentes aos órgãos relacionados no art. 144 da Constituição Brasileira).

Pela lei em questão, considera-se instrumento de menor potencial ofensivo aquele projetado especificamente para, com baixa probabilidade de causar mortes ou lesões permanentes, conter, debilitar ou incapacitar temporariamente pessoas. Os Instrumentos de Menor Potencial Ofensivo (IMPO) passam a ser vistos como alternativa para o uso daqueles que possam causar letalidade como é o caso da arma de fogo usada pelos Snipers. Todavia, é necessário frisar, que o uso da força faz parte do cotidiano dos agentes de segurança pública, especialmente dos policiais.

O uso de IMPO não é de caráter obrigatório. Nos casos em que o agente considere a existência de ameaça de risco a sua integridade física ou psíquica. Existirá faculdade de escolha do agente público em relação ao uso da arma de fogo ou de instrumento de menor potencial ofensivo. Caberá ao agente, de acordo com a

realidade fática, decidir sobre o emprego da arma adequada para a resolução da ocorrência, prevalecendo o aspecto da discricionariedade.

A lei n. 13.060 contém vedação expressa ao uso de arma de fogo por agentes de segurança pública em duas situações específicas:

1. contra pessoa em fuga que esteja desarmada ou que não represente risco imediato de morte ou de lesão aos agentes de segurança pública ou a terceiros; e;
2. contra veículo que desrespeite bloqueio policial em via pública, exceto quando o ato represente risco de morte ou lesão aos agentes de segurança pública ou a terceiros

6. O SEQUESTRO DO ÔNIBUS RIO-NITERÓI

No dia 20 de agosto de 2019, por volta das 09 horas da manhã, o indivíduo identificado como Willian Augusto da Silva, de 20 anos de idade, anuncia o sequestro do ônibus 2520 na ponte Rio- Niterói. Fato que fez todo o Brasil lembrar do sequestro do ônibus 174 no ano de 2000, também no estado do Rio, onde teve um trágico final com a morte da vítima e um grande marco para a criação dos estudos de gerenciamento de crises pela polícia.

Todavia, o desfecho do sequestro do ônibus 2520 foi totalmente diferente daquele 174, onde, desta vez, o atirador de elite do Batalhão de Operações Especiais (BOPE) foi baleado e morto pelo agente policial especializado.

O sequestrador ameaça explodir o ônibus que estava transportando 39 passageiros, sendo todos mantidos como reféns por pelo menos 03 horas. Ademais, o criminoso possuía uma visível instabilidade emocional, pondo em risco a vida daquelas pessoas que estavam no transporte público, caracterizando uma ameaça atual e iminente à vida dos passageiros.

Diante disso, com fulcro no ordenamento jurídico, o tiro de comprometido utilizado pelo sniper está amparada pela excludente de ilicitude da legítima defesa de terceiros, excluindo-se uma eventual ação penal em face do atirador de elite.

Ademais, frisa-se que a polícia empregou todos os meios de negociação com o criminoso, haja vista o sequestro ter durado em torno de 03 horas, mas verificando

o risco em que os reféns estavam inseridos, a ação do snipers foi o meio moderado e necessário para o melhor desfecho da situação.

A situação fática exposta, esclarece a atuação do atirador de elite em casos de gerenciamentos de crises e de como esses agentes podem ser o protagonista principal para a melhor solução do caso concreto em que envolvem criminosos e reféns. De modo que, a preservação da vida da vítima torna-se o dever legal desses policiais especializados. Logo, o uso moderado da força pelos agentes de polícia, deve ser empregada de acordo com a situação atual que esteja a ser enfrentada, preservando a vida sempre que for possível.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho acadêmico foi elaborado visando esclarecer a violência atual do estado do Rio de Janeiro, de modo que foi necessário debruçar sobre o seu passado ainda na época colonial, elencando dados importantes que acarretaram na atualidade do Estado.

Sabe-se que o Rio de Janeiro é o estado mais perigoso do Brasil, onde a violência e o crime organizado são os maiores responsáveis pelas guerras nos morros e mortes de civis que não possuem ligação com a criminalidade.

Diante do caos que sempre se alastrou pelo estado, todos os governadores que ali administraram tiveram o desejo de sanar com a criminalidade e trazer a paz para os moradores, de modo que ocorreram diversas operações nas favelas do Rio, buscando o controle e a pacificação.

Contudo, apesar de várias intenções dos governadores e operações policiais, cada uma foi mais frustrada do que a outra, sanando um problema em uma área, mas abrindo portas para a reorganização do crime em outras, chegando a um determinado ponto em que o Poder Público não mais conseguira controlar o crime.

Assim, com o crime fora de controle, o Poder Executivo da União decretou, pela 1ª vez desde a promulgação da Constituição de 88, a intervenção federal do Estado, colocando nas ruas o Exército Brasileiro até ser obtido dados de melhora na segurança pública.

Ademais, além desse fato marcante, nas eleições governamentais o candidato a governador, Wilson Witzel, declarou em inúmeras entrevistas a sua

proposta para obstar o crime no Rio, qual seja: abater criminosos que estivessem portando fuzil.

Com suas declarações aterrorizantes, os civis do Estado se sentiram representados pelas suas angústias meio ao caos da criminalidade, apoiando o candidato Witzel, que saiu eleito nas eleições de 2018 e declarando que colocaria em ação a sua proposta feita na candidatura.

Nesse norte, diante das reportagens sobre a proposta do governador do Rio e sem artigos tratando sobre o assunto e a utilização de snipers, o presente artigo foi motivado por essa gama de informações e dados jurídicos importantes, de modo que se fazia necessário expor toda a história do Estado do Rio, o início da criminalidade e os fatos jurídicos que norteiam essa situação, e ainda, quem são os snipers tão falados pelo governador Witzel.

Por fim, o sequestro que ocorreu no ano de 2019 na ponte Rio-Niterói que chocou o Brasil foi solucionado com a aplicação do atirador de elite, que com sua precisão e conhecimento, evitou um desastre e morte dos demais passageiros do ônibus.

REFERÊNCIAS

ALVES, Raoni. **Cerimônia marca fim da intervenção federal no RJ: 'Cumprimos a missão', diz general**, Disponível em: <<https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2018/12/27/cerimonia-encerra-intervencao-federal-na-seguranca-do-rj.ghtml>>; Acesso em: 20/08/2019

BARBON, Julia. VETTORAZZO, Lucas. Intervenção federal no RJ faz 6 meses; entenda o que aconteceu até agora. **Disponível em:** <<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2018/08/intervencao-federal-no-rj-faz-6-meses-entenda-o-que-aconteceu-ate-agora.shtml>>; Acesso em: 20/09/2019

BRISO, Caio Barretto. **As raízes da violência no Rio.** Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/rio/as-raizes-da-violencia-no-rio-21804502>>; Acesso em: 10/09/2019

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**, volume 1, parte geral : (arts. 1º a 120) / Fernando Capez. — 16. ed. — São Paulo : Saraiva, 2012. 1. Direito penal I. Título

CARNEIRO, Julia Dias. **Cinco motivos que levaram o Rio à pior crise de segurança em mais de uma década.** Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-39816208>>

<https://politica.estadao.com.br/noticias/eleicoes,a-policia-vai-mirar-na-cabecinha-e-fogo-diz-novo-governador-do-rio,70002578109>; Acesso em: 16/09/2019

CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 6.^a Edição. Salvador: Editora JusPodvum, 2012.

EXTRA. O Globo. Assim caminhou a violência no Rio. Disponível em: <<https://extra.globo.com/noticias/rio/assim-caminhou-violencia-no-rio-21804345.html>>; Acesso em: 18/09/2019.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. ed. 20. Niterói, RJ: Impetus, 2018. INSTITUTO DE SEGURANÇA PÚBLICA. Governo do Rio de Janeiro. Disponível em: <www.ispvisualizacao.rj.gov.br> Acesso em: 15/09/2019.

JÚNIOR, Edgard Antônio de Souza. Breve Análise da lei nº 13.060/2014 que Disciplina o Uso de Instrumentos de Menor Potencial Ofensivo por Agentes de Segurança Pública.

Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/35594/breve-analise-da-lei-n-13-060-2014-que-disciplina-o-uso-de-instrumentos-de-menor-potencial-ofensivo-por-agentes-de-seguranca-publica>>; Acesso em: 01/10/2019

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 11 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Método, 2007.

LESSA, Marcelo de Lima. **O abate de criminosos portando fuzis e a legítima defesa**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/70036/o-abate-de-criminosos-portando-fuzis-e-a-legitima-defesa?fbclid=IwAR3rlmUOXAxqiWbvKDFX8MDirAaX2it08MMZqhrScZ8KtwoJ9XKrEjiXFek>>; Acesso em: 30/08/2019.

MULTIRIO. Intendência Geral de Polícia e a Guarda Real. Disponível em: <<http://multirio.rio.rj.gov.br/index.php/estude/historia-do-brasil/rio-de-janeiro/52-o-rio-de-janeiro-como-a-capital-do-reino/2479-a-intendencia-geral-de-policia-e-a-guarda-real>>; Acesso em: 10/08/2019.

MULTIRIO. **A corte no Rio**. Disponível em: <<http://multirio.rio.rj.gov.br/index.php/estude/historia-do-brasil/brasil-monarquico/88-a-corte-no-rio-de-janeiro/8854-a-vida-na-corte-e-as-transforma%C3%A7%C3%B5es-na-cidade-do-rio-de-janeiro>>; Acesso em: 10/08/2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**: 3 ed. rev. atual. e ampl. 2. tir. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007b.

OLIVEIRA, Emerson Ademir Borges de; LAZARI, Rafael de; SILVEIRA, Daniel Barile da, e DIAS, Jefferson Aparecido. **Federalismo e gerenciamento de crises constitucionais: intervenção, estado de defesa e estado de sítio**. Disponível em:

<<https://www.migalhas.com.br/FederalismoaBrasileira/124,MI286082,31047-Federalismo+e+gerenciamento+de+crises+constitucionais+intervencao>>, Acesso em: 20/09/2019.

PIERRE, Eduardo. **Ong teme licença para matar das forças armadas na intervenção do Rio.** Disponível em: <<https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/ong-teme-licenca-para-matar-das-forcas-armadas-na-intervencao-do-rio.ghtml>>; Acesso em 30/09/2019.

PENNAFORT, Roberta. **A polícia vai mirar na cabecinha e...fogo, diz novo governador do Rio.** Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/noticias/eleicoes,a-policia-vai-mirar-na-cabecinha-e-fogo-diz-novo-governador-do-rio,70002578109>>; Acesso em: 09/09/2019

RANGEL. Tauã Lima Verdan. **Do sistema constitucional de crises: comentários aos estados de defesa e de sítio.** Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17466#_ftn7>; Acesso em: 11/09/2019

RODRIGUES, Rute Imanishi; ARMSTRONG, Karolina. **A Intervenção Federal No Rio De Janeiro E As Organizações Da Sociedade Civil.** Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/arquivos/artigos/8695-182358intervencaoafederalrio.pdf>>; Acesso em: 30/09/2019.

ROSSI, Amanda. **Congresso aprova decreto de intervenção federal no Rio de Janeiro; entenda o que a medida significa.** Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-43079114>>; Acesso em: 15/08/2019

SARZI, Lucas. **Conheça o trabalho dos snipers atiradores de elite da polícia.** Disponível em: <<https://www.tribunapr.com.br/painel-do-crime/conheca-o-trabalho-dos-snipers-atiradores-de-elite-da-policia/>>; Acesso em: 01/09/2019

SCHULTZ, Kirsten. Perfeita civilização: a transferência da corte, a escravidão e o desejo de metropolizar uma capital colonial. Rio de Janeiro, 1808-1821. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-77042008000100002>; Acesso em: 20/08/2019

SILVA, Samara Santana. Os cortiços e a cidade do Rio de Janeiro durante seu processo de modernização na virada para o século XX. Disponível em: <http://www.encontro2018.bahia.anpuh.org/resources/anais/8/1535059482_ARQUIVO_Corticosfinalanpuh.pdf>; Acesso em 20/08/2019

SOUSA, João Pedro Martins de. **Sistema Constitucional das crises: a defesa do Estado federativo.** Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/64354/sistema-constitucional-das-crisis-a-defesa-do-estado-federativo>>, Acesso m: 20/09/2019.

VILLELA, Gustavo. **Pinto do Pango na década de 30, maconha era vendida em herbários do Rio.** Disponível em: <<https://acervo.oglobo.globo.com/em->

destaque/pito-do-pango-na- decada-de-30-maconha-era-vendida-em-herbanarios-
do-rio-13352181>; Acesso em: 25/08/2019.

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER E SUAS CONSEQUÊNCIAS FÍSICAS E PSICOLÓGICAS COM BASE NA LEI MARIA DA PENHA (LEI 11.340/06)

Priscila Jacinto da Silva
Mariana Tavares de Melo

RESUMO: Apesar dos avanços e conquistas que as mulheres obtiveram ao decorrer das últimas décadas, a violência contra a mulher ainda é um problema atual que merece ser discutida para que se levantem soluções para a erradicação de atos, físicos, psicológicos e cruéis realizados devido a uma sociedade patriarcal que ainda insiste em subjugar as mulheres como seres inferiores. É certo que a Lei Maria da Penha trouxe muitos avanços que é muito importante para a sociedade, mas é necessário que as mulheres, objeto de proteção visado pela lei tenham essa percepção protecionista e preventiva e saibam como recorrer a essa lei e ao poder público para que essa lei tenha eficácia plena. Esse artigo visa discutir as violências físicas e psicológicas contra as mulheres, para que também essas mulheres percebam os benefícios da Lei Maria da Penha na prática.

Palavras-chave: Lei Maria da Penha, violência doméstica contra a mulher, consequências físicas, psicológicas, prevenção, proteção.

ABSTRACT: *Despite the advances and achievements that women have made over the last decades, violence against women is still a current problem that deserves to be discussed in order to find solutions to the eradication of physical, psychological and cruel acts performed due to a society. patriarchal who still insists on subjugating women as inferior beings. It is true that the Maria da Penha Law has brought many advances that are very important for society, but it is necessary that the women, object of protection targeted by the law have this protectionist and preventive perception and know how to resort to this law and the public power to may this law be fully effective. This article aims to discuss the physical and psychological violence against women, so that these women also realize the benefits of the Maria da Penha Law in practice.*

Key words: Maria da Penha law, domestic violence against women, physical, psychological consequences, prevention, protection.

1 INTRODUÇÃO

O intuito desse artigo é se concentrar na violência contra a mulher, alertando a sociedade sobre o problema. Entendendo-se o que seria essa violência e os sintomas decorrentes do trauma sofrido, para que a vítima identifique quais as atitudes que violam sua dignidade.

A violência praticada contra as mulheres, um assunto hoje apresentado na atualidade, com base na Lei Maria da Penha que acontece no âmbito familiar

podendo ser caracterizada em diversos modos, como sendo: violência física, sexual, psicológica, patrimonial e moral.

A violência contra as mulheres é considerada um grave problema de direitos humanos, baseado na cultura machista oriunda da lógica patriarcal de organização social. Para se entender a violência de gênero é preciso ter em conta o caráter social dos traços atribuídos a homens e mulheres.

Essa condição de hipossuficiência da mulher decorre do desenvolvimento histórico-cultural de uma Sociedade patriarcal, que sempre teimou em colocar a mulher submissa ao homem, vista como o “sexo frágil”. Já o homem foi preparado, desde a infância, para ter atitudes agressivas. As brincadeiras infantis demonstram essa diferença de atitude entre meninos e meninas (SABADELL, 2005).

De acordo com a lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha), criada através de uma vítima, como sendo Maria da Silva Fernandes, onde a mesma foi agredida brutalmente por seu marido, aonde veio a sofrer duas tentativas de homicídio, ficando na primeira vez já paraplégica, mais que voltando para sua residência, logo em seguida ele atentou contra a vida dela mais uma vez, ela por não aguentar mais a situação, veio a sair de casa por uma ordem judicial, que diante desse acontecimento passou a ser representante de um movimento de enfrentamento da violência contra a mulher, sendo a mesma homenageada com seu nome na legislação em 2006 com a elaboração da lei.

Dessa forma a Lei Maria da Penha, passou a ser considerado um marco legislativo não apenas no Brasil, mais no mundo, considerando hoje a lei mais atuante e mais eficaz no enfrentamento da violência contra a mulher.

Diante dessa lei, a violência contra a mulher vinda por força do sexo masculino, ela não só atinge a área frágil e física da mulher como também a área psicológica, causando a elas prejuízos ao emocional, como sendo: humilhação, constrangimento, ameaça, desgostos emocionais que lhe causam dano à saúde psicológica, causando assim abalos emocionais.

Mesmo sabendo que o mal do século é a depressão, ou seja, é os males da alma, logicamente o desgosto que venha causar tristeza a mulher, até porque a tristeza também alimenta nossas vidas, há dias felizes, assim como também há dias tristes, que visa qualquer atitude agressiva e que imprima a mulher lhe causando desgosto emocional, concretizando violência psicológica.

2. A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

A violência doméstica hoje não só no Brasil como no mundo tem um dos maiores índices de violência contra a mulher que é um grande problema, no qual as mulheres são vítimas de uma sociedade machista, por ser um sexo frágil e vulnerável.

É certo que, a violência doméstica reflete o comportamento de uma sociedade ainda patriarcal, em que as mulheres são submetidas a inúmeras situações de agressão, como uma forma de castigo, por sua forma de pensar, de se comportar, de se expressar, representando a dominação ou superioridade masculina sobre elas.

É perceptível ao longo da história, que as mulheres não eram apenas vítimas dos homens, mas sim vítimas do descaso da Justiça, pois os dispositivos legais vigentes que ofereciam proteção eram escassos, sem efeitos práticos que pudessem prevenir reduzir e até extinguir os diversos casos.

Quando se fala em violência doméstica, associamos violência praticada contra as mulheres, mais podemos ressaltar que esse tipo de violência também reparado com crianças e idosos, ou seja, na sociedade em geral.

Sob diversos aspectos de grande proporção, a violência doméstica e familiar contra as mulheres é recorrente e presente no mundo todo, motivando crimes repugnantes e graves violações de direitos humanos. Mesmo assim, frases como essas ainda são amplamente repetidas, responsabilizando a mulher pela violência sofrida e minimizando a gravidade da questão.

Segundo a Organização Mundial da Saúde as taxas de mulheres que foram agredidas fisicamente pelo parceiro em algum momento de suas vidas variaram entre 10% e 52% em 10 países pesquisados.

Diante da violência doméstica contra a mulher que vem ocorrendo em vários lugares do mundo e que ainda é visto com um problema atual no Brasil, vivemos em um País que uma mulher é agredida a cada 15 segundos, e que a cada dia temos 13 mulheres assassinadas, onde o índice de violência às mulheres é muito alto, tendo em vista atos cruéis realizados por uma sociedade machista.

3. OS BENEFÍCIOS DA LEI MARIA DA PENHA

A Lei Maria da Penha inseriu o avanço legislativo internacional e se transformou no principal instrumento legal de enfrentamento à violência doméstica contra as mulheres no Brasil, tornando Permanente o dispositivo constitucional que impõe ao Estado assegurar a "assistência à família, na pessoa de cada um dos que a integram, criando dispositivos para Restringir a violência, no âmbito de suas relações" (art. 226, § 8º, da Constituição Federal).

A Lei Maria da Penha foi criada com o objetivo de coibir a violência de gênero, ou seja, a violência doméstica e familiar contra a mulher.

Segundo preceitua o artigo 5º, caput, da Lei 11.340/2006:

Violência doméstica e familiar contra mulher consiste em qualquer ação ou omissão que provoque morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial, desde que fundamentada no quesito de gênero. Violência de gênero consiste em "qualquer ação ou conduta, baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto no âmbito público como no privado" (PMPF, 2015, p. 01).

Segundo Nucci (2006, p. 653), a violência é "a ação ou omissão baseada no gênero que cause à mulher morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial", entretanto, coloca o autor que se insere a relação íntima de afeto entre duas pessoas, podendo esta estruturar-se em amizade, amor, simpatia, ou demais sentimentos, demandando necessária coabitação entre agressor e agredido.

A lei que beneficia a mulher vítima de violência veio oferecer mais segurança as mulheres do nosso País, como também dando mais visibilidade ao problema, que é muito eficaz, mais que de certa forma além de serem medidas coercitivas, inibe certos agressores que tem medo da punição, mesmo que ainda existam outros que aproveitam da violência mesmo assim, ignorando assim a lei, e todos os seus aspectos punitivos e morais.

A Lei Maria da Penha trouxe medidas protetivas à mulher vítima de violência doméstica e familiar, prevê medidas integradas por meio de ações conjuntas dos setores jurídicos, segurança, assistência social, saúde, educação, trabalho e habitação. Além disso, "realça a importância da promoção e realização de

campanhas educativas e prevenção da violência doméstica (...) bem como da difusão da Lei” (Piovesan, 2010, p. 290).

Em suma, a Lei Maria da Penha, reconhece a obrigação do Estado em garantir segurança das mulheres nos espaços públicos e privado ao definir as linhas de uma política de prevenção e atenção no enfrentamento da violência doméstica e familiar contra a mulher, bem como delimita o atendimento às mulheres vítimas de violência doméstica e familiar e inverte a lógica da hierarquia de poder em nossa sociedade a fim de privilegiar as mulheres e dotá-las de maior cidadania e conscientização dos reconhecidos recursos para agir e se posicionar, no âmbito familiar e social, garantindo sua emancipação e autonomia.

A Lei Maria da Penha previu medidas protetivas de urgência nos casos de violência doméstica e familiar, em seus Artigos 22 a 24, o que faz com que haja necessidade de disponibilização de diversos instrumentos, procedimentos e recursos humanos treinados, com o objetivo de que a letra da lei não seja apenas um alheamento, mas, ao contrário, tenha ações concretas voltadas para essa questão, por intermédio de políticas públicas, que possam minimizar os altos índices de violência doméstica e familiar.

Segundo Norma Técnica de Uniformização dos Centros de Referência, fornecida pela Secretaria de Proteção às Mulheres:

Os Centros de Referência são estruturas essenciais do programa de prevenção e enfrentamento à violência contra a mulher, uma vez que visa promover a ruptura da situação de violência e a construção da cidadania por meio de ações globais e de atendimento interdisciplinar (psicológico, social, jurídico, de orientação e informação) à mulher em situação de violência. Devem exercer o papel de articuladores dos serviços organismos governamentais e não-governamentais que integram a rede de atendimento às mulheres em situação de vulnerabilidade social, em função da violência de gênero(...) (BRASIL, 2006).

Os Centros de Referência funcionam como forma de abrandamento da situação de estresse psicológico, em que a vítima de violência provavelmente se encontra, em razão do trauma sofrido.

Logo, entende-se que tratamento concreto em situação de emergência pode dirimir os efeitos da crise pela qual a mulher passa, minimizando os danos provocados na autoestima, além de auxiliar na busca de determinados mecanismos

de proteção por meios jurídicos. As mulheres violentadas procuram o primeiro auxílio junto ao sistema de segurança pública.

O Centro de Referência seria uma complementação ao atendimento, pois visa evitar a repetição da violência doméstica e familiar, oferecendo apoio jurídico e auxiliando no acompanhamento dos atos administrativos da polícia, como também em relação aos aspectos judiciais.

Além disso, os Centros de Referência devem estar preparados para ministrar cursos, promover palestras que expliquem a cultura machista predominante no Brasil, pois com profissionais preparados nesse sentido, muitos preconceitos podem ser desfeitos com a reeducação da vítima e do agressor. Além disso, esses Centros podem promover cursos que qualifiquem os profissionais das Redes de Atendimento.

Os benefícios Conquistados pelas mulheres com a Lei Maria da Penha são inumeráveis. A Lei estabeleceu um mecanismo judicial exclusivo os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra as Mulheres com competência cível e criminal; inovou com uma série de medidas protetivas de urgência para as vítimas de violência doméstica; reforçou a atuação das Delegacias de Atendimento à Mulher, da Defensoria Pública e do Ministério Público e da rede de serviços de atenção à mulher em situação de violência doméstica e familiar.

Prever uma série de medidas de caráter social, preventivo, protetivo e repressivo; definiu as diretrizes das políticas públicas e ações integradas para a prevenção e erradicação da violência doméstica contra as mulheres, tais como: implementação de redes de serviços interinstitucionais, promoção de estudos e estatísticas, avaliação dos resultados, implementação de centros de atendimento multidisciplinar, delegacias especializadas, casas abrigo e realização de campanhas educativas, capacitação permanente dos integrantes dos órgãos envolvidos na questão, celebração de convênios e parcerias e a inclusão de conteúdos de equidade de gênero nos currículos escolares.

A reivindicação pelos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher “realizou um choque de realidade no campo jurídico, impondo que as formas e os conteúdos do direito tenham correspondência com a realidade dos problemas sofridos pelas mulheres. Contrariamente à tradição do pensamento jurídico, a partir da reforma legal, é o sistema jurídico que necessita se adequar à realidade e não o

contrário. Especificamente em relação à violência contra mulheres, a possibilidade de que, na mesma esfera jurisdicional, de forma concentrada e com economia de atos, possam ser resolvidas questões penais e de família representa importante inovação e, em termos pragmáticos, significa efetividade dos direitos.” (CAMPOS; CARVALHO, 2011: 149)

A Carta Magna, em seu art. 226 §8º, discorre que é dever do Estado assegurar a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito das relações. E é nesse dispositivo que a Lei Maria da Penha é assegurada. A referida lei não apenas protege a mulher da violência doméstica, mas também contribui na coação, prevenção e erradicação dessa violência.

4. VIOLÊNCIA DE GÊNERO NO ÂMBITO SOCIAL

A violência contra a mulher é toda ação ou omissão de discriminação, agressão, que se ocasiona pelo fato da vítima ser mulher, sendo assim um ser de sexo frágil, chegando a causar dano, morte, sofrimento físico, sexual, moral, psicológico, social, político, econômico, como também patrimonial, acontecendo também em espaços públicos ou privados.

Os primeiros estudos sobre Gênero surgem na década de 1960, através dos movimentos feministas e homossexuais na Europa e nos Estados Unidos, numa perspectiva que as diferenças sociais entre homens e mulheres se devem a uma construção histórica e cultural, não estando relacionadas ao sexo biológico do indivíduo, mais sim, aos papéis sociais que são construídos na sociedade.

Concebe-se que na espécie humana existe o macho e a fêmea, porém, o que faz alguém ser homem ou mulher é determinado pela cultura, ou seja, o gênero se faz com as características psicológicas e culturais em uma dada sociedade, o que ela traz como noção do que é ser masculino e feminino (CARVALHO; FERREIRA; SANTOS, 2010).

A família contemporânea reflete estes papéis sociais que são esperados ao homem e a mulher, o que acaba por reforçar ainda mais as desigualdades de gênero. Deste modo é atribuído a mulher os papéis de frágil, sensível, passiva, obediente, a mulher dedicada ao marido, a responsável pelo cuidado dos filhos,

sendo valorizado o homem em detrimento da mulher, que é tratada com inferior, não tendo, pois, autonomia, nem direito de decidir sobre sua vida (GOMES et al, 2007).

É em decorrência das relações de poder que surge a violência de gênero, que passou a ser utilizada nos anos 90, significando uma relação de poder, onde ao homem cabe dominar a mulher, e a ela cabe ser submissa ao mesmo, demonstrando que estes papéis sociais impostos tanto ao homem quanto a mulher foram fincados em nossa sociedade ao longo da história, sendo em muito reforçado pelo patriarcalismo, acabando por influenciar a violência entre os sexos através dos processos de socialização (CARVALHO; FERREIRA; SANTOS, 2010).

No que diz respeito à violência contra mulher, é muito utilizado a racionalização para negar os motivos reais que levaram o sujeito a agir com violência, tentando encobrir o impulso do ato agressivo, de modo que se busca um motivo convincente que justifique a agressão, onde se entende que o homem sempre tem a razão na discussão, a mulher que está errada, sendo por causa dela que ocorreu todo o problema conjugal.

Verifica-se, que as vítimas de violência apresentam insegurança nos seus sentimentos, com variações bruscas de comportamento, indo de um extremo ao outro, ou seja, não há uma constância do mesmo sentimento, em um momento a mulher se sente segura, feliz, realizada, no outro ela sente-se violentada, presa, com medo, em pânico, pois é comum nos relacionamentos baseados na violência que haja uma confusão de sentimentos, em virtude de o parceiro dominador variar suas atitudes para com a parceira dominada.

O espaço doméstico não é um local homogêneo e harmônico com muito se imagina, onde não existiriam desigualdades ou conflitos, pois é notório que nele estão imersos comportamentos que sofreram processos de condicionamentos sociais, em vista de torná-los normais aos padrões impostos por esta sociedade machista, heteronormativa e racista, no qual há contradições entre o gênero, a raça e a classe social que se misturam neste ambiente e impulsionam a violência no âmbito doméstico (FONSECA; RIBEIRO; LEAL, 2012).

No que se refere ao perfil do agressor da mulher, geralmente são homens, com algum grau de parentesco, como pai, irmão, primos e etc., ou também responsável pela mesma, no caso de crianças, isto se deve em razão da mulher ser a principal vítima da violência doméstica, o que reforça a ideia de dominação

masculina sobre a mulher, por entender que o mesmo possui mais direitos que ela (OLIVEIRA; MACÊDO; FERREIRA, 2016).

As principais causas da violência descritas são o ciúme e o jogo de poder, compreendendo-se que estão relacionados a um problema que é muito complexo, advindo de uma construção social do gênero, dos papéis sociais esperados ao homem e a mulher, que culminam em uma desigualdade social, que estaria entre as causas mais comuns da violência contra a mulher.

Quando falamos do ciúme, nos referimos ao sentimento de posse do homem para com a mulher, tendo a mesma como sua propriedade, um objeto, e não como um sujeito. Já o jogo de poder se refere a ideia que o homem tem mais direitos do que a mulher, que a ele deveria ser dado mais vantagens (FONSECA; RIBEIRO; LEAL, 2012).

Quando se passa a utilizar o conceito de gênero fica mais notável perceber as desigualdades e discriminações decorrentes ao gênero, anteriormente vistos como normais pela maioria das sociedades, que podiam determinar qual comportamento era adequado à mulher, geralmente tendo como o esperado a mulher que seja sensível, protetora da família e do lar, responsável pela procriação, frágil, etc. Aos homens está reservada a solução dos problemas, o sustento da família, aquele que não pode expor seus sentimentos, porque é sinal de fraqueza (PEDRO; GUEDES, 2010).

Por haver o condicionamento dos comportamentos esperados a mulher, que são dominantes e traduzem os papéis de gênero que são construídos na sociedade, faz com que, em muitos momentos as classificações de violência existentes não sejam reconhecidas por muitas mulheres, especialmente, quando nos referimos às mulheres casadas e também àquelas em uniões estáveis, o que acaba por colaborar para que as agressões causadas pelos seus companheiros sejam aceitas como normais (FONSECA; RIBEIRO; LEAL, 2012).

Percebe-se que a partir do momento em que o termo gênero se consolida, sendo posto que é uma construção social, que independe do sexo do indivíduo, o gênero passa a se configurar como um algo que não é fixo, padronizado, ou seja, que se dá por várias configurações, pois quando falo em um homem, posso estar me referindo tanto a um corpo feminino, como a um corpo masculino, visto que será a

forma como o indivíduo se enxerga, se reconhece enquanto sujeito (GOMES FILHO; SANTOS; SILVA, 2017).

É visível que a violência contra mulher persiste, e os atos agressivos têm aumentado, sendo que os motivos utilizados pelo homem como razão para justificar a continuidade dos atos de agressões à mulher são os mesmos, quais sejam: que ela não está fazendo o seu papel de cuidar dos filhos, de ser dona de casa, uma esposa carinhosa, em virtude de a mesma estar sim, dedicada a outras coisas, como ao trabalho fora de casa, aos estudos, dentre outros. Ou seja, a perspectiva patriarcal continua sendo resinificada na sociedade atual (BANDEIRA, 2014).

5. VIOLÊNCIA FÍSICA E PSICOLÓGICA NO ÂMBITO FAMILIAR E SOCIAL

A violência física e psicológica enquanto fenômeno biopsicossocial acompanha a construção da humanidade desde os primórdios e é um problema que está paralelamente vinculado às relações sociais.

A Lei Maria da Penha em seu artigo 7º, Inciso II assim a descreve:

"II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação;"

Trata-se, portanto, de uma intolerância para com as diferenças políticas e relacionais e não de um problema biológico típico da natureza humana, devendo, por conseguinte ser prevenido e controlado no convívio em sociedade para evitar prejuízos de ordem psíquica e corporal para as vítimas.

É comum o agressor através de palavras e atitudes, ofender e denegrir a imagem da vítima, menosprezar seus sentimentos, ferir sua autoestima, retirar-lhe o valor enquanto ser humano, não respeitar suas opiniões, valores e crenças para lhe impor poder, desrespeito e dominação.

Práticas como o ciúme, o controle, a agressividade nas palavras, os adjetivos pejorativos, a rejeição, o desrespeito, a humilhação, a intimidação, o domínio

econômico, a ameaça de violência física e o isolamento relacional, são apenas alguns dos exemplos práticos desta triste realidade.

Infelizmente o ser humano tem se tornado cada vez mais egoísta e covarde. As pessoas invadem a intimidade uma das outras, sem qualquer respeito, responsabilidade e consideração, sem medir as consequências de suas atitudes, como se a vida alheia fosse uma praça pública em que se entra e faz o que quer.

Cada vez mais a sociedade vem sofrendo com os efeitos nefastos deste tipo de relacionamentos. Famílias são desfeitas, várias vítimas vão sendo deixadas para trás, sem que a sociedade perceba que está em total estado de anomia social e que a família, como base da sociedade, está em ruínas.

A violência infligida a grupos, classes ou indivíduos como as mulheres, sejam elas crianças, jovens, adultas ou idosas, negando seus direitos e impondo-lhes sofrimento, ainda continua muito presente na sociedade apesar das conquistas femininas ao longo do tempo.

Consequentemente, as agressões contra a mulher representam hoje, um problema de saúde pública visto que a dor e o padecimento trazem impactos inexoráveis para o indivíduo, sua família e para a sociedade como um todo, bem como originam ônus com o tratamento dos danos.

Historicamente, a constituição patriarcal da sociedade foi influenciada pela desigualdade de gêneros. À mulher foram impostas relações de poder na qual o homem dominava e controlava, muitas vezes ultrapassando os extremos da violência, seja esta verbal, física, sexual ou psicológica.

Com isso, a sujeição da mulher à submissão foi legitimada pela construção histórica da convivência em sociedade facilitada ainda pelas determinações religiosas, edificando um legado cultural difícil de ser erradicado apesar das leis e das conquistas que asseguram a igualdade entre os sexos.

O papel social da mulher restrito à subserviência, reprodução e cuidado com o lar e com o marido, representava um pilar moral de sustentação das famílias, garantido pela ativa imposição sociocultural e também pelas agressões intradomiciliares.

A problemática dos maus tratos contra a mulher, porém, não diz respeito apenas à violência doméstica praticada pelo parceiro íntimo, ainda que este agressor historicamente continue sendo o mais comum a toda forma de violência

sofrida pela mulher por qualquer tipo de agressor, seja em qualquer idade, raça e local de ocorrência.

Mulheres idosas e crianças representam grupos mais vulneráveis devido a sua incapacidade de defesa e de denúncia bem como por sua dependência emocional e de cuidados, muitas vezes em relação ao próprio agressor.

As mulheres idosas, que ao longo de sua vida estão sujeitas a opressões, quando chegam à terceira idade, estão propensas a debilidade física, mental e isolamento social, por abandono ou mesmo morte de entes queridos, configurando uma situação de sujeição a abusos de ordem física, econômica e psicológica.

Do ponto de vista psíquico ocorrem sentimentos como medo, vergonha, exposição de suas vidas e possível estigmatizará pela comunidade. Por isso, órgãos e políticas públicas são necessárias para intervirem, garantindo a segurança física, moral e psicológica destes grupos de risco bem como mediando denúncias e fornecendo proteção às mulheres agredidas.

A Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher - (CEDAW), elaborada pela Assembleia Geral das Nações Unidas - (ONU) em 1979, foi realizada com o propósito de promover os direitos da mulher condenando toda forma de discriminação e adotando medidas apropriadas para assegurar a correspondência de direitos, erradicar a violência de gênero e punir agressores, sendo que este tratado internacional foi ratificado pelo Brasil em sua Constituição Federal atual.

Também A Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher – Convenção de Belém do Pará, adotada pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA) – em 1994 foi ratificada pelo Estado Brasileiro e dispõe de conceitos de violência contra a mulher, artigos referentes aos direitos das mulheres e deveres do Estado para garantia de cumprimento das disposições.

Além disso, a conquista social da Lei Maria da Penha foi uma importante iniciativa para tentar coibir os agressores impondo-lhes ações rigorosas como a prisão imediata, trazendo mudanças como a criação de Juizados de Violência Doméstica Contra a Mulher e alterações no Código Penal.

De acordo com a Pesquisa de Opinião Pública Nacional sobre a violência doméstica contra a mulher, a violência física constituiu o maior número de agressões sofridas pelas mulheres violentadas fisicamente.

A violência é entendida como: uso proposital de força física ou de poder, seja real ou em forma de ameaça, contra outra pessoa, grupo, comunidade ou contra si próprio que possa resultar em morte ou em alta probabilidade de morte, lesão, dano psicológico, problemas de desenvolvimento ou privação.

E justamente a violência do tipo interpessoal, ou seja, infligida por agressores familiares, parceiros íntimos ou por indivíduos sem laços de parentesco, conhecidos ou não, constitui uma importante forma de violência doméstica que atinge as mulheres.

Assim, as abordagens epidemiológica e estatística do tema, podem favorecer a articulação de ações de proteção dos direitos da mulher e de controle da violência física, auxiliando também a fomentar a integralização do atendimento à mulher agredida, vítima deste problema de caráter multifatorial que ocorre no Brasil e no mundo.

A Organização Mundial de Saúde (OMS) reconhece a violência doméstica contra a mulher como uma questão de saúde pública, que afeta negativamente a integridade física e emocional da vítima, seu senso de segurança, configurada por círculo vicioso de “idas e vindas” aos serviços de saúde e o consequente aumento com os gastos neste âmbito (GROSSI, 1996).

Cada tipo de violência gera prejuízos nas esferas do desenvolvimento físico, cognitivo, social, moral, emocional ou afetivo.

As manifestações físicas da violência podem ser agudas, como as inflamações, contusões, hematomas, ou crônicas, deixando sequelas para toda a vida, como as limitações no movimento motor, traumatismos, a instalação de deficiências físicas, entre outras.

Os sintomas psicológicos frequentemente encontrados em vítimas de violência doméstica são: insônia, pesadelos, falta de concentração, irritabilidade, falta de apetite, e até o aparecimento de sérios problemas mentais como a depressão, ansiedade, síndrome do pânico, estresse pós-traumático, além de comportamentos autodestrutivos, como o uso de álcool e drogas, ou mesmo tentativas de suicídio (KASHANI; ALLAN, 1998).

Para tentar suportar essa realidade, a mulher precisa abdicar não somente de seus sentimentos, mas também de sua vontade. Com isso, ela passa a desenvolver uma auto percepção de incapacidade, inutilidade e baixa autoestima pela perda da valorização de si mesma e do amor próprio (MILLER, 1999).

Viver em um estado de constante medo é uma experiência relatada por mulheres violentadas fisicamente e psicologicamente, que, constantemente, imaginam o momento em que seu parceiro poderá voltar a agredi-la, deixando, até mesmo, de desfrutar de seus instantes de lazer, como sair com amigos e receber familiares, pois tudo isto pode soar como provocação e conseqüente retorno às agressões.

O que é coerente com o pensamento de Miller (1999), ao afirmar que algumas mulheres sentem dificuldades em identificar os motivos que as fazem permanecer em uma relação violenta. É comum que as vítimas levem algum tempo para tomar consciência desta situação e consigam perceber que os comportamentos violentos do companheiro não são casos isolados de mal humor.

A depressão marca a vida das vítimas de violência, atingindo cerca de 83% (oitenta e três por cento) das mulheres em relacionamentos abusivos, chegando a ter um risco de suicídio cinco vezes maior do que as mulheres que não vivem tal realidade (HUSS, 2011, p. 251).

Segundo Dias (2006) vários são os motivos pelos quais a primeira agressão sofrida, geralmente, não é denunciada: a mulher pode vivenciar um conflito, por não desejar separar-se do companheiro ou, mesmo que ele seja preso, apenas pretende que cessem as agressões, procurando socorro, somente quando já está cansada de apanhar e se sente impotente.

Frequentemente, as mulheres procuram justificar as atitudes do vitimador, através de argumentos como o ciúme e a proteção, que acreditam ser demonstrações de amor.

Atribuem ainda a fatores externos, como o estresse, decorrentes principalmente do trabalho, das dificuldades financeiras e do cansaço. Também o álcool é um motivo alegado pela grande maioria das vítimas, para explicar o comportamento agressivo de seus parceiros.

Gregori (1993) argumenta que o álcool estimula este tipo de comportamento dos homens, mas age apenas como um catalisador de uma vontade pré-existente, havendo, portanto, uma intenção em ferir a integridade física da mulher.

Quando há o desejo de se separar do marido, esta ideia vem sempre acompanhada por sentimentos de culpa e vergonha pela situação em que vive, por medo, impotência, debilidade, além dos mitos sociais que afirmam o prazer da mulher em apanhar.

Todas as mulheres, que enfrentavam uma situação de instabilidade ocasionada por ameaças de perder a casa, a guarda dos filhos e a realidade de sobreviver sozinha. No entanto, quando isto não é possível, devido à situação de isolamento provocada por seu parceiro, a única possibilidade encontrada é recorrer às casas-abrigo, que funcionam para acolher mulheres em situação de violência, mas que representam, para muitas, enfrentar um futuro desconhecido (MILLER, 1999).

Consoante Miller (1999), as ameaças de morte têm sido outro artifício bastante utilizado pelos homens, como meio de aprisionar suas companheiras. Eles utilizam-se do medo para impedir a desvinculação da mulher a ele, e, sobretudo, o estabelecimento de um novo relacionamento afetivo.

O padrão do comportamento violento cria um estilo de vida, em que a mulher, em meio a tantas agressões diárias, não consegue mais distinguir um momento específico em que sofreu violência.

Visando diminuir o alto índice de mulheres que não denunciam os maus tratos sofridos dentro do lar surgiu, em 1985, no Estado de São Paulo, uma proposta pioneira de criação das Delegacias de Atendimento à Mulher (DEAM). Estas desempenharam um importante papel no atendimento especializado às vítimas de violência doméstica, uma vez que este passou a ser feito, na maioria das vezes, por mulheres (DIAS, 2006).

Ademais, quando ocorre a agressão física, os agressores procuram atingir regiões que não deixam marcas visíveis. Em função da ausência de uma legislação específica para os casos de violência doméstica, esta é incluída na Lei nº 9.099/95, que se refere aos crimes de “menor potencial ofensivo”, aqueles cuja pena é inferior a dois anos. Apenas quando a agressão resulta em uma lesão muito grave ou em morte da vítima, passa a adquirir o status de crime (SOARES, 2006).

6. DANOS DECORRENTES DA VIOLÊNCIA PSICOLÓGICA SOFRIDOS PELA MULHER

A violência psicológica é aquela destinada a controlar ações, comportamentos, decisões e crenças de uma pessoa, intimidando-a pela ameaça, humilhação, manipulação, isolamentos e qualquer comportamento que cause dano a área psicológica da mulher causando assim prejuízo a sua saúde.

A mulher violentada psicologicamente tem sua autoestima baixa, atingida por agressões, insultos, ameaças e humilhações. Essa violência é caracterizada de varias formas, como também quando a pessoa é impedida de estudar, viajar, falar com familiares e amigos, sair de casa, ou seja, é tudo aquilo que impede a própria vontade.

A vítima sofre consequências danosas em sua saúde de forma imediata ou tardia, pois, em comparação com mulheres não expostas a um ambiente familiar violento, apresentam maior deterioração quanto à saúde física e psicológica.

As violências psicológicas cometida no âmbito das relações afetivas causam intenso sofrimento, levando a alterações de comportamento que possivelmente mobilizarão todas as esferas da vida.

Trata-se de violência psicológica tudo aquilo que impede a mulher seu desenvolvimento no âmbito familiar, social, emocional e profissional, vítima desses atos, que passam a ser também uma questão que relaciona a sua saúde, tendo em vista todos os prejuízos emocionais a elas causados.

Todavia as mulheres violentadas psicologicamente procuram apoio medico com sintomas de historia de violência, que atinge na maioria das vezes seu emocional, fazendo com que elas façam aumento do uso do álcool e drogas, transtornos de estresse pós-traumático, causando muitas vezes a elas uma depressão.

A depressão marca a vida das vítimas de violência, atingindo cerca de 83% (oitenta e três por cento) das mulheres em relacionamentos abusivos, chegando a ter um risco de suicídio cinco vezes maior do que as mulheres que não vivem tal realidade (HUSS, 2011, p. 251).

A violência psicológica pode ser tão secreta que dificulta sua correta identificação. Muitas vezes, não deixa marcas visíveis, como a violência física contra a mulher, mais lhe causa prejuízo emocional. Envolvendo a elas rejeição, depreciação, desrespeito, discriminação, humilhação, punições ou castigos exagerados, isolamento relacional, intimidação, domínio econômico, agressão verbal, subjugação (contenção, proibições, imposições, punições restritivas) e ameaças.

Sentimentos de humilhação, ira, vergonha e impotência; preocupação constante pelo trauma; auto-culpabilização, com tendência a reviver e perceber o acontecimento como responsável principal pelo mesmo; perda progressiva de autoconfiança pelos sentimentos de impotência por ela experimentados; alteração do sistema de valores, em particular, quebra de sua confiança nos demais e na existência de uma ordem justa; falta de interesse e motivação para atividades e afeições prévias; incremento de sua vulnerabilidade com temor a viver em um mundo perigoso e perda de controle de sua própria vida; diminuição da autoestima; ansiedade, depressão, agressividade; alterações do ritmo e conteúdo do sono, disfunções sexuais; dependência e isolamento; mudanças drásticas no estilo de vida, medo de frequentar os lugares de costume etc.

A vivência da violência psicológica, percebida e praticada inicialmente de forma sutil e velada, passa a ser uma questão de saúde pública, visto que vários prejuízos emocionais são instalados na vida da mulher, impedindo seu desenvolvimento no âmbito familiar, profissional, emocional e social. Comumente procuram a atenção médica com sintomas que podem sugerir uma história de violência doméstica, incluindo depressão, aumento do uso de álcool e drogas, transtorno de estresse pós-traumático e mudança no sistema endócrino.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho de conclusão visa explorar o conhecimento do que é a violência contra a mulher, portanto a realização deste trabalho propicia conhecer de forma mais aprofundada porque as mulheres cotidianamente se encontram em situação de violências físicas e psicológicas e os danos por elas sofridos.

A lei 11.340/06, é uma lei que visa proteger a mulher vítima de violência, tanto física, como psicológica, sendo efetiva no combate a todos os tipos de violência causada as mulheres.

A lei Maria da Penha mesmo tendo eficácia em sua concretização, há uma necessidade de melhor conscientização da população a respeito dos conceitos da lei, aumentando as redes de apoio a vítima.

A rede de apoio a mulher violentada tem um papel de caráter político e educativo na prevenção a violência doméstica.

É de grande importância a realização de políticas de proteção de segurança da violência contra a mulher, visando ajuda-las a superar os traumas da violência, tal violência que ocorre em vários espaços da sociedade, sendo ela de forma visível e invisível, tendo o presente estudo fazendo nos concluir que a violência contra a mulher mais acometida é a psicológica e a física causando a elas os demais atos violentos.

Se o problema da violência contra a mulher é tão serio e com raízes antigas, o que tem sido feito para o combate dessa chaga social?

A sociedade em geral, não esta preparada para enfrentar a violência domestica, é fato. Ocorre que mesmo presenciando, ou sendo a própria vitima, não querem testemunha, nem se meter e muitas vezes por não querer problema algum, causando a elas próprias uma insensibilidade sem tamanho.

Diante dos fatos acontecidos e os que acontecem em todo o âmbito, seja ele familiar, profissional, quantas vezes teríamos evitado, se nos posicionássemos diante de cada situação tomando atitudes corretas para se resguardar das violências presenciadas, ou mesmo sofridas.

Quantas vidas seriam resguardadas se ao presenciar as violências causadas, chamando a policia, quantas mulheres teriam sido poupadas de marcas de violência não só no corpo como também na alma, ou se alguém tivesse se comovido com seus gritos de dor, quantas historias teriam sido contadas de forma diferente, se nós nos comovêssemos mais com a dor do outro, se o senso de justiça prevalecesse sobre qualquer medo ou acomodação, ou ainda que as pessoas tomassem consciência que isso é gerado pela própria sociedade, que temos que atuar na prevenção e solução dos casos de violência contra a mulher e que não nos calemos diante dessas desumanidades.

A Lei Maria da Penha é uma legislação importante para a proteção das mulheres e punição dos agressores pelos atos cometidos as elas, que mesmo diante dos avanços dessa lei merece ser discutida para que ajam soluções contra tais atrocidades ainda cometidas.

Infelizmente trata-se de um problema cultural gravíssimo decorrente da cultura ainda totalmente arraigada do machismo, do sexismo e da discriminação contra a mulher presentes em nossa sociedade.

E somente as transformações nas relações sociais, políticas, econômicas, de poder e principalmente culturais vão criar aos poucos mais e mais condições para a busca da igualdade de gêneros e para a diminuição dos índices de violência contra a mulher.

As raízes da violência são mais profundas e estão no machismo, que esta arraigada na nossa cultura. Para o machismo, a violência constitui um valor positivo, um componente central na construção da identidade masculina, cujos atributos são a dureza, a força, a agressividade.

A violência contra as mulheres não pode continuar a ser aceita e tolerada como algo inerente ao ser humano, como característica das relações naturais entre pessoas do sexo feminino e masculino que vive em uma eterna guerra. Não são as diferenças biológicas entre homens e mulheres que determinam o emprego da violência. São os papéis sociais impostos a mulheres e homens, reforçados por culturas patriarcais que estabelecem relações de dominação e violência entre os sexos.

Em virtude desse componente cultural, que não pode ser ignorado, é que se faz igualmente fundamental a ação educativa, a fim de construir uma sociedade livre dos estereótipos que conduzem a uma relação de desigualdade. Nesse sentido, faz-se necessário que desde a educação básica haja a preocupação com a igualdade entre os gêneros. E, paralelamente, é preciso que todos os atores envolvidos direta ou indiretamente com as violações aos direitos das mulheres tenham capacitação específica para lidar com essa questão. Compreendendo o fenômeno dessa forma, abre-se a perspectiva de que possa ser efetivado um processo educacional que interfira na construção e no desenvolvimento de papéis sociais novos nos quais a dignidade e o respeito mútuo sejam as diretrizes principais.

A violência contra a mulher pode ser considerada uma doença social, provocada por uma sociedade que privilegia as relações patriarcais, marcadas pela dominação do sexo masculino sobre o feminino.

Cabe ao Estado e à sociedade exigir que os agressores assumam a responsabilidade de suas ações e não permitam a transferência da culpa para outras pessoas, inclusive a agredida, nem a continuidade do emprego da violência. O estado deve ser obrigado a adotar uma ação direta com os agressores, vítimas e demais envolvidos, e garantir a capacitação permanente dos profissionais que lidam com a atenção às vítimas e aos agressores. Caso contrário, os desgastes emocionais e profissionais dessas pessoas comprometem o atendimento e todo trabalho de reparação dos danos morais e materiais e de prevenção, banalizando as iniciativas políticas e a própria violência de gênero.

É necessária e urgente a mobilização dos diferentes setores da sociedade e de todo o aparato do Estado para deter, prevenir e erradicar a violência de gênero por meio de ações e medidas articuladas e coordenadas, de maneira que somem e multipliquem os esforços de todas as iniciativas.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, Vanessa Gurgel et al. **Qualidade de vida e depressão em mulheres vítimas de seus parceiros.** Revista de Saúde Pública, v. 39, n. 1, fev. 2005 (online). Disponível em: <www.scielo.br> Acesso em: 15 abril 2019.

BANDEIRA, Lourdes Maria. **Violência de gênero: a construção de um campo teórico de investigação.** 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69922014000200008>. Acesso em: 01 de Outubro de 2018.

BRASIL. Lei 11340/06 de 7 de agosto de 2006. **Dispõe sobre violência doméstica.** Disponível em Lei 11340/06 | Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Acesso em 20 de maio de 2019.

BRASIL. Lei Nº 11.340, De 7 de Agosto de 2006. **Lei Maria da Penha.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm> . Data de acesso: 20 de julho de 2013.

CAVALCANTI, Stela Valéria Soares de Farias. **Violência Doméstica contra a mulher no Brasil.** Ed. Podivm . 2ª ed. Salvador, Bahia, 2008.

DIAS, Maria Berenice. **A impunidade dos delitos domésticos.** Palestra proferida no IX Congresso Nacional da Associação Brasileira das Mulheres de Carreira Jurídica. Alagoas. Disponível em: <www.mariaberenice.com.br> Acesso em: 10 maio. 2019.

FILHO, Euro Bento Maciel. **Lei Maria da Penha: ainda estamos longe da solução.** Disponível em: <<http://www.bahianoticias.com.br/justica/artigo/357-lei-maria-da-penha-ainda-estamos-longo-da-solucao.html>>. Data de acesso: 24 de julho de 2014.

FONSECA, Denise Holanda da; RIBEIRO, Cristiane Galvão; LEAL, Noêmia Soares Barbosa. **Violência doméstica contra a mulher: realidades e representações sociais.** 2012. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/psoc/v24n2/07.pdf>>. Acesso em 23 de Setembro de 2018.

GOMES FILHO, A.S.;SANTOS, C.E.;SILVA, L. M. **Sexo, Gênero, Sexualidade: Via(da) gens em Conceitos. Id: on Line Revista Multidisciplinar e de Psicologia,** Janeiro de 2017, vol. 10, n.33, supl.2 p.20-36. ISSN:1981-1179.

GOMES, Orlando. **Direito de família.** Rio de Janeiro: Forense, 1981.

GREGORI, Maria Filomena. **Cenas e queixas - um estudo sobre mulheres, relações violentas e a prática feminista.** Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.

GROSSI, Patrícia Krieger. **Violência contra a mulher: implicações para os profissionais de saúde.** In: LOPES, Meyer de Waldow. Gênero e Saúde. Porto Alegre: Artes Médicas, 1996.p. 133-149.

KASHANI, Javad H.; ALLAN, Wesley D. **The impact of family violence on children and adolescents.** Thousand Oaks, Ca: Sage,1998.

MILLER, Mary Susan. **Feridas invisíveis: abuso não-físico contra mulheres.** Tradução Denise Maria Bolanho. São Paulo: Summus, 1999.

NUCCI, G. de S. **Leis penais e processuais penais comentadas.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PEDRO; Claudia Bragança; GUEDES, Olegna de Souza. **As conquistas do movimento feminista como expressão do protagonismo social das mulheres.** 2010.Disponível em:<<http://www.uel.br/eventos/gpp/pages/arquivos/1.ClaudiaBraganca.pdf>>. Acesso em: 27 de Setembro de 2018.

PERES, Andréia. **A violência dentro de casa.** Cláudia, p. 16, jul.1996.

PIOVESAN, Flávia. (2010). **Temas de direitos humanos.**4ª ed. São Paulo: Saraiva

PMPF. Tipos de violência cometida contra a mulher. 2015. Disponível em: <<http://www.pmpf.rs.gov.br/servicos/geral/files/portal/tipos-violencia.pdf>>. Acesso em: 18 mai. 2015.

A PSICOPATIA NO ÂMBITO DO DIREITO PENAL BRASILEIRO

Rafaela da Silva Araújo
Adelice da Silva Luz

RESUMO: Este artigo tem como propósito estudar a figura do psicopata na sociedade, mostrar as suas características, a importância do exame criminológico e como os psicopatas são vistos pelo poder Judiciário brasileiro. O primeiro ponto, é entender o comportamento de um psicopata, mostrando cada características, que podem ser observadas desde a infância, e as causas que levam uma pessoa a se tornar um psicopata, em que vão ser mostradas através de pesquisas, e também, apresentar o método que é feito para diagnosticar um indivíduo no quadro de psicopatia. Depois de esclarecer esses pontos, uma especial atenção a culpabilidade e medida de segurança. Sera relatados alguns casos de psicopatia no Brasil. Apreciar alguns dispositivos do Código Penal, jurisprudências que se apresentem relevantes para o estudo, entendimentos doutrinários posicionamentos de especialistas na área da psiquiatria e psicologia. Entretanto, o objetivo principal, é alerta a sociedade visando um meio de auto proteção, principalmente dentro da sua própria casa, e saber as medidas que podem ser tomadas.

Palavras-chave: Psicopatia, medida de segurança, imputabilidade, problema social.

ABSTRACT: This article aims to study the figure of the psychopath in society, show its characteristics, the importance of the criminological examination and how psychopaths are viewed by the Brazilian judiciary. The first point is to understand the behavior of a psychopath, showing each characteristics that can be observed from childhood, and the causes that lead a person to become a psychopath, which will be shown through research, and also present The method that is done to diagnose an individual within the framework of psychopathy. After clarifying these points, pay special attention to guilt and security measure. Some cases of psychopathy will be reported in Brazil. Appreciate some provisions of the Penal Code, relevant jurisprudence for the study, doctrinal understandings, positions of experts in the field of psychiatry and psychology. However, the main objective is to alert society to a means of self-protection, especially within their own home, and to know the measures that can be taken.

Key Words: Psychopathy, security measure, imputability, social problem.

1. INTRODUÇÃO

Atualmente tem se tornado cada vez mais visível a transformação do comportamento humano na sociedade, como também a presença de crimes bárbaros e cruéis, deixando a dúvida, a insegurança, e uma pergunta: porque tanta crueldade?

No que se refere ao contexto psicológico, é visível o transtorno de personalidade, mudanças de comportamentos e um conflito com si mesmo.

A psicopatia vai muito mais além do que podemos ver em filmes, novelas e nas redes sociais. Tantos crimes inexplicáveis para a sociedade, necessita-se uma solução e uma explicação para esses casos. Pois, há muitos anos esses indivíduos cometem crimes bárbaros, deixando, varias famílias sem explicação e marcas atormentantes na história da população brasileira.

A nossa legislação de acordo com o seu artigo 26, caput, do Código Penal, diz:

É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com este entendimento. (Código Penal, Lei 7.206, de 11.7.1984)

Entretanto, acaba-se gerando várias dúvidas, e uma delas é: O psicopata deve ser considerado um doente mental?

O Dr. Robert D. Hare psicólogo Canadense, especialista em psicologia criminal e psicopatia, em sua obra “Without Conscience” (Sem Consciência) faz uma análise interessante quando fala que:

O psicopata é como um indivíduo daltônico que vê as cores como acinzentadas, mas com isso aprende a gerenciar um mundo de cores, como por exemplo, ao parar no trânsito ao sinal vermelho do semáforo, esse indivíduo não contempla a cor vermelha, mas para ao ver a luz superior do semáforo, porque aprendeu maneiras de compensar o seu problema, como pessoas daltônicas os psicopatas carecem de um elemento experimental importante, nesse caso a experiência emocional, mas podem aprender as palavras que os outros usam para descrever as experiências que eles não podem. (HARE, 1993, p. 337).

Entretanto, como saber a melhor forma de punir os psicopatas? Uma vez que para eles a sanção não é uma forma de punição, e discutir os reflexos da lei penal sobre os crimes cometidos por indivíduos que são desprovidos de consciência moral, ética e humana. Como também, visar a causa da psicopatia (se é hereditária), mostrar as principais características dos psicopatas e demonstrar a necessidade de o Estado criar uma estrutura diferenciada e favorável para que esses indivíduos não venham mais a oferecer riscos a população.

A medida de segurança ainda é a melhor punição para o psicopata. Desta forma, precisa ser entendido a incapacidade que esses indivíduos têm de se

relacionar com as pessoas, de conviver sem cometer algum crime. Pois, o psicopata não tem a sensibilidade, e sim, a falta de emoção de saber se colocar no lugar do próximo em situações de perigo.

Desta forma, é necessário a analisar e discutir, sobre a punibilidade dos psicopatas para que a legislação seja especifica ao tratar casos concretos, tornando possível a diminuição desses crimes, preservando novos acontecimentos.

2. PRINCÍPAIS CARACTERÍSTICAS DE UM PSICOPATA

A psicopatia, é um distúrbio mental, difícil de ser diagnosticado, porem, tem algumas características que são especificas de um psicopata, como, por exemplo: frieza, incapacidade de sentir empatia, não sentem compaixão ou remorso, agem em causa própria. Por outro lado, são sedutores e envolventes, sempre com comportamentos admiráveis, para poder conquista o que desejam.

Em agosto de 2015, Ricardo Souza, neurologista e especialista em psicopatia, em entrevista a revista O Globo, diz de uma forma clara e objetiva:

Todo mundo adora reconhecer as pessoas boas, ninguém tem dificuldade de aceitar que exista gente essencialmente bondosa. Porém, há um tabu com o reconhecimento do mal. A imensa maioria das pessoas está no meio termo, não nem é uma coisa nem outra. Mas há aquelas que nascem e permanecem más.

Desta forma, com base no discurso da psiquiatra Ana Beatriz, 2015, existem três tipos de graus na psicopatia, o leve, moderado e o grave. Cada um com características diferenciadas, que podem ser observadas no dia a dia, através de pontos específicos:

O grau leve identifica os psicopatas mais comuns, por outro lado, os mais difíceis de serem diagnosticados. São frios, racionais, manipuladores, não se importam com o sentimento alheio, dissimulados e mentirosos. Já o grau moderado, os psicopatas têm ndutas que os colocam conta a sociedade. São agressivos, impulsivos, sádicos e frios. Na maioria das vezes estão associados a grandes golpes, drogas, álcool, vandalismo e jogo. Por último o grau grave, frequentemente são assassinos sádicos, que obtém prazer em ver o sofrimento do outro. Podem se passar por pessoas comuns, mas têm personalidade sombria. Não possuem remorso e nem sentimentos de carinho para outra pessoa. Não conseguem conter por muito tempo seus impulsos sádicos.

Sendo assim, é necessária uma série de pontos para analisar e diagnosticar as características de um psicopata, e o grau da sua psicopatia. Um dos

procedimentos realizados por um psiquiatra é baseado na escala de Robert Hare, em que se tem uma pontuação de 0 a 2 para cada características, e de acordo com os pontos analisados, o médico ira somar a pontuação, para poder diagnosticar a psicopatia, e um dos três graus que pode ser alcançado, leve, moderado ou grave.

Podemos citar como exemplo, Francisco de Assis Pereira, conhecido como o “Maníaco do Parque”, e Mateus da Costa Meira. Na “escala da mente criminosa”, os dois têm pontuações altíssimas, e foram examinados pelo teste de Robert Hare, e ambos diagnosticados como psicopatas.



Figura 1. A escala da mente criminosa:

Fonte: Hilda Morana, revista Época, 2009.

Segundo Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais (APA, 2002) para ser diagnosticado com o transtorno de personalidade anti social deve ter pelo menos três destas características:

- (1) fracasso em conformar-se às normas sociais com relação a comportamentos legais, indicado pela execução repetida de atos que constituem motivo de detenção. propensão para enganar, indicada por mentir repetidamente, usar nomes falsos ou ludibriar os outros para obter vantagens pessoais ou prazer.
- (2) impulsividade ou fracasso em fazer planos para o futuro.
- (3) irritabilidade e agressividade, indicadas por repetidas lutas corporais ou agressões físicas.
- (4) desrespeito irresponsável pela segurança própria ou alheia.
- (5) irresponsabilidade consistente, indicada por um repetido fracasso em manter um comportamento laboral consistente ou honrar obrigações financeiras.
- (6) ausência de remorso, indicada por indiferença ou racionalização por ter ferido, maltratado ou roubado outra pessoa.

Ninguém pode ser considerado um psicopata antes dos 18 anos, mesmo conseguindo identificar desde 15 anos, de acordo com suas características. Desde a infância já apresenta comportamentos de transtorno, porém pode ser reversível de acordo com o ambiente onde a criança vive, com quem ela convive. A psicopatia não tem cura, mas pode ser observado na infância, e tentar moderar os efeitos, quando criança.

Segundo Ilana Casoy:

A parte mais complicada do tratamento é que em doentes mentais, na maioria dos casos, a pessoa reconhece que está doente e que precisa de tratamento, mas os portadores de transtorno de personalidade se consideram normais, e como pessoa normal não tem a necessidade de um tratamento, logo não havendo esse reconhecimento dificulta o procedimento para que atenuem os efeitos do transtorno. (CASOY, 2014)

É necessário uma aceitação da parte da pessoa que tem esse certo transtorno, coisa que na maioria das vezes não acontece.

Entende-se que o psicopata não tem sentimentos de pena, pensam mais do que sentem. Uma das características bem relevante dos psicopatas é o QI alto, são considerados bem inteligentes, pois, conseguem enganar com facilidade as pessoas ao seu redor.

3. RAZÕES E MOTIVAÇÕES QUE LEVAM UM INDIVÍDUO A TER ESSES TIPOS DE COMPORTAMENTO

Afirma o médico Jesús Pujol, que é diretor de pesquisas da Unidade de Ressonância Magnética do Hospital del Mar.

Os psicopatas são pessoas com problemas de relação interpessoal e de gestão das emoções. Aparentemente são frios, embora não seja verdade que não tenham emoções – as têm, e muito intensas. O que não têm são remorsos, que é o que gera uma tendência à delinquência, mas não em todos os casos, claro. (PUJOL, 2018)

Desta forma, é fundamental observar desde infância, pois, os seus atos quando criança, reflete na vida adulta. Comportamentos como: falta de empatia, sentimentos de culpa e emoções superficiais, e frieza, são alguns pontos que devem ser observados quando criança. Em entrevista ao jornal EL PAÍS, Pujol, 2018, falou sobre estresse emocional na infância que dificulta o desenvolvimento de sentimento, ele liderou uma revisão científica de outros estudos publicados e constatou que:

O cérebro dos psicopatas é diferente. A pesquisa indica que o estresse emocional na infância precipita a maturação excessiva de algumas regiões cerebrais como um sistema de proteção contra o sofrimento, mas termina dificultando também a gestão das emoções.

Ao amadurecer precocemente, a criança amplia a capacidade de tolerância ao sofrimento e consegue esquivar-se dessa situação emocional que lhe fere. Entretanto, esse sistema de defesa provoca danos colaterais: “Eles não têm freio emocional”, sintetiza Pujol, 2018. O médico observa que não se trata de um trauma, e sim de algo persistente ao longo do tempo, a ponto de modular a anatomia do cérebro.

Vale salientar, que, nem toda criança infeliz vira assassina. O processo para formar um psicopata começa quando o indivíduo cria uma série de saídas ou justificativas para os seus atos, gerando desculpas para comportamentos mais violentos. (CABRAL, 2016)

Os traços das psicopatias mais comuns na infância, São: mentira, nunca parece se sentir culpada após ter feito algo errado, o fato de castigá-la não muda

seus comportamentos, evita os mais velhos, e é muito egoísta. Em entrevista ao jornal EI PAÍS, Celson Arango, 2019, traça alguns perfis na infância e diz que:

É principalmente incapaz de sofrer com a dor do outro, na realidade gosta dela. E essa é a diferença principal entre uma criança potencial psicopata e outra que não é. A capacidade de satisfação, já que só desfrutam quando fazem coisas ruins. Apesar de certas condutas poderem ser moduladas e existirem terapias eficazes na maioria dos casos das psicopatias menores, no caso de uma psicopatia pura é muito difícil. “As relações e as habilidades sociais podem se trabalhadas, mas o temperamento, se é mesquinho e ruim por natureza, é muito complicado de ser moldado, de modo que um adulto, se comportou-se assim na infância, o mais provável é que receba um diagnóstico de psicopatia”.

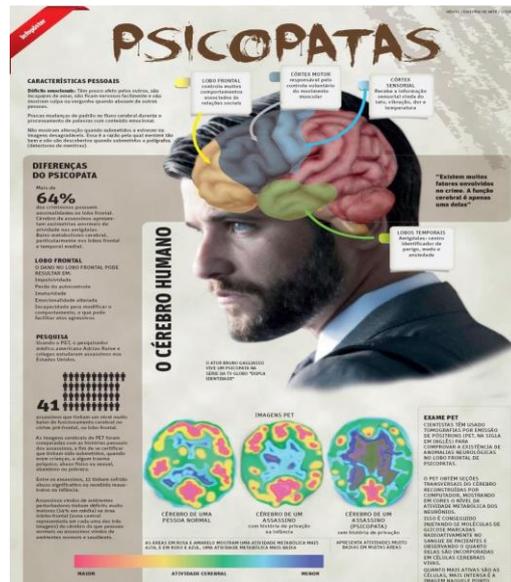
Dessa maneira, existe também os psicopatas que não se manifestam com ato de violência. Eles fisicamente – elas “só” exploram os outros em benefício próprio. (CABRAL, 2016)

Pujol e sua equipe revisaram mais de 400 artigos científicos nos quais foi analisado o cérebro das pessoas com psicopatia através de ressonâncias magnéticas. A meta-análise, publicado na revista científica *Psychological Medicine*, concluiu-se que:

O cérebro dos psicopatas é diferente do ponto de vista anatômico e funcional. Há diferenças nas áreas que processam a cognição e o raciocínio e nas que processam a atividade emocional. A conexão entre estas duas áreas falha, explica. Em um contexto de estresse emocional, a criança desencadeia uma maturação excessiva que implica, por um lado, um bloqueio para fugir do sofrimento e, por outro, transforma a pessoa em alguém não escrupuloso e carente de remorsos, diz o médico. (PUJOL, 2018)

Como funciona o cérebro de um psicopata? O infoposter abaixo ajudar a entender um pouco melhor esse universo sombrio e preocupante. A pesquisa foi feita nos Estados Unidos, foram entrevistado 41 assassinos, entre eles, 12 sofreram abuso ou maus tratos na infância, como também, assassinos vindos de ambientes perturbadores.

Figura 2. O cérebro humano



Fonte: Imagens Adrian Raiane, 2014.

O gráfico explica com clareza, como funciona o cérebro, em três formas: O de pessoas normais, de psicopatas e o cérebro de um assassino. Conclui-se, que o cérebro de um psicopata tem algumas alterações, que além do fator genético, tem o fator do ambiente familiar e traumas na infância, todos esses pontos levam uma pessoa a se tornar psicopata.

4. CULPABILIDADE

As palavras culpa e culpado têm sentido lexical comum de indicar que uma pessoa é responsável por uma falta, uma transgressão, ou seja, por ter praticado um ato condenável. (MIRABETE e FABBRINI, 2009, p. 181).

Sendo assim, é o resultado de uma má ação, que ocasionou um dano, um prejuízo ou uma lesão. Algo que vai refletir em terceiros, sem que possa ser impedido.

Segundo a doutrina de Fernando Capez, culpabilidade é composta por: imputabilidade, exigibilidade de conduta diversa e potencial consciência da ilicitude.

Assim disserta Capez: "Teoria adotada pelo Código Penal brasileiro: teoria limitada da culpabilidade. As discriminantes putativas fáticas são tratadas como erro de tipo (art. 20, § 1º), enquanto as discriminantes putativas fáticas são tratadas como erro de proibição, ou erro de proibição indireto, são consideradas erro de

proibição (art. 21). Elementos da culpabilidade segundo a teoria do Código Penal: são três: a) imputabilidade; b) potencial consciência da ilicitude; c) exigibilidade de conduta diversa.” (CAPEZ, 2007, p. 307)

A culpabilidade é o terceiro substrato do crime, de acordo com a doutrina de Rogério Greco “é o juízo de reprovação pessoal que se realiza sobre a conduta típica e ilícita praticada pelo agente.” (2011, p. 371), é a conduta que foi contra a ordem jurídica, poderia ter sido realizada de forma adequada.

De acordo com o Artigo 59, do código penal brasileiro, a culpabilidade é: Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Desta forma, a culpabilidade não possui uma única característica, é constante a transformação. Além desse fator, no Brasil é adotada a teoria tripartida. Que segundo TAVARES, a teoria é:

A teoria do Crime possibilita a conceituação do crime sob os aspectos material e formal ou analítico. Sendo sob o aspecto analítico – estabelecidos os elementos do crime sob um prisma da ciência do direito, jurídico, onde o julgador estabelece o raciocínio em etapas - que se encaixa a teoria tripartida ou tripartite, ainda majoritária no Brasil e Exterior. Porquanto, “o isolamento da culpabilidade do conceito de delito representa uma visão puramente pragmática do Direito Penal, subordinando-o de modo exclusivo à medida penal e não aos pressupostos de sua legitimidade” (TAVARES, Juarez, Teoria do Delito, p.109)

4.1 PONTENCIAL CONSCIÊNCIA DA ILICITUDE

É o elemento fundamental para saber o indivíduo tinha ou tem ciência do que estava fazendo, se conhecia o ordenamento, e se o acontecimento afetava a sociedade.

De acordo com o Artigo 21 do código Penal:

“Art. 21 – O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço. Parágrafo único. Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência.”

Desta forma, o ordenamento preve que em certas situações o indivíduo não tem como saber se a ação praticada caracteriza um injusto criminal.

Rogério Greco citando Jescheck , diz em sua obra que:

“Erro de proibição direto – Diz-se direto quando o erro do agente vem a recair sobre o conteúdo proibitivo de uma norma penal. Nas lições de Assis Toledo, no erro de proibição direto o agente, „por erro inevitável, realiza uma conduta proibida, ou por desconhecer a norma proibitiva, ou por conhecê-la mal, ou por não compreender o seu verdadeiro âmbito de incidência.“Erro de proibição indireto – Na precisa definição de Jescheck, também constitui erro de proibição a suposição errônea de uma causa de justificação, se o autor erra sobre a existência ou os limites da proposição permissiva (erro de permissão)”. [...] Erro mandamental – É aquele que incide sobre o mandamento contido nos crimes omissivos, sejam eles próprios ou impróprios. Conforme preleciona Cezar Bitencourt, é o „erro que recai sobre uma norma mandamental, sobre uma norma impositiva, sobre uma norma que manda fazer, que está implícita, evidentemente, nos tipos omissivos.” (GRECO, 2011, p. 399/400)

4.2 PENA ADEQUADA E MEDIDA DE SEGURANÇA

Szklarz, na matéria feita para a revista Super Interessante, cita 8 pontos interessantes sobre o julgamento de um psicopata, e um deles mostra dois caminhos a ser seguidos na justiça brasileira:

Em geral, o psicopata pode seguir dois caminhos na Justiça brasileira. O juiz pode declará-lo imputável (tem plena consciência de seus atos e é punível como criminoso comum) ou semi-imputável (não consegue controlar seus atos, embora tenha consciência deles). Nesse segundo caso, o juiz pode reduzir de um a dois terços sua pena ou enviá-lo para um hospital de custódia, se considerar que tem tratamento. (Szklarz, 2011)

No Brasil atualmente, existe dois tipos de sanções, a medida de segurança e as penas. Desta forma, o psicopata não é considerado como um indivíduo que não tem recuperação, recebe uma pena como um criminoso comum.

A pena é aplicada com o intuito de punir e de socializar o agente, fazendo com que ele volte a conviver normalmente na sociedade. A medida de segurança tem a função de prevenir, impedindo que o sujeito vá praticar crimes. Sendo assim, a pena é retributiva, preventiva e as medidas de segurança são preventivas.

Muitos promotores brasileiros evitam a semi-imputabilidade, pois pode reduzir a pena. Além disso, quem vai para hospital de custódia em geral são criminosos

diagnosticados com doença mental tratável, o que não é o caso da psicopatia. (Szklarz, 2011).

De acordo com a doutrina e jurisprudência, o psicopata é considerado semi-imputável, aplicando-se a parágrafo único do artigo 26 do Código Penal:

Parágrafo único - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Que não é o caso do psicopata, ele tem consciência do que esta fazendo, sabe que esta, errado, porem, não tem compaixão, ou empatia com o próximo. No Brasil até o momento não foi criado um presídio especial para os portadores de psicopatia, quando o individuo é considerado um psicopata, ele pagara a sua pena em um presido comum.

O magistrado deve determinar a realização de um exame, conhecido como PCL (psychopathy checklist), que é o primeiro exame padronizado exclusivo para o uso no sistema penal do Brasil, em que avalia a personalidade e prever a reincidência criminal.

Três casos bem polêmicos no Brasil, em que uma boa parte da população já ouviu falar, que esses três indivíduos, considerados psicopatas, cometeram crimes bárbaros, deixando insegurança, e uma preocupação. Como podemos ver:

Francisco de Assis Pereira – maníaco do parque, estuprou e matou pelo menos seis mulheres e tentou assassinar outras nove em 1998;

Figura 3. Francisco das Chagas



Fonte: Flora dolores/O estado, 2014.

Tiago Henrique Gomes da Rocha – serial killer de Goiânia, ao ser preso, confessou ter assassinado 39 pessoas, a maioria mulheres, entre os anos de 2011 e 2014, na cidade de Goiânia, Goiás.

Figura 4. Tiago Henrique



Fonte: Reprodução/TV Anhanguera, 2014.

Cláudio de Souza (maníaco da Lanterna): Segundo a polícia, Souza cometeu uma série de ataques a casais de namorados entre os anos de 2001 e 2005 na região norte de Mato Grosso. Ele é acusado de ter matado ao menos nove pessoas. Souza era andarilho e sempre estava armado. Ele se escondia no mato e usava uma lanterna para iluminar a escuridão e abordar os casais.

Figura 5. Cláudio de Souza



Fonte: Arquivo/TVCA, 2014.

Eduardo Szklarz (2009) na matéria feita para a revista Super Interessante afirma:

Como não há prisão especial para psicopata no Brasil, ele fica com os criminosos comuns. Por saber que a pena poderá ser reduzida caso se comporte, bem, se passa por preso-modelo. Mas, por baixo dos panos, ameaça os outros presos, lidera rebeliões. Prejudica a reabilitação dos presos comuns, que passam a agir cruelmente para sobreviver.

Nessa mesma linha de pensando, Hilda Morana (2002, p. 2) quanto ao perfil dos psicopatas diz que:

São adequados para se tornar os chefões da cadeia e os líderes de rebeliões. Podem transformar os outros 80% dos presos em massa de manobra. Além de recriarem o inferno na cadeia, atrapalham a ressocialização dos detentos que podem ser recuperáveis.

Podemos dizer que ajuda a prejudicar a massa comum da carceragem, pois eles são frios e calculistas. É necessário uma prisão específica para os psicotas, para falicitari o convívio, e não influenciar outros presos, a ter comportamentos parecidos. Mesmo que e nasçam com tendências à psicopatia, o ambiente é um ponto importante, no desenvolvimento deste transtorno.

Entretanto, é necessário que haja uma responsabilização das práticas ilícitas cometidas pelos assassinos em série, e como função maior demonstrar aos mesmos as consequências das ilicitudes (TENDLARZ; GARCIA, 2013).

É necessário que se tenha um engajamento maior em políticas públicas a fim de melhorar o Sistema Penal Brasileiro para que haja uma maior especificidade quanto a estes indivíduos e uma forma clara de aplicação de suas sanções.

Os psicopatas tem um transtorno, necessitam de cuidados específicos voltado a psicologia e psiquiatria, devendo cumprir sua pena em estabelecimentos específicos para que se tenha o tratamento devido, mesmo que tal modalidade de sanção seja, na maioria das vezes, de caráter perpétuo, o que proporciona uma maior segurança a sociedade, já que a periculosidade destes criminosos não se exaure com o tempo de cumprimento de uma pena em regime carcerário.

5. DECISÕES SOBRE O TEMA PSICOPATIA NO BRASIL

São poucas as decisões encontradas que tratam sobre a psicopatia, fato que comprova a ausência de um posicionamento relacionados ao tema.

Desta forma, como proceder diante de indivíduos, que conseguem simular e dissimular comportamentos que não de acordo com sua personalidade? É o que ocorre com os apenados portadores de psicopatia que conseguem obter o atestado de bom comportamento carcerário e, por isso mesmo, são os mais beneficiados com progressões de regime e liberdade condicional. Pois, eles conseguem demonstrar um bom comportamento para conquistar.

O Supremo Tribunal Federal sustenta a dispensabilidade do exame criminológico e a sua realização excepcional à luz do caso concreto.

(BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Habeas-corpus nº 93108, Relator: Min. Carmen Lúcia, 2008). Em contraposição, o Superior Tribunal de Justiça, em julgamento realizado em 2013, a relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura cassou decisão do magistrado a quo no sentido de deferir progressão ao regime semiaberto, devendo ser realizado o exame criminológico por equipe multidisciplinar contendo assistente social, psicólogo e médicos psiquiatras, a fim de que o requisito subjetivo seja adequadamente aferido. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Habeas-corpus nº 282255, Relator: Min. Maria Thereza de Assis Moura, 2014).

Quanto aqueles que defendem que o psicopata enquadra-se no rol dos semi-imputáveis, de acordo com o parágrafo único do artigo 26, do Código Penal Brasileiro, destaca-se entendimento do Superior Tribunal de Justiça em 2011. Através do voto proferido pelo Ministro Jorge Mussi, conclui-se que:

por ser cabível a aplicação da minorante prevista pelo referido dispositivo nos casos em que o réu não possui plena capacidade de determinar-se de acordo com a consciência do ilícito, em razão de perturbação na sua personalidade. Dessa forma, a psicopatia não seria vista como uma espécie de doença mental, mas sim enquanto perturbação da saúde mental poderia estar incluída dentre as hipóteses de semi-imputabilidade. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Habeas-corpus nº 186149, Relator: Min. Jorge Mussi, 2011).

Contudo, vale acrescentar que, diante do semi-imputável, é possível que seja aplicada a medida de segurança, uma vez constatada a necessidade de internação, é o que se infere do julgado proferido pelo Supremo Tribunal Federal pelo voto do Ministro Celso de Mello.

(BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Habeas-corpus nº 83657, Relator: Min. Celso de Mello, 2004) Ademais, ainda quanto à medida de segurança, importante acrescentar entendimento proferido pelo Supremo Tribunal Federal no sentido de que diante da garantia constitucional abolidora das prisões perpétuas, ela estaria limitada ao período máximo de trinta anos. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Habeas-corpus nº 84219, Relator: Min. Marco Aurélio, 2005).

Nesse aspecto, questiona-se quanto à natureza jurídica da medida de segurança, considerando que não se equipara à aplicação de uma pena. Seria necessária a prisão perpétua para esses casos.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho, apegou-se aos estudos de alguns psiquiatras, e também pesquisas neurológicas referente ao cérebro do psicopata. O psicopata não tem compaixão, pena, age com frieza, só pesam em si mesmo, e cometem crimes absurdos para satisfazer as suas vontades, vontades estas que eles não conseguem controlar, cada vez tem mais desejos obsessivos para cometer crimes.

Eles sabem que causam dano ao próximo, a sociedade, mas não tem o sentimento de arrependimento, de remorso, pois, para eles o importante é se sentir realizado.

Em relação ao ordenamento jurídico, conclui-se que os avanços da ciência não interferiu em nada, pois, omite sobre a imputabilidade do psicopata, ficando o juiz responsável por decidir o caso concreto.

O Estado acaba deixando a sociedade preocupada, pois, até então, não se criou uma lei específica para o psicopata. É preciso investir em equipamentos que possam identificar a psicopatia com facilidade. O único método de identificação utilizado até o momento, é a escala de Robert Hare.

Entretanto, é visível a necessidade de uma punição específica para o psicopata, pois, para eles a prisão não é uma punição, é algo que conseguem conviver com tranquilidade, e não como castigo ou como uma pena.

Visto que a psicopatia não tem cura, e também não é uma doença que pode ser tratada, e sim uma desordem de personalidade. Após cumprir a pena determinada, o psicopata continuara cometendo os mesmos delitos.

A luz do direito penal, e ordenamento jurídico psicopata é considerado semi-imputável, os criminosos considerados psicopatas poderão ser, submetidos à pena privativa de liberdade.

São raros os casos em que é determinado o exame de sanidade, pois crimes de homicídio, os que normalmente envolvem psicopatas, costumam gerar grande clamor social e uma medida de segurança não seria amplamente aceita.

É necessária uma reforma no código penal, para os criminosos psicopatas. Com objetivo de pacificar esse problema, que vem afetando a sociedade a muitos anos.

O Estado precisa considerar os avanços da ciência, os posicionamentos dos especialistas na área de psiquiatria e psicologia, e tratar os psicopatas como imputáveis, criar uma norma específica relacionada para o transtorno de psicopatia.

REFERÊNCIAS

ARANGO, Celso Arango, 2019, É possível detectar a psicopatia na infância, Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2018/11/30/ciencia/1543569544_605909.html, Acesso: 25 nov, 18:00.

AMERICAM PSYCHIATRIC ASSOCIATION, 2002. Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais. 4ª ed. Texto revisado (DSM-IV-TR). Porto Alegre: Artmed. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_nlinks&ref=2804325&pid=S1413-389X200800010001000002&lng=pt,%20Acesso:%2010%20ago,%2020:10., Acesso: 10 set, 10:00.

ARQUIVO HVCA, Maníaco da Lanterna, G1, 2014, Disponível em: <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2014/12/relembre-9-casos-de-assassinos-que-chocaram-o-pais-com-seus-crimes.html>, Acesso: 25 nov, 18:01

BARBOSA, Ana Beatriz Barbosa Silva. De cada 25 pessoas no Brasil, uma é psicopata, 2015, Brasil, Disponível em: <http://www.revistacorpoemente.com.br/noticias/a-cada-25-pessoas-no-brasil-uma-e-psicopata-diz-autora-de-best-sellers>. Acesso em: 25 Set, 19:30.

BRASIL, Decreto – Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984, Artigo 26. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1980-1988/L7209.htm. Acesso em 26 set. 19:00

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Habeas-corpus nº 282255, Relator: Min. Maria Thereza de Assis Moura, 2014.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Habeas-corpus nº 84219, Relator: Min. Marco Aurélio, 2005.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Habeas-corpus nº 83657, Relator: Min. Celso de Mello, 2004.

CABRAL, Danilo Cezar Cabral, Por que alguém se torna psicopata, matéria feita para o site Super Interessante, 2016. Disponível em:

<https://super.abril.com.br/mundo-estranho/por-que-uma-pessoa-se-torna- psicopata-e-como-a-mente-dela-funciona/>, Acesso: 25 nov, 13:30.

CAPEZ, Fernando Capez. Curso de Direito Penal – Parte Geral – Volume 1.11. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

CASOY, Ilana Casoy, Serial Killers louco ou cruel? Rio de Janeiro: Daskside Books, 2014.

FLORA, Flora Dolores/O estagado, Francisco das chagas, G1, 2014, Disponível em: <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2014/12/relembre-9-casos-de-assassinos-que-chocaram-o-pais-com-seus-crimes.html>, Acesso: 25 nov, 18:01.

HARE, Robert D. Without conscience (sin consciencia): el inquietante mundo de los psicopatas que nos rodean. Publicado em inglês, em 1993, por The Guilford Press, Nueva York y Londres. Tradução por Rafael Santandreu.

MIRABETE, Julio Fabbrini. FABBRINI, Renato N.. Manual de direito penal – Parte Geral, arts. 1º a 120 do CP. 25. ed. rev. e atual. Até 11 de março de 2009. São Paulo: Atlas, 2009.

MORANA, Hilda Morana, A escala da mente criminoso, 2009, Disponível em: <http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,ERT92652-15228-92652-3934,00.html>, Acesso: 27 nov, 22:00.

PUJOL, Jesús Pujol, Assim é o Cérebro de um psicopata, 2018, Barcelona, entrevista a EL PAÍS, Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2018/12/13/ciencia/1544726930_213001.html, Acesso em: 27 set, 14:40.

RAIANE, Adriana Raiane, ed. De Arte, O tempo, university of southern California, Losangeles, USA, 2014, Disponível em: <https://www.tudoemdia.com/2014/12/12/veja-como-funciona-o-cerebro-de-um-psicopata-assassino/>, Acesso: 20 nov, 21:00.

REPRODUÇÃO/TV ANHANGUERA, Tiago Henrique, G1, 2014, Disponível em: <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2014/12/relembre-9-casos-de-assassinos-que-chocaram-o-pais-com-seus-crimes.html>, Acesso: 25 nov, 18:01.

SOUZA, Rircardo Souza, Médicos traçam perfil dos psicopatas do cotidiano, que são 1% a 2% da população mundial, entrevista para revista O Globo, 2015. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/sociedade/ciencia/medicos-tracam-perfil-dos-psicopatas-do-cotidiano-que-sao-1-2-da-populacao-mundial-17575364>, Acesso: 25 nov, 15:40.

SZKLART, Eduardo Szklart, materia feita para revista super interessante, O psicopata na justiça brasileira, 2011. Disponível em: <https://super.abril.com.br/comportamento/o-psicopata-na-justica-brasileira/>, Acesso: 27 set, 12:30.

TENDLARZ, Silvia Elena. GARCIA, Carlos Dante. A quem o assassino mata?: o aa luz as criminologia e da psicanálise. Tradução, apresentação e comentários Rubens Correia Junior. – São Paulo: Editora Atheneu, 2013.

ALIENAÇÃO PARENTAL

Rayane Araújo Nascimento
Maria Adelize da Silva Luz

RESUMO: A presente pesquisa, que aborda o tema da alienação parental, sempre priorizando o princípio do afeto e do melhor interesse da criança e do adolescente, bem como a relevância do poder da família no mundo da esfera legal. Apresenta o instituto da alienação parental, diferenciando-o da síndrome da alienação parental. Explicar os critérios de identificação, as características do genitor alienante e as consequências para as crianças e adolescentes alienados, bem como apresentar os principais movimentos que combatem a alienação parental. Ele discute brevemente a Lei 12.318 / 2010, a Lei da Alienação Parental, comentando sobre suas disposições legais. Nessa perspectiva, evidenciam-se os aspectos procedimentais, a dificuldade de produção de evidências e o uso de expertise multidisciplinar na verificação de atos alienatórios. Por fim, examina a custódia compartilhada como forma de redução da alienação parental e responsabilidade civil decorrente de atos alienantes.

Palavras-chave: Alienação Parental. Criança e Adolescente. Família. Lei 12.318/2010.

ABSTRACT: This research, which addresses the theme of parental alienation, always prioritizing the principle of affection and the best interests of children and adolescents, as well as the relevance of family power in the legal sphere world. It presents the institute of parental alienation, distinguishing it from the parental alienation syndrome. Explain the identification criteria, characteristics of the alienating parent and the consequences for alienated children and adolescents, as well as present the main movements that combat parental alienation. He briefly discusses Law 12.318 / 2010, the Parental Alienation Law, commenting on its legal provisions. From this perspective, the procedural aspects, the difficulty of producing evidence and the use of multidisciplinary expertise in verifying alien acts are highlighted. Finally, it examines shared custody as a means of reducing parental alienation and civil liability arising from alienating acts.

Key words: Parental Alienation. Child and teenager. Family. Law 12.318 / 2010.

1 INTRODUÇÃO

A alienação parental é uma temática relativamente nova para o cotidiano jurídico, uma vez que a Lei nº 12.318 fora promulgada somente em 26 de agosto de 2010. Com as inovações na seara do direito de família, surgiram novos desafios nas lides envolvendo os direitos das crianças e adolescentes. Para compreender com melhor destreza, far-se-á uma análise das principais modalidades de famílias existentes atualmente no Brasil. Com as modificações no direito de família houve

uma equiparação de direitos e deveres para pais e mães, não sendo mais possível aceitar que apenas o pai provenha o sustento da família e dos filhos enquanto à mãe cabe a educação dos mesmos. Esse modelo, apesar de cada vez mais raro, ainda é encontrado em diversos lares, não podendo mais ser visto de forma única: atualmente, os operadores do direito devem ter olhos abertos para as mais variadas formações de famílias.

Ademais, houve um aumento relevante no número de divórcios, momento em que se iniciam com maior frequência os atos de alienação parental. Logo, neste contexto, o poder familiar passou a ser exercido conjuntamente, ainda que os pais se encontrem separados. O direito das crianças e adolescentes é prioridade para o ordenamento jurídico, sendo inclusive objeto de diversas leis específicas. A alienação parental é um dos temas tratados especificamente em lei, prezando-se sempre pela garantia e efetividade do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

Para tratar da alienação parental, é imprescindível diferenciá-la da síndrome da alienação parental. Não que haja algum problema em confundir os conceitos; porém, existem diferenças relevantes. Há uma discussão acerca de qual seria a nomenclatura correta; concluindo-se que ambas são corretas, porém diferentes, optou-se no presente trabalho por “alienação parental”, em consonância com o utilizado na Lei nº 12.318/2010.

Através da leitura e posterior análise de diversas doutrinas, assinadas por profissionais do ramo do direito, psicologia, serviço social, dentre outros; averiguar-se-á as características do genitor alienante, bem como as consequências nas crianças alienadas. Conhecer os critérios de identificação da alienação parental tem grande relevância no meio jurídico, em especial para os amantes da área do direito de família, ou mais especificamente, dos direitos das crianças e adolescentes.

A alienação parental tem sido objeto de ações para reivindicar os direitos do genitor alienado, o qual está perdendo ou já perdeu o contato com os filhos, bem como têm sido matéria de defesa nos casos de acusação de abuso sexual. Portanto, identificar e conhecer os atos de alienação parental é extremamente importante para que não se cometam equívocos, transformando agressores em vítimas ou mães preocupadas e denunciadoras como praticantes de alienação parental. Não

obstante, serão abordados os principais movimentos que combatem os atos de alienação parental.

Estes atos são difíceis de serem comprovados, uma vez que não deixam marcas físicas, apenas psicológicas em todos os membros da unidade familiar. Por isso, far-se-á uma abordagem sobre os aspectos processuais e a dificuldade de produzir provas, bem como uma leitura mais atenta de todos os dispositivos tratados nesta lei. A perícia multidisciplinar tem sido uma grande aliada do Poder Judiciário, tanto na averiguação dos atos de alienação parental como no tratamento de crianças e adolescentes prejudicadas por estes atos.

Ainda, será feita uma abordagem sobre a guarda compartilhada, apontada como uma das formas de redução da alienação parental. A guarda compartilhada é prevista na Lei nº12318/2010; porém ainda é exceção se comparada com a guarda unilateral. Por fim, averiguar-se-á sobre a possibilidade de ocorrer à responsabilidade civil, em decorrência dos atos de alienação parental.

2 PODER FAMILIAR

O poder familiar pode ser definido como um conjunto de direitos e obrigações, quanto à pessoa e bens do filho menor não emancipado, exercido em igualdade de condições, por ambos os pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e a proteção do filho. Note-se que ambos os genitores têm igualdade de condições e responsabilidades no poder decisório sobre os filhos. Esse poder conferido aos pais ocorre devido à incapacidade destes protegerem seus interesses. Ele é o resultado de uma necessidade natural, onde até mesmo os animais obedecem a uma hierarquia dentro de seu grupo familiar, muito mais presente na raça humana, que necessita formar caráter e personalidade.

O Código Civil de 1916 denominava o poder familiar de pátrio poder, devido a sociedade patriarcal da época, onde ao pai era atribuído o título de senhor absoluto sobre a família e os bens. A mãe era coadjuvante, somente recebendo a responsabilidade caso o pai sofresse algum impedimento ou faltasse no lar. Além disso, se a mesma casasse novamente perdia este poder. Atualmente, o termo é

chamado de poder familiar, excluindo a ideia de que o dever de proteção dos filhos compete somente ao pai.

O Código Civil atual, em seu artigo 1.690, parágrafo único, determina que “os pais devem decidir em comum as questões relativas aos filhos e aos seus bens; havendo divergência, poderá qualquer deles recorrer a juiz para a solução necessária” (BRASIL, 2002).

Portanto, o legislador buscou deixar clara a igualdade que ambos têm para proteger os filhos e reivindicar seus direitos. O poder familiar é um encargo conferido aos pais; é um poder-dever, pois os mesmos têm o poder (dado pelo Estado) para exercê-lo e o dever de cumprir esta função. Ademais, ele é irrenunciável, inalienável, indisponível e imprescritível. Igualmente, é uma relação de autoridade, pois dele decorre um vínculo de subordinação de filhos para pais.

Os artigos 227 e 229 da CF/1988 determinam que é dever dos pais assistir, educar e criar os filhos, lhes assegurando direito à vida, educação, lazer, alimentação, dignidade, respeito, liberdade, deixando-lhes ainda a salvo de discriminações, negligências, explorações e crueldades. Também é dever dos pais tê-los em sua companhia e guarda, afinal compete-lhes criar os filhos, além de terem poder (e dever) legal para reter os filhos junto ao lar, caso seja necessário. Podem os pais proibirem os filhos de frequentar determinados lugares e vetar sua convivência com determinadas pessoas. Os pais são civilmente responsáveis pelos filhos, e o dever de guarda-los abrange sua vigilância, buscando garantir a devida formação moral dos menores (DINIZ, 2005).

Cabe aos pais, detentores do poder familiar, conceder ou negar consentimento para casar, conforme artigo 1.517 do Código Civil Brasileiro, além de poder nomear tutor, representá-los até os 16 anos nos atos da vida civil e assisti-los dos 16 anos até a maioridade. Podem ainda exigir que os filhos prestem obediência, respeito e cumpram os serviços próprios a sua idade e condição, sem prejuízo de sua formação. Por fim, na esfera patrimonial, incumbe aos pais administrar os bens dos filhos menores e sob sua autoridade, além de ter o usufruto dos bens que se acham sob seu poder.

O artigo 1.635 do Código Civil Brasileiro dispõe que “extingue-se o poder familiar: pela morte dos pais ou do filho, pela emancipação, nos termos do art. 5º,

parágrafo único, pela maioria, pela adoção, por decisão judicial, na forma do art. 1.638”.

A perda ou destituição constitui espécie de extinção do poder familiar, decretada por decisão judicial (arts. 1.635, V, e 1.638). Assim como a suspensão, constitui sanção aplicada aos pais pela infração ao dever genérico de exercer a pátria protesta em consonância com as normas regulamentares, que visam atender ao melhor interesse do menor. (Gonçalves (2011, p. 427)).

O poder familiar é uma responsabilidade que deve ser exercida sempre em favor das crianças e adolescentes e não sendo respeitado esse princípio o Estado tem direito de interferir nessa relação que está afetando o infante e, conseqüentemente, a família. A suspensão do poder familiar pode ser total ou parcial, podendo ser sujeita à revisão, uma vez superadas as causas que a incitaram, sendo utilizada pelo juiz quando outra medida não puder produzir o efeito desejado. São causas da suspensão o abuso de autoridade, faltar com os deveres a ele inerentes (guarda, educação e sustento) e ruína aos bens do filho.

A destituição do poder familiar é uma sanção mais grave do que a suspensão, operando-se por sentença judicial, se o juiz se convencer que houve uma das causas que justificam, abrangendo, por ser medida imperativa, toda a prole e não somente um filho ou alguns filhos. A ação judicial, com esse fim, é promovida pelo outro cônjuge, por um parente do menor, por ele mesmo, se púbere, pela pessoa a quem se confiou à guarda, ou pelo Ministério Público. A perda do poder familiar, em regra, é permanente, embora seu exercício possa ser, excepcionalmente, reestabelecido, se provada a regeneração do genitor ou se desaparecida a causa que a determinou, mediante processo judicial de caráter contencioso (DINIZ, 2005, p. 525).

O artigo 1.638 do Código Civil elenca as causas geradoras da destituição. Uma delas é o castigo imoderado (inciso I), inibindo atos de maus-tratos, tentativas de homicídio, castigos exagerados operados pelos pais ou responsáveis. Deixar o filho em abandono material e moral (inciso II) é outra possibilidade, afinal não podem os pais deixar, por exemplo, de prestar assistência a saúde do filho. A prática de atos contrários à moral e os bons costumes (inciso III) diz respeito àqueles atos praticados pelos pais que podem influenciar na formação cidadã, de personalidade e caráter dos filhos: a doutrina cita exemplos de pais que fazem uso ou traficam

entorpecentes. E por fim, a incidência reiterada nos casos geradores da suspensão (inciso IV), leva à destituição do poder familiar.

É inegável a importância de manter os pais junto de sua prole. Contudo, com base nos princípios e na leitura sistêmica da legislação, o âmago é resguardar as crianças e adolescentes de todo o mal, mesmo que para tanto seja necessária sua retirada do lar. O que se espera é que toda família tenha capacidade de promover, independente de condições financeiras, um ambiente saudável à formação dos filhos. Entretanto, nem sempre se pode constatar esta realidade, sendo necessária a intervenção do Estado que tentará, de todas as formas, proteger e reestruturar o lar propiciando um meio verdadeiramente positivo, favorável e adequado para o desenvolvimento da criança e do adolescente.

2.1 ALIENAÇÃO PARENTAL

De acordo com Madaleno e Madaleno (2013), a primeira definição da Síndrome da Alienação Parental surgiu em 1985, por Richard Gardner, professor de psiquiatria clínica na Universidade de Columbia nos Estados Unidos da América, a partir de suas experiências como perito judicial. Segundo argumentação em obra dedicada ao tema os autores descrevem a Síndrome da seguinte maneira:

Trata-se de uma campanha liderada pelo genitor detentor da guarda da prole, no sentido de programar a criança para que odeie e repudie, sem justificativa, o outro genitor, transformando a sua consciência mediante diferentes estratégias, com o objetivo de obstruir, impedir ou mesmo destruir os vínculos entre o menor e o pai não guardião, caracterizado, também, pelo conjunto de sintomas dela resultantes, causando assim, uma forte relação de dependência e submissão do menor com o genitor alienante. E, uma vez instaurado a assedio, a própria criança contribui para a alienação (MADALENO E MADALENO, 2013, p. 42).

Todas as crianças e adolescentes têm direito à convivência familiar. Contudo, apesar de ser um direito expresso na Carta Magna e nos princípios regentes da família, muitas vezes esta garantia é violada. A alienação parental é uma maneira de interromper os vínculos afetivos de um genitor para com seus filhos. Este fenômeno não é novo, porém só foi regulamentado em 2010 com o advento da Lei nº 12.318, o que demonstrou uma dificuldade tanto jurídica como social de entender esta espécie

de conflito como prejudicial para a formação de famílias e crianças e adolescentes saudáveis. O conceito legal da alienação parental está disposto no artigo 2º da Lei nº 12.318/2010, que define:

Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós, ou pelos que tenham a criança ou o adolescente sob sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou a manutenção de vínculos com este (BRASIL, 2010).

Após a separação é normal haver divergências de interesses entre o casal, o que pode provocar animosidades entre os mesmos por diversos motivos, como desejo de vingança, não superação do fim do relacionamento, ciúmes, desvios de personalidade; assim, tenta-se atingir o elo mais precioso que há entre o casal: os filhos. Neste contexto o genitor que detêm a guarda dos filhos, na tentativa de magoar o antigo parceiro, pode usar os filhos, manipulando-os para que não amem mais aquele que não é seu guardador.

A síndrome da alienação parental é um distúrbio da infância que aparece quase que exclusivamente no contexto de disputas de custódia de crianças. Sua manifestação preliminar é a campanha denegritória contra um dos genitores, uma campanha feita pela própria criança que não tenha nenhuma justificção. Resulta da combinação das instruções de um genitor (o que faz a “lavagem cerebral, programação, doutrinação”) e contribuições da própria criança para caluniar o genitor-alvo. Quando o abuso e/ou a negligência parentais verdadeiros estão presentes, a animosidade da criança pode ser justificada, e assim a explicação da Síndrome da Alienação Parental para a hostilidade da criança não é aplicável. Para melhor compreender a alienação parental deve-se alertar que o modelo de família contemporânea não corresponde mais aquele onde o sustento dependia do pai e a criação e proteção dos filhos de responsabilidade da mãe. Atualmente, pais e mães têm árduas jornadas de trabalho e precisam compartilhar a tarefa e o prazer de participar na criação e educação dos filhos.

2.2 CRITÉRIOS DE IDENTIFICAÇÃO

O ambiente familiar onde ocorre a alienação parental é bastante conflituoso, com fortes animosidades entre os pais e até mesmo as famílias do casal que está se

divorciando. Nestes casos uma das tarefas mais árduas para o Poder Judiciário e para os profissionais para legais (psicólogos e assistentes sociais) é identificar se de fato há algum abuso para com os direitos das crianças e adolescentes ou se estão sendo implantadas falsas memórias.

Sendo assim, os profissionais que trabalham nas Varas de Família precisam estar atentos para não tratar o agressor como vítima. Ou seja, defender o genitor que está violando a criança por entender se tratar de alienação parental.

2.3 CARACTERÍSTICAS DO GENITOR ALIENANTE

O genitor alienante age no intuito de romper os laços afetivos entre os filhos e o outro genitor. “Da mesma forma que é difícil descrever todos os comportamentos que caracterizam a conduta de um alienador parental, conhecer um a um de seus sentimentos é tarefa praticamente impossível” (TRINDADE, 2013, p. 27), pois suas atitudes podem ser decorrentes dos mais variados motivos.

Referindo-se a esses comportamentos, não há dúvida de que a finalidade do genitor alienador é evitar ou dificultar, por todos os meios possíveis, o contato dos filhos com o outro cônjuge. No entanto, os pais ou responsáveis não percebem que o direito à convivência familiar é direito fundamental previsto não apenas na CF/1988 e no ECA, mas também na Lei 12.318/2010 (Lei de Alienação Parental) (SOUZA, 2014, p. 128).

As atitudes do alienante iniciam-se quando surge a separação, pois junto dela emanam sentimentos de rancor, mágoa e rejeição. Assim, não raramente, as investidas denegritórias são conscientes, pois há intenção de prejudicar o antigo companheiro. Entretanto, o alienante não percebe que ao tentar afetar o ex-cônjuge a maior vítima são os filhos, que perdem o laço afetivo com o pai. Não se compreende que ao afastar um pai de um filho, deprecia-se o direito, primeiramente, das crianças e adolescentes.

Logo, o genitor alienante usa das mais variadas e criativas formas para afastar o filho do outro genitor, fazendo com que pouco a pouco a criança não se sinta mais a vontade na companhia do alienado. Por vezes o alienante pode agir na intenção de afastar pai e filho, como se fosse um ato de escolha: ou mantêm-se o relacionamento e os filhos ou nada se tem. Também pode acontecer de o

relacionamento entre o casal não ter sido bom para os companheiros e haja de fato um receio de que a aproximação de pai e filho não será positiva para a criança.

As ações do genitor alienante podem ser as mais inocentes e inofensivas num primeiro momento, dificultando o diagnóstico de alienação parental. Quando a mãe apresenta um novo companheiro para o filho e diz que ele é o novo pai da criança ou do adolescente, assim como quando interceptam cartas, e-mails, telefonemas já estão sendo burlada a intimidade de pai e filho. Atitudes como estas podem ter um caráter protetor, mas dependendo de como são abordadas podem caracterizar alienação parental (TRINDADE, 2013).

Percebe-se que a interferência do Poder Legislativo e Judiciário nos conflitos familiares é de extrema importância, uma vez que os pais, ao romperem o relacionamento entre si, automaticamente excluem do cotidiano dos filhos aquele que não é detentor da guarda. Infelizmente, esta situação nem sempre é imposta apenas pelo genitor guardião, pois o pai que não é guardião acredita que se cumprirem os horários de visitação já estará cumprindo o “papel de pai”.

Não raro, após o desenlace, os pais – e muitas vezes os operadores do direito – esquecem-se de que, mesmo que a guarda seja exercida unilateralmente, o poder familiar cabe a ambos os genitores, casados ou não. É comum assistirmos a um verdadeiro vilipêndio da essência do poder familiar quando o guardião monopoliza em suas mãos as decisões que dizem respeito à vida dos filhos, recusando a participação do não guardião nessa tarefa (SOUZA, 2012, p. 7).

Costumeiramente ocorre uma confusão entre guarda e poder familiar, deixando o processo de separação ainda mais difícil. Muitas vezes os pais entendem que por não receber a guarda dos filhos, não têm responsabilidades com estes, deixando a tarefa de educar a cargo da mãe – que normalmente é nomeada como guardiã. Assim, a alienação também pode se dar pelo genitor não guardião, que faz o papel de “bom pai”, deixando a criança fazer o que quer, dizendo que a mãe é má por não permitir determinadas atitudes e delegar tarefas.

2.4 CONSEQUÊNCIAS PARA AS CRIANÇAS ALIENADAS

De acordo com Madaleno e Madaleno (2013, p. 53) “o modo como os pais enfrentam um processo de divórcio ou dissolução de sua união é determinante para

verificar como seus filhos se comportarão no futuro [...]”. Logo, passado o desgosto da separação, se os pais retomam sua rotina, demonstrando naturalidade aos filhos, estes entendem que o afastamento do lar de um dos genitores é normal e não afetará sua vida e seus sentimentos para com os filhos.

Entretanto, se os pais evidenciam aos filhos o aborrecimento que estão sentindo um pelo outro, esses entendem que alguém é culpado por aquilo que está acontecendo. Neste contexto, podem os filhos passar acusar um dos genitores de ter abandonado o lar, afastando-se dele em solidariedade àquele que permanece em casa. Não obstante, pode a criança ou o adolescente sentir-se culpado, desencadeando uma série de transtornos, como depressão, ansiedade e perda da autoestima.

Para suportar o ambiente conturbado que se instaurou entre os pais, esses filhos aprendem a manipular, tornam-se prematuramente espertos para decifrar o ambiente emocional, aprendem a falar apenas uma parte da verdade e a demonstrar falsas emoções (PODEVYIN, 2001). Ademais, “se tornam crianças que não têm tempo para se ocupar com as preocupações próprias da idade, cuja infância lhe foi roubada pelo desatinado e egoísta genitor que o alienou de um convívio sadio e fundamental” (MADALENO E MADALENO, 2013, p. 54).

Assim, para que a separação não deixe cicatrizes irreversíveis no relacionamento de pais e filhos e na própria personalidade destes, deve os genitores manter os filhos longe dos desentendimentos advindos do divórcio, afinal a separação deve ser entre os pais e não para com os filhos.

2.5 IMPLANTAÇÕES DE FALSAS MEMÓRIAS E FALSAS DENÚNCIAS DE ABUSOS SEXUAIS

Induzir a criança a se afastar de quem ela ama é uma das principais características do alienador, gerando contradições nos sentimentos e rompendo assim de forma definitiva os laços de afeto que existiam, passando a criança aceitar como verdadeiro tudo aquilo que lhe for informado pelo genitor alienante. Complementa Dias (2010), visando clarear o conceito de implantação das falsas memórias:

Neste jogo de manipulações, todas as armas são utilizadas, inclusive a assertiva extrema de ter havido abuso sexual. O filho passa a ser convencido da existência de um fato que não ocorreu e é levado a repetir o que lhe é afirmado como tendo realmente acontecido. Como não consegue discernir que está sendo manipulado, acaba acreditando no que lhe foi dito de forma tão repetitiva. Com o tempo, nem mesmo o genitor distingue mais a diferença entre verdade e mentira. A sua verdade passa a ser verdade para o filho, que vive com falsas personagens de uma falsa existência, implantando-se, assim, falsas memórias.

Sabendo que as memórias são detalhes e peculiaridades que marcam e acompanham os indivíduos, as falsas memórias são fatos em que se acredita ter acontecido certo tipo de situação, sem que este tenha realmente ocorrido. Através de distorções sobre a realidade, a criança ou adolescente passa a enxergar um dos genitores como sendo perfeito e bom e outro totalmente mau.

São criadas situações com o intuito de impedir a convivência e a visitação ao cônjuge não guardião. Todas as armas são utilizadas, até mesmo a indução de falsas memórias, no entanto, cabe frisar que esse artifício é apenas um dos meios de alienação e não a própria alienação. O abuso mais grave que se invoca é o abuso sexual, especialmente se os filhos são pequenos e manipuláveis.

Uma das armas mais danosas em se tratando de alienação parental é a acusação falsa de abuso sexual, que infelizmente são realizadas com frequência, com a intenção de eliminar o outro genitor da vida da criança.

É visto que muitos alienadores denunciam o outro por abuso sexual, mesmo se tal prática nunca veio a ocorrer, apenas impulsionado pelo sentimento de ódio e vingança, não se importando com as consequências que essas acusações geram para a vida do menor.

Considerando o que se chama de verdade psíquica, que são memórias que ficam armazenadas na mente da criança como se realmente tivessem ocorrido, uma falsa acusação de abuso sexual poderá deixar marcas tão cruéis como a de um abuso real. Como comprovado em Costa (s/d, p.3)

Embora outros autores já tivessem tratado com afinco da questão das falsas memórias, foi Elizabeth F. Loftus, professora de psicologia e professora auxiliar de Direito na Universidade de Washington, quem tratou do tema sob outro enfoque, ou seja, considerou a implantação de falsas memórias a partir da inserção de uma

informação não-verdadeira em meio a uma experiência realmente vivenciada, produzindo o chamado efeito “falsa informação”, no qual o sujeito acredita verdadeiramente ter passado pela experiência falsa.

Os sintomas entre acusação falsas e reais são parecidos, mas nos casos em que esta não é verdadeira, os sintomas aparecem de forma menos intensa. Esses comportamentos e sentimentos geram prejuízo ao desenvolvimento da personalidade da criança, como: baixa auto-estima, insegurança, culpa, depressão, medo, afastamento de outras crianças, resultando graves consequências na vida afetiva, sexual e psicológica do menor de forma permanente, afinal eles irão enfrentar, como se verdade fosse, um abuso que nunca ocorreu.

O abuso sexual é uma vivência determinante, causadora de diversos fatores emocionais na estrutura da personalidade jurídico-infantil. As consequências de abuso sexual real e falso são quase as mesmas, deixando um alerta redobrado para aqueles que são responsáveis por investigar e diagnosticar tal situação; pois, diante de uma denúncia, o Juiz, frente à uma acusação gravíssima terá que expedir ordem, determinando, no mínimo, a suspensão temporária de visitas ou visitas reduzidas mediante monitoria de outra pessoa. Como reitera Brockhausen (2011, p.5):

A intenção pode se relacionar à obtenção de ganhos processuais, vingança, ruptura do contato da criança com o outro genitor, obtenção da guarda, entre outros. Autores podem dar explicações e nomes diferentes para este tipo de fenômeno crescente do pós-divórcio, no entanto diferentes teorias convergem no sentido de afirmar a existência das falsas alegações intencionais e também dos falsos testemunhos infantis.

2.6 CONSIDERAÇÕES ACERCA DA LEI Nº 12.318/2010

Em 07 de outubro de 2008 foi apresentado no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 4.053/2008, de autoria do Deputado Regis de Oliveira, do Partido Social Cristão (PSC), dispondo sobre a Alienação Parental. Este projeto tramitou na Comissão de Seguridade Social e Família, tendo parecer favorável, e após o substitutivo¹ da deputada Maria do Rosário, na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania foi aprovado no Senado.

Posteriormente, o projeto seguiu para aprovação do então Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva, sendo sancionada em 26 de agosto de 2010 a agora Lei nº12.318/2010, Lei da Alienação Parental.

Em agosto de 2010 o Presidente Luiz Inácio Lula da Silva aprovou o texto, vetando, no entanto, dois artigos por recomendação do Ministério da Justiça. Com a Lei consolidou-se o instituto da guarda compartilhada como a melhor forma de dirimir conflitos familiares, além de garantir aos filhos viver com equidade tanto com família da mãe como também com a família do pai.

É possível afirmar que a referida lei foi inovadora ao definir um rol exemplificativo das condutas caracterizadas como alienantes, também exemplificando as sanções cabíveis contra o genitor alienador, buscando dessa forma reprimir a prática da Alienação Parental por meio de uma mudança legislativa, que veio a modificar o olhar da sociedade sobre tal problemática e sua verdadeira extensão, para assim garantir direitos constitucionais e infraconstitucionais ao menor.

Ao analisar a lei 12.318/2010 no seu artigo 2º mostra que este buscou conceituar a Alienação Parental, definindo-a como uma interferência na formação psicológica do menor realizada por um de seus genitores ou por quem detenha a sua guarda ou vigilância, tendo como objetivo o rompimento dos laços afetivos da criança com o outro genitor, ficando clara a intenção de prejudicar o vínculo familiar existente entre eles.

O artigo 2º chama a atenção para o fato de que não apenas os genitores poderão ser agentes alienantes, mas a todos que possam valer-se da sua autoridade parental ou afetiva com o objetivo de prejudicar um dos pais. Para que a Alienação Parental se caracterize é necessário que se esteja agindo em detrimento da imagem e companhia do genitor alienado *strito sensu*.

Sabemos que a separação judicial é um momento difícil e bastante doloroso, mas tal momento não poderá de nenhuma maneira interferir no bem-estar do menor, que é alguém neutro nessa disputa. No entanto, nos casos de Alienação Parental essa noção de bem-estar é deixada de lado e os ex-companheiros começam a manipular a criança contra o outro genitor, que está exemplificado nos incisos I a VII do parágrafo único do artigo 2º da Lei 12.318.

Os incisos do artigo 2º aparecem como um dos pontos mais relevantes da referida lei, pois o legislador procurou, de forma não taxativa, exemplificar as maneiras mais frequentes de atitudes alienantes exercidas e que deveram ser evitadas. Com uma atenção maior para o inciso IV que discorre sobre umas das maneiras mais cruéis da alienação, que é a implantação de falsas denúncias contra o outro, é um ponto delicado que merece bastante atenção.

Em seu artigo 3º a referida lei estabelece que as práticas de atos que configuram a Alienação Parental são consideradas condutas ilícitas, devendo ser sempre combatidas. Demonstra que tais atos podem configurar a propositura de ação por danos morais contra quem aliena o menor, além de outras medidas indenizatórias.

Prevê em seu artigo 4º que ocorrendo indícios da existência de prática de Alienação Parental, o processo terá tramitação prioritária, e enfatizando que todas as medidas para proteger as vítimas da Alienação serão tomadas.

Os indícios de Alienação Parental vêm a ser identificados depois de uma averiguação conjunta de todos os profissionais envolvidos, mas o que prejudica uma melhor eficácia ao combate desta, é que tal conclusão só é chegada depois que ocorrerem denúncias graves e falsas por parte do cônjuge alienador, e as consequências já estão muito avançadas de forma que o magistrado acabada tendo que optar por medidas imediatas e mais gravosas para assegurar o interesse do menor, como a redução drástica ou mesmo a extinção de períodos de visitas, decisão que poderão ecoar sobre a estrutura familiar por uma vida inteira.

Em função da maior disseminação do assunto, os magistrados já estão bem mais cautelosos em suas decisões, que tenham como alvo a redução desses períodos de convivência.

O artigo 5º dispõe sobre a instalação de uma equipe multidisciplinar para investigar perícias psicológica e biopsicossocial. Fala sobre um trabalho conjunto, que foge da figura apenas do magistrado, para elaboração de laudos que irá consubstanciar a jurisdição .

2.7 GUARDA

A guarda se destina a assistência moral, material e educacional do menor. Característica do poder familiar é sinônimo de cuidado, atenção e responsabilidade com os filhos menores. Competindo aos pais todas as formas de assistências permanentes.

A autora Maria Berenice Dias define guarda da seguinte forma:

A guarda dos filhos é implicitamente, conjunta, apenas se individualizando quando ocorre a separação de fato ou de direito dos pais. Também quando o filho for reconhecido por ambos os pais, não residindo eles sobre o mesmo teto e não havendo acordo sobre a guarda, o juiz decide atendendo ao melhor interesse do menor (CC 1.612).

Em regra, a guarda dos filhos é conjunta, ocorrendo modificações quando os cônjuges resolvem por se separarem, tornando-a individualizada. Mas, o que acaba ocorrendo em muitas ocasiões com essa ruptura conjugal é a utilização da guarda da criança como um troféu por aquele que a obtém, fazendo com que a outra parte procure o judiciário para conseguir resolver as dificuldades impostas no seu relacionamento com o menor, acarretando por inúmeras vezes danos irreversíveis na convivência com o genitor.

A guarda tem que ser estabelecida buscando sempre resguardar os direitos fundamentais e de personalidade dos filhos. Sendo assim, ela deverá sempre levar em consideração o melhor interesse do menor, não podendo interferir nesta escolha os conflitos conjugais entre os pais, sendo descartados os motivos o qual levaram a separação judicial dos genitores.

É fundamental escutar as crianças e adolescentes nesse processo. O papel desenvolvido pelas psicólogas e assistentes sociais é de suma importância para que as perguntas sejam elaboradas de maneira correta, acessando a memória dos menores e não aquilo em que são induzidas a acreditar que é o correto.

Fiuza (2015, p.1.231) em suas palavras, assim define a guarda dos filhos:

Assim, a guarda em termos genéricos, é o lado material do poder familiar, é a relação direta entre pais e filhos, da qual decorrem vários direitos e deveres de ambas as partes. É obvio que a guarda pode ser concedida a terceiros, como no caso da tutela.

É importante trazer para as entrevistas todas as partes interessadas em todas as combinações possíveis. Dessa forma, o examinador terá a possibilidade de confrontar as informações e investigar a verdade dos fatos, mesmo que isso leve um

tempo razoável para se concluir, pois o que está sendo protegido é um bem maior, que é a melhor e mais saudável situação para o menor e sua proteção contra os conflitos familiares.

A obrigação dos genitores é a educação e o acompanhamento dos filhos, pois a participação e influência de ambos os pais na orientação e direcionamento da formação moral da prole é de suma importância para o seu pleno desenvolvimento psicossocial. A responsabilidade é tamanha, que exige todo o esforço para que o filho menor tenha um bom exemplo dentro e fora do lar em que reside.

2.8 GUARDA UNILATERAL

Quando se escuta falar sobre guarda unilateral, já se tem idéia de que se trata de uma guarda única. O que difere da guarda conjunta dos pais, mostrando que nessa relação familiar, o vínculo conjugal já foi rompido, pois a guarda já passou por uma intervenção judicial.

A lei prevê a possibilidade da guarda unilateral, mas a preferência sempre será claramente a guarda compartilhada desde da modificação ocorrida no ano de 2014, a lei 13.0580 que altera os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação.

A guarda mais tradicional em nosso país é a unilateral, que é uma guarda exclusiva do pai ou da mãe, quando a criança reside no lar do genitor que detêm a sua guarda definitiva, cabendo ao outro o direito a visita, que será uma prerrogativa regulada pelo juiz competente.

César Fiuza (2014, p.1.230) assim define a guarda unilateral:

A guarda normalmente é exercida em conjunto pelo pai e pela mãe, que coabitam com os filhos. No entanto, poderá ser concedida a um só dos pais, quando se achem separados, ou quando um se encontre impossibilitado de exercê-la, por estar preso, por exemplo. É chamada guarda unilateral.

O juiz também ficará responsável por fixar os alimentos que serão prestados à prole pelo genitor que não possua a guarda.

É dado ao cônjuge não detentor da guarda o direito de supervisionar os interesses do menor, fiscalizando sua manutenção e educação destes. A guarda

unilateral será atribuída a um dos pais que melhor demonstre ter condições para exercer o afeto nas relações com o genitor e o grupo familiar, saúde e segurança do menor e sua educação.

2.9 GUARDA COMPARTILHADA COMO FORMA DE REDUÇÃO DA ALIENAÇÃO PARENTAL

Guarda é uma atribuição do poder familiar e, também, um dos aspectos mais importantes dos efeitos do divórcio de um casal. Até a ruptura do relacionamento do casal a guarda é exercida pelos companheiros com relação aos filhos, porém, com a dissolução conjugal, os pais precisam acordar com quem ficará a guarda dos filhos, cabendo ao outro direito de visitas ou ela pode ser realizada de maneira compartilhada.

Para determinar o detentor da guarda [unilateral], existe uma série de circunstâncias a serem verificadas, como aquelas que dizem respeito à comodidade do lar, ao acompanhamento pessoal, a disponibilidade de tempo, ao ambiente social onde permanecerão os filhos, às companhias, à convivência com outros parentes, à maior presença do progenitor, aos cuidados básicos, como educação, alimentação, vestuário, recreação, saúde (esta não apenas curativa, mas principalmente preventiva); ainda, quanto às características psicológicas do genitor, seu equilíbrio, autocontrole, costumes, hábitos, companhias, dedicação para com o filho, entre diversas outras (RIZZARDO, 2004, p. 334).

Comumente ocorre nos casos de guarda unilateral, de a mãe ser a guardiã e o pai contenta-se com o simples direito de visitas nas datas estipuladas. Entretanto, não é possível exercer a paternidade em tão poucos momentos, afinal o desenvolvimento dos filhos não espera o dia determinado para a visita. A guarda compartilhada é uma solução para esta problemática, vez que nesta modalidade não há fixação de um guardião, ambos os genitores são detentores do poder familiar.

Com relação à alienação parental, a guarda compartilhada é uma solução, vez que para que seja possível exercer este tipo de guarda, os pais precisam manter um contato sadio e saber diferenciar a separação conjugal e do relacionamento com os filhos: não existe “ex-pai, ex-mãe”.

Guarda compartilhada é compreender que para o bem dos filhos, devem os genitores esquecer as desavenças surgidas na separação e fazer o melhor por aqueles que são os destinatários de tanto amor e disputa. Se para amar é preciso dividir, devem os pais escolher sempre o amor dobrado, que é dado por cada um dos pais, sem exigir uma escolha dos pequenos.

2.10 RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DA ALIENAÇÃO PARENTAL

Os atos de alienação parental ferem os direitos fundamentais das crianças e adolescentes e, em decorrência destes atos, efetiva-se um abuso moral.

O artigo 73 do Estatuto da Criança e do Adolescente definiu que “a inobservância das normas de prevenção importará em responsabilidade da pessoa física ou jurídica, nos termos desta Lei” (BRASIL, 1990).

Neste sentido, deve haver uma sensibilidade do Poder Judiciário para não comercializar o amor dos pais para com os filhos. A responsabilidade civil pelo abandono afetivo é um instrumento jurídico existente e eficaz, mas não pode criar um interesse maior do que o afeto. Logo, as indenizações são possíveis e devem ocorrer, mas é necessária cautela para que não se torne um negócio lucrativo o não afeto dos genitores para com sua prole.

2.11 ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (ECA) LEI 8.069/90

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) veio para proteger integralmente o menor, cuidando dos seus direitos fundamentais, tais como o direito a saúde, ao respeito, a dignidade, a vida, a sua liberdade e ao seu direito a convivência familiar em um ambiente sadio e harmônico.

O artigo 4º do ECA diz:

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende: a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; c)

preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

A Alienação Parental está cada dia mais presente nas relações familiares e resta ao Judiciário proteger o menor. Por isso vem a Constituição Federal e conceitua quem são os responsáveis por dar existência real a esse rol de garantias, que são eles a sociedade; a família e o Estado.

A Constituição Federal e o ECA ampararam a doutrina de proteção integral. As crianças e os adolescentes foram protegidas de qualquer forma de negligência, sendo contemplados com um enorme número de garantias e prerrogativas, transformando-os em sujeitos de direito. O ECA garante que as crianças e adolescentes possam ser criadas no seio da sua família, e que esta família possua o afeto como elemento agregador, sendo os pais os responsáveis por educar os filhos e exercer o papel necessário para formação plena da personalidade do menor.

Com a evolução dos estudos sobre o tema, fica clara a importância da família no desenvolvimento sadio de uma pessoa em formação. Dessa maneira vem à tona o princípio da paternidade responsável, que encontra seu primeiro e mais amplo alicerce no princípio da dignidade da pessoa humana, fonte inesgotável do direito das famílias, que aliados ao princípio da máxima proteção, informam o exercício da autoridade parental, considerado na observância dos deveres a ele inerentes.

Quando ocorre omissão por parte dos pais em relação a cumprir os encargos decorrentes do poder familiar, deixando de atender aos deveres a eles tidos como obrigatórios na participação da vida do menor, produzindo danos emocionais que serão merecedores de reparações, se caracteriza o abandono afetivo.

A jurisprudência veio com uma nova tendência que causou reviravoltas no cenário da justiça nas relações entre pais e filhos, que a partir destas os pais passaram a ter o dever de indenizar a título de danos morais os seus filhos pelo abandono afetivo, mesmo tendo pagado a pensão alimentícia.

Maria Berenice Dias opina que:

A indenização por abandono afetivo poderá constituir-se em 'instrumento de extrema relevância e importância para a configuração de um direito das famílias mais consentâneo com a contemporaneidade', podendo até exercer um papel pedagógico no seio das relações familiares.

Dessa maneira, o dano causado a dignidade humana do filho no seu estágio de formação deve ser passível de reparação material, não apenas para que esses deveres familiares não fiquem impunes, mas para que todo tipo de prejuízo causado na formação dos menores seja protegido de maneira firme pelo judiciário, mostrando que o afeto tem um preço muito alto nas relações familiares atuais.

2.12 A ALIENAÇÃO PARENTAL NOS TRIBUNAIS BRASILEIROS

Ainda são raros os casos que envolvem a Alienação Parental na jurisprudência brasileira, o Poder Judiciário brasileiro não possuía um posicionamento claro sobre o assunto antes da criação da lei 12.318/2010, que veio para inibir a prática de ato tão maléfico a criança e ao adolescente.

Apesar da pouca preparação para lidar com o tema, a jurisprudência e a doutrina já haviam se atentado para essa problemática tão séria, partilhando a necessidade de se utilizar medidas para reprimir o problema.

Os primeiros Tribunais que tentaram inibir a prática de Alienação Parental foram os do Sul, através de decisões que já poderiam resultar na inversão da guarda, perda e suspensão do poder familiar, também já se atentavam a imposição de multas para o agente Alienante, como também a importância de tratamentos psicológicos para os que sofriam as conseqüências da alienação, tentando diminuir os efeitos da Alienação para as partes atingidas. Apesar de não possuir legislação específicas, esses Estados já mostravam seu pioneirismo em suas decisões em relação ao tema;

No ano de 2006 foi proferido pelo Tribunal do Rio grande do Sul decisão que envolvia o litígio entre cônjuges:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO DE GUARDA DE MENOR. GUARDA EXERCIDA PELOS AVÓS MATERNOS, CONFIADA AO PAI NA SENTENÇA. PREVALÊNCIA DOS INTERESSES DA MENOR. Estando demonstrado no contexto probatório dos autos que, ao melhor interesse da criança, será a transferência da guarda para o pai biológico, que há muitos anos busca em Juízo a guarda da filha, a sentença que assim decidiu, com base na prova e nos laudos técnicos, merece ser confirmada. Aplicação do 1.584, do Código Civil. Guarda da criança até então exercida pelos avós maternos, que não possuem relação amistosa com o pai da menor, restando demonstrado nos autos presença de síndrome de alienação parental. Sentença confirmada, com voto de louvor. NEGARAM PROVIMENTO À APELAÇÃO. (Apelação Cível Nº 70029368834, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: André Luiz Planella Villarinho, Julgado em 08/07/2009).

O julgado acima fala sobre um caso em que a mãe estava inconformada com a sentença que passou a permitir a visitação do pai, sem a necessidade de terceiros de confiança desta ela então entrou com um recurso de apelação requerendo que as visitas fossem suspensas, alegando que o genitor era uma pessoa perigosa e outros diversos fatos na tentativa de afastá-lo ainda mais do convívio com seus filhos.

Em todo o processo ocorreram diversas trocas de acusações, e com o acompanhamento de uma psicóloga e uma assistente social, verificou-se, comprovado por um laudo psicológico, que os filhos se identificavam com o genitor, ficando clara a necessidade de se manter um vínculo entre os filhos e o pai, deixando de lado o conflito entre os genitores e colocando em primeiro lugar o bem-estar dos filhos. O tribunal resolveu por prover parte do recurso unicamente por conta do longo período que o genitor passou afastado dos filhos, impondo por este motivo que as visitas ocorressem em um ambiente terapêutico.

Após analisar essa jurisprudência pode-se perceber que os tribunais brasileiros já se portavam em relação ao tema mesmo ainda não existindo lei específica que a delimitasse. Com a nova lei de Alienação Parental, os juízes podem se posicionar de uma maneira mais efetiva, sempre resguardando o interesse da criança e do adolescente.

Já ficou claro que durante esse período após a publicação da lei 12.318/2010 os tribunais vêm gradativamente aplicando aos agentes alienadores as sanções previstas no artigo sexto da referida lei, quando são identificadas condutas típicas da alienação parental.

A alienação parental vem se efetivando nos seguintes julgados:

GUARDA E RESPONSABILIDADE DE FILHO. PAIS SEPARADOS. INTERESSE DO MENOR. ACUSAÇÕES DE ABUSO SEXUAL E MAUS TRATOS NÃO PROVADAS. ALIENAÇÃO PARENTAL. GUARDA COMPARTILHADA QUE NÃO SE RECOMENDA. Quando as pretensões dos pais separados não convergem sobre a guarda do filho, deve prevalecer o interesse do menor. A situação de beligerância entre os genitores não justifica a guarda compartilhada e a situação de instabilidade a que o menor é exposto com o litígio pode evoluir para o desenvolvimento de uma Síndrome de Alienação Parental. Desprovimento do recurso. (SEGREDO DE JUSTIÇA). (Apelação Nº 01090992420058190001, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RJ, Relator: José Geraldo Antônio, Julgado em 02/03/2011)

CIVIL. FAMÍLIA. GUARDA E RESPONSABILIDADE. IRMÃO MATERNO.

MELHOR INTERESSE DOS MENORES. Ao julgar apelação interposta por genitor em face da sentença que deferiu a guarda definitiva de seus filhos a irmão unilateral dos menores, a Turma negou provimento ao recurso. Segundo o Relatório, o apelante, preso pelo assassinato da mãe das crianças, sustentou que o irmão materno não possui condições de cuidar dos menores, haja vista o não atendimento adequado das necessidades deles. Ainda conforme o relato, o apelante alegou ausência de prestação de contas dos bens deixados pela genitora, assim como da pensão por morte destinada aos menores, que estaria sendo utilizada pelo guardião em proveito próprio. Por fim, o apelante apontou a prática de alienação parental por parte do guardião e do restante da família materna, ao desqualificarem a avó paterna junto aos menores. Com efeito, os Desembargadores observaram que o irmão materno detém a guarda de fato desde o falecimento da genitora e, segundo estudos realizados pelo Serviço Psicossocial, os menores estão adaptados, bem assistidos, bem como demonstram carinho e respeito pelo irmão guardião. O Relator afastou a hipótese de alienação parental, dado o fato de um dos filhos ter presenciado o assassinato da mãe pelo pai, o que, por si só, justifica a aversão dos menores em relação à família paterna, independente da opinião manifestada pelo guardião ou de outro membro da família materna. Ademais, os Desembargadores entenderam assegurado o patrimônio dos menores, ao lembrar a existência de determinação judicial para bloqueio das contas bancárias destes, cujos saldos correspondem ao valor obtido com a alienação do imóvel deixado pela genitora e ao depósito mensal de 10% da pensão por morte. Assim, o Colegiado manteve a sentença impugnada por entender priorizado o melhor interesse dos menores, uma vez comprovado que estes estão sendo bem assistidos pelo irmão. (Apelação Cível Nº 20070410008593, Quarta Turma Cível do Tribunal de Justiça do DF, Relator: CRUZ MACEDO, Julgado em: 26/04/2012). (2012, online).

Diante da Lei de Alienação parental é sabido que os Tribunais ainda têm um longo percurso para percorrer na procura de soluções mais adequadas para os litígios nessa situação, fica claro que são necessários ainda muitos estudos sobre o tema, mas já ficou constatado como podemos averiguar durando todo o trabalho, que se trata de uma ferramenta imprescindível para a aplicação nos casos concretos, tendo como seu objetivo principal resguardar a criança e o adolescente de qualquer forma de abuso que tire seu direito fundamental de convívio saudável no ambiente familiar.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As crianças e adolescentes têm sido vítimas deste mal sem ao menos conhecê-lo. Muitos pais e mães sequer percebem que estão sendo vítimas ou alienadores, por tão somente entender ser normal em determinadas atitudes. Portanto, o tema gera grande impacto, afinal somente conhecendo-o é possível evitá-lo, combatê-lo e remediá-lo. Com este mesmo intuito, existem movimentos, os

quais há anos lutam pela institucionalização – de fato, da guarda compartilhada, da diminuição dos atos de alienação parental e quaisquer outras prejudiciais aos direitos das crianças e adolescentes.

O fato de um pai distanciar-se de um filho pode ter diversos motivos, dentre eles a alienação parental ou o simples desamor. A jurisprudência já se manifestou e se tem entendido que é possível a responsabilidade civil decorrente da alienação parental. Logo, percebe-se que a matéria gera discussão nas mais variadas formas e aspectos do direito, pois também tem sido usada a alienação parental como matéria de defesa nos casos de abuso sexual. É importante que os operadores do direito conheçam este instituto, sob pena de não cumprirem sua principal missão, que é perpetuar a justiça.

Em regra, estes movimentos são iniciativa de pais e mães separados que na ânsia de reestruturar os laços afetivos com seus filhos, uniram-se uns aos outros para promover ações em prol dos infantes. Com o auxílio destes movimentos, é que surgiram leis como a da Alienação Parental e da Guarda Compartilhada. Assim, tais associações têm colaborado na propagação de informações sobre estes atos, publicam livros, produzem documentários e dão suporte às vítimas destes conflitos familiares.

Por fim, dada a riqueza de informações e estudos sobre a alienação parental, conclui-se que o presente trabalho não esgotou todas as fontes existentes sobre o assunto. Não obstante, não foi possível discutir aprofundadamente diversos temas, porém o leitor terá dimensão da importância de conhecer a problemática e instigar-se a continuar pesquisando sobre o tema.

Os direitos das crianças e adolescentes são encantadores, e facilmente fascinam e instigam sua defesa. Por outro lado, é muito frustrante quando se percebe que diversas vezes os mesmos são subtraídos dentro do próprio lar e por aqueles que deveriam ser seus maiores guardadores, os pais. Para intermediar estas lides, que cada vez com mais frequência tem sido levada ao judiciário, o operador do direito -seja o magistrado, o advogado, ou o promotor de justiça- precisa ser mais sensível ao fato de que muitas vezes o réu também é vítima dele mesmo.

Conseqüentemente, o vértice deve ser a preservação dos direitos das crianças e adolescentes, num primeiro momento, mas que tão logo sejam reestruturados os laços familiares. O operador do direito precisa compreender esta

sistemática multidisciplinar e ter olhos de psicólogo, assistente social, juiz, criança, para dar o melhor parecer possível. Vale lembrar que nenhuma sentença mudará sentimentos, mas sim fatos isolados. A alienação parental precisa de reeducação dos pais e dos filhos, para que aprendam novamente a amar uns aos outros e este é um desafio ao Judiciário.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Código Civil (2002). Brasília, DF: Senado Federal, 2002. Disponível em: . Acesso em: 28 maio 2014.

_____. Constituição (1988). Constituição da Republica Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: . Acesso em: 05 jun. 2014.

DINIZ, Maria Helena. Direito civil brasileiro: direito de família. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: direito de família. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Lex: Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: Acesso em: 08 nov. 2014.

_____. Lei 11.340, de 07 de agosto de 2006. Dispõe sobre a criação dos juizados de violência doméstica e familiar contra a mulher e dá outras providencias. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 2006. Disponível em: Acesso em: 06 jun. 2014.

_____. Lei 11.698, de 13 de junho de 2008. Altera os arts. 1.583 e 1.584 da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada. Diário Oficial da Republica Federativa do Brasil. Brasília, DF, 2008. Disponível em: Acesso em: 16 out. 2014.

_____. Lei 12.013, de 06 de agosto de 2009. Altera o art. 12 da Lei no 9.394, de 20 de dezembro de 1996, determinando às instituições de ensino obrigatoriedade no envio de informações escolares aos pais, conviventes ou não com seus filhos. Disponível em: . Acesso em: 14 ago. 2014.

MADALENO, Ana Carolina Carpes; MADALENO, Rolf. Síndrome da alienação parental: importância da detecção aspectos legais e processuais. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

RIZZARDO, Arnaldo. Direito de família: de acordo com a Lei 10.406, de 10.01.2002. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SILVA, Viviane Aparecida Liz da Silva. O princípio do livre convencimento motivado. São Miguel do Oeste: UNIEDU, 2010. Disponível em: Acesso em: 22 out. 2010.

SILVA, Paulo Lins e. O casamento como contrato de adesão e o regime legal da separação de bens. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Afeto, ética e família e o novo Código Civil brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 353-363.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: direito de família. 12^a ed. São Paulo: Atlas, 2012.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: direito de família. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

VIEIRA, Rhayne Kerllen Pereira. Alienação parental. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, n. 4136, 28 out. 2014.
Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/29822>>. Acesso em: 15 maio. 2017.

SITES CONSULTADOS:

ALIENAÇÃO PARENTAL. O que é síndrome da alienação parental. Disponível em: <<http://www.alienacaoparental.com.br/>>. Acesso em: 06 jan. 2017.

BROCKHAUSEN. Disponível em: <<file:///C:/Users/st/Downloads/10341-25646-1-SM.pdf>>. Acesso em: 15 maio. 2017.

Lei 11.698/08 (Guarda Unilateral e Compartilhada). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm>. Acesso em: 22 fev. 2017.

Lei 12.318/10 (Lei de Alienação Parental). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm>. Acesso em: 25 fev. 2017.

O DIREITO À EDUCAÇÃO COMO ALICERCE PARA O DESENVOLVIMENTO NACIONAL

Renan Esdras Lopes Casimiro
Maria Adelize da Silva Luz

RESUMO: O direito à educação é tema interdisciplinar que vem sendo debatido e estudado sistematicamente pelas ciências pedagógicas bem como pela psicologia, sociologia, antropologia, filosofia, direito e entre outras ciências. Nossa Constituição Federal, em seu art. 6º, consagra a educação como um direito social. Sendo um direito social, tem por objetivo criar circunstâncias para que o indivíduo evolua, e adquira o ínfimo basilar para conviver em sociedade. Assim, o presente artigo apresenta uma análise a respeito da eficácia do direito à educação enquanto direito social fundamental à luz da Constituição de 1988 do Brasil, certificando sua relevância e pertinência em matéria constitucional, tendo em vista que tal direito caracteriza-se ao mesmo tempo como base para atuação na vida social e fundamento para o alcance da cidadania, colaborando de forma original para a legitimação do Estado de Direito democraticamente constituído.

Palavras – chave: Direito, Constituição, Educação, Social, Desenvolvimento.

ABSTRACT: The right to education is an interdisciplinary theme that has been debated and systematically studied by the pedagogical sciences as well as by psychology, sociology, anthropology, philosophy, law and among other sciences. Our Federal Constitution, in its art. 6, enshrines education as a social right. Being a social right, it aims to create circumstances for the individual to evolve, and to acquire the smallest foundation to live in society. Thus, this article presents an analysis of the effectiveness of the right to education as a fundamental social right in light of Brazil's 1988 Constitution, certifying its relevance and relevance in constitutional matters, considering that such right is characterized at the same time. as a basis for acting in social life and a foundation for achieving citizenship, collaborating in an original way to legitimize the democratically constituted rule of law.

Key words: Law, Constitution, Education, Social, development.

1 INTRODUÇÃO

Dentro do rol dos direitos humanos fundamentais encontra-se o direito à educação, amparado por normas nacionais e internacionais. No Brasil este direito apenas foi legalmente perfilhado na Constituição Federal de 1988, anteriormente os administradores não tinham a obrigatoriedade de garantir a educação de qualidade a todos os brasileiros, o ensino público era tratado como uma assistência, um amparo dado àqueles que não tinha condições financeiras para adquirir o ensino particular.

A Educação teve destaque na Constituição Brasileira de 1988 que em seus dispositivos transitórios (ADCT modificado pela Emenda Constitucional 14/1996) dava o prazo de dez anos para a universalização do Ensino e a erradicação do analfabetismo. Ainda em 1996 surgiu a nova LDB - Lei das Diretrizes Básicas, que instituiu a Política Educacional Brasileira. A lei 9131/1995 criou o Conselho Nacional de Educação, substituindo o antigo Conselho Federal de Educação que havia surgido com a LDB de 1961 e tinha sido extinto em 1994.

Dessa forma, a educação constitui um direito fundamental, o Estado tem que garantir a todos o acesso à educação, pois essa garantia é de grande importância na vida dos indivíduos. Com ela, o sujeito assimila o alcance de suas liberdades, a condição de funcionamento de seus direitos e a importância de seus deveres. Ademais, é conjectura necessária à ascensão de qualquer Estado de Direito, pois a habilitação para o trabalho e a capacidade crítica das pessoas mostram-se essenciais ao alcance desse objetivo.

Da mesma maneira, o debate sobre os Direitos Humanos, no tocante a educação, é de grande relevância frente seu potencial formativo. A educação é para os Direitos Humanos um apetrecho para o desenvolvimento de uma cultura de tolerância e paz. As práticas pedagógicas devem estar voltadas para o crescimento de uma sociedade educada, buscando na convivência e não somente na teoria, mas sim na prática dos Direitos Humanos, em um espaço democrático de interação na atmosfera acadêmica, o conhecimento para a formação de cidadãos.

A instrução em Direitos Humanos nos diferentes anos do ensino é um dos grandes desafios na produção de experiências. Por não ser um conteúdo que integre o currículo escolar, por vezes é trabalhado de maneira esporádica e sem a devida contextualização. Todavia, é necessário para que os estudantes tomem consciência do processo de mudanças culturais no qual estão englobados, e o seu papel enquanto cidadão de direito com poder para construir uma sociedade mais harmônica e justa.

A escola é o primeiro lugar onde o indivíduo se encontra com representações sociais. É a origem dela que são construídas as relações interpessoais, com a influência mútua entre todos os agentes escolares aos quais o estudante é proporcionado, sob um olhar transformador, colocando-o conhecedor de seu papel crítico e criativo em sociedade.

Neste sentido, apresenta-se o entendimento de Gadotti (2007) ao referir que “a escola não é só um lugar para estudar, mas para se encontrar, conversar, confrontar-se com o outro, discutir, fazer política”. A escola vai além de seus muros, posto que não se trate de um espaço físico, mas da onde se produza o conhecimento e se desenvolva as relações sociais.

É primordial que a escola, seja ela de nível infantil ou adulto, não olhe para o aluno como um ser sem luz, como um lugar vazio, somente como uma esponja preparada para absorver conhecimento, mas que o veja em sua dimensão humana, repleto de vontade de aprendizagem e saberes cuja interação, mediada pelo professor promova o conhecimento. Assim, além do ensino propriamente dito, é necessário se trabalhar o direito de forma empírica, colocando o estudante defronte do Direito e diante à realidade na qual se insere.

As vivências no Direito não devem ser forçadas, uma vez que “a moral é o mundo da conduta espontânea” (BETIOLI, 1995). A moral é bilateral e subjetiva, partindo de cada pessoa visando o bem e a paz social. Ela é fruto de uma construção diuturna, desde a mais tenra idade.

Vale ressaltar que “não somos seres determinados, mas, como seres inconclusos, inacabados e incompletos, somos seres condicionados” (GADOTTI, 2007). Enquanto seres em formação nos completamos com acostamento em nossas experiências, no ambiente no qual estamos inseridos, na construção moral e de aprendizagem que se desenvolve no ambiente ao qual pertencemos. Todos estes condicionantes são relevantes para a formação do indivíduo.

O presente trabalho aborda os principais aspectos existentes na nossa Carta Magna para o desenvolvimento nacional por meio da implementação da educação, como por exemplo os princípios espalhados em todo o ordenamento constitucional e que servem de veículos para o desenvolvimento do direito à educação e a garantia desse direito fundamental.

2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

2.1 PRINCÍPIO DA IGUALDADE

A barbárie verificada na segunda guerra mundial, veio logo após a criação da Organização das Nações Unidas (ONU), decorreu a Declaração Universal dos Direitos do Homem, reproduzida na égide de resolução, com o artigo 1º, dispondo que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade.” Foi a primeira vez que uma comunidade universal de nações formulou uma declaração sobre a liberdade e os direitos fundamentais do homem.

A reação da comunidade internacional direcionava-se a atrocidades cometidas em nome de uma ideologia que atribuía a si o monopólio da dignidade. É sintomático que a igualdade humana tenha sido declarada umbilicalmente conectada à dignidade, constituindo pressuposto essencial para o respeito à dignidade da pessoa humana a garantia da isonomia entre os seres humanos.

Há uma interligação declarada, entretanto, um aparente paradoxo, onde o valor da dignidade humana exige a consideração de cada indivíduo como ser insubstituível, como portador de uma existência única, conectando-se ao estabelecimento de uma igualdade de todos sob o alcance da lei.

É sob este enfoque, de estreita ligação do princípio da igualdade com a dignidade humana que se compreende atualmente a igualdade enquanto princípio jurídico, a despeito de ter experimentado facetas sensivelmente distintas no longo decorrer de sua evolução, conforme se percebe desde um rápido panorama de seu desenvolvimento, em distintas fases do conhecimento humano.

Como obra humana que é, o princípio da igualdade experimentou um lento processo de elaboração conceitual, com pontuais avanços e retrocessos, influenciado por fatos e circunstâncias históricos, alguns positivos e outros tantos desastrosos.

Com isso, o Princípio da Igualdade está assegurado no artigo 5º da Constituição Federal, que diz “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza...”. A igualdade não se engloba apenas ao texto legal anterior, mas também deve estar condizente com a Isonomia, ou seja, é preciso que sejam ressalvadas as desigualdades entre os desiguais para que se tornem iguais em conformidade com suas desigualdades, pois considerando que a aplicação da lei é igual para todos, em alguma situação haverá aquele que será prejudicado, provavelmente aquele que é menos desprovido de recursos financeiros para os

estudos, pois será tratado de forma igual a quem tem condições financeiras mais vantajosas.

Além do mais, esse princípio proíbe qualquer discriminação e desigualdade em razão do direito a educação, e ressalva a proporção entre crianças de diferentes classes sociais não podendo ser aplicado em desacordo com a isonomia, pois este também é um princípio norteador dos direitos e garantias e se sujeitam a norma jurídica todo e qualquer cidadão.

O princípio da igualdade interdita tratamento desuniforme às pessoas. Sem embargo, consoante se observou, o próprio da lei, sua função precípua, reside exata e precisamente em dispensar tratamentos desiguais. Isto é, as normas legais nada mais fazem que discriminar situações, à moda que as pessoas compreendidas em umas ou em outras vêm a ser colhidas por regimes diferentes. Donde a algumas são deferidos determinados direitos e obrigações que não assistem a outras, por obrigadas em diversa categoria, regulada por diferente plexo de obrigações e direitos. (BANDEIRA DE MELLO, 2009)

Bandeira de Melo também reitera ser próprio das leis desigualar situações; discriminações terão de haver. Para o autor, as normas sempre fazem e sempre farão distinções entre coisas, seres e situações, os quais sempre possuem entre si pontos comuns, que permitirão considera-los iguais. De outro lado, sempre apresentarão diferenças em relação a outros aspectos e circunstâncias que os envolvem, fato que ensejaria considera-los distintos entre si.

Segundo a fórmula de Bandeira de Melo, se o tratamento discriminatório outorgado a uns for justificável, por existir uma correlação lógica entre o fator de *discrímen* tomado e o regramento que se lhe deu, a norma ou a conduta são compatíveis com o princípio da igualdade; se, pelo contrário, inexistir esta relação de congruência lógica, a norma ou a conduta serão incompatíveis com aquele princípio.

Portanto, como citado acima o princípio da igualdade vem sanear as desigualdade e discriminação existente no direito. É preciso fazer a defesa da igualdade como princípio de cidadania, da modernidade e do republicanismo. A igualdade é o princípio tanto da não-discriminação quanto ela é o foco pelo qual homens lutaram para eliminar os privilégios de sangue, de etnia, de religião ou de crença. Ela ainda é o norte pelo qual as pessoas lutam para ir reduzindo as desigualdades e eliminando as diferenças discriminatórias. Mas isto não é fácil, já

que a heterogeneidade é visível, é sensível e imediatamente perceptível, o que não ocorre com a igualdade.

2.2 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A dignidade da pessoa humana enquanto valor universal humanístico passou a ser o fundamento das Constituições dos países democráticos, deslocando a finalidade do Estado para um único ponto, ou seja, o indivíduo. O Constituinte originário com base nessa determinação definiu de forma expressa no artigo 1º, inciso III, a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito Brasileiro.

Ela transcendeu a metafísica, tornou-se o sustentáculo da concretização dos direitos humanos. A sua concepção universal de valor inerente ao homem, não só é fundamento de muitos Tratados Internacionais, como da maioria das atuais constituições democráticas.

O aspecto abrangente do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana é integrado às diferentes de legislações conforme aspectos próprios de cada área do Direito. Desse modo, embora partam de uma mesma ideia, a integração do princípio às normas – ou a adequação das normas ao princípio – variará conforme as particularidades.

Por exemplo, a dignidade da pessoa humana no Direito do Consumidor enfocará questões de riscos de vida. Mas também, em questões de hipossuficiência do consumidor em relação às grandes empresas. No Direito Penal, apreço como referência às garantias dos réus e apenado. Afinal, das condutas puníveis, são seres humanos acima de tudo e precisam ser respeitados como tais. Ao mesmo tempo, atos que suprimam a dignidade humana podem ser penalizados.

Enfim, o princípio da dignidade da pessoa humana ganha diferentes interpretações e aplicações. E isto pode, então, conduzir a uma subjetividade. Contudo, a arbitrariedade é uma possibilidade verificada em diferentes instrumentos, também. E é um risco que ocorre em face dos princípios. E, inclusive, levanta discussões como aquelas verificadas entre constitucionalistas principialistas e constitucionalistas garantistas.

Apesar da discussão ser relevante e necessária, não pode conduzir a uma supressão desse princípio. As pessoas devem ser consideradas como indivíduos humanos acima de tudo. E devem ter direitos e garantias fundamentais preservados, também na busca dessa dignidade que decorre de sua natureza humana.

Segundo Sarlet (2010), quando o Constituinte Originário consagrou expressamente o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito do Brasil, objetivou fundamentar o sentido, a finalidade e a justificação do exercício do poder estatal e do próprio Estado em si. Além desse designo, objetivou também reconhecer que o Estado existe em função da pessoa, e não o contrário, já que o ser humano constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal. Ainda nas palavras deste autor, o artigo 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988 (CF/88), não contém apenas uma declaração de conteúdo ético e moral, mas demonstra também que o princípio da dignidade da pessoa humana é uma norma jurídico-positiva de status constitucional e, como tal, dotada de eficácia, capaz de garantir os direitos fundamentais do cidadão.

O princípio da dignidade da pessoa humana é uma garantia dotada de direitos e deveres fundamentais destinados a pessoa humana e se estendem as crianças lhes dando proteção integral quanto ao desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

A dignidade humana é intangível. Respeitá-la, e protegê-la é obrigação de todo o poder público. Dignidade é um conceito que foi sendo elaborado no decorrer da história e chega ao início do século XXI repleta de si mesma como um valor supremo, construído pela razão jurídica. (NUNES, 2009).

Esse princípio é utilizado ativamente na proteção do direito das crianças para garantir um crescimento mais benéfico sem intervenções que atrapalhem seu desenvolvimento pessoal fundadas na dignidade e no respeito que lhes são garantidas perante o convívio social.

É de conhecimento de todos que o direito à educação está intimamente ligado ao princípio da dignidade humana. Segundo Marcelo Mavilino Camargo, “a dignidade da pessoa humana, em si não é um direito fundamental, mas sim um atributo a todo ser humano”. Dessa forma, o direito à educação, em quanto direito fundamental do homem deve ser analisado em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Mister salientar que além de ser um direito social, a educação é um pré-requisito para usufruir-se dos demais direitos civis, políticos e sociais emergindo como um componente básico dos Direitos do Homem.

Dessa forma, a ausência da educação impossibilita ao ser humano o evoluir de suas próprias potencialidades, permanecendo ele como um projeto interrompido prematuramente, em razão da falta dos meios necessários à sua realização. Isso é profundamente lamentável para a sociedade, porquanto não se trata de um projeto qualquer, mas de um ser humano, cuja dignidade resta profundamente ferida quando se nega à pessoa a possibilidade de desenvolver-se como tal, por meio da educação.

2.3 PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA

Na biografia da cultura do ser humano, a criança e o adolescente não tomavam função de relevância no ambiente familiar. Sendo, por séculos, artifício de posse do poder patriarcal. Segundo Trindade (2007) “até o século XIX, no caso de dissolução do casamento, a guarda era outorgada ao pai, que se presumia estar em melhores condições econômicas para sustentar os filhos, que, junto com a mãe, eram propriedade sua.”

O século XX traz aspirações de paz em consequência das duas grandes guerras mundiais, maiormente a 2ª grande guerra que redefiniu as adjacências social, político e econômico das potências mundiais da época, atingindo, cada Estado, de maneira mais ou menos direta. O desejo de paz se concretiza nos meados do ano de 1948, com a Declaração Universal dos Direitos dos Homens, que traz no seu artigo XXV, inciso 2º “A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças nascidas dentro ou fora do matrimônio gozarão da mesma proteção social”, materializando o Estado Democrático de Direito e estabelecendo os Direitos Humanos, que alastra uma nova visão para a problemática da exclusão vivenciada por crianças e adolescentes de todo o mundo.

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, erguido a princípio fundamental na Convenção Internacional dos Direitos da Criança e do Adolescente de 1989, tem sua estirpe, de acordo com os ensinamentos de Pereira (2008), no instituto do *parens patriae* que, na Inglaterra do século XIV, já se

justapunha para o amparo dos indivíduos, que eram gozados como incapazes e, também, de suas propriedades se as tivessem. Inicialmente era de responsabilidade da família Real, mas, posteriormente, foi delegada ao Chanceler.

O instituto do *parens patriae* se resolve, como sendo uma autoridade obtido pelo governo para operar como guardião de um sujeito com uma limitação jurídica. Dessa forma, o Estado inglês, através do seu representante legalmente instituído, “Guardião Supremo”, assume o dever de “proteger todas as crianças, assim como os loucos e débeis, ou seja, todas as pessoas que não tivessem discernimento suficiente para administrar os próprios interesses.” (PEREIRA, 2008).

Nos Estados Unidos, o princípio da primazia do interesse da criança, o “best interest of children” foi efetivado no séc. XIX, em 1813, no julgado do caso *Commonwealth v. Addicks*, ocorrido na Corte da Pensilvânia, onde tratou, segundo Pereira (2008), da “guarda de uma criança quando do divórcio de seus pais”; havia a disputa pela guarda da criança; sendo que “o cônjuge mulher havia cometido adultério. A Corte considerou que a conduta da mulher em relação ao marido não estabelecia ligação com os cuidados que ela dispensava à criança.” (PEREIRA, 2008).

No Brasil, conforme as tradições históricas, não foi totalmente diferente esse processo pelo qual adveio a questão que arrasta a criança. A proteção infanto-juvenil, historicamente no Brasil, perpassa por três diferentes momentos: primeiramente o de mero caráter penal, regido pelos Códigos Penais de 1830 e 1890, onde se aplicava a Teoria da Ação que criminalizava o menor e punia a delinquência infantil.

A ausência de observância e prioridades, por parte do Estado, as crianças e adolescentes vivenciavam, nas Casas de Correção, ou, na falta dessas, carceragem comum, juntamente com os adultos, terrível e lamentável humilhações e maus tratos, o que ocasionou pressões internacionais para que o Brasil se adequasse às novas realidades, próprias do Estado de Direito, e em 1927, em parceria com o Chile, Uruguai e Equador elabora o primeiro Código de Menores da América Latina.

No segundo momento de intervenção do Estado para o cuidado com o menor se dá com a implantação do Código de Menores de 1979, Lei nº 6.697/79, a qual seguiu a ala assistencialista e funda-se na Doutrina jurídica da situação irregular, trazidas no art. 2º da referida lei.

Nogueira (1988) lecionando acerca do menor e sua inserção no contexto social, assevera que:

Situações de perigo que poderão levar o menor a uma marginalização mais ampla, pois o abandono material ou moral é um passo para a criminalidade. (...) . A situação irregular do menor é, em regra, consequência da situação irregular da família, principalmente com a sua desagregação. (NOGUEIRA, 1988 apud PEREIRA, 2008)

Com a concretização dos Direitos Humanos e a importância tomada com a constitucionalização, de cunho principiológico, do Direito, o cuidado à criança e ao adolescente passa de mero cuidado assistencial e excludente, para assumir uma nova visão, ao final do sec. XX e início do XXI, a proteção integral.

Dessa maneira, o princípio do melhor interesse da criança está previsto na Carta Maior de 1988, em seu artigo 227, caput, e no Estatuto da Criança e do Adolescente em seus artigos 4º, caput, e 5º.

Prevê o art. 227, caput, da CF/1988, com redação dada pela Emenda Constitucional 65, de 13 de julho de 2010, que “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”. (TARTUCE, 2014)

Enquanto a Constituição Federal apresenta um rol taxativo acerca deste princípio, o parágrafo único do artigo 4º do Estatuto da Criança e Adolescente especifica, de forma exemplificativa, quais são as políticas públicas que podem ser efetivadas, buscando alcançar a garantia constitucional de absoluta prioridade dessa parte da população. Ao mesmo tempo em que o artigo 6º classifica a criança pessoa em desenvolvimento, que tem garantido, de forma absolutamente prioritária, o seu melhor interesse.

Para Heloisa Helena Barboza, a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança e do Adolescente consagrou, no âmbito internacional, direitos próprios da criança, "que deixou de ocupar o papel de apenas parte integrante do complexo familiar para ser mais um membro individualizado da família humana".

Na lição de Gustavo Ferraz de Campos Monaco, tal Declaração marca a mudança de paradigma em relação à normatização anterior, consubstanciada pela Declaração de Genebra e aprovada pela Sociedade das Nações, após a Primeira

Guerra Mundial. Enquanto esta última colocava a criança em posição passiva, de objeto de proteção, a nova Declaração, sob o auspício do princípio da dignidade da pessoa humana, alçou a criança ao patamar de sujeito de direitos, dando início à aplicação do princípio do melhor interesse da criança.

Nesse contexto, a participação da criança e do adolescente no processo de decisão sobre seu melhor interesse afigura-se essencial e obrigatória, em observância aos valores positivados pelo legislador e, em especial, para a concretização da dignidade que se realiza pela concepção da criança como sujeito de direito e não apenas como objeto de proteção.

3 A EDUCAÇÃO COMO DIREITO UNIVERSAL

Sabe-se que a educação é algo imprescindível a formação do indivíduo, pois ela é a ferramenta para o alcance de uma vida melhor, com mais dignidade, além de promover o acesso a cidadania e ao cumprimento de direitos e deveres.

Trata-se de uma forma de buscar justiça social, haja vista que todos merecem um lugar de respeito na sociedade e a educação é o mecanismo capaz de transformar a sociedade, de proporcionar a todos mais igualdade de oportunidades além do desenvolvimento pessoal e profissional.

Pensando na situação de desigualdade que sempre fez parte da sociedade brasileira a Constituição Federal de 1988 consolidou em seu escopo o artigo 205 que trata do direito a educação, no entanto, para que os indivíduos tenham esse direito resguardado é necessário que se faça cumprir o que a lei estabelece tendo em vista que não se pode alcançar o desenvolvimento humano e social quando a educação não é acessível a todos.

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.

Nessa esteira entende-se que, a educação como direito assegurado na Lei Maior deve ser considerada essencial ao desenvolvimento do indivíduo, logo para que se possa ter acesso à cidadania, bem como seus direitos e deveres é

necessário o seu pleno acesso pleno e constante acesso a todos os níveis de educação.

Segundo os ensinamentos de Pompeu “de um lado, se encontra a pessoa portadora do direito à educação e, do outro, a obrigação estatal de prestá-la”. Dessa forma, a educação é algo que o indivíduo pode cobrar do Estado, pois este tem o dever legal de promovê-la não importando a condição social de cada um, sendo que cada indivíduo na realidade é o titular de tal direito enquanto o Estado é o organismo que deve viabilizar o seu cumprimento sem a distinção por respeito à dignidade da pessoa humana e na busca pela igualdade e desenvolvimento social.

Ainda conforme salienta Silva (2009, p.32): “O artigo 205 da CF contém uma declaração fundamental que, combinada com o art. 6º, eleva a educação ao nível dos Direitos Fundamentais do homem”. Aí se afirma que a educação é direito de todos, com o que esse direito é informado pelo Princípio da Universalidade.

Tendo em vista que os direitos e garantias fundamentais vinculam-se ao princípio da liberdade, conduzido pela dignidade da pessoa humana, os mesmos devem possuir como sujeito ativo, todos os indivíduos, independente da raça, credo, nacionalidade, convicção política, a coletividade jurídica em geral, podendo pleiteá-los em qualquer foro nacional ou internacional, conforme devidamente expresso no parágrafo 5 na Declaração e Programa de Ação de Viena de 1993.

Conforme ressaltado por Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “a ideia de se estabelecer por escrito um rol de direitos em favor de indivíduos, de direitos que seriam superiores ao próprio poder que os concedeu ou reconheceu, não é nova. Os forais, as cartas de franquia continham enumeração de direitos com esse caráter já na Idade Média...”

Nessa toada, subtende-se que o Direito a Educação pode ser considerado como parte dos Direitos Fundamentais, já que se trata de algo indispensável ao alcance da Dignidade Humana, tendo como base o Princípio da Universalidade sendo, portanto, um direito universal que o Estado não pode tolher do indivíduo e este por sua vez não pode dispor, tratando ser este um direito indisponível.

Assim, o Estado como titular dessa obrigatoriedade deve oferecer mecanismos para que o acesso à educação seja eficaz de forma que todos possam usufruir de tal direito, pois não se pode apenas viabilizar a educação a alguns em detrimento de outros.

A Constituição Federal garante que o Direito à Educação é um dever do Estado e de todos, promovida e incentivada com colaboração da sociedade. O texto constitucional, nos artigos 205 a 214, estabelece uma série de regras que visa efetivar esse direito.

Conforme elucidado no artigo supra é notório que a educação possui natureza pública e as instituições de ensino, sejam elas públicas ou privadas, devem obedecer às normas nacionais de educação, expressamente descrita na Lei número 9.384 de 1996, bem como as normas do CNE (conselho nacional da educação), PDI (plano de desenvolvimento institucional), PPI (projeto pedagógico institucional) e PPC (projeto pedagógico de curso).

Evidencia-se o artigo 211 que elucida a competência da União, Estados e Municípios deverão organizar seu sistema de ensino de forma colaborativa, bem como o artigo 214 que estabelece os objetivos do plano nacional de educação.

É garantida a liberdade de ensino às instituições de ensino de iniciativa privada, desde que, obedecidas as normas gerais de educação nacional, salienta-se que as instituições de ensino deveriam ser submetidas a fiscalizações e avaliações do Poder Público, para que fosse garantido um padrão de qualidade educacional.

É importante dizer que a liberdade aqui referida, trata-se da liberdade de cátedra e não da liberdade de expressão, ou seja, as instituições devem obedecer à norma e garantir o pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas.

Apesar do artigo 209 da Constituição Federal fazer referência à iniciativa privada, é necessário entender que devido à natureza pública da educação, as instituições de ensino de iniciativa privada são obrigadas a respeitar os pressupostos elencados na Constituição Federal, assim como da norma geral de educação nacional e as normas do CNE, PDI, PPI e PPC. Bem como expressamente elucidado nos incisos I e II do artigo 209.

Art. 209. O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições:

- I - cumprimento das normas gerais da educação nacional;
- II - autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público.

A Constituição Federal instituiu a competência de cada ente federativo no preceito da educação escolar. Antes de discorrer sobre a competência de cada ente federativo, incumbe explanar que a Carta Magna de 1988 trouxe em seu artigo 1º, a

formação do Estado Federal, do seguinte modo: União, Estados –membros, Distrito Federal e Municípios.

Cabe ressaltar, que os Estados-membros se autogovernam, e interagem com o Governo Federal através do Congresso Nacional por meio de seus representantes. Assim, o Constituinte Originário buscou mais descentralização das decisões, fortalecendo os Estados, Distrito Federal e os Municípios. Dessa forma, incumbiu a União a elaboração de preceitos gerais, enquanto coube aos demais a especificação de comportamentos, consecutivamente levando-se em conta a realidade do local.

Cumpra-se trazer à baila que, o artigo 211 deve ser decodificado em conformidade com o artigo 23, que prevê a demarcação de preceitos para colaboração entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios, visando no âmbito nacional o bem-estar e equilíbrio do desenvolvimento.

Todos os entes políticos têm obrigação em regime de cooperação, e a atuação conjunta na construção do sistema nacional de ensino, visando à universalização da educação escolar obrigatória, uma vez que está previsto como Preceito Constitucional Fundamental.

A procura pela universalização do direito à educação escolar, consagrou a alternativa pelo ensino fundamental, o qual é ministrado de forma gratuita e obrigatório. Ademais, o Direito à Educação é um Direito Fundamental que deve estar disponível a todas as crianças e adolescentes, não devendo ser exposto em procedimentos de consolidação, ou passar por avaliações puramente arbitrárias da Administração Pública, muito menos esse direito está submisso a pretextos de movimentos governamentais.

A educação institui uma matéria de extrema importância, principalmente quando se tem como finalidade assinalar caminhos para um desenvolvimento social apropriado. A Constituição Federal de 1988, faz menção a educação em várias ocasiões e consecutivamente refere-se a um direito de caráter social, o qual deve ser garantido pelas autoridades competentes. Observa-se que uma das maiores dificuldades que o Brasil enfrenta na área educacional é a destinação de verbas específicas, devido a insuficiência de recursos. E, para que haja uma educação de qualidade necessita que os entes Federativos trabalhem em conjunto, de forma a buscar cada vez mais implantar um sistema de ensino de qualidade, entretanto precisa de consolidação urgente.

A educação é um dos Direitos Humanos, pois está reconhecida teor do artigo 26 da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948:

1. Toda pessoa tem direito à instrução. A instrução será gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. A instrução elementar será obrigatória. A instrução técnico-profissional será acessível a todos, bem como a instrução superior, esta baseada no mérito.
2. A instrução será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais. A instrução promoverá a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos, e coadjuvará as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz.
3. Os pais têm prioridade de direito na escolha do gênero de instrução que será ministrada aos seus filhos.

O Direito Humano à educação reconhecido na Declaração foi fortalecido como norma jurídica internacional, principalmente, pelo Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (arts. 13 e 14), da Convenção Relativa à Luta contra a Discriminação no Campo do Ensino, da Convenção sobre os Direitos da Criança (arts. 28 e 29) e do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Humanos Econômicos, Sociais e Culturais (art. 13).

O debate sobre a educação enquanto direito universal adquire importância no contexto da globalização da informação, da economia e da cultura implicando discussões sobre como converter a educação no fator de construção de identidades nacionais e simultaneamente no instrumento com o qual se podem formar cidadãos abertos à diversidades, tolerantes e respeitadores dos direitos cívicos.

A educação desempenha um papel crucial no que se refere ao desenvolvimento contínuo e integral da personalidade dos indivíduos tendo em conta as características do modo de vida e os desafios para os quais terão de estar preparados.

Com a implantação do ensino educacional de qualidade na sociedade contemporânea, os indivíduos irão questionar as ações dos seus representantes na política local e nacional, com isso não será deixado nenhuma brecha para que os administradores desviem os recursos destinados para a saúde, segurança, educação, transporte público e entre outros.

A educação, portanto, é um direito constitucionalmente assegurado a todos, inerente à dignidade da pessoa humana, bem maior do homem, sendo que por isso o Estado tem o dever de prover condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

4 OS DIREITOS HUMANOS PRESENTES NAS ESCOLAS

Para uma educação antiautoritária é essencial que se abarque a escola como uma concepção multidisciplinar. Se faz necessária a edificação de um plano pedagógico com a participação da população, onde o respeito aos direitos humanos tenham a visão do estudante como “um ser da intervenção no mundo [...] e por isso mesmo deve deixar suas marcas de sujeito e não pegadas de puro objeto” (FREIRE, 2000).

Os direitos humanos nas escolas são aquelas que ao discorrer o seu plano e o seu currículo, trabalhe antes de tudo as relações pessoais e interpessoais entre os seus membros, sendo os educadores ou os educandos. Desvela-se, desta maneira, não somente de um espaço que agencia o cultivo de informações, mas onde se dá estima e valorização à participação de todos o quadro de agentes educacionais no processo de ensino-aprendizagem. A comunidade tem um papel fundamental, uma vez que educandos e educadores suscitem o conhecimento pela interação entre si, de forma lógica vivendo a experiência diuturna da democracia em um espaço no qual se excite altivos padrões morais e éticos.

Os direitos fundamentais da pessoa humana são inseparáveis à uma educação participativa e voltada à antiautoritaríssimo em todos as frações escolares. Este processo de ensino-aprendizagem mira, além de desenvolver alunos, acender sujeitos apropriados de tracejar os dispositivos da sua própria autoavaliação.

A educação é um dos direitos fundamentais, sendo seu ingresso apurado livremente por cada país, conforme seu projeto nacional. O direito à educação ou direito à instrução, como foi mais conhecido, é um direito que foi garantido, em alguns países, ainda no decorrer do século XVIII, contudo, somente a alta burguesia tinha esse privilégio, assim como, outros direitos.

A Constituição Federal da República do Brasil em seu artigo 205 prevê o direito à educação, referindo ser “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).

Em seu artigo 206, a Carta Magna elucida as qualidades nas quais será ministrado o ensino. Quanto ao ensino de Direitos Humanos, em 2006 o Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos a vislumbrou como “um processo sistemático e multidimensional, orientando a formação do sujeito de direitos, articulando as seguintes dimensões” (BRASIL, 2007).

O Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos mira educar cidadãos ativos, constituindo uma coletividade mais popular, justa e justiceira. Para tal, a importância do lugar escolar enquanto um espaço de formação, de desenvolvimento do conhecimento e de consolidação da personalidade e percepção de mundo do estudante. Desta forma, “[...] universo da educação o espaço-tempo privilegiado para formar e consolidar os princípios, os valores e as atitudes capazes de transformar cada ser humano, no humano que queremos ver respeitado em todas as dimensões da vida” (BRASIL, 2007).

Educar para a liberdade é o centro da educação para os Direitos Humanos. Para tal, é primordial que se agenciem práticas educacionais que peregrinem para a contextualização das garantias abrangendo o homem ao mesmo tempo que sujeito, posto que todos os indivíduos são efetivos desses direitos intransmissível.

Catequizar para e em direitos humanos é educar para a humanidade, interligando-se a educação ao princípio da dignidade da pessoa humana. Ao admitir os alicerces do direito o cidadão promete com a justiça social, uma vez que se torne conhecedor de sua responsabilidade com o mundo. Torna-se, então, responsável pelo organismo do saber na humanidade reafirmando seu temperamento crítico para assegurar que a violação dos direitos de uma pessoa atingi os direitos de todos os homens.

O compromisso com a educação é, também a obrigação com a transformação social para um fato mais democrático. A instrução precisa abrir os olhos no âmago dos indivíduos a vontade para que suas atitudes e competências promovam, garantam e protejam seus direitos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As normas que garantem o direito à instrução cresceram defronte da conjuntura que se verifica na modernidade. As leis que asseguram à educação como um direito do sujeito são verificadas em todas as esferas (federais, estaduais e municipais). Posto que é cada vez mais crescente a necessidade por serviço qualificado, como os mercados de trabalhos requerem maiores habilidades dos trabalhadores, e de frente das inovações tecnológicas a todo instante, torna-se primordial a oferta e a disposição de vagas para preencher a procura a cerca de uma educação gratuita e de boa qualidade para todos os indivíduos.

O principal objetivo desse direito é garantir a acessibilidade e gratuidade dos sistemas de ensino. Para isso, é essencial que haja um copo normativo mais bem definido e estruturado. Contudo, tanto o direito à educação, com também outros direitos sociais, são nascidos em determinadas circunstâncias.

Dessarte, é absolutamente preciso que ocorra vertiginosas conversão da contemporaneidade, cooperem para o aperfeiçoamento do esboço jurídico envolvido nos princípios do direito à educação. Sendo assim, os princípios norteadores desse direito não estão cimentados ou concluídos, mas, ainda, são flexíveis e mutáveis.

Apenas a legislação não é o bastante. É crucial também que os cidadãos e autoridades públicas direta e indiretamente adstrito ao ensino se atentem para fazer com que o ingresso à educação seja consistente a valer como um direito a todo cidadão brasileiro.

No percurso deste artigo foram ilustrados assuntos em que diz respeito à temática. Acerca da educação é aquela que conglopera tanto a fornecida pela administração pública quanto aquela que os pais instruem. Não obstante a educação seja garantido a todos os brasileiros pela Constituição Federal e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, a realidade é totalmente diferente daquela prometida nos textos das leis. Ocorre que tal qual a educação infantil está passando por sérias objeções estruturais e recursais.

Com isso, procurar sanar a causa do problema que encontra-se no desprezo estatal, porquanto a instrução preambular dado as novas gerações não se atenta a alfabetizá-los a manejar os organismos do senso crítico e reflexivo. Erroneamente, o ensinamento de princípios e valores para as crianças são atributos para a escola, se eximindo os familiares dessa responsabilidade, isso, faz com que sobrecarregue o ensino infantil.

Desta maneira, é indispensável a harmonia entre família, sociedade e Estado para podemos conduzir as crianças ao aprendizado, somente deste jeito a educação de base se recuperará para a formação de indivíduos com senso crítico e capazes de criar seus próprios ideais.

Todavia, se o serviço público deixar uma lacuna no que diz respeito ao cumprimento do seu encargo assistencial, a pessoa prejudicada poderá demandar junto ao Poder Judiciário o seu direito constitucional, utilizando do instrumento jurídico conveniente para fomentar o agente público à prestação necessária.

Ato contínuo, analisando a educação no campo dos Direitos Humanos, nos diferentes níveis educacionais, seja ele no ensino fundamental, médio ou superior, por exemplo, prescinde da consolidação de uma prática social e político democrático. Nisso, tem o escopo de trabalhar as diferentes relações múltiplas sociais existentes e o dever do sujeito nela.

É essencial fazer a caminhada do ser humano e a educação. Para exercitar os direitos humanos tem a necessidade de significar a educação e o direito, deslocando afora da inflexibilidade de determinados procedimentos pedagógicos.

O profissional especialista na educação deve estar preparado para trabalhar no espaço institucional a prática de liberdade e cidadania, assim como suas insinuações de contorno multidisciplinar, proferido com disparidades matérias e disciplinas fornecidas nas instituições.

Os direitos humanos ainda não foi integrado nos currículos das escolas. O trabalho desta matéria provavelmente diminuiria uma crise de valores éticos e morais que se vislumbra em parte da sociedade. A despeito, para que haja uma instrução para os direitos humanos é imperioso a concepção de profissionais do ensino enquanto socioeducadores, com o objetivo de agenciarem uma educação humanizada.

Portanto, pensar em direitos humanos e educação é buscar a perfeição do ser em desenvolvimento. Assim como, é assumir um compromisso com o estilo frente a coletividade para que o ensino leve as pessoas envolvidas a decompor sua realidade.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Paes de. BONAVIDES, Paulo. História Constitucional do Brasil. 3ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 1991.
- ÁVILA, Humberto Bergmann. Teoria dos Princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo, Editora Malheiros, 2006.
- BARROSO, Luís Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira. São Paulo: Renovar, 2006. 8ª edição.
- BETIOLI, Antônio Bento. Introdução ao Direito. Lições de propedêutica jurídica. São Paulo: Editora Letras & Letras, 1995.
- BRASIL. Constituição Federal do Brasil. Brasília: Senado, 1988.
- BRASIL. Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos. Comitê Nacional de Educação em Direitos Humanos. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos. 2007.
- CASTRO, M.L.O. A Educação na Constituição de 1988 e a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional. Brasília: André Quincé, 1998.
- CURY, Carlos Roberto Jamil. Direito à educação: direito à igualdade, direito à diferença. Caderno de Pesquisa. Nº 116. São Paulo, 2002.
- FREIRE, Paulo. Pedagogia da indignação: cartas pedagógicas e outros escritos. São Paulo: Editora UNESP, 2000.
- GADOTTI, Moacir. A escola e o professor: Paulo Freire e a paixão de ensinar. São Paulo: Publisher Brasil, 2007.
- MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. O Direito Internacional dos Direitos Humanos da Criança e do Adolescente e a Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: AMARAL Jr., Alberto do. JUBILUT, Liliana Lyra (orgs.). O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 445-446.
- O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. In: A família na travessia do milênio. Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família. Coord. Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: IBDFAM: OAB-MG: Del Rey, 2000, p. 203.
- PEREIRA, Tânia da Silva. O Princípio do “melhor interesse da criança”: da teoria à prática. Consulta em 26/02/2011 www.gontijo.familia.adv.br/2008/artigos_pdf/tania_da_silva_pereira/melhorinteresse.pdf
- PINHO, Judicael Sudário de. Temas de Direito Constitucional e o Supremo Tribunal Federal. São Paulo: Atlas, 2004.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais – na Constituição Federal de 1988. 8ªed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- TEIXEIRA, A. Educação é um direito. Rio de Janeiro: UFRJ, 1996.

TRINDADE, Jorge. Manual de Psicologia Jurídica para operadores do Direito. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007.

ALIENAÇÃO PARENTAL: UMA ANÁLISE JURÍDICA

Ruthe de Fátima de Lima Alves de Araújo
Mariana Tavares de Melo

RESUMO: Este trabalho de Conclusão de Curso tem por objetivo compreender como a Síndrome de Alienação Parental é tratada no âmbito jurídico a partir da Lei nº 12.318/2010 e quais suas implicações no contexto das relações familiares. Trata-se de uma pesquisa qualitativa que tem como metodologia o estudo bibliográfico realizado a partir de um levantamento teórico de diversas pesquisas na temática da Alienação Parental. Discutiu-se a temática a partir de alguns autores, dentre estes: Müller (2017), Pinho (2019) e Canazzo (2019). Também dialogou-se com os principais documentos oficiais que tratam a problemática, sendo estes: Constituição Federal de 1988, o Estatuto da Criança e do Adolescente e a Lei disposta sobre a Alienação Parental.

Palavras-chave: Direito da família. Alienação Parental. Jurisdição

ABSTRACT: This course conclusion paper aims to understand how the Parental Alienation Syndrome is treated in the legal context from Law No. 12.318 / 2010 and what its implications in the context of family relationships. This is a qualitative research that has as methodology the bibliographical study carried out from a theoretical survey of several research on the topic of Parental Alienation. The theme was discussed from some authors, among them: Müller (2017), Pinho (2019) and Canazzo (2019). It also dialogued with the main official documents dealing with the problem, namely: Federal Constitution of 1988, the Statute of the Child and the Parental Alienation Law.

Keywords: Family law. Parental Alienation. Jurisdiction

1 INTRODUÇÃO

Nos últimos séculos, a concepção de família tem ganhado diferentes sentidos e modificando-se de acordo com as transformações no contexto social, econômico e político (PORTO, 2017). Se antes, o modelo familiar era padronizado pela figura de pai, mãe e filhos, ambos oficializados apenas por meio do casamento civil, agora há um reconhecimento jurídico de novas configurações, sejam elas: mãe, mãe e filhos, pai e filhos, mães e filhos, pais e filhos, avôs e netos, etc.

É certo que a sociedade mudou, as mulheres ganharam mais espaço no mercado de trabalho, mais autonomia, impactando de forma significativa os moldes familiares. Estima-se que entre 2004 e 2010 o número de divórcios no Brasil cresceu 160% (de 130,5 mil para 341,1 mil), segundo o IBGE3. Além disso, há o

reconhecimento jurídico da união estável e da união homoafetiva e a oficialização desses novos status familiares, previstos “no artigo 226, § 3º, da Constituição Federal (CF), e no artigo 1723, do Código Civil” (MIRANDA, s/p, 2011)

No Brasil, a família, enquanto um direito subjetivo e inalienável ocorre a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988. Em seu artigo 226 dispõe que a família é a base da sociedade sendo, portanto, tutela do Estado. A entidade familiar, segundo a CF/1988 é formada por qualquer dos pais e seus descendentes (sejam eles biológicos ou não) (BRASIL, 1988).

A proteção à família na CF/1988 ocorre, principalmente pelos avanços nos direitos da criança e do adolescente, uma vez que estes são os principais protagonistas desta entidade. A família passa a ser reconhecida pela garantia do aspecto sócio afetivo, sendo o Estado responsável por intervir no vínculo biológico, caso seja negligenciado qualquer aspecto da dignidade humana.

É direito da criança e do adolescente o convívio familiar saudável, sendo isto disposto na CF/1988 e no Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Segundo essas leis, cada criança e adolescente tem o direito de ser cuidado e protegido, sendo resguardada a sua integridade humana, “salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.” (BRASIL, 1998, art. 227).

A negligência familiar pode ocorrer de diversas formas, sendo o objetivo deste trabalho, compreender apenas uma delas: a alienação parental. A Síndrome de Alienação Parental, como é conhecida, foi definida pelo psiquiatra Richard Gardner “como um distúrbio no qual uma criança (menor) é manipulada ou condicionada, normalmente por um dos genitores, para vir a romper os laços efetivos com o outro genitor” (DEFENSORIA PÚBLICA DO PARÁ, s/p, 2010). Essa alienação pode ocorrer também para além das relações entre os pais, sejam estes avós ou quaisquer pessoas que tenham a criança e/ou adolescente sob sua autoridade (BRASIL, 2010).

A alienação parental enquanto uma prática nas entidades familiares é proibida pela Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010, sendo o exercício desta prática um crime, ato que negligencia a formação psicológica da criança e do adolescente e o seu direito a uma convivência familiar saudável, constituindo-se como abuso moral e

descumprimento dos deveres inerentes a autoridade parental, conforme disposto no art. 3, sendo passível de pena (BRASIL, 2010).

Tomando como base tal contexto e a referida Lei, este trabalho tem por objetivo compreender como a Síndrome de Alienação Parental é tratada no âmbito jurídico a partir da Lei nº 12.318/2010 e quais suas implicações no contexto das relações familiares.

Trata-se de uma pesquisa qualitativa que tem como metodologia o estudo bibliográfico realizado a partir de um levantamento teórico de diversas pesquisas na temática de Alienação Parental. Segundo Fonseca (2002), este tipo de pesquisa:

[...] é feita a partir do levantamento de referências teóricas já analisadas, e publicadas por meios escritos e eletrônicos, como livros, artigos científicos, páginas de web sites. Qualquer trabalho científico inicia-se com uma pesquisa bibliográfica, que permite ao pesquisador conhecer o que já se estudou sobre o assunto. Existem, porém pesquisas científicas que se baseiam unicamente na pesquisa bibliográfica, procurando referências teóricas publicadas com o objetivo de recolher informações ou conhecimentos prévios sobre o problema a respeito do qual se procura a resposta (FONSECA, 2002, p. 32).

A partir das considerações de Fonseca (2002), organizou-se este trabalho da seguinte forma: Em um primeiro momento realizou-se o levantamento de estudos que discutem a questão da Alienação Parental através de sites de buscas virtuais, plataformas científicas e revistas acadêmicas eletrônicas. Nesta etapa dialogou-se com alguns autores, dentre estes: Müller (2017), Pinho (2019) e Canazzo (2019). Posteriormente, buscou-se as Leis que respaldam esta discussão, sendo estas, especialmente a Constituição Federal de 1988, o Estatuto da Criança e do Adolescente e a Lei disposta sobre a Alienação Parental. E, por fim, refletiu-se sobre o que foi discutido, compreendendo que há uma importância de analisar a temática da Alienação Parental no contexto jurídico e que é preciso que seja feito sínteses para o alcance da resolução de problemas neste campo.

1 O DIREITO DA FAMÍLIA E A SUA ATUAÇÃO NOS CONFLITOS FAMILIARES

1.1 AS NOVAS CONFIGURAÇÕES FAMILIARES E SEUS CONFLITOS: A ATUAÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA

O processo de reconfiguração da família, na contemporaneidade, pode ser entendido a partir de alguns cenários, sendo estes: a centralização na criança/valorização da infância, o protagonismo da mulher na sociedade e a conquista de direitos por casais ou pessoas homossexuais à constituição de famílias.

Finelli, Silva e Amaral (2015) ao realizarem um breve histórico sobre a organização familiar ao decorrer da humanidade, destacam que o sentimento de família é recente, surge por volta do século XVI e XVII, primeiramente com a centralidade na criança e com sua inserção na escola.

Posteriormente, ocorrem as mudanças na percepção da relação conjugal, que passa a ser enxergada pelo ideal de romantismo e, a inserção das mulheres no mercado de trabalho, por volta da segunda guerra mundial, transfere o status social que estas ocupavam na divisão de papéis da família, de modo que passam a serem protagonistas, também, no mercado laboral. Segundo Finelli, Silva e Amaral (2015, p. 57):

As mudanças ocorridas ao longo da história resultaram em novas formas de família, as quais são oriundas de transformações sociais e culturais. Surgiram então, as famílias monoparentais, recasadas e de pais homossexuais. Apesar dessas formas alternativas de famílias serem diferenciadas da família tradicional nuclear, essas exercem a função destinada a última. Isso porque a família tem por lei a obrigatoriedade de cuidar do desenvolvimento da criança, da integridade do corpo e transmitir herança patrimonial e cultural. (FINELLI; SILVA; AMARAL, 2015, p. 57).

Além dessas mudanças, os autores destacam ainda outros dois fatores de contribuição para o desmancho da família tradicional que consiste na conquista dos direitos sexuais das mulheres, através das pílulas anticoncepcionais e a facilidade do divórcio.

No Brasil, um novo olhar sobre a concepção de família é trazido através da implementação da Constituição de 1988, uma vez que esta passa a ser compreendida a partir de uma perspectiva democrática. A garantia da família enquanto direito resguardado pelo Estado, torna a entidade familiar mais complexa e dar lugar a novas definições. Se antes o vínculo sanguíneo era tido como o principal meio de definir o que vem a ser uma família, após a CF/1988 este título é transferido para o laço socioafetivo, sendo os aspectos sanguíneos vistos com menor importância (PORTO, 2017).

A constituição de 1988, em seu artigo 226 destaca: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. Continua, em seu art. 227, alegando que esta proteção tem como foco os sujeitos mais vulneráveis, a criança e o adolescente. Segue o texto:

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

Os cenários destacados mudam profundamente o contexto da família, trazendo novas peculiaridades para estas configurações, assim como conflitos. Com o aumento crescente de divórcios e o contexto de novas configurações familiares há uma necessidade da atuação atualizada do Direito de Família (MÜLLER, 2017).

O contexto de separação entre um casal muda a qualidade na relação entre os pais e filhos, principalmente se estes não tiverem boa relação após divórcio. Tal questão acarreta em problemas no ajustamento dos filhos, podendo comprometer o funcionamento da família. (SCHABBEL, 2005). Segundo Schabbel (2005, s/p):

O divórcio legaliza um estado de discórdia entre o casal, leva a uma liberação do clima de disputa e cria novas estruturas domésticas de convivência entre pais e filhos. Para os filhos, inicialmente representa um mistério que precisa ser explicado com clareza e objetividade. Trata-se de um marco legal que provoca em todos os familiares, principalmente em pais e filhos, angústias e incertezas que ameaçam a estabilidade pessoal e causam inúmeras mudanças na dinâmica do cotidiano familiar.

Compreendendo que a base da proteção familiar, segundo a CF/1988, consiste em proteger a criança e o adolescente de modo a garantir um ambiente saudável e considerando também, que o Brasil é um país que possui altos índices de violência familiar, sendo 58,9% das denúncias recebidas pela ouvidoria dos Direitos Humanos referentes a algum tipo de violência contra crianças e adolescentes (OBSERVATÓRIO DO TERCEIRO SETOR, 2018), destaca-se a importância de tratar as questões que envolvem a negligência familiar com oportuno vigor estatal.

Em meio a tanta violência, milhares de crianças e adolescentes ficam desprovidos de gozar do pleno direito a ter uma família saudável e esta negligência

ocorre de inúmeras formas, sendo o objetivo deste artigo, especificamente, discutir a alienação parental.

O Direito de Família ao lançar um olhar sobre a questão da alienação parental tem por objetivo a atuação na resolução dos conflitos familiares que possam ferir o direito fundamental das crianças e dos adolescentes à convivência familiar, de acordo com o art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. (BRASIL, 1990)

Atualmente, com as mudanças que vêm se consolidando nos papéis sociais assumidos por homens e mulheres, a guarda unilateral dos filhos, após a separação conjugal, pode ser atribuída tanto ao pai como a mãe, dependendo de fatores sociais e econômicos. Além disso, tem-se fortalecido a figura da guarda compartilhada, sendo esta uma forma mais efetiva de participação de ambos os genitores na vida dos seus filhos, pois, proporciona a tomada de decisões e distribuição das responsabilidades de forma conjunta (SILVA; SANTOS, 2013).

A ampliação nas constituições de famílias e nas formações de parentescos demandou do Estado a tutela sobre as novas formas de família e a atuação sobre os conflitos familiares que também surgiram neste contexto social. Importante salientar, novamente, que neste novo contexto, as relações baseadas na afetividade ganharam destaque, sendo assim, as relações socioafetivas passaram a se sobrepor às relações consanguíneas no âmbito do Direito e isso repercutiu diretamente no tratamento das questões familiares pelos legisladores e pelo Judiciário.

A partir desta perspectiva é que este trabalho objetiva tratar acerca da atuação do Direito de Família, de forma específica, nos conflitos familiares que se desenvolvem nas relações entre os que compõem o núcleo familiar, sobretudo no contexto das dissoluções conjugais.

1.2 NEGLIGÊNCIA FAMILIAR SOB A ÓTICA DO DIREITO

A partir da perspectiva democrática das configurações familiares, em que o Estado se torna aquele que resguarda o pleno direito dos membros que compõe a entidade da família, o direito passa a atuar no âmbito privado, sendo a família irradiada pelos princípios constitucionais. Segundo Oliveira (2012), às transformações decorrentes a partir da CF/1988 põe em xeque o modelo de autoritarismo advindo do pátrio poder, dando lugar a uma perspectiva igualitária, entre pai e mãe, no seio familiar, e isso decorre a partir da modificação da própria função da família, que agora passa a funcionar como um direito função, cujo o principal compromisso está, primordialmente, na proteção da criança e do adolescente.

Oliveira (2012), ao citar Lôbo (1989), destaca que após a implementação da CF/1988 foram realizadas várias discussões na Subcomissão da Família, do Menor e do Idoso, sendo um dos temas discutidos, a integridade física, mental e moral dos membros da família.

Com o amadurecimento do Direito da família, é resguardado pelo Estado o seio familiar, sendo o ato de negligência, seja em forma de violência física ou psicológica, a qualquer de seus membros, um ato ilícito. O art. 186, do Código Civil, de 2002, dispõe que: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. É, considerando o contexto dos referidos princípios jurídicos que a Lei de Alienação Parental vai se constituindo e ganhando força, no âmbito do Direito de Família.

Tartuce (2017) ao tratar do tema afirma que a alienação parental e a implantação de falsas memórias são institutos do Direito de família que se relacionam diretamente ao poder familiar e são abordadas nas ações de destituição do poder familiar. Neste sentido, o autor apresenta jurisprudência vasta acerca da questão anterior a elaboração da Lei de Alienação Parental (TARTUCE, 2017).

1.2.1 Síndrome da alienação parental: breve histórico e conceitos

A Síndrome da Alienação Parental (SAP) foi definida pelo psiquiatra infantil Richard Gardner como Parental Alienation Syndrome, em trabalho publicado em 1985, entretanto o fenômeno já era discutido no âmbito acadêmico desde a década

de 1940 (PINHO, 2019). Assim, a SAP passou a ser estudada como a forma pela qual os genitores ou responsáveis pela criança e/ou o adolescente, geralmente aqueles que detêm a guarda dos menores, alimenta o ódio entre os filhos de um ou ambos os genitores. Segundo Gardner (2000 apud Waquim, 2014, p. 29):

A Síndrome da Alienação Parental (SAP) é um distúrbio da infância que surge quase exclusivamente no contexto de disputas de custódia de crianças. Sua manifestação preliminar é a campanha do filho para difamação contra um dos pais, uma campanha que não tem justificação. É o resultado da combinação de doutrinações a programação induzida de um dos pais (lavagem cerebral) e contribuições da própria criança para a difamação do genitor-alvo. Quando está presente verdadeiro abuso dos pais e / ou negligência, a animosidade da criança pode ser justificada e assim a explicação da Síndrome da Alienação Parental para a hostilidade da criança não é aplicável (GARDNER, 2000 apud WAQUIM, 2014)

Tomando como referência Gardner, Waquim (2014) destaca que a Síndrome de Alienação Parental é um sintoma específico, uma violência causada por um genitor que busca atingir o outro, através da criança. Trata-se de uma psicopatia de um adulto que se utiliza da autoridade familiar para estabelecer uma “lavagem cerebral”, na criança, e denegrir a imagem daquele a quem se busca atingir.

Waquim (2014) assevera que a alienação parental, que é diferente da SAP, é comum no âmbito das relações familiares, uma vez que o contexto da separação entre genitores traz, conseqüentemente traumas psicológicos para a criança, de forma que, tende a gerar preferência à um dos genitores, ainda mais, nos contextos de separações de alto conflito. Nesse sentido, a Alienação Parental “pode constituir apenas um mecanismo de defesa da criança, para evitar a continuidade de abusos por parte de um ou ambos os genitores, ou ainda representar apenas a passagem da criança ou adolescente pela fase natural de conflitos com a autoridade parental.” (WAQUIM, 2014, p. 25)

No caso da SAP, decorre de uma intenção de um genitor em denegrir a imagem do outro, e que sob forma de vingança dificulta a convivência do outro cônjuge com os filhos em comum, utilizando-se de mentiras ou outros meios para construir uma imagem negativa do outro genitor (CANAZZO, 2009).

A conceituação trazida na Lei nº 12.318 de 2010 sobre a Alienação Parental dialogou com as definições da psicologia sobre a SAP. Dessa forma, a lei brasileira dispõe no art. 2º que:

Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este. (BRASIL, 2010, grifos nossos)

No contexto das dissoluções conjugais a síndrome de alienação parental se dá quando, na relação com a criança, um dos genitores “acabam por manipulá-la e condicioná-la a romper os laços afetivos com o outro genitor, criando sentimentos de ansiedade e temor em relação ao ex-companheiro.” (SILVA; SANTOS, 2013, p. 56).). A jurista e autora Maria Berenice Dias (2010, p. 1) ao abordar o tema afirma que:

Quando da ruptura da vida conjugal, se um dos cônjuges não consegue elaborar adequadamente o luto da separação, o sentimento de rejeição ou a raiva pela traição, surge um enorme desejo de vingança. Desencadeia um processo de destruição, de desmoralização, de descrédito do ex-parceiro perante os filhos. Promove verdadeira “lavagem cerebral” para comprometer a imagem do outro genitor, narrando maliciosamente fatos que não ocorreram ou não aconteceram da forma descrita. O filho é programado para odiar e acaba aceitando como verdadeiras as falsas memórias que lhe são implantadas. Assim afasta-se de quem ama e de quem também o ama.

Pinho (2019, s/p) destaca que “Nesta patologia, a doença do agente alienador volta-se contra qualquer das pessoas que possam contestar sua autoridade, mantendo-os num estado de horror e submissão, por meio de crescente animosidade.”. O genitor que pratica o ato de afastamento dos filhos do outro é denominado de alienador ou genitor alienante e o genitor alienado é aquele vítima da alienação, sendo estatisticamente este último o pai, de acordo com Silva e Santos (2013).

Na figura abaixo observa-se a campanha de conscientização realizada pelo Senado Federal sobre os comportamentos que caracterizam a Alienação Parental, sendo estas, destacadas também pelo Ministério Público do Paraná, que disserta sobre uma série de condutas que podem ser reconhecidas no alienador:

Figura 1: Características da Alienação Parental



Fonte: Página do Senado Federal no Facebook

O Ministério Público do Estado do Paraná ao tratar do tema da Alienação Parental, na sua página institucional na internet, traz um rol das condutas que configuram a prática, de acordo com a legislação nacional vigente, sendo estas:

- Realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;
- Difícultar o exercício da autoridade parental;
- Difícultar o contato da criança ou do adolescente com o genitor;
- Difícultar o exercício do direito regulamentado à convivência familiar;
- Omitir deliberadamente ao genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou o adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;
- Apresentar falsa denúncia contra o genitor, contra familiares deste ou contra os avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou o adolescente;

- Mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando dificultar a convivência da criança ou do adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com os avós. (BRASIL, 2010, art. 2º, incisos I a VII)

O site institucional do MP traz ainda dados estatísticos relevantes que indicam que a prática de Alienação Parental é bastante comum nos seios familiares, muito embora seja ressaltado a dificuldade da identificação da dimensão do problema, conforme disposto a seguir:

Quadro 1: Estatísticas sobre a Alienação Parental

| ESTATÍSTICAS SOBRE A SÍNDROME DE ALIENAÇÃO PARENTAL | |
|--|---|
| Nos Estados Unidos, estima-se que mais de 80% dos filhos que possuem pais divorciados tenha sofrido algum grau de Alienação Parental | Entretanto, é impossível ter precisão da relevância jurídica desses números, tendo em vista que os processos judiciais referentes à questão correm em segredo de justiça e os Conselhos Tutelares são pouco procurados, além disso, há problemas em alimentar o sistema de informações nacional para criança e adolescente, fato que dificulta a identificação da dimensão do problema. |
| Nos últimos anos houve aumento no número de denúncias envolvendo Alienação Parental, dado que indica que as famílias estão mais informadas sobre a questão | Segundo dados do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o número de processos referentes à Alienação Parental cresceu 5,5%, de 2016 a 2017, o que corresponde a um salto de 2.241 para 2.365 casos. |
| A alienação atinge mais os pais, do que | Estima-se que a cada ano cerca de 500 |

| | |
|--|--|
| <p>as</p> <p>mães das crianças e dos adolescentes.</p> | <p>mil</p> <p>crianças e adolescentes são registrados sem o nome do pai na certidão de nascimento, dado que corresponde a 15% dos registros que ocorrem no Brasil. Considerando a cultura patriarcal existente e a cultura da paternidade como sendo optativa, mulheres tendem a ser maioria na guarda da criança, fato que indica que a prática de Alienação Parental seja mais praticada pelas mulheres.</p> |
|--|--|

Fonte: Site do Ministério Público do Paraná.

No quadro representado se pode pressupor a dimensão da problemática da Alienação Parental, tendo em vista a demasia de casos, muito embora não se tenha registros mais exatos. Tal contexto denota a emergência de se discutir a questão, ainda mais após a implementação de uma lei específica sobre AP instituída através da Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010, e no qual busca-se dissertar no item a seguir.

Figura 2: Alienação Parental



Fonte: Capa do Livro Eletônico da FBV/DeVry Brasil

1.3 TRAJETÓRIA JURÍDICA PERCORRIDA ATÉ A LEI Nº 12.318, DE 26 DE AGOSTO DE 2010

Pinho (2019) afirma que no Brasil a Alienação Parental começou a ser discutida na década de 2000, chegando aos Tribunais em 2006. Em 2008, foi criado o Projeto de Lei nº

4.053 que teve como justificativa o objetivo de “inibir a alienação parental e os atos que dificultem o efetivo convívio entre a criança e ambos os genitores.”. O projeto deu origem à Lei ordinária nº 12.318 aprovada em 2010. Silva e Santos (2013, p. 60) explicitam que antes da lei de 2010 os casos “que chegavam à justiça eram julgados com base em leis esparsas” e não havia punição para a prática da alienação parental na legislação pátria.

Segundo Jesus (2016) o fenômeno da alienação parental já podia ser identificada no âmbito jurídico antes da lei, pois, eram aplicados princípios, dispositivos e medidas de proteção já previstas na Constituição de 1988 e no ECA, tendo este último título legal reproduzido parte de documentos internacionais, como a Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1979 e a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, aprovado pela Organização das Nações Unidas (ONU), em 1989.

Conforme referido anteriormente, o principal objetivo do ECA é a proteção da criança e do adolescente, que deve estar salvo de quaisquer danos físicos e/ou psicológicos. É dessa forma que a Alienação Parental vai se constituindo como um abuso moral desses indivíduos socialmente vulneráveis. A figura abaixo apresenta a campanha de informação sobre a Lei instituída em 2010

Figura 3: Alienação Parental no ECA



Fonte: Página do Senado Federal no Facebook

O tratamento da Alienação Parental por parte do Estado relaciona-se diretamente a tutela estatal garantida constitucionalmente às crianças e aos adolescentes. Portanto, o Direito de Família tem o papel fundamental na atuação da prevenção dos conflitos familiares envolvendo as relações entre os genitores e os seus filhos, assim como, na resolução de forma mais efetiva aos conflitos já instaurados, tendo em vista que a alienação parental pode causar sérios transtornos psicológicos aos menores, que podem causar danos permanentes e irreparáveis. Neste sentido, Silva e Santos (2013, p. 60) ressaltam que: Crianças vítimas de SAP são mais propensas a: apresentar distúrbios psicológicos como depressão, ansiedade e pânico; utilizar drogas e álcool como forma de aliviar a dor e culpa da alienação; cometer suicídio; apresentar baixa autoestima; não conseguir uma relação estável quando adultas e ainda possuir problemas de gênero, em função da desqualificação do genitor atacado.

Pinto (2019, s/p) traz dados alarmantes sobre alienação parental no Brasil em seu trabalho, afirmando que "Pesquisas informam que 90% dos filhos de pais divorciados ou em processo de separação já sofreram algum tipo de alienação parental", contudo, importante salientar que o autor não explicita a fonte dos dados apresentados.

Müller (2017) ao tratar dos danos que a alienação parental traz as crianças e aos pais, diferencia a Alienação Parental da Síndrome da Alienação Parental, assim, a primeira se constitui no ato em si de induzir a criança a rejeitar ou afastar-se do

genitor alvo, e a segunda como o conjunto dos sintomas que a criança e o adolescente vem ou não a apresentar quando da prática da alienação parental, alguns destes sintomas que citamos anteriormente.

A autora ressalta que os pais possuem deveres legais para com seus filhos e a alienação parental é um descumprimento destes “que pode colocar em risco a saúde emocional e psicológica da criança devendo ser identificada o mais cedo possível para a proteção integral da prole que está sofrendo essa experiência.” (MÜLLER, 2017, p. 54).

Também é importante destacar que nos casos de alienação parental, geralmente, as mães são as que mais adotam a posição de agente alienador, tendo em vista que estas ainda são as que mais detêm a guarda unilateral das crianças, entretanto, atualmente já se compreende que o papel de alienador pode ser exercido até mesmo por outro membro da família contra um dos genitores, como os avós como dispõe a legislação (MÜLLER, 2017). Portanto, no contexto da dissolução do relacionamento conjugal vários são os conflitos familiares que acabam por se apresentar para resolução da justiça e por isso é essencial que o Direito de Família consiga tratar dessas questões para que práticas como a alienação parental possam ser resolvidas, inibidas e punidas, pois, como pode ser demonstrado essas práticas podem produzir efeitos e consequências permanentes, irreparáveis ou de difícil reparação.

No próximo tópico deste trabalho busca-se analisar a Lei da Alienação parental e suas implicações jurídicas no contexto das relações familiares, dessa forma, serão discutidos os aspectos trazidos pela lei referentes à avaliação e perícia solicitados pelo poder jurisdicional e as penalidades previstas em lei. Por fim, também será tratado acerca do debate atual sobre a revogação da Lei de Alienação Parental com o objetivo de expor e discutir as diversas posições sobre a questão.

2 ASPECTOS SOCIOJURÍDICOS DA ALIENAÇÃO PARENTAL

Com um novo contexto familiar sob a tutela do Estado Democrático de Direito e a ampliação da concepção de família para além dos laços consanguíneos, como também, diante dos debates jurídicos centrados, sobretudo, na proteção da Criança

e do Adolescente, como já discutiu-se, no ano de 2010, foi implementada a Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010 que dispõe sobre a Alienação Parental.

A Lei 12.318/2010 alterou o artigo 236 do ECA, e na última parte deste trabalho busca-se destrinchar a referida lei enfatizando a trajetória do debate sobre Alienação Parental na Legislação Brasileira, sobretudo, como o poder judiciário, juntamente com os especialistas, vem tratando a questão, como a Lei está sendo aplicada, quais as punições para aqueles que a praticam e como vem sendo aceita nos diferentes âmbitos. Por fim, será apresentado o debate atual que vêm sendo travado por juristas, especialistas e pelos legisladores acerca do projeto de revogação da Lei de Alienação Parental, os argumentos que permeiam a proposta e suas possíveis implicações.

2.1 APLICABILIDADE E EFETIVIDADE DA LEI DE ALIENAÇÃO PARENTAL (LEI Nº 12.318/10)

O artigo 3º da Lei nº 12.318/10 define, de forma expressa, que a prática do ato de alienação parental fere o direito das crianças e dos adolescentes a uma convivência familiar saudável, sendo este preceito constitucional, como já foi citado. Dessa forma, a lei traz sanções para a prática da alienação parental definida como “abuso moral contra a criança ou o adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda.” (BRASIL, 2010)

A constatação e o processamento do ato de alienação parental pode se dar em ação autônoma ou outra ação que já encontra-se em tramitação, exemplo uma ação de guarda ou alimentos. O indício da prática do ato pode ser declarado a requerimento ou de ofício pelo magistrado. Tendo em vista os danos irreversíveis que podem ser causados às vítimas, que gozam de proteção especial do Estado, a lei determina que declarado indício de existência do ato o processo terá tramitação prioritária, podendo o juiz determinar medidas provisórias de urgência para preservar a integridade psicológica da criança e do adolescente e garantir a aproximação do genitor alienado a criança, se for o caso (BRASIL, 2010, art. 4º)

A lei prevê a atuação de especialistas em alienação parental, de áreas como psicologia e assistência social, no processo de reaproximação das crianças e

adolescentes aos genitores. O parágrafo único do art. 4º trata da visitação assistida e afirma, em análise ao caso concreto, a necessidade de designação de um profissional para acompanhamento das visitas. O art. 5º também assegura que em casos em que for declarado o indício de ato de alienação parental o juiz determine, se necessário, a perícia psicológica ou biopsicossocial, sendo este último relacionado aos variantes biológicos, psicológicos e sociais, a fim de compreender a Síndrome de Alienação Parental (BRASIL, 2010).

Sobre este ponto, Tartuce (2017, p. 138) destaca que o art. 699 do Código de Processo Civil de 2015, prevê que “quando o processo envolver a discussão sobre fato relacionado a abuso ou alienação parental, o juiz deverá estar acompanhado por especialista ao tomar o depoimento do incapaz.”. De tal forma, os especialistas, sendo psicólogos ou assistentes sociais, devem atuar conjuntamente com o magistrado nos processos de alienação parental, além daqueles de destituição do poder familiar (TARTUCE, 2017).

Maria Berenice Dias (2010, p. 3) também pontua em relação a caracterização e reconhecimento da Síndrome da Alienação Parental pelo juiz responsável que:

Para isso, é indispensável não só a participação de psicólogos, psiquiatras e assistentes sociais, com seus laudos, estudos e testes, mas também que o juiz se capacite para poder distinguir o sentimento de ódio exacerbado que leva ao desejo de vingança a ponto de programar o filho para reproduzir falsas denúncias com o só intuito de afastá-lo do genitor.

Mold (2014) apud Jesus (2016) ressalta a questão da alienação parental recíproca, pois, apesar do avanço na compreensão de que outros componentes do núcleo familiar podem praticar a alienação parental, como os avós, para o autor o legislador poderia ter previsto a alienação recíproca entre os parentes, de forma que “todos os sujeitos envolvidos deveriam ser punidos na proporção da gravidade de suas condutas.” (p. 35).

A respeito da perícia psicológica e biopsicossocial o parágrafo 1º, do art. 5º, dispõe sobre todos os possíveis meios que devem ser utilizados para a avaliação e que devem fundamentar a feitura do laudo pericial, sendo estes:

Entrevista pessoal com as partes, exame de documentos dos autos, histórico do relacionamento do casal e da separação, cronologia de incidentes, avaliação da personalidade dos envolvidos e exame da forma como a criança ou adolescente se manifesta acerca de eventual acusação contra genitor. (BRASIL, 2010)

Segundo a lei, a perícia só poderá ser realizada por profissional especialista ou equipe multidisciplinar habilitados, tendo estes aptidão comprovada no diagnóstico dos atos de alienação parental, ou seja, o legislador previu a atuação de especialistas no tema e entende-se que este ponto é muito importante, pois, trata-se de um conflito de natureza bastante específica e que é compreendida como o desenvolvimento de uma patologia psicológica. Nesta perspectiva, Coelho (2013, p. 45), ao tratar da Lei nº 12.318/10 e das práticas dos psicólogos peritos e na sua atuação e colaboração conjunta com a justiça, ressalta que:

O novo cenário jurídico impõe como necessidade a figura do perito especializado, com a aptidão profissional ou acadêmica comprovada para diagnosticar os atos de AP e, assim, subsidiar os juízes através de perícias que se destinem a comprovar a existência de comportamentos e atitudes característicos da AP e da SAP, em cada caso considerado.

O prazo para apresentação do laudo é de noventa dias e só poderá ser prorrogado apenas com autorização judicial baseada em justificativa circunstanciada (BRASIL, 2010, art. 5º, § 3º). Após a apresentação do laudo pericial requerido pelo juiz, o artigo 6º traz em seus sete incisos o rol de punições, com a caracterização da prática do ato de alienação parental ou de condutas que dificulte a convivência das crianças e adolescentes com genitor/a, podendo ser estas punições cumulativas ou não, além de não haver prejuízo de responsabilização civil ou criminal e da utilização de outros instrumentos processuais que inibam ou atenuem os efeitos do ato. Assim, as punições vão da advertência do alienador, a aplicação de multa, a determinação de acompanhamento psicológico, a alteração da guarda, até punições mais severas como a fixação de medida cautelar de afastamento do domicílio da criança e do adolescente e a suspensão da autoridade parental (BRASIL, 2010, art. 6º, I a VII).

Na interpretação da lei fica claro que seu objetivo principal é proporcionar a efetivação da convivência familiar saudável as crianças e adolescentes, sendo esta restaurada nos casos declarados de alienação parental. Neste sentido, o art. 7º prevê que a alteração da guarda será feita de acordo com a preferência ao genitor que viabilize a efetiva convivência entre a criança e o outro genitor, nos casos de inviabilidade de guarda compartilhada (BRASIL, 2010).

Figura 4: Campanha do Senado Federal sobre a Lei nº 12.318/10



Fonte: Página do Senado Federal no Facebook

Assim, pode-se avaliar que a lei trouxe avanços importantes ao combate da prática da alienação parental, dando enfoque a Síndrome da Alienação Parental no contexto sociojurídico e da resolução dos conflitos familiares. Contudo, compreende-se que a lei ainda apresenta alguns problemas, como no caso da não obrigatoriedade da atuação de especialistas, ficando a cargo do magistrado requerer a sua intervenção e a produção da avaliação e laudo pericial, o que pode acarretar problemas na resolução de casos complexos (COELHO, 2013).

2.2 O DEBATE ATUAL ACERCA DA REVOGAÇÃO DA LEI DE ALIENAÇÃO PARENTAL

No ano de 2018 se intensificaram os debates em torno da alteração, chegando a discutir-se a revogação, da Lei nº 12.318/10. Neste sentido, encontra-se em tramitação no Senado Federal o Projeto de Lei nº 498 de 2018, sendo este fruto da Comissão Parlamentar de Inquérito dos Maus-Tratos, instaurada em 2017, por meio do Requerimento nº 277, que tinha por objetivo investigar as irregularidades e os crimes relacionados aos maus tratos em crianças e adolescentes no país.

Assim, em 2018, foi produzido o relatório da CPI dos Maus-Tratos, sendo um dos problemas identificados a alienação parental que, neste sentido, deu origem ao

PL nº 498. Para os autores do PL, o principal argumento utilizado na defesa da revogação da Lei nº

12.318 seria a existência de uma “deturpação” dos mecanismos da alienação parental, pois, segundo o relatório, houveram relatos de casos nos quais os genitores acusados teriam induzido o outro genitor a formular uma denúncia falsa ou precária para obter a guarda compartilhada ou a inversão da guarda (BRASIL, 2018).

Na análise dos argumentos apresentados no relatório da CPI percebe-se certa fragilidade, tendo em vista que as denúncias não foram apuradas, e assim, ficaram apenas baseadas em relatos. Além disso, o argumento foi pautado apenas na questão da indução a uma denúncia que não estaria devidamente substanciada e, de tal modo, levaria a alteração da guarda da criança ou adolescente. Mas, neste caso, cabe a justiça à verificação da denúncia e dos seus fundamentos, ou seja, se pode ser comprovada ou não.

Dessa forma, os que argumentam, entendem que “a Lei de Alienação Parental dá margem a manobras dos abusadores contra seus justos acusadores” (BRASIL, 2018), haja vista que as autoridades competentes teriam concedido a guarda aos pais maltratantes, com base nos dispositivos de modificação de guarda previstos na Lei de Alienação Parental, segundo o relatório. Também se argumenta no sentido que a lei permitiria a aplicação de medidas de urgência baseadas apenas em indícios, sem a devida investigação ou atuação adequada das autoridades judiciárias, o que traria consequências sérias para as crianças e para os genitores envolvidos (BRASIL, 2018).

Em audiência realizada na Comissão de Seguridade Social e Família que discutiu o PL nº 10.712/18, que propõe alterações na Lei nº 12.318/10, especialistas debateram os problemas trazidos na formulação atual da Lei de Alienação Parental e para tanto trouxeram para a discussão a teoria da Síndrome de Alienação Parental de Gardner. Assim, foi debatida a preocupação com os casos nos quais a lei acolhe denúncias de alienação parental feitas pelos genitores abusadores, que cometem violência doméstica ou até abuso sexual contra as crianças e os adolescentes (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2019).

Outras parlamentares também afirmaram que muitas mães perderam a guarda de seus filhos após denunciarem a violência doméstica, considerando que a

denúncia de violência foi tratada como difamação ao pai. Assim, o mau funcionamento da lei estaria entregando crianças e adolescentes a pais abusadores (SENADO FEDERAL, 2018).

Entretanto, a discussão da revogação da lei divide os especialistas, pois, os que defendem a Lei nº 12.318/10 argumentam que os problemas apresentados não estão na lei em si, mas sim na forma como a mesma é aplicada, dessa forma, a mudança deveria ser no sentido de se proporcionar melhores meios de trabalho para as autoridades competentes, Varas de Família, Ministério Público, Delegacias, para que tornem a lei mais efetiva (PORTAL UOL, 2019).

Nesta perspectiva, o Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) se posicionou em defesa da Lei de Alienação Parental e contra as propostas de revogação ou alteração da lei, pois, apesar das problemáticas que envolvem o uso eventualmente indevido ou abusivo da lei, os especialistas argumentam que são raros tais casos e que já existem pesquisas que demonstram os efeitos danosos na alienação parental sobre crianças e adolescentes. Assim, o Instituto afirmou a importância da lei em resguardar o direito fundamental da convivência familiar para as crianças e adolescentes (IBDFAM, 2019).

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho apresentado teve como objetivo compreender como a Síndrome de Alienação Parental é tratada no âmbito jurídico a partir da Lei nº 12.318/2010 e quais suas implicações no contexto das relações familiares.

Para tanto, realizou-se uma discussão em busca de compreender o processo histórico de reconfiguração familiar que levou a centralidade da criança e do adolescente. Posteriormente, destacou-se o que é a Síndrome de Alienação Parental e como esta definição impacta na elaboração da Lei nº 12.318/2010. E, por fim, enfatiza-se os embates que estão sendo travados a partir do PL nº 10.712/18, em busca de revogar a Lei de Alienação Parental.

Ao final deste trabalho, conclui-se que o debate sobre a Alienação Parental marca um avanço importante na luta pela efetivação do direito da criança e do adolescente, tendo em vista que é mais uma medida que visa resguardar esses indivíduos da negligência nos seios familiares. Entretanto, é preciso estar atento

quanto a sua efetivação para que não sejam cometidos erros que possam comprometer a integridade dos mais vulneráveis. Daí a importância desse debate.

Neste sentido, percebe-se que a Alienação Parental no âmbito do Direito de Família é um tema que vem sendo tratada nos processos judiciais, assim, antes da aprovação da Lei de Alienação Parental já havia vasta jurisprudência nas quais tratava-se sobre as questões que envolvem a caracterização da alienação parental e as punições relativas à tal prática abusiva.

Portanto, a Lei nº 12.318/2010 significou mais um marco na legislação brasileira, dispondo de forma específica sobre o problema, pois, já existiam disposições mesmo que esparsas sobre os abusos e a desconstituição do poder familiar na Constituição Federal de 1988, no ECA e no Código Civil de 2002.

Compreende-se que o assunto é de extrema importância, tendo em vista que trata-se da proteção de direitos fundamentais dos menores e dos genitores vítimas da prática da alienação parental. Sobretudo visando assegurar o direito ao desenvolvimento psicológico, social e moral, com o exercício do poder familiar responsável e que atendam ao melhor interesse das crianças e dos adolescentes.

Nesta perspectiva, o Estado e o Poder Judiciário precisam, sempre que for necessário, intervir nos casos em que se configurem a alienação parental, de forma efetiva e célere, com o objetivo de impedir maiores consequências aos envolvidos. Assim como impondo as punições e sanções legais pertinentes ao parente alienador, partindo de cada caso concreto, por isso torna-se essencial a presença de especialistas para acompanhar a demanda.

Por fim, entende-se que as propostas de revogação da Lei de Alienação Parental, no todo ou em parte, não devem prosperar, tendo em vista a importância desta disposição normativa no ordenamento jurídico brasileiro atual. Dessa forma, identifica-se que os problemas estão na maneira de concretização da norma, assim, não se sustentando os argumentos utilizados para sua revogação.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Projeto de Lei nº 4.053 de 2008. Dispõe sobre a alienação parental. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=E88092C26E023B38E9769BF40357D85.proposicoesWebExterno1?codteor=601514&fileame=Tramitacao-PL+4053/2008.> Último acesso: 26/09/2019.

BRASIL. Dispõe sobre Alienação Parental. Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm> Último acesso: 24/09/2019.

BRASIL. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm> Último acesso: 24/09/2019.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Último acesso: 24/09/2019.

BRASIL. SENADO FEDERAL: Projeto de Lei do Senado nº 498, de 2018. Disponível: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/134835>. Acesso: 21/10/2019.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Especialistas defendem revogação da Lei da Alienação Parental. 09/04/2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/555220-especialistas-defendem-revogacao-da-lei-da-alienacao-parental/>. Acesso: 21/10/2019.

CANAZZO. Alessandra Cavalcante. Alienação parental: aspectos jurídicos e psicológicos. 09/01/2019. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/11007/Alienacao-parental-aspectos-juridicos-e-psicologicos>> último acesso: 26/09/2019.

COELHO. Maria Isabel Saldanha dos Martins. A Lei da Alienação Parental (Lei 12.318/2010): concepções e práticas de psicólogos forenses. 2013. 140f. Dissertação (Mestrado em Psicologia) - Fundação Edson Queiroz, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2013.

DEFENSORIA PÚBLICA DO PARÁ. Alienação Parental segundo a Lei 12.318/2010. Disponível em: <https://dp-pa.jusbrasil.com.br/noticias/2957478/artigo-alienacao-parental-segundo-a-lei-12318-2010> Último acesso: 24/09/2019.

DIAS, Maria Berenice. Alienação parental: uma nova lei para um velho problema!. 30/08/2010. Disponível em: http://www.mariaberenice.com.br/uploads/aliena%E7%E3o_parental_-_uma_nova_lei_para_um_velho_problema.pdf Acesso em: 28/11/2019.

DIAS, Maria Berenice. Síndrome da alienação parental, o que é isso? 01/09/2010. Disponível em: [http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_504\)1_sindrome_da_alienacao_pa_rental_o_que_e_isso.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_504)1_sindrome_da_alienacao_pa_rental_o_que_e_isso.pdf). Acesso em: 28/11/2019.

FINELLI, Leonardo Augusto Couto; SILVA, Jeanne Laís da; AMARAL, Renata de Andrade. Trajetória da Família Brasileira: o papel da mulher no desenvolvimento dos modelos atuais. Humanidades. V.4, n.2 jul de 2015. Disponível em: <http://revistahumanidades.com.br/arquivos_up/artigos/a67.pdf> Acesso: 22/10/2019.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA (IBDFAM). IBDFAM se manifesta contra propostas de alterações na Lei de Alienação Parental. 13/03/2019. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/6878/IBDFAM+se+manifesta+contra+propostas+de+altera%C3%A7%C3%B5es+na+Lei+de+Aliena%C3%A7%C3%A3o+Parental>. Acesso: 21/10/2019.

JESUS. Sheila Machado de. Lei de Alienação Parental (Lei n. 12.318/2010): análise da aplicabilidade e efetividade no processo. 2016. 91f. Dissertação (Mestrado em Psicologia) - Universidade Tuiuti do Paraná, Curitiba, 2016.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO PARANÁ - MPPR. Direito de Família - Alienação Parental. Disponível em: <<http://www.mppr.mp.br/pagina-6665.html>> Último acesso: 26/09/2019.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO PARANÁ - MPPR. Criança e Adolescente: estatísticas Alienação Parental. Disponível em: < <http://www.crianca.mppr.mp.br/pagina-2140.html>> Acesso: 22/10/2019.

MIRANDA, Cintia Moraes de. Consequências de direito após o reconhecimento da união estável homoafetiva pelo Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <MÜLLER, Vera Regina. ALIENAÇÃO PARENTAL: VISÃO JURÍDICA EM UMA ANÁLISE PSICOLÓGICA. In: Revista CIPPUS- UNILASALLE, Canoas-RS, vol. 7, n.1, ago., 2017, p. 53-72. Disponível em: <<https://revistas.unilasalle.edu.br/index.php/Cippus/article/view/3161>> Último acesso: 26/09/2019.

OLIVEIRA, Mário Henrique Castanho Prado de. A Alienação Parental como forma de abuso à criança e ao adolescente. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 2012.

PINHO, Marco Antônio Garcia de. Alienação parental: histórico, estatísticas, projeto de lei 4053/08 & jurisprudência completa Conteudo Jurídico, Brasília-DF: 24 set 2019.

Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/18953/alienacao-parental-historico-estatisticas-projeto-de-lei-4053-08-jurisprudencia-completa>. Acesso em: 24 set 2019.

PORTAL UOL. Projeto que revoga Lei da Alienação parental divide especialistas no Senado. 26/06/2019. Disponível em:<https://www.uol.com.br/universa/noticias/redacao/2019/06/26/projeto-que-revoga-lei-da-alienacao-parental-divide-especialistas-no-senado.htm>. Acesso: 21/10/2019.

PORTO, Duina. O reconhecimento jurídico do poliamor como multiconjugalidade consensual e estrutura familiar. Tese de Doutorado em Direito. Universidade Federal da Paraíba: João Pessoa, 2017. Disponível em: <

<https://repositorio.ufpb.br/jspui/bitstream/123456789/12253/1/Arquivototal.pdf>
Acesso: 05/05/2019

OBSERVATÓRIO DO TERCEIRO SETOR. 57% dos casos de violência contra crianças ocorrem dentro de casa. Disponível em: <<https://observatorio3setor.org.br/carrossel/57-dos-casos-de-violencia-contra-criancas-ocorrem-dentro-de-casa/>> Acesso: 22/10/2019

SENADO FEDERAL. Debatedoras reclamam alteração nas leis da guarda compartilhada e da alienação parental. 20/11/2018. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/procuradoria/comum/debatedoras-reclamam-alteracao-nas-leis-da-guarda-compartilha-e-da-alienacao-parental>. Acesso: 21/10/2019.

SILVA, Marta Rosa da; SANTOS, Elquissana Quirino dos. A ALIENAÇÃO PARENTAL NO CONTEXTO SOCIAL DA FAMÍLIA: Considerações e caracterização no ambiente jurídico. In: Revista Científica do Centro de Ensino Superior Almeida Rodrigues, Rio Verde-GO, ano 1, ed. I, jan. 2013. Disponível em: <<https://www.faculdefar.edu.br/arquivos/revista-publicacao/files-13-0.pdf>> Último acesso: 26/09/2019.

SCHABELL, Corinna. Relações familiares na separação conjugal: contribuição da mediação. *Psicol Teor. Prat.* V.7. n.1. São Paulo: 2015. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-36872005000100002> Acesso: 22/10/2019

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil 5: Direito de Família*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017.

WAQUIM, Bruna Barbieri. *Alienação familiar induzida: uma revisão crítica dos fundamentos sociojurídicos da Lei de Alienação Parental*. Mestrado em Direito e Instituições do Sistema de Justiça. São Luís: 2014.

SIGILO TELEFÔNICO DE APLICATIVO DE MENSAGENS INSTANTÂNEAS: POSSIBILIDADE DA INTERVENÇÃO ESTATAL

Taís Teófilo Pontes
Arnaldo Sobrinho de Moraes Neto

RESUMO: O presente artigo virá a tratar sobre a possibilidade de intervenção do estado no quesito interceptação telefônica. Discorrer sobre o direito à intimidade e ao sigilo das ligações/mensagens, diante do poder/dever do Estado de se utilizar de medidas restritivas como meio de obtenção de informações probatórias em investigações criminais. Baseado em pesquisas bibliográficas, legislações e jurisprudenciais, busca-se trazer entendimentos conflitantes e polêmicos. São confrontados com normas constitucionais vigentes e com princípios democráticos que devem nortear o uso da internet e o Processo Penal Constitucionais.

Palavras-chave: direito constitucional; sigilo telefônico; interceptação telefônica; whatsapp; privacidade

ABSTRACT: This article will deal with the possibility of state intervention in the telephone interception. Discuss the right to privacy and confidentiality of links / messages, given the power / duty of the State to use restrictive measures as a means of obtaining evidence in criminal investigations. Based on bibliographic research, legislation and jurisprudence, we seek to bring conflicting and controversial understandings. They are confronted with current constitutional norms and democratic principles that should guide the use of the internet and the Constitutional Criminal Procedure.

Keywords: constitutional right; telephone secrecy; telephone interception; Whatsapp; privacy

1. INTRODUÇÃO

As últimas décadas foram testemunhas de uma radical mudança na forma de comunicação dos indivíduos e na maneira com que estes passaram a armazenar suas informações.

Diante do cenário atual de insegurança no tocante à comunicação e liberdade individual, as empresas que administram aplicativos buscam cada vez mais disponibilizar a seus usuários a segurança impecável, bem como a impossibilidade de acesso por terceiros.

Com o avanço tecnológico, o uso desse meio de comunicação eclodiu no país, e no mundo todo. Controverso, desta forma, até que ponto a intervenção estatal nos meios de comunicação, mais especificamente, no uso de aplicativos de celular de troca de mensagens, vai de encontro aos direitos individuais entabulados em cláusulas pétreas da Carta Magna.

De acordo com os avanços da tecnologia, o aplicativo que mais é utilizado é o WhatsApp, administrado pelo Facebook, e há estimativas que de que já avançam os mais de 120 milhões de usuários. Recentemente, a fim de evitar o acesso às informações, alterou sua política de segurança e implementou o uso do sistema de criptografia de ponta a ponta.

A globalização, que teve início em meados do século XVI, bem como com o advento da internet nos anos 70, surgiu a Revolução Técnico-Científico-Informacional. Todos os povos, de todos os continentes passaram a se interligar e a se comunicar pela rede, e o avanço tecnológico hoje permite a troca de informações extremamente rápida e prática.

E com o passar dos anos o conflito entre a liberdade de comunicação e o direito à inviolabilidade do indivíduo, vêm entrando em conflito de forma a repelir o cometimento de crime que colocam em risco a ordem e a segurança pública.

A todo momento as pessoas se utilizam cada vez das funcionalidades da tecnologia para comunicar-se, seja por os bons e velhos SMS seja pelos mais modernos aplicativos de mensagens. É importante entender que são meios não só utilizados para o cometimento de crimes, como também para servir de provas de qualquer espécie e em diversos ramos do direito.

Assim, o objetivo deste trabalho é discorrer acerca das legislações vigentes que versam sobre a interceptação telemática de aplicativo de celular como meio de obtenção de provas em processos penais, e as lacunas existentes nessas legislações, que acabam por trazer mais conflitos do que soluções para a matéria.

Para chegar a esse objetivo principal trataremos primeiramente sobre as questões que foram avançando ao longo do tempo tratando sobre questões como p.ex. quais as legislações que versam sobre a matéria, e quais as lacunas existentes nesses ordenamentos? Qual o sistema de proteção ao acesso de dados e informações adotadas pelas empresas de comunicações digitais?

Perguntas estas que vão sendo respondidas ao longo do trabalho.

Como método optou-se pela pesquisa bibliográfica, análise da doutrina e da jurisprudência emanada de diferentes tribunais brasileiros.

O presente artigo está estruturado da seguinte forma.

Inicialmente buscamos trazer noções sobre o marco civil da internet e como vem se apresentando diante das necessidades do mundo atual, em como a Constituição Federal aborda essa questão de acordo com a Lei nº 12.965/2014.

Em segundo capítulo buscamos apresentar como se apresenta o mundo jurídico brasileiro para abordar o tema do monitoramento das comunicações – mensagens telefônicas – trazendo seus principais conceitos inerentes à matéria e como a legislação de interceptação telefônica aborda o tema.

Finalizamos o artigo justamente com foco principal do trabalho, a questão da possibilidade ou não do estado interceptar essas mensagens a fim de investigações processuais.

Conclui-se que a atuação do Estado deve ser pautada pela cautela, com aplicação dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, bem como da técnica da ponderação de direitos fundamentais.

2. UM NOVO MARCO PARA UM NOVO TEMPO

A expansão recente dos meios comunicacionais trouxe consigo uma nova forma de organização social.

A Lei 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) trouxe princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil, assegurando ao cidadão brasileiro que o acesso à internet é essencial para o exercício da cidadania (artigo 7º, caput, Marco Civil). Igualmente garante a inviolabilidade da intimidade e vida privada de quem utiliza os serviços da internet, mas, ao mesmo tempo, salvaguarda a liberdade de expressão do artigo 5º, IV, Constituição Federal.

O Marco Civil, em seu inciso II do artigo 7º, prevê a possibilidade da interceptação, mediante ordem judicial, de comunicações pela internet, e no final menciona que esse procedimento se fará na forma da lei. Se trata de dispositivo meramente redundante, pois, com outras palavras, tem o mesmo sentido e alcance do parágrafo único do artigo 1º da Lei 9.296/96; e a essa lei faz referência na expressão “na forma da lei”.

A proteção à privacidade foi uma das principais premissas do Marco Civil desde o começo. Na verdade, o projeto foi uma resposta direta à “Lei Azeredo”, que tipificava os crimes digitais e previa, por exemplo, que os dados dos usuários deveriam ser guardados por três anos para investigação criminal. A internet se organizou contra o projeto, considerado “vigilantista”. A partir do debate surgiu a ideia de se garantir alguns direitos do usuário, como privacidade e liberdade de expressão.

Figura 1 Infográfico do Marco Civil da Internet



Fonte: Coletivo Arrua

O infográfico apresentado acima tem o condão de apresentar o Marco Civil da Internet.

O Marco Civil da Internet apresenta um conjunto de normas que procuram garantir a titularidade do cidadão em relação aos seus dados pessoais que são tratados na internet, proporcionando-lhe uma série de direitos. Em outras palavras, os dados que a pessoa concede para acessar um site ou uma rede social continuam sendo seus e não das empresas responsáveis por prestar esses serviços. Isso dá ao cidadão garantias importantes, buscando evitar que ocorra o mau uso de suas informações.

O MCI contém trinta e dois artigos divididos em cinco capítulos. Dentre os pontos abordados, podemos destacar os princípios da Neutralidade, Privacidade e Registro dos acessos.

O princípio da neutralidade traz como objetivo o usuário podendo arcar com os custos de acordo com o volume e a velocidade almejados, tornando a rede um ambiente mais democrático para todos os usuários.

Os princípios da lei – especialmente a garantia da neutralidade de rede, da liberdade de expressão e da privacidade dos usuários – foram estabelecidos para manter o caráter aberto da internet.

A neutralidade de rede prevê que o tráfego de qualquer dado deve ser feito com a mesma qualidade e velocidade, sem discriminação, sejam dados, vídeos, etc. Se essa neutralidade não fosse garantida, a internet poderia funcionar como uma TV a cabo: os cidadãos pagariam determinado valor para acessar redes sociais e outro para acessar redes e vídeos, por exemplo.

Outro princípio é a garantia da liberdade de expressão. Hoje, redes sociais, como Facebook e o Youtube, podem tirar do ar fotos ou vídeos que usem imagens de obras protegidas por direito autoral ou que contrariam regras das empresas. Por exemplo, fotos de integrantes da Marcha das Vadias com os seios à mostra ou vídeos que mostram partes de telejornais das emissoras já foram retirados do ar sem que os criadores desses conteúdos opinassem sobre restrição à veiculação.

Com o Marco Civil da Internet, essas empresas deixam de ser responsáveis pelos conteúdos gerados por terceiros e não poderão retirá-los do ar sem determinação judicial, afora em casos de nudez ou de atos sexuais de caráter privado.

De acordo com o Artigo 19 da legislação, “com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário”.

O Marco também garante a privacidade dos usuários da internet, ao estabelecer que informações pessoais e registros de acesso só poderão ser vendidos se o usuário autorizar expressamente a operação comercial. Atualmente, os dados são usados por grandes empresas para obter mais receitas publicitárias, já

que elas têm acesso a detalhes sobre as preferências e opções dos internautas e acabam vendendo produtos direcionados.

Além dos direitos considerados princípios da internet no Brasil, 13 outros foram estabelecidos pela “Constituição da Internet”, como passou a ser chamada a regra. A inviolabilidade da intimidade e da vida privada e indenização em caso de violação; a não suspensão da conexão à internet, salvo por débito diretamente decorrente de sua utilização; a manutenção da qualidade contratada da conexão à internet são alguns dos direitos dos usuários.

Os internautas deverão, de acordo com a lei, ter informações claras e completas sobre os contratos de prestação de serviços e coleta, uso, armazenamento, tratamento e proteção de dados pessoais, bem como ter garantida a acessibilidade, levando em conta as características físico-motoras, perceptivas, sensoriais, intelectuais e mentais do usuário.

Assim, a aprovação do Marco Civil vem de modo a assegurar a liberdade, privacidade e neutralidade da rede, o que traz, sem dúvida, um grande avanço dos movimentos relacionados a essa questão.

No tocante ao assunto da privacidade, os artigos 22 e 23 da Lei do Marco Civil vêm para estabilizar o entendimento já apresentado pelo art. 5º, XII da Constituição Federal.

Art. 22. A parte interessada poderá, com o propósito de formar conjunto probatório em processo judicial cível ou penal, em caráter incidental ou autônomo, requerer ao juiz que ordene ao responsável pela guarda o fornecimento de registros de conexão ou de registros de acesso a aplicações de internet.

Parágrafo único. Sem prejuízo dos demais requisitos legais, o requerimento deverá conter, sob pena de inadmissibilidade:

I- fundados indícios da ocorrência do ilícito;
II- justificativa motivada da utilidade dos registros solicitados para fins de investigação ou instrução probatória; e III - período ao qual se referem os registros.

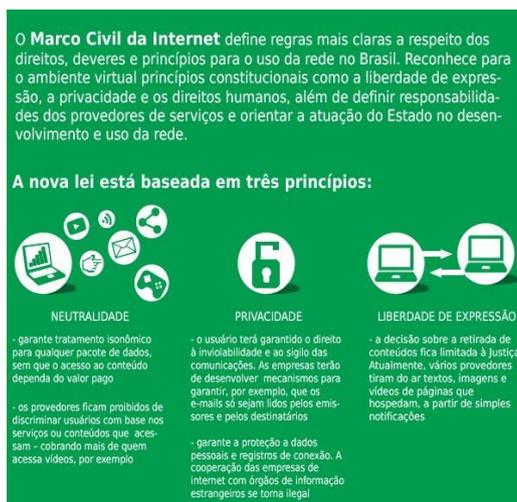
Art. 23. Cabe ao juiz tomar as providências necessárias à garantia do sigilo das informações recebidas e à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem do usuário, podendo determinar segredo de justiça, inclusive quanto aos pedidos de guarda de registro.

Eles apresentam a ideia de a autoridade judiciária seria a guardiã da privacidade do indivíduo.

Ao passo que o constituinte de 1988 já antevia e protegia a coleta e armazenamento de dados dos indivíduos pelas autoridades públicas e empresas privadas, não lhe seria possível imaginar que a virtualização da esfera íntima (e seu depósito na nuvem) se desse em tal escala. Pode-se dizer que a virtualização dos aspectos da vida privada irrompeu como verdadeira revolução, mudando a concepção de sociedade e indivíduo.

A privacidade, assim, seria uma trincheira, continuamente bombardeada por ouvintes ávidos por extrair nossos segredos, colocando-os em exposição pública e tornando-os propriedade comum.

Figura 2 Marco Civil da Internet



Fonte Agência Brasil – 2014

A figura vem para resumir em poucas linhas do que se trata o Marco Civil da Internet, como seus princípios e suas regras.

No próximo vamos tratar justamente da abordagem jurídica que é dispensada a esse monitoramento das comunicações, seus conceitos e trazer a legislação de interceptação telefônica.

3. TRATAMENTO JURÍDICO DO MONITORAMENTO DE COMUNICAÇÕES

A partir da década de 90, a Internet dominou o mundo e toda uma geração de jovens vem sendo formada, em todos os países, mais voltada às telas dos computadores do que à leitura dos livros, prevendo-se uma geração, no futuro, em que as casas guardarão CDs para computadores, mas não exibirão bibliotecas particulares.

De mais em mais, os serviços de informação de todos os países se fazem necessários, sendo inacreditável que um país da dimensão do Brasil, por problemas de ressentimentos ideológicos, tenha destruído o seu sistema de informações, quando as mais democráticas nações só os têm privilegiado, como os Estados Unidos, Inglaterra e França.

Em outras palavras, a segurança de um país contra a instabilidade interna, o inimigo externo e os gênios dos computadores está no seu poder de atalhar qualquer perigo maior de desorientação de seus esquemas de proteção.

O tratamento jurídico que vem sendo dado e deverá ser dado no futuro, representa uma das questões de grande complexidade em razão da comunicação ser algo universal, porém não há um tratamento adequado.

Em nossa Carta Magna, os artigos 220 a 224 são dedicados à Comunicação Social, principiando o Capítulo V assim intitulado, com a seguinte dicção: “A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerão nenhuma restrição, observando o disposto nesta Constituição.”

O artigo 221 exige que os programas de rádio e televisão preservem os valores éticos e sociais da pessoa e da família. Já o artigo 222 trata da propriedade das empresas jornalísticas e de radiodifusão sonora e de sons e imagens, que é privativa de brasileiros e naturalizados há mais de 10 anos; o art. 223 prevê as concessões de radiodifusão sonora e de sons e imagens e o art. 224, a criação de Conselho de Comunicação Social.

Antes de tratarmos especificamente sobre a Lei 9.296/1996 torna-se imperioso tratarmos sobre conceitos e terminologias atinentes a esta matéria.

A palavra “interceptação” não deve ser tomada em seu sentido macro, no sentido de interromper, mas no sentido de captar a comunicação, tanto falada quanto escrita, no sentido de obter o conteúdo dessa comunicação.

Dessa forma, devemos conceituar juridicamente a expressão “interceptação telefônica” como sendo aquela capaz de captar a conversa telefônica por um terceiro, sem o conhecimento dos interlocutores.

Todavia, se houver o conhecimento de algum dos interlocutores, estaremos diante da “escuta telefônica” que não descaracteriza o procedimento da interceptação telefônica, já que realizada por um terceiro.

Além desses dois conceitos, é importante trazermos à discussão o conceito de interceptação ambiental e gravação telefônica.

No primeiro estamos diante de casos em que se utiliza de equipamentos discretos de gravação de áudio, e neste a gravação clandestina consiste na gravação da conversa telefônica pelo próprio interlocutor, sem o conhecimento do outro.

Apresentados alguns conceitos, vamos analisar o que indica a legislação de interceptação telefônica.

A legislação de Interceptação Telefônica – Lei 9.296/1996 – veio para regulamentar a matéria de interceptação, de sistemas de informática e telemática.

De acordo com o traçado no inciso XII do artigo 5º da CF e no artigo 1º da Lei 9296/96, a exceção para tal medida só é admitida em casos de investigação criminal e instrução penal.

Os elementos colhidos no curso do monitoramento das comunicações, podem constituir prova direta, ou prova indicatória, mas há a probabilidade de se chegar ao fato provado.

A legislação permite o monitoramento de dispositivos fixos (públicos ou privados); telefone móvel; telefones satélites e sistemas de telemática.

3.1 LEGISLAÇÕES VIGENTES

O sigilo já vem sendo tutelado desde as primeiras constituições, quando em 1824 se referia ao “segredo das cartas”. A partir de 1891 passa a tratar sobre as correspondências. E só em 1967 que o legislador pensou a tratar do sigilo das comunicações telegráficas e telefônicas.

A Constituição Federal de 1988, na esteira dos tratados e convenções de âmbito internacional sobre direitos humanos dos quais o Brasil é signatário,

reconhece e garante os direitos à intimidade e à privacidade no rol dos direitos fundamentais.²⁶

O art. 5º, inciso X, da CF/88 disciplina a questão assegurando que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas” prevendo o direito de “indenização pelo dano material e moral decorrente de sua violação”. Logo adiante, o inciso XII, com maior ênfase, trata do direito a privacidade das comunicações quando expressa que “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”³.

Diante da necessidade da elaboração das leis, e em especial, a partir da parte final do inciso XII do artigo 5º da CF, foi promulgada a Lei 9296/96, conhecida como Lei de Interceptação Telefônica, que traz a base legal para as decisões desta matéria.

Esta norma regula a quebra de sigilo telefônico e foi concebida com uma norma de excepcionalidade, estipulando os casos em que a quebra do sigilo não será admitida: (a) quando houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal; (b) nos casos em que a prova puder ser feita por outros meios disponíveis; e (c) quando o fato que está sendo investigado constituir infração penal punida com pena máxima de detenção.

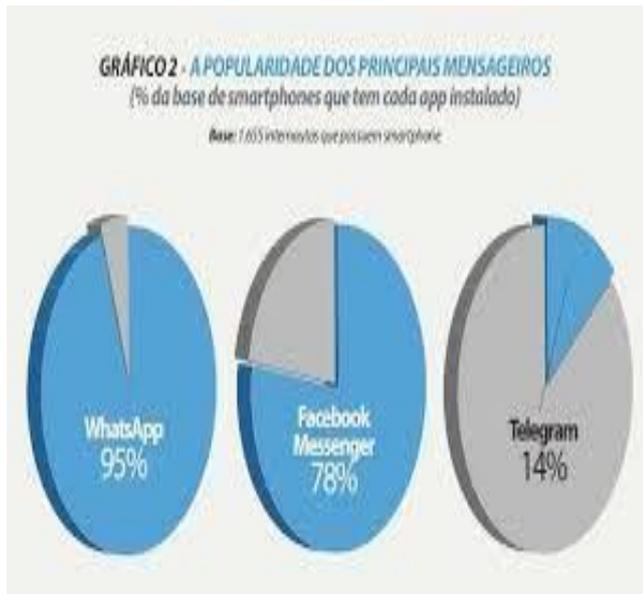
De fato, pela letra da Constituição, somente estaria autorizada a quebra do sigilo telefônico nas hipóteses legalmente definidas e, mesmo assim, mediante autorização judicial em face da reserva de jurisdição adotada pela norma constitucional.

Nestes termos, a tentativa do legislador ordinário de ampliar o sentido da norma constitucional redundou na deformação desta, gerando insegurança jurídica. No entanto, parece-nos plenamente justificável que a quebra de sigilo alcance aqueles dados equiparáveis a conversas telefônicas, como as comunicações de voz que se estabelecem via internet por meio de recursos como o “Skype”, “WhatsApp” e outros aplicativos assemelhados de mensagens instantâneas que permitem a transmissão de voz.

Isso seria um resultado possível mediante o emprego de analogia, de modo que, nesses casos, a jurisprudência pode e deve avançar para atualizar o texto em

face do novo contexto tecnológico, numa autêntica (e legítima) mutação constitucional. Outra lei importante e já mencionada em capítulo anterior é o Marco Civil da Internet. Que foi uma resposta aos problemas envolvendo a violação de dados e comunicações. Neste caso o legislador buscou soluções de eficácia para disciplinar como seria o uso das novas tecnologias de comunicação.

Figura 3 Principais Mensageiros



Fonte: Panorama Mobile Time, 2017

Na figura acima se observa que apesar da existência de outros aplicativos de mensagens, o Whastapp ainda é a plataforma de comunicação mais popular no Brasil. Dos usuários que possuem o aplicativo instalado 92% acessam e usufruem todos os dias.

No aspecto da proteção à privacidade e a inviolabilidade de sistemas online, por exemplo, as regras do Marco Civil são conflitantes com o texto constitucional. Outro ponto que merece destaque é que esta legislação não traz o devido respaldo legal para os crimes cibernéticos, situação agravada pelas dificuldades encontradas para que provedores de conteúdo atendam as requisições judiciais.

Observa-se, assim, o descompasso diante da proteção que a Constituição confere à privacidade e ao sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, à medida que somente autoriza a restrição ao sigilo das comunicações telefônicas e, mesmo assim, com necessária autorização judicial em caso de investigação criminal.

As leis ordinárias, como visto, estendem a possibilidade de quebra de sigilo aos dados e comunicações via internet mediante autorização judicial que resta, em alguns casos, dispensada. Posto deste modo a questão, resta saber como o STF está avaliando essas normas ao interpretar o inc.

XII do art. 5º da CF/88.

Diante da especificidade do tema, se faz mister analisar o tema das comunicações por mensagens e possibilidade ou não da intervenção estatal diante do direito à privacidade, em capítulo à parte.

4. INTERVENÇÃO ESTATAL NA COMUNICAÇÃO TELEFÔNICA FRENTE AO DIREITO FUNDAMENTAL DE PRIVACIDADE

Dentre as garantias fundamentais do indivíduo, albergadas constitucionalmente no art. 5º da Magna Carta, encontram-se positivados tais direitos, os quais, como direitos da personalidade, podem ser vislumbrados como elementos da integridade moral de cada ser humano.

O Código Civil de 2002 também se preocupou em tutelar o direito à privacidade, determinando a proteção à vida privada em seu artigo 21, in verbis: “A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”.

O direito à intimidade, quase sempre, é considerado como sinônimo de direito à privacidade. Nos termos da Constituição, contudo, é plausível a distinção existente entre esses conceitos, já que o inciso X do art. 5º separa a intimidade da outra manifestação da privacidade da pessoa: a vida privada.

A tutela constitucional integrou tais direitos num único articulado, declarando “invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”, erigindo, expressamente, esses valores humanos à condição de direitos individuais.

A nossa Carta Magna – artigo 5º, inciso XII – dispõe que são invioláveis as correspondências e comunicações, inclusive as telefônicas, salvo em casos de ordem judicial, nas hipóteses da lei para fins de investigação criminal ou instrução

penal. Ademais, em seu inciso X, do mesmo artigo, há a tutela do direito à privacidade, tratando-o como direito inviolável.

O constituinte não permitiu, absolutamente, a interferência de terceiros no fluxo comunicativo, o que não induz, necessariamente, a que não se possa ter acesso, posteriormente, à identificação dos sujeitos e ao relato das mensagens publicadas sempre que o interesse público assim o exigir. O que a Constituição Federal veda é a interceptação da correspondência, mas não a autorização judicial para a sua busca e apreensão antes da remessa ou após a chegada a seu destino.

Vejamos o que nos ensina o inciso XII do artigo 5º da CF:

DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

CAPÍTULO I

DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal

O valor que tem esse inciso encontra atenção especial na parte final, onde abre a questão de ao ter a necessidade de investigação criminal, em último caso, seu sigilo poderá ser “quebrado”

Túlio Vianna (2006, p. 84) reforça que o constituinte não permitiu, absolutamente, a interferência de terceiros no fluxo comunicativo, o que não induz, necessariamente, a que não se possa ter acesso, posteriormente, à identificação dos sujeitos e ao relato das mensagens publicadas sempre que o interesse público assim o exigir. O que a Constituição Federal veda é a interceptação da correspondência, mas não a autorização judicial para a sua busca e apreensão antes da remessa ou após a chegada a seu destino.

Figura 4 "Maleta espiã" com equipamentos e cabos para extração de dados de celulares: equipamento é utilizado pela PF em diversas operações diferentes



Fonte: site uol

Vemos que apesar das proibições legais, a policia vem tentando a todo instante invadir as comunicações.

A maleta é capaz de invadir praticamente qualquer celular de qualquer geração: de iPhones da Apple a telefones que usam o sistema operacional Android, do Google, passando pelo Windows Phone, da Microsoft, e diversas marcas e sistemas operacionais menos conhecidos, a maioria chineses.

As conversas destes aplicativos de mensagens, são identificados como forma de comunicação, de forma que seu acesso só está autorizado através de medida judicial.

Para facilitar o processamento e investigações de casos para efetiva apuração de autoria destes, a quebra destes sigilos de comunicação se faz necessário, razão esta que a maioria dos entendimentos jurisprudenciais atuais é pela concessão de ordem judicial de interceptação destas mensagens.

4.1 DETERMINAÇÕES JUDICIAIS

No Brasil, tornou-se comum o uso de aplicativos de troca de mensagens instantâneas, como por exemplo o Whatsapp, também incluindo disponível ao acesso do mesmo, os operados do Direito, como Juízes, promotores, advogados etc.

Em decisões recentes, a justiça brasileira tem se posicionado sobre o uso das mensagens de whatsapp como provas em processos.

Houveram algumas decisões judiciais determinando a suspensão do aplicativo WhatsApp no Brasil, lavradas em processos criminais, que tramitam em segredo de justiça.

Em 2015, o Tribunal de Justiça de Teresina-PI determinou o bloqueio do aplicativo em razão do descumprimento de ordem anterior para que este disponibilizasse informações contidas. Assim, informou o Delegado Geral do Piauí, Riedel Batista:

Existe um inquérito na Delegacia de Proteção a Criança e ao Adolescente (DPCA) e a delegada precisou de informações contidas no WhatsApp para embasar o caso, e o aplicativo se negou a dar. O juiz determinou que as informações fossem prestadas e mesmo assim o aplicativo se negou.

Houve várias críticas, houve quem aplaudisse e houve quem discordasse. E assim foi seguindo em outras comarcas do Brasil, onde o principal embasamento das ordens judiciais eram pautados em interesse público e efetividades das investigações processuais.

Sobre esse tema, ainda pode-se discutir muito mais. A principal indagação que se faz é a questão de qual direito deve prevalecer: o direito à privacidade ou o interesse público?

Acredita-se que as situações devem ser analisadas caso a caso, sendo imperioso a “invasão” da privacidade e ordenada a questão das leituras de mensagens trocadas nos aplicativos, se faz fundamentada e aplicável a quebra deste sigilo. Não havendo outra saída a não ser esta.

4.2 ACESSO PELA AUTORIDADE POLICIAL EM CASOS DE PRISÃO EM FLAGRANTE

Prática muito comum entre as autoridades policiais, quando, ao realizarem prisões, vasculhar os celulares dos suspeitos, mesmo sem autorização judicial.

A questão era controversa e significava a invasão da privacidade em nome dos interesses ditos coletivos de apuração da verdade. Ofendia garantias constitucionais de intimidade e vida privada, previstos no artigo 5º, X da Constituição da República.

E para a solução desta problemática, o STJ, no julgamento do HC 89.981 oriundo do estado de Minas Gerais, decidiu que:

1. Embora a situação retratada nos autos não esteja protegida pela Lei n. 9.296/1996 nem pela Lei n. 12.965/2014, haja vista não se tratar de quebra sigilo telefônico por meio de interceptação telefônica, ou seja, embora não se trate violação da garantia de inviolabilidade das comunicações, prevista no art. 5º, inciso XII, da CF, houve sim violação dos dados armazenados no celular do recorrente (mensagens de texto arquivadas – WhatsApp).
2. No caso, deveria a autoridade policial, após a apreensão do telefone, ter requerido judicialmente a quebra do sigilo dos dados armazenados, haja vista a garantia, igualmente constitucional, à inviolabilidade da intimidade e da vida privada, prevista no art. 5º, inciso X, da CF. Dessa forma, a análise dos dados telefônicos constante dos aparelhos dos investigados, sem sua prévia autorização ou de prévia autorização judicial devidamente motivada, revela a ilicitude da prova, nos termos do art. 157 do CPP. Precedentes do STJ.
3. Recurso em habeas corpus provido, para reconhecer a ilicitude da colheita de dados do aparelho telefônico dos investigados, sem autorização judicial, devendo mencionadas provas, bem como as derivadas, serem desentranhadas dos autos.

O óbice que poderá se invocar é o de que se perde tempo com pedidos de quebra de sigilo. Entretanto, a forma é garantia da eficácia dos direitos fundamentais, tendo-se ainda que efetivar os protocolos de cadeia de custódia, bem assim de responsabilidade pela extração do conteúdo.

Em outra decisão o STJ decidiu também anular provas obtidas por meio do espelhamento do aplicativo de whatsapp para página da internet. O espelhamento se dá a partir da leitura de um QR CODE gerado pelo próprio celular ao qual se pretende espelha no computador.

Diante do caso, a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça declarou nula decisão judicial que autorizou o espelhamento como forma de obtenção de provas em uma investigação sobre tráfico de drogas e associação para o tráfico.

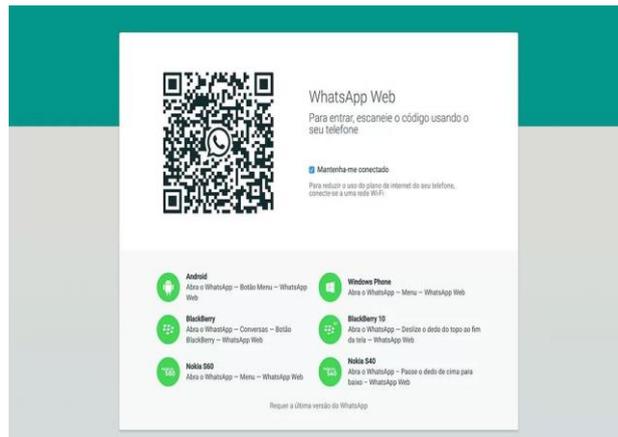
Na situação em tela a conexão com o WhatsApp Web, sem conhecimento do dono do celular, foi feita pela polícia após breve apreensão do aparelho.

Em seguida, os policiais devolveram o telefone ao dono e mantiveram o monitoramento das conversas pelo aplicativo, as quais serviram de base para a decretação da prisão preventiva dele e de outros investigados. Para a decisão, afirmou a relatora, Laurita Vaz:

Ao contrário da interceptação telefônica, que é operacionalizada sem a necessidade simultânea de busca pessoal ou domiciliar para apreensão

de aparelho telefônico, o espelhamento via QR Code depende da abordagem do indivíduo ou do vasculhamento de sua residência, com apreensão de seu aparelho telefônico por breve período de tempo e posterior devolução desacompanhada de qualquer menção, por parte da autoridade policial, à realização da medida constritiva, ou mesmo, porventura — embora não haja nos autos notícia de que isso tenha ocorrido no caso concreto —, acompanhada de afirmação falsa de que nada foi feito

Figura 5 imagem de como funciona a tela de acesso ao Whatsapp Web



Fonte: Canal Ciências Criminais

Vemos na figura 5, a forma como se apresenta a página da web do Whatsapp quando acessado pelo computador. Haja vista este ser um meio que as autoridades policiais utilizam para burlar o acesso ao aplicativo.

E provas estas, que já têm entendimentos pacificados que não são válidas para integrarem os processos investigativos.

Ainda sobre o tema.

O Recurso em Habeas Corpus (RHC 51.531-RO) julgado no STJ. O celular de um réu por tráfico de drogas e outros crimes foi apreendido na prisão em flagrante. Na perícia, a polícia acessou as mensagens de WhatsApp. O acusado defendeu que a conduta era ingerência em sua vida privada, já que não autorizada pelo Poder Judiciário.

O TJ-RO entendeu que a proteção dos dados no caso não é semelhante à interceptação telefônica. Ou seja, a autorização judicial para a perícia no aparelho não é imprescindível.

Entretanto, o STJ concluiu que, de fato, ocorreu violação à intimidade do acusado. Isso porque o acesso depende de prévia autorização judicial devidamente motivada. Assim, considerou ilícita a prova advinda das mensagens de Whatsapp.

4.3 PODEM SERVIR COMO PROVAS?

Atualmente, esse tipo de fonte tem sido utilizada como meio de prova em demandas judiciais e apesar de não haver uma legislação que regule o seu uso, a jurisprudência vêm aceitando esse tipo de prova e conformando entendimentos acerca de sua utilização nas esferas do Direito Civil, Direito Penal e Direito Trabalhista.

Sobre o tema, convém, no entanto, mencionar o disposto no art. 225, do Código Civil, prevendo que as reproduções fotográficas, cinematográficas, os registros fonográficos e, em geral, quaisquer outras reproduções mecânicas ou eletrônicas de fatos ou de coisas fazem prova plena destes, se a parte, contra quem forem exibidos, não lhes impugnar a exatidão.

Seu uso implica cuidados tendo em vista que as informações geradas através desse meio digital podem ser objeto de manipulação por seus usuários, como a falsificação, adulteração e supressão de seu conteúdo e históricos de conversas.

Essas provas, chamadas tecnológicas ou digitais, são lícitas, desde que seja mantida a lisura das informações ali contidas, sendo garantida assim a sua autenticidade, integridade e autoria (art. 5º, LVI, CF/88: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;”).

Assim, a exemplo de seu uso na esfera civil, as provas digitais têm sido utilizadas em ações alimentícias e impugnação de gratuidade de justiça, inclusive na concessão de alimentos gravídicos, caso julgado no TJSP, no qual fez-se presumida a paternidade e arbitrada pensão onde foram utilizadas como prova para tanto conversas travadas no Whatsapp.

Na esfera trabalhista, as mensagens dos aplicativos são usadas para caracterizar vínculo empregatício, horas extraordinárias, jornadas externa, controle de jornada, entre outros.

Em programas televisivos, não é incomum policiais relatarem, durante as entrevistas, que constataram o planejamento ou até confissão de crimes cometidos através de mensagens no celular do acusado, utilizando-as como prova para o inquérito e eventual processo crime. Mas, será que isto é legalmente permitido? Não!

O que muita gente desconhece é que esta atitude é ilegal.

Assim como os casos de interceptação telefônica através de escutas, o acesso ao conteúdo do celular do acusado também só pode ser realizado mediante prévia autorização judicial.

Com o avanço da tecnologia, as ligações telefônicas estão sendo substituídas pelas mensagens instantâneas de aplicativos móveis, a exemplo do Whatsapp, por sua agilidade e economia. Mas, apesar de ser bem mais fácil acessar estas mensagens em comparação à tecnologia necessária para uma interceptação telefônica, isto não permite que policial invada a privacidade e busque provas no celular do cidadão abordado ou preso, sem que tenha autorização judicial para cumprir esta finalidade.

Em recente julgamento, a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu que o acesso a mensagens e dados do celular sem prévia autorização judicial é ilegal, devendo ser respeitada a garantia do sigilo das comunicação, prevista expressamente na nossa Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XII, e reforçada na lei 12.965/14.

De acordo com a Corte Superior, mesmo em caso de apreensão do celular no momento do flagrante, o acesso aos dados e mensagens contidas no aparelho constitui violação à intimidade do preso.

Destarte, caso haja descumprimento desta imposição Constitucional, todas as possíveis provas contidas no celular ou qualquer outra obtida através de informações nele existentes serão consideradas nulas e não poderão ser utilizadas no processo para fundamentar possível autoria criminosa.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ficou demonstrado, após toda a análise dos fundamentos apresentados, que os direitos à liberdade de informação e à privacidade são igualmente resguardados pela Constituição Federal, e que, pela sua natureza e importância, são passíveis de entrarem em rota de colisão.

O que vislumbrou-se com o trabalho apresentado é que a tecnologia avança de forma desenfreada a ponto das legislações sempre ficarem defasadas. Tendo que as autoridades policiais e judiciais se valerem de decisões para se orientar nas tomadas de atitudes.

O que também foi demonstrado na presente pesquisa é que o Estado, enquanto detentor do poder decisório tem o condão de averiguar caso a caso para definir quando se poder “violiar” o sigilo daquelas comunicações.

Apesar de haver o direito à privacidade, grupos criminosos estão se valendo disto – e aqui importa salientar que cada vez mais o próprios aplicativos atualizam suas medidas de segurança – para poder fazer as tratativas de suas atitudes.

A indispensável autorização judicial para a restrição de um direito fundamental não se trata de mera formalidade. No Estado Democrático de Direito, o Judiciário é o último reduto do cidadão contra as ações arbitrárias do Estado e das autoridades públicas. Seus membros não são periodicamente eleitos, gozam de estabilidade, independência funcional e possuem cargos vitalícios, de modo que não devem satisfação a qualquer pessoa ou a quaisquer interesses políticos, governamentais ou não. Devem, sim, obediência estritamente à Constituição e às leis validamente promulgadas. São terceiros desinteressados, condição singular de sua posição imparcial em um litígio. O mesmo já não se pode dizer do Fisco, ou do Ministério Público, a quem a lei e a jurisprudência do STF tendem a permitir o livre acesso a dados sigilosos do cidadão.

Enfim, pode-se encerrar esta pesquisa com a constatação que a obediência às regras processuais se apresenta como necessárias, diante de tanta irregularidade por parte das autoridades.

REFERÊNCIAS

ABREU, Jacqueline de Souza; ANTONIALLI, Dennys. Vigilância sobre as comunicações no Brasil: interceptações, quebras de sigilo, infiltrações e seus limites constitucionais. São Paulo: InternetLab, 2017. Disponível em: http://www.internetlab.org.br/wp-content/uploads/2017/05/Vigilancia_sobre_as_comunicacoes_no_Brasil_2017_InternetLab.pdf. Acesso em 20/09/2019

ARAUJO, LUCIMARA BRANDÃO REIS. A privacidade da pessoa humana como Direito Constitucional. 09/2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/60812/a-privacidade-da-pessoa-humana-como-direito-constitucional>. Acesso em 28/10/2019

AVILA, ANA PAULA OLIVEIRA; WOLOSZYN, ANDRÉ LUIS. A tutela jurídica da privacidade e do sigilo na era digital: doutrina, legislação e jurisprudência. Rev.

Investig. Const., Curitiba , v. 4, n. 3, p. 167-200, Dec. 2017 . Disponível em:
http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2359-56392017000300167&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 20/09/2019

CAMACHO, Giovana Pereira. O TRÁFICO DE DROGAS E A ANÁLISE DAS CONVERSAS ARMAZENADAS NO APLICATIVO WHATSAPP POR POLICIAIS SEM ORDEM JUDICIAL. Revista Liberdades. Ed nº 26. 2018. Disponível em:
http://www.revistaliberdades.org.br/_upload/pdf/31/Liberdades%2026_Crime_5.pdf. Acesso em 10/09/2019

Conversa em WhatsApp é protegida por sigilo e só pode ser acessada com autorização judicial. Migalhas, São Paulo, 6 mar. 2017. Disponível em:
<https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI254989,11049-Conversa+em+WhatsApp+e+protegida+por+sigilo+e+so+pode+ser+acessada>. Acesso em: 15/09/2019.

DONATO, Duílio Dionísio. (IM)possibilidade de interceptação do whatsapp no combate às organizações criminosas. 10/2019. Disponível em
<https://jus.com.br/artigos/77339/im-possibilidade-de-interceptacao-do-whatsapp-no-combate-as-organizacoes-criminosas>. Acesso em: 28/10/2019

GODOY, Luiz Roberto Ungaretti. A evolução tecnológica e monitoramento de sinais: uma nova regulamentação jurídica. Tese (doutorado em Direito). PUC-SP. 2016. Disponível em:
<https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/18810/2/Luiz%20Roberto%20Ungaretti%20de%20Godoy.pdf>. Acesso em 20/09/2019

JUNIOR, Irineu Francisco; SAMPAIO, Vinicius Garcia Ribeiro; GALLINARO, Fábio. Marco civil da internet e o direito à privacidade na sociedade da informação. Revista Direito, Estado e Sociedade. n. 52. 2018. p. 114 a 133. Disponível em:
<http://direitostadosociedade.jur.puc-rio.br/media/art%205%20direito%2052.pdf>. Acesso em: 17/09/2019

OLIVEIRA, Heder Wilian; MARTINS, Ricardo; BONINI, Luci M.M.. Interceptação Telemática de Aplicativo de Celular. Disponível em:
<https://willian46rossi.jusbrasil.com.br/artigos/590270020/interceptacao-telematicade-aplicativo-de-celular>. Acesso em 15/09/2019

ORSANO, HANNA BRENDA BARBOSA. Bloqueio Judicial Do WhatsApp: Direito À Privacidade X Interesse Público. Disponível em:
<https://hannabrenda50.jusbrasil.com.br/artigos/413227329/bloqueio-judicial-do-whatsapp-direito-a-privacidade-x-interesse-publico>. Acesso em 29/10/2019

PAYÃO, Felipe. WhatsApp diz que é inviolável; Polícia Federal retruca o aplicativo no STF. TecMundo, São Paulo, 2 jun. 2017. Disponível em:
<https://www.tecmundo.com.br/whatsapp/117364-whatsapp-diz-inviolavelpolicia-federal-retruca-aplicativo-stf.htm>. Acesso em: 20/09/2019.

PF usa "maleta espiã" para invadir celulares em casos que vão de Lava Jato a pedofilia. Notícias UOL. Aiuri Rebello. 17/08/2017. Disponível em:

<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2017/08/17/pf-usa-maletaespia-para-invadir-celulares-em-casos-que-vao-de-lava-jato-a-pedofilia.htm>. Acesso em 29 de novembro de 2019

PINTO, Felipe Martins; GUIMARÃES, Johnny Wilson Batista. O DIREITO À PRIVACIDADE E O SIGILO DE DADOS NA INTERNET. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 69, pp. 201 - 219, jul./dez. 2016. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-FD-UFMG_69.08.pdf. Acesso em: 02/09/2019

STJ anula prova colhida pelo WhatsApp Web sem consentimento do dono do celular. Conjur. 30 de novembro de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-nov-30/stj-anula-prova-colhida-whatsapp-web-permissao-dono>. Acesso em 30/10/2019

TONTINI, Cristina. É ILEGAL USAR O WHATSAPP WEB NAS INVESTIGAÇÕES CRIMINAIS?. Canal Ciências Jurídicas. 27 de março de 2019. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/whatsapp-webinvestigacoes-criminais/>. Acesso em: 28 de novembro de 2019

TRESSA, Simone Valadão Costa e; TRESSA, Eiel Bitencourt. O BLOQUEIO DO WHATSAPP E OS LIMITES DA INTERVENÇÃO DO ESTADO NA VIDA DAS PESSOAS. Disponível em <http://www.eduvaleavare.com.br/wp-content/uploads/2016/11/bloqueio.pdf>. Acesso em 15/09/2019

VIANNA, Túlio Lima. Transparência pública, opacidade privada: o Direito como instrumento de limitação do poder na sociedade de controle. 181 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba. 2006.

ÁVILA, ANA PAULA OLIVEIRA, & WOLOSZYN, ANDRÉ LUIS. (2017). A tutela jurídica da privacidade e do sigilo na era digital: doutrina, legislação e jurisprudência. Revista de Investigações Constitucionais, 4(3), 167-200. Epub April 15, 2019. <https://dx.doi.org/10.5380/rinc.v4i3.51295>

EXECUÇÃO FISCAL DE ANUIDADES DOS CONSELHOS DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL EM ATENDIMENTO À LEI Nº 12.514/2011 ALIADA AOS MEIOS DIGITAIS COMO MECANISMO DE SATISFAÇÃO DA OBRIGAÇÃO

Talita Dantas Leite Gomes
José Gomes de Lima Neto

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo estudar sobre o caráter tributário das contribuições sociais devidas aos conselhos de fiscalização profissional, em consonância à Lei nº 12.514/2011, que impõe de forma direta aos profissionais que exercem profissão regulamentadas o pagamento de anuidades. Nesse contexto, cumpre enfatizar sobre o processo de execução fiscal como forma de obtenção do crédito tributário e salientando ainda sobre os meios virtuais de consulta de bens utilizados no processo executivo que, por sua vez, proporciona celeridade e efetividade na condução processual, de maneira a satisfazer a obrigação tributária que não foi observada de forma espontânea pelo devedor. Destarte, faz-se uma análise do tema em tela através de doutrinas, legislação própria e jurisprudências.

Palavras-chave: Contribuições Sociais, Conselho de Fiscalização, Anuidade, Execução Fiscal.

ABSTRACT: The current project aims to study the tax nature of social contributions due to the professional fiscalization councils, according to Law 12.514/2011, which directly imposes the payment of annual fees on regulated professionals. Therefore, it is necessary to emphasize the tax execution process as a way of obtaining the tax credit and also accentuating the virtual means of consultations of assets used in the executive process which, on the other hand, provides speed and effectiveness in the procedural conduct, satisfying the tax obligation that was not spontaneously observed by the debtor. Thus, an analysis of the current theme is made through doctrines, own legislation, and jurisprudence.

Keywords: Social Contributions, Fiscalization Councils, Annual Fee, Tax Execution.

1 INTRODUÇÃO

Para atinar sobre o significado do presente estudo, é inescusável enunciar alguns aspectos relativos à atuação dos Conselhos de fiscalização profissional, para que assim seja demonstrada a aplicabilidade da Lei nº 12.514/2011, observando o que regulamenta a Lei de Execução Fiscal. Tais órgãos contam com natureza jurídica de autarquias federais, com a ressalva da Ordem dos Advogados do Brasil que, por sua vez, possui personalidade jurídica diferenciada, sendo serviço público independente de categoria ímpar no elenco das personalidades jurídicas existentes no direito brasileiro.

Destarte, a Legislação permite aos Conselhos fixar e cobrar um valor anual dos profissionais que integram sua categoria, denominada de anuidade conforme a Lei 12.514/2011. Não obstante, são autorizados a ajuizar execução fiscal desde que atinja o chamado “valor de alçada”, qual seja, quatro vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente, se perfazendo condição de procedibilidade específica.

Importa ressaltar que, essas contribuições profissionais possuem caráter de tributo, onde o fato gerador não é o exercício da profissão, mas a inscrição no respectivo ente autárquico. Pelo fato mencionado, o volume de inadimplência é exorbitante, bem como o número de processos distribuídos na Justiça Federal anualmente.

Por conseguinte, a maneira que vem sendo utilizada para dar celeridade aos processos executivos da categoria de anuidades é através da penhora eletrônica, que demonstra alto índice de eficácia, visto que, percebendo o executado o bloqueio na conta bancária ou restrição veicular, se desdobra para que a ocasião seja solucionada.

É sabido que na hipótese de decorrido o prazo *in albis* sem manifestação da parte executada, o magistrado expede ofício ao Banco, no caso de bloqueio via sistema BacenJud e determina a conversão em renda do valor bloqueado para o exequente, satisfazendo, muitas vezes, a totalidade da obrigação. Frise-se que a utilização dos meios eletrônicos de busca do devedor ou de penhora de bens, tais como BacenJud, RenaJud, InfoJud, Infoseg, Siel, SerasaJud e etc., desde que observados os princípios constitucionais, oportunizam ao credor a persecução do seu direito de forma célere e eficaz.

Com base no exposto, o presente estudo tem por objeto a análise da natureza jurídico-tributária dos conselhos de fiscalização profissional, bem como os mecanismos digitais como forma de obtenção do crédito e satisfação da obrigação, como já mencionado, observando lei específica e demonstrando sua aplicação. Adotou-se como metodologia a pesquisa bibliográfica de natureza descritiva, com fundamento na doutrina vigente, bem como nas leis especiais e jurisprudências dos Tribunais Superiores.

Com vistas ao mote de pesquisa, o método utilizado foi qualitativo através de pesquisas, artigos científicos, doutrinas, jurisprudência, bem como a vivência no

cenário dos conselhos de fiscalização. Após diversas observações e estudos, pode-se concluir que a temática tem como base a aprendizagem, apresentando uma diversidade de informações para os contribuintes e profissionais. Destarte, passaremos, no presente trabalho, à análise das temáticas supramencionadas, buscando o melhor aproveitamento diante das searas disponíveis.

2 CONSELHOS DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL

A partir da década de 30, com a crescente intervenção do Estado, este passou a delegar sua função fiscalizadora do exercício profissional para pessoas jurídicas criadas para exercer esse tipo de função. As Constituições de 1937 e 1946 por exemplo, já apontavam a possibilidade de exercício de funções delegadas do poder público por associações profissionais ou sindicais, evidenciando o fenômeno de autarquização acometido com a descentralização do exercício do poder estatal.

Isso posto, percebe-se que os Conselhos Profissionais, enquanto entidades de natureza autárquica, gozam das prerrogativas atribuídas ao Estado, a exemplo do exercício do Poder de Polícia. Dessa forma, os Conselhos atuam como uma extensão do poder público, agindo de maneira independente, observados os limites dos princípios administrativos inerentes à Administração Pública.

Segundo leciona Leandro Paulsen (2019) as anuidades cobradas pelos Conselhos configuram contribuições do interesse das categorias profissionais, as quais são estabelecidas com respaldo no artigo 149 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:

Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.

A respeito da natureza tributária e da aplicabilidade do artigo 149 da Constituição Federal às contribuições profissionais, ressalta-se que o Supremo Tribunal Federal, através do Recurso Extraordinário n. 138.284 – CE, pacificou, em 1 de julho de 1992, o entendimento de que as contribuições referidas, possuem

caráter parafiscal, referendando a intenção do constituinte de aplicar os princípios tributários e as normas gerais de direito tributário a essas contribuições.

Ocorre que, o fato gerador da anuidade não é o exercício atividade profissional, mas a inscrição no respectivo Conselho, o que é motivo de problemática para os profissionais, visto que, pensam equivocadamente que não há motivo para cobrança se não há exercício da profissão.

Por fim, o que se extrai do entendimento jurisprudencial e doutrinário é que a natureza jurídica das contribuições devidas aos Conselhos Profissionais já padece de divergências, eis que já pacificada a matéria. Entretanto, denota-se discussão relevante na doutrina, ao passo em que o Superior Tribunal de Justiça excepciona a natureza tributária das anuidades devidas à OAB, o que, doutrinariamente, demonstra-se um contrassenso ainda de necessária discussão.

2.1 DO PROCESSO DE EXECUÇÃO FISCAL

A Lei 6.830, de 22/09/80, foi fruto de anteprojeto elaborado na Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, com representantes do Instituto da Administração Financeira da Previdência e Assistência Social, da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e da Procuradoria-Geral da República, ouvindo-se vários setores da sociedade, nesta fase, com o que se nutriu de valiosos subsídios e contribuições para a elaboração final do texto, que viria a converter-se, in integris, na Lei 6.1130 citada.

Este diploma legal visou simplificar o processo, dar maior rapidez, fixar definitivamente o controle administrativo da legalidade, que se concretiza através da determinação da inscrição, como dívida ativa da Fazenda Pública (União, Estados, Distrito Federal, Municípios e suas autarquias), dos créditos tributários ou não, em registro próprio. Apuração da dívida ativa é exatamente o procedimento administrativo de controle da legalidade, pelo qual a autoridade competente (o procurador, isto é, o advogado do órgão público) examina o processo ou o expediente relativo ao crédito da Fazenda Pública e, verificada a inexistência de falhas ou irregularidades formais que possam infirmar a execução judicial, manda proceder a inscrição.

O alcance do adimplemento dos débitos vem, paulatinamente, sofrendo adequações à efetividade dos institutos executórios. Dessa maneira, é de grande valia o estudo das execuções. E isso se justifica porque, nesse momento, será buscada a satisfação do direito subjetivo do exequente. Desse modo, a execução permite que o credor alcance sua pretensão, dispondo, para tanto, dos meios coercitivos legais.

Conseqüentemente, a evolução tecnológica vem contribuindo para que o Poder Judiciário possa dispor de sistemas on-line na busca pela existência de bens que possam satisfazer o débito, a fim de economizar custos e tempo, bem como proporcionar a efetividade do processo. Nesse sentido, serão abordados alguns aspectos peculiares da aplicação de algumas alternativas na busca pela celeridade e efetividade da execução fiscal.

2.2 DO ATENDIMENTO À LEI Nº 12.514/2011 NA EXECUÇÃO DE ANUIDADES

Antes de mais nada, é importante falar sobre a possibilidade de cobrança das anuidades e obediência ao princípio legalidade. De início, é importante esclarecer que foram publicadas algumas leis acerca da cobrança das anuidades por parte dos conselhos profissionais, dentre elas: a Lei nº 6.994/82; o Art. 58, § 4º da Lei nº 9.649/98; Art. 2º da Lei nº 11.000/2000; e, a Lei nº 12.514/2011.

A Lei nº 6.994/82 previa a fixação das anuidades pelos conselhos de profissão nos seguintes termos:

Art.1º O valor das anuidades devidas às entidades criadas por Lei com atribuições de fiscalização do exercício de profissões liberais será fixada pelo respectivo órgão federal, vedada a cobrança de quaisquer taxas e emolumentos além dos previstos no art. 2º desta Lei.

§1 - Na fixação do valor das anuidades referidas neste artigo, serão observados os seguintes limites máximos:

a) – para pessoa físicas, 2 (duas) vezes o maior valor de referência – MVR vigente no País.

No entanto, com o advento da Lei nº 8.906/94, a qual instituiu o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, surgiu o entendimento de que esta norma haveria por ter revogado a Lei nº 6.994/1982. Entendimento este totalmente equivocado, pois a revogação se deu especificamente com relação à Ordem dos Advogados do

Brasil, não se estendendo aos demais conselhos de fiscalização profissional. Tal conclusão equivocada se deu em virtude da redação do Art. 87 da Lei nº 8.906/94, abaixo transcrita:

Art. 87. Revogam-se as disposições em contrário, especialmente a Lei nº 4.215, de 27 de abril de 1963, a Lei nº 5.390, de 23 de fevereiro de 1968, o Decreto-Lei nº 505, de 18 de março de 1969, a Lei nº 5.681, de 20 de julho de 1971, a Lei nº 5.842, de 6 de dezembro de 1972, a Lei nº 5.960, de 10 de dezembro de 1973, a Lei nº 6.743, de 5 de dezembro de 1979, a Lei nº 6.884, de 9 de dezembro de 1980, a Lei nº 6.994, de 26 de maio de 1982, mantidos os efeitos da Lei nº 7.346, de 22 de julho de 1985.

Observe-se que a Lei nº 8.906/94 refere-se exclusivamente à Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), não refletindo em nada para os demais conselhos de fiscalização profissional, logo suas disposições restringem-se à OAB, de maneira que a intenção do legislador ao utilizar a expressão revogar no Art. 87 da Lei nº 8.906/94 foi tão somente ressaltar que as anuidades cobradas pela OAB não teriam natureza jurídica de tributo.

Nesse sentido, há julgados de Tribunais Regionais Federais, inclusive da 3ª e 4ª Região, conforme segue abaixo:

MANDADO DE SEGURANÇA - CONSTITUCIONAL - TRIBUTÁRIO - CONSELHO REGIONAL DE ENFERMAGEM - ANUIDADE PROFISSIONAL - NATUREZA JURÍDICA TRIBUTÁRIA - PRINCÍPIO DA LEGALIDADE - IMPOSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO DO VALOR POR MEIO DE RESOLUÇÃO
- RESTITUIÇÃO DE VALORES PAGOS INDEVIDAMENTE - IMPOSSIBILIDADE DE SUSPENDER O EXERCÍCIO PROFISSIONAL EM VIRTUDE DE INADIMPLEMENTO. I - Os Conselhos Regionais de Enfermagem, criados pela Lei nº 5.905/73, podem cobrar anuidade de seus profissionais, cujo valor encontra limites na Lei nº 6.994/82, não revogada pela Lei nº 8.906/94. II - Estabelece o artigo 149 da Constituição Federal competir exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas. O artigo 150, I, por sua vez, veda às pessoas jurídicas de direito público interno exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça, o que configura uma garantia do contribuinte. III - Os conselhos de classe profissional têm natureza de autarquia, segundo já reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, de forma que são considerados pessoas jurídicas de direito público interno (art. 41, IV, Código Civil), razão pela qual devem atenção ao comando constitucional que veda a majoração do tributo sem lei antecedente, sendo manifestamente impossível, por conseguinte, a sua fixação por meio de ato normativo inferior. IV - O Maior Valor de Referência (MVR) foi extinto pelo artigo 3º, III, da Lei nº 8.177/91, ficando instituída, pela Lei 8.383/91, a Unidade Fiscal de Referência - UFIR - como parâmetro para

atualização monetária em cruzeiros para tributos federais, utilizando como divisor, no caso de anuidades, o valor de Cr\$ 126,86 (artigo 3º, II), estabelecendo, assim, o valor máximo da anuidade dos conselhos em 35,72 UFIR's, até a extinção desta em 2000, quando a atualização passará a ser o IPCA. V - Precedentes. VI - O pedido de devolução das quantias indevidamente pagas encontra óbice na Súmula nº 271 do Supremo Tribunal Federal, mostrando-se inadequada a via eleita. VII - O artigo 15 da Lei nº 5.905/73 não confere aos conselhos regionais o direito de suspender o exercício profissional do inadimplente aos cofres da instituição. VIII - Apelação parcialmente provida."(TRF-3ªR –

Terceira Turma - AMS
00040599320104036100 – Relatora: Desembargadora
Federal Cecília Marcondes – Publicação: e-DJF3 Judicial 1
DATA:07/10/2011 PÁGINA: 364) TRIBUTÁRIO. CONSELHOS
REGIONAIS DE CLASSE.

LEI 6.994/82. ANUIDADES. NATUREZA JURÍDICA.
PRINCÍPIO DA RESERVA

LEGAL. CORREÇÃO MONETÁRIA. 1. A Lei 8.906/94 não revogou a Lei 6.994/82, por adstringir-se, no que se refere à fixação das anuidades, à Ordem dos Advogados, não se estendendo aos demais conselhos profissionais. 2. A natureza jurídica da anuidade é de contribuição de interesse das categorias profissionais, portanto, tributo, sendo possível inferir, da interpretação sistemática dos arts. 146, III, 149, caput, e 150, I, da Constituição Federal, que compete exclusivamente à União legislar sobre a matéria, mediante lei complementar, sendo-lhe vedado exigir ou aumentar tributo sem lei anterior que o estabeleça, eis que, nessa hipótese, há afronta direta ao princípio da legalidade. 3. O valor da anuidade dos profissionais é obtido através da conversão do MVR em cruzeiros (moeda corrente à época), totalizando Cr\$ 2.266,17, multiplicado por dois, indexado pela UFIR a partir de janeiro de 1992, vedada a atualização no período de fevereiro a dezembro de 1991. O mesmo raciocínio deve ser empregado às pessoas jurídicas, tratadas no art. 1º da Lei 6.994/82. 4. É devida a anuidade no valor apurado por meio da utilização dos critérios referidos, vedado ao Conselho exigir quantia que extrapole os limites legais. 5. O art. 58, § 4º, da Lei 9.649/98 se encontra com a eficácia suspensa por força do julgamento de medida cautelar na ADIN 1.717-6/DF, não servindo, então, como substrato jurídico a ancorar pretensas alterações no valor das anuidades por meio de atos normativos infralegais. (TRF-4ªR – Primeira Turma - REOAC - REMESSA EX OFFICIO EM AÇÃO CÍVEL 200972000042272 – Relator: Desembargador Federal Marcos Roberto Araújo dos Santos – Publicação: D.E. 23/02/2010)

Vencida tal exposição, destaca-se que houve a edição da Lei nº 9.649/98 a qual revogou a Lei nº 6.994/82, conforme previsão contida no Art. 66. Assim, percebe-se que esta nova revogação da Lei nº 6.994/82 teve como finalidade se referir aos conselhos de fiscalização profissional em geral — excluída obviamente a OAB, tendo em vista que para esta a Lei nº 6.994/82 já não se aplica desde a edição do EOAB (Lei nº 8.906/94).Igualmente, houve a seguinte previsão legal quanto às anuidades no Art. 58, § 4º da Lei nº 9.649/98:

§ 4o Os conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas são autorizados a fixar, cobrar e executar as contribuições anuais devidas por pessoas físicas e jurídicas, bem como preços de serviços e multas, que constituirão receitas próprias, considerando-se título executivo extrajudicial a certidão relativa aos créditos decorrentes.,

No entanto, o Supremo Tribunal Federal (STF) quando do julgamento da ADI nº 1717 entendeu pela inconstitucionalidade do Art. 58, § 4º da Lei nº 9.649/98, conforme se observa abaixo:

Decisão: O Tribunal julgou procedente o pedido formulado na ação para declarar a inconstitucionalidade da cabeça do artigo 58 e §§ 1º, 2º, 4º, 5º, 6º, 7º e 8º da Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998. Votou o Presidente, o Senhor Ministro Marco Aurélio. Decisão unânime. Impedido o Senhor Ministro Gilmar Mendes. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Nelson Jobim. Plenário, 07.11.2002.

Assim, tal declaração de inconstitucionalidade deu ensejo ao efeito repristinatório da Lei nº 6.994/82. Dando continuidade à sequência legislativa, foi editada a Lei nº 11.000/2000, a qual em seu Art. 2º, caput dispôs:

Art. 2o Os Conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas são autorizados a fixar, cobrar e executar as contribuições anuais, devidas por pessoas físicas ou jurídicas, bem como as multas e os preços de serviços, relacionados com suas atribuições legais, que constituirão receitas próprias de cada Conselho.

Porém, observa-se que a redação do Art. 2º, caput da Lei nº 11.000/2000 é idêntico ao Art. 58, § 4º da Lei nº 9.649/98. Ademais, a Lei nº 11.000/2000 é objeto da ADI 3.408- 1, interposta pelo Conselho Nacional das Profissões liberais – CNPL, mas foi proferida decisão de extinção sem julgamento do mérito, nos termos do Art. 267, VI do CPC/73, em razão da prejudicialidade da ação direta de inconstitucionalidade por perda superveniente de objeto quando sobrevém a revogação da norma questionada.

Isto por causa da edição da Lei nº 12.514/2011, a qual regula por completo a matéria impugnada. Apesar da referida decisão não ter modulado os efeitos e Sua Excelência, o Ministro, ter adiantado o entendimento de que o art. 2º da Lei nº 11.000/2004 apenas repetiu os termos do Art. 58, § 4º da Lei nº 9.649/1998, já declarado inconstitucional pelo STF por prever a possibilidade de os conselhos fixarem as suas anuidades por ato infralegal.

Logo, estar-se-á novamente diante do efeito repristinatório da norma anterior, ou seja, passa-se a vigorar a Lei nº 6.994/1982. Por outro lado, o Plenário do STF negou provimento ao Recurso Extraordinário (RE) 704292, o qual discutiu a fixação de anuidades por conselho de categoria profissional acima do teto previsto em lei. O Conselho Profissional sustentou ter legitimidade para fixar os valores das anuidades livremente por meio de resolução, uma vez que tal prerrogativa seria garantida pela Lei 5.905/1973.

No entanto, o Ministro Dias Toffoli votou no sentido de negar provimento ao recurso e foi seguido pela maioria dos ministros. O relator entendeu que não cabe aos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas realizar a atualização monetária do teto em patamares superiores aos permitidos em lei. “Entendimento contrário possibilitaria a efetiva majoração do tributo por um ato infraconstitucional, em nítida ofensa ao artigo 150, inciso I da Constituição Federal”. Em seu voto, o ministro reconheceu inconstitucionalidade material, sem redução de texto, do Art. 2º, caput e seu § 1º da Lei nº 11.000/2004, por ofensa ao artigo 150 da Constituição Federal, a fim de excluir da sua incidência a autorização dada aos conselhos de profissões regulamentadas para fixar as contribuições anuais.

Tal julgamento do Supremo pacificou o entendimento majoritário das outras instâncias que entendiam não ser competência dos Conselhos a fixação e majoração das anuidades. Porém, o regramento contido na Lei nº 12.514/2011 não restou fulminado, estando em regular vigência, de forma que é viável aos Conselhos profissionais manterem as cobranças judiciais de anuidades obedecendo aos limites circunscritos no Art. 6º da referida lei.

Em tese, óbice se verifica ao se deparar com a execução fiscal de anuidades anteriores à égide da Lei nº 12.514/2011, no entanto diante da inconstitucionalidade do Art. 2º, caput e § 1º da Lei nº 11.000/2004, bem como da maior parcela do Art. 58 da Lei nº 9.649/1998 e do Art. 15, XI da Lei nº 5.905/73, ocorre, conseqüentemente, o efeito repristinatório da Lei nº 6.994/82, de maneira que a cobrança deverá seguir os termos e limites determinados na Lei nº 6.994/82, qual seja, o valor de 2 (dois) MVR para pessoa física.

Em outras palavras, verifica-se efeito repristinatório de lei revogada por lei declarada inconstitucional da seguinte forma: se uma lei é declarada inconstitucional, em regra, significa que ela é nula desde o seu nascimento e,

portanto, ela nunca produziu efeitos. Então, se ela nunca produziu efeitos, ela não revogou a lei anterior. E, se ela não revogou a lei anterior, aquela lei que se pensava ter sido revogada continua a produzir efeitos.

Logo, diante das referidas declarações de inconstitucionalidade, a Lei nº 6.994/82 sofreu o efeito repristinatório tácito, de modo que a norma que a lei inconstitucional havia revogado "volta" a vigorar. Para melhor compreensão, é necessário esclarecer que quando uma norma é considerada inconstitucional, seja por meio de controle difuso ou concentrado de constitucionalidade, deve-se entender que a lei é nula por essência.

Portanto, uma decisão que efetua o controle de constitucionalidade é declaratória, havendo apenas uma afirmação do que já existe desde o início, ou seja, a inconstitucionalidade desde a sua criação, já que todas as normas infraconstitucionais retiram seu fundamento de validade da Constituição Federal, e uma norma incompatível com a Constituição é nula, produzindo em regra efeitos retroativos, de acordo com a teoria da nulidade.

Logo, está evidente o posicionamento do STF no sentido de que há possibilidade de cobrança das anuidades, desde que observado o patamar legal preestabelecido. Dito isto, tem-se que a Lei nº 6.994/82 é a lei que previu os parâmetros de cobrança das anuidades por parte dos Conselhos, qual seja, 2 Maior Valor de Referência (MVR) até o ano de 2011. Isto porque em 31/10/2011 foi publicada a Lei nº 12.514/2011, a qual estabeleceu novos limites para a fixação das anuidades a partir do exercício de 2012.

Assim, para as anuidades até o exercício de 2011 o valor é cobrado respeitando as balizas estabelecidas pela Lei nº 6.994/82, de modo que as anuidades são cobradas em 2MVR. Já, as anuidades de 2012 em diante são exigidas observando o teto fixado na Lei nº 12.514/2011. Portanto, toda e qualquer cobrança feita pelos conselhos deverá ser balizada de acordo com os parâmetros estabelecidos na Lei nº 12.514/2011 para as anuidades de 2012 até os dias atuais e na Lei nº 6.994/82 no caso das anuidades de 2011 e anteriores.

Destaca-se ainda que as anuidades são tributos, motivo pelo qual são cobradas por meio de execução fiscal. Logo, em razão da natureza tributária das anuidades, a lei prevê uma hipótese abstrata de incidência que, se for verificada no mundo dos fatos, materializa-se por meio do fato gerador, dando origem à obrigação

tributária. Em outras palavras, o fato gerador é o momento em concreto da realização da hipótese abstratamente prevista em lei. Corroborando tal pensamento, Eduardo Sabbag (2019) entende que:

O fato gerador ou “fato imponible”, nas palavras de Geraldo Ataliba, é a materialização da hipótese de incidência, representando o momento concreto de sua realização, que se opõe à abstração do paradigma legal que o antecede. Caracteriza -se pela concretização do arquétipo legal (abstrato), compondo, dessa forma, o conceito de “fato”. Assim, com a realização da hipótese de incidência, teremos o fato gerador ou fato jurígeno.

No mesmo sentido, o Art. 114 do Código Tributário Nacional (CTN) prescreve que o fato gerador da obrigação principal é a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência. Dito isto, é indispensável saber qual é o fato gerador das anuidades devidas aos Conselhos de Fiscalização Profissional, o qual está expresso no Art. 5º da Lei nº 12.514/2011, qual seja, o fato gerador das anuidades é a existência de inscrição no conselho, ainda que por tempo limitado, ao longo do exercício. Então, sendo o fato gerador a inscrição no conselho, todo aquele que for inscrito pratica o fato gerador e, por conseguinte, tem a obrigação/dever legal de pagar a anuidade.

3 OS MEIOS DIGITAIS NA EXECUÇÃO FISCAL

Com o progresso da globalização que invadiu a contemporaneidade, o Direito, a legislação e o sistema judiciário, foram compelidos a transformar-se para dar lugar ao aparecimento de novos métodos de pesquisa e penhora, ora denominados de meios digitais. É certo que o processo de execução deve reverenciar o princípio da maior utilidade da execução para o credor, possibilitando que seja atingido seu fim por métodos mais céleres e não por meios ultrapassados e ineficazes à solução do litígio (BISINOTTO, 2012). Isto posto, este capítulo busca analisar os métodos virtuais de busca de bens, introduzidos no sistema processual brasileiro, a fim de efetivar o cumprimento dos títulos executivos.

3.1 PENHORA ELETRÔNICA VIA BACENJUD

Preambularmente, como enuncia o próprio manual do BacenJud 2.0 disponibilizado pelo CNJ.

O sistema BacenJud 2.0 é um instrumento de comunicação eletrônica entre o Poder Judiciário e instituições financeiras bancárias, com intermediação, gestão técnica e serviço de suporte a cargo do Banco Central. Por meio dele, os magistrados protocolizam ordens judiciais de requisição de informações, bloqueio, desbloqueio e transferência de valores bloqueados, que serão transmitidas às instituições bancárias para cumprimento e resposta.

O TRF4 disciplina que “Não sendo nomeados bens à penhora pelo executado, ou havendo nomeação insatisfatória, é de ser imediatamente deferida a utilização do BacenJud”, porquanto “O sistema BacenJud é o meio para viabilizar a penhora de numerário”.

Conclui-se que o convênio BacenJud, visa obter informações acerca da existência de ativos em nome do executado. De tal forma que, em prosseguimento aos atos executórios do processo, é protocolizada, por ordem do Juízo, junto ao Banco Central do Brasil, via Sistema BacenJud 2.0, solicitação de rastreamento e bloqueio de valores eventualmente existentes em contas/operações financeiras pertencentes à parte executada.

Em se obtendo o resultado positivo, é solicitada a transferência do valor integral cobrado na execução para conta vinculada ao processo e à disposição do Juízo, e o levantamento do bloqueio sobre o valor sobejante.

Insta lembrar que a penhora de dinheiro, mesmo que através do BacenJud, não está impelida à disciplina do Art. 185-A do CTN, mas à do Art.854 do CPC (Lei n. 13.105/15) que afirma:

Art. 854. Para possibilitar a penhora de dinheiro em depósito ou em aplicação financeira, o juiz, a requerimento do exequente, sem dar ciência prévia do ato ao executado, determinará às instituições financeiras, por meio de sistema eletrônico gerido pela autoridade supervisora do sistema financeiro nacional, que torne indisponíveis ativos financeiros existentes em nome do executado, limitando-se a indisponibilidade ao valor indicado na execução”.

Sob a ótica de Toaldo (2014), entende-se que

essa modalidade de penhora tornou-se a forma mais eficaz de obter o cumprimento da obrigação, a satisfação do credor, e um processo mais célere, além de ser uma forma de coagir os inadimplentes a liquidarem seus débitos, de modo que é visível a efetividade do procedimento.

Após a ordem judicial de bloqueio, o executado é intimado a se manifestar no processo. No caso de citação por edital, os autos são remetidos à Defensoria Pública da União para que, assumindo a condição de curador especial à lide, na forma do art. 9º, II, do CPC, promova a defesa do executado pelos meios cabíveis, nos termos da Lei nº 6.830/80. Caso o executado não se manifeste no prazo legal de 30 (trinta) dias ou a defesa não seja acolhida pelo Juízo, nem tampouco seja realizado o pagamento do valor executado, o valor penhorado ora transferido para conta judicial, é convertido em renda definitiva para o exequente.

Saliente-se sobre as novas regras do sistema, implementadas pelo comitê gestor do Banco Central, no que concerne as ordens judiciais. Atualmente, o sistema é perene, de forma que são monitorados os ativos do devedor durante o dia inteiro (até o horário limite de TED, qual seja, 16h) ou até satisfazer o crédito junto ao credor.

Para Leandro Paulsen (2019), a determinação de bloqueio de ativos financeiros não implica violação ao sigilo bancário, pois nem sequer enseja o conhecimento de detalhes acerca da movimentação financeira do executado, como a origem e a destinação de recursos. O dinheiro é preferencial para fins de penhora (arts. 835, I, do CPC – Lei n. 13.105/15 – e 11, I, da LEP), sendo que o bloqueio o afeta à satisfação do crédito em execução, impedindo o executado de se furtar ao cumprimento das suas obrigações e à tutela jurisdicional a que tem direito o credor.

Ainda neste cerne em que se remete aos avanços tecnológicos e alternativas de penhora, é válido mencionar sobre a possibilidade de penhora de criptomoedas, outra ferramenta importante. Neste sentido, traz-se lição de “Desafios tributários e processuais em torno do bitcoin” por Eduardo Augusto Madruga e José Gomes:

(...) não restam dúvidas a respeito da possibilidade de se penhorar os bitcoins, entretanto, é preciso rastrear o percurso que é trilhado pelo mesmo, bem como seu processo de transmissão, validação e operacionalização, analisando-se os limites e desafios na efetivação de tal medida.

Observe-se ainda que

Essa diligência possui, portanto, limitações, por envolver interesses de relevo como as inviolabilidades constitucionais, de tal modo que a recusa legítima à cooperação deve ser apreciada no caso concreto, de acordo com o princípio da prevalência do interesse preponderante.

Não obstante, além da penhora eletrônica via BacenJud, o judiciário ainda dispõe do RenaJud (Sistema de Restrição Judicial de Veículos), InfoJud (Sistema de Informações ao Judiciário) e SerasaJud, os quais veremos a seguir.

3.2 RENAJUD

É sabido que o Código de Processo Civil prevê no Art. 835 a ordem de preferência da penhora, sendo o dinheiro a primeira eleição. Ocorre que, não sendo encontrados ativos financeiros nas contas em nome do executado, é possível que o credor requeira ao Juízo consulta de veículos de via terrestre em nome do executado através do sistema RenaJud. Este, por sua vez, é um sistema on-line de restrição judicial de veículos criado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que interliga o Judiciário ao Departamento Nacional de Trânsito (Denatran).

Por meio dele, é possível identificar os veículos em nome do Executado e, ainda, colocar em seu registro as restrições de transferência, licenciamento e a circulação do bem. Do mesmo modo, acaso detectado algum veículo, é possível requerer a expedição de mandado de penhora e avaliação do bem por meio de Oficial de Justiça, a fim de que, após os trâmites legais, possa ser alienado para satisfação do crédito.

Inclusive, o deferimento de solicitação de penhora via RenaJud independe de exaurimento de meios extrajudiciais, como dispõe o julgado abaixo:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. SISTEMA RENAJUD. CONSULTA. POSSIBILIDADE. EXAURIMENTO DE DILIGÊNCIAS PARA BUSCA DE BENS DO EXECUTADO. DESNECESSIDADE.

a) Cinge-se a controvérsia a definir se é dado ao exequente solicitar ao Juízo a busca - pelo sistema RENAJUD - de informação acerca da existência de veículos de propriedade do executado, independentemente da comprovação do esgotamento das vias extrajudiciais para tal finalidade.

b) O RENAJUD é um sistema on-line de restrição judicial de veículos criado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que interliga o Judiciário ao Departamento Nacional de Trânsito (Denatran) e permite consultas e envio, em tempo real, à base de dados do Registro Nacional de Veículos Automotores (Renavam) de ordens judiciais de restrições de veículos, inclusive registro de penhora.

c) Considerando-se que i) a execução é movida no interesse do credor, a teor do disposto no artigo 612 do Código de Processo Civil; ii) o sistema RENAJUD é ferramenta idônea para simplificar e agilizar a busca de bens aptos a satisfazer os créditos executados e iii) a utilização

do sistema informatizado permite a maior celeridade do processo (prática de atos com menor dispêndio de tempo e de recursos) e contribui para a efetividade da tutela jurisdicional, é lícito ao exequente requerer ao Juízo que promova a consulta via RENAJUD a respeito da possível existência de veículos em nome do executado, independentemente do exaurimento de vias extrajudiciais.

d) Recurso especial provido.

(REsp 1347222/RS, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA

TURMA, julgado em 25/08/2015, DJe 02/09/2015)

Nesse contexto, havendo êxito no bloqueio mencionado, é formalizada a penhora do veículo bloqueado no RenaJud, procedendo à avaliação por Oficial de Justiça e por fim, intima-se a parte executada para oferecer embargos no prazo de 30 (trinta) dias, com fulcro no Art. 16 da Lei nº6.830/80. Como fora mencionado, é possível registrar online a penhora do veículo, ou impedir que ele circule, ou seja, transferido para outro proprietário. Porquanto, as restrições podem ser de: transferência que, por sua vez, impede o registro da mudança da propriedade do veículo no sistema RENAVAM; licenciamento, que impede o registro da mudança da propriedade, como também um novo licenciamento do veículo no sistema RENAVAM; circulação (restrição total), onde fica impedido o registro da mudança da propriedade do veículo, um novo licenciamento no sistema RENAVAM, como também impede a sua circulação e autoriza o seu recolhimento a depósito.

Por fim, o registro de penhora, que registra no sistema RENAVAM a penhora efetivada em processo judicial sobre o veículo e seus principais dados (valor da avaliação, data da penhora, valor da execução e data da atualização do valor da execução).

Avança, ainda, a formatação da versão 3.0 do Sistema RenaJud, que objetiva conferir agilidade ao sistema e solucionar as principais demandas dos magistrados visando dar maior eficiência da plataforma.

3.3 INFOJUD

O Sistema de Informações ao Judiciário - INFOJUD é resultado da parceria entre o Conselho Nacional de Justiça e a Secretaria da Receita Federal do Brasil. Tem como objetivo atender as solicitações do Poder Judiciário, efetuadas diretamente pelos magistrados ou por servidores autorizados por eles.

A ferramenta está disponível apenas aos representantes do Poder Judiciário, previamente cadastrados em base específica da Receita Federal e que possuam certificado digital emitido por Autoridade Certificadora integrante da ICP-Brasil. Seu acesso é feito na Internet pelo Portal "e-CAC -Centro Virtual de Atendimento ao Contribuinte" da Receita Federal.

Em outras palavras, o InfoJud é uma ferramenta que possibilita aos magistrados, com o uso de certificação digital, obter em tempo real o acesso a informações que dizem respeito ao patrimônio dos litigantes envolvidos em determinado processo. Tal sistema substituiu o seu antecessor que dependia de maior burocracia e em que os documentos necessários eram fornecidos por meio de correspondência física.

Corroborando o entendimento, Maria Luiza Bello Deud (2014)

o Infojud – Sistema de Informações ao Judiciário – é um programa eletrônico de comunicação instantânea entre os órgãos do Poder Judiciário e a Receita Federal do Brasil que ocorre na Internet pelo site da Receita Federal, no qual os magistrados possuem acesso a todas as informações declaradas ao Fisco pelo contribuinte como o seu Imposto de Renda Pessoa Física e o Imposto de Renda Pessoa Jurídica, tal qual permite o artigo 198, parágrafo 1º, inciso I, do Código Tributário Nacional.

Através do InfoJud são obtidas informações tais como Declaração do Imposto de Renda Pessoa Física e Jurídica (IRPJ), Declaração do Imposto Territorial Rural (ITR), Declaração do Imposto da Pessoa Jurídica Simples, Dados cadastrais da Pessoa Física, Dados cadastrais da Pessoa Jurídica, Contribuição Provisória de Movimentação Financeira (CPMF) e Declaração sobre Operações Imobiliárias (DOI).

O sistema pode ser consultado mesmo quando a parte credora não esgotou todas as diligências em busca de bens do devedor. Neste sentido, temos o julgado abaixo mencionado:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SISTEMAS BACEN-JUD, RENAJUD OU INFOJUD. ESGOTAMENTO DE DILIGÊNCIAS. DESNECESSIDADE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

- a) A jurisprudência do STJ é no sentido de que a utilização dos sistemas BACEN- JUD, RENAJUD ou INFOJUD não estaria condicionada ao esgotamento de diligências.
- b) O Tribunal a quo, ao concluir pelo esgotamento de diligências para a utilização do sistema INFOJUD, decidiu em confronto com a

jurisprudência desta Corte. Nesse sentido: AgRg no REsp 1.322.436, Rel. Min. Assusete Magalhães, DJe 17/8/2015; REsp 1.522.644, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 1º/7/2015; AgRg no REsp 1.522.840; Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 10/6/2015; REsp 1.522.678, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 18/5/2015.

c) Agravo conhecido para dar provimento ao recurso especial.

Diante de todo exposto, observa-se a eficácia do sistema InfoJud no que tange à busca do devedor. Ora, através do mecanismo é possível restringir de forma significativa a utilização de citação editalícia. Assim, deve o juízo, por provocação da parte ou mesmo de ofício, valer-se das ferramentas eletrônicas disponíveis para a pesquisa em banco público de dados.

Como consequência, reduzem-se as hipóteses de citação por edital, divulgado em diário eletrônico, trazendo ao feito mais segurança jurídica e evitando os dissabores das arguições de nulidade por vício de citação. Com seu uso, as situações que resultam em publicação de editais se tornaram rarefeitas, sem que isso trouxesse diretamente qualquer aumento de custos para o Poder Judiciário.

3.4 SERASAJUD

A Serasa é uma empresa do segmento de serviços de informações, com uma ampla base de dados que inclui informações sobre inadimplência de pessoas físicas e jurídicas e recuperação judicial, entre outros.

O sistema SerasaJud está em atividade desde 2015 e foi criado para acelerar o trâmite de ofícios entre os tribunais e a Serasa Experian, através da troca eletrônica de dados. Por meio dele, é possível que seja determinado a inclusão do CPF do Executado no referido órgão de proteção ao crédito. Em outros termos, o sistema promove a negativação do executado, objetivando compeli-lo a realizar o pagamento da dívida.

À vista disso, o julgado abaixo assegura:

DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO. EXECUÇÃO. DEFERIMENTO DE EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO AO SISTEMA SERASAJUD. A inclusão de devedores em cadastro de inadimplentes constitui medida de coerção que objetiva induzir o executado a cumprir a obrigação imposta na decisão judicial. Portanto, o pedido de expedição de ofício ao sistema SERASAJUD mostra-se adequado e deve ser deferido. Agravo de petição a que se dá provimento. (TRT-2 00001850820115020055 SP,

Relator: CARLOS ROBERTO HUSEK, 17ª Turma - Cadeira 3, Data de Publicação: 05/12/2019)

A plataforma que já facilitava o trâmite dos ofícios, foi atualizada de modo a proporcionar ainda mais agilidade ao judiciário brasileiro, desde fevereiro deste ano. Os magistrados passaram a acessar o sistema para o envio direto de comandos visando a inclusão de informações de devedores na base de dados.

Na fase atual de aperfeiçoamento do SerasaJud, o comando para a inclusão de informações sobre dívidas processuais no sistema ou consulta de endereço poderá ser feito diretamente pelos juízes ou por servidores autorizados, proporcionando maior celeridade no andamento processual.

A inclusão de informações sobre dívidas processuais tais como nome do devedor, valor da dívida e dados sobre o processo na base de empresas especializadas em serviços de informações é regulada pelo parágrafo terceiro do Art. 782 do Código do Processo Civil, garantindo que “A requerimento da parte, o juiz pode determinar a inclusão do nome do executado em cadastros de inadimplentes”.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Perfazendo o trabalho em questão, buscou-se fazer uma análise no que diz respeito à aplicabilidade e eficácia da Lei nº 12.514/2011, trazendo à tona toda a evolução histórica de estruturação dos Conselhos Profissionais. Ratificou-se, ao decorrer do presente estudo, a pertinência de se compreender a natureza jurídica dos Conselhos enquanto entes autárquicos com irrestrita capacidade de exercício de Poder de Polícia, além de gozarem das prerrogativas exclusivas da Administração Pública, motivo pelo qual não se confundem com entidades privadas. Semelhantemente, objetivou ressaltar a qualidade da natureza tributária das anuidades cobradas pelos Conselhos, à exceção da Ordem dos Advogados do Brasil, conforme elucidado ao longo dos capítulos apresentados.

Tratou-se ainda sobre o fato gerador das anuidades relativas aos profissionais inscritos nos Conselhos pertencentes, de forma que a não observância da obrigação implica na inscrição do débito em dívida ativa e posterior execução fiscal. Ajuizado o processo executivo, observamos que o Judiciário dispõe de diversas medidas

virtuais a fim de trazer agilidade e desburocratização ao processo. No decorrer do capítulo referente aos mecanismos digitais, foi analisada a eficácia da penhora online – BacenJud, que mais tarde foi seguida pelo RenaJud, Infojud e SerasaJud, instrumentos desenvolvidos através de parcerias firmadas entre o Sistema Judiciário, o CNJ e demais órgãos (Banco Central do Brasil, Departamento Nacional de Trânsito, Receita Federal do Brasil e Serasa Experian).

Não restam dúvidas que tais instrumentos foram adotados na prática judiciária a fim de dar maior celeridade e efetividade aos processos, evitando a morosidade que os meios tradicionais acabavam por conduzir à um eterno inadimplemento do devedor para com o credor. Por fim, conclui-se que a aplicação de tais medidas é totalmente legal, não havendo qualquer possibilidade de inconstitucionalidade ou afronta à algum princípio, seja constitucional ou infra, vez que revela mecanismos eficientes e seguros a satisfazer a execução judicial, atendendo, como já mencionado, aos princípios da celeridade e da economia processual.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo. Direito Tributário, 13ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Juspodivm, 2019.

ALEXANDRINO, Marcelo; **PAULO**, Vicente. Direito administrativo descomplicado. 26. ed. Rio de Janeiro: Método, 2019.

BARTINE, Caio. Manual de prática tributária. 6ª. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. In: Vade Mecum. São Paulo: Saraiva, 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1347222. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgado em: 25/08/2015.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região. AGRAVO DE PETIÇÃO (00001850820115020055). Relator: Carlos Roberto Husek. Julgado em: 05/12/2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal – 3ª Região. MANDADO DE SEGURANÇA (00040599320104036100). Relatora: Desembargadora Federal Cecília Marcondes. Julgado em: 07/10/2011.

BRASIL. Tribunal Regional Federal – 4ª Região. AÇÃO CÍVEL (200972000042272). Relator: Desembargador Federal Marcos Roberto Araújo dos Santos. Julgado em: 23/02/2010.

CARNEIRO, Claudio. Curso de Direito Tributário e Financeiro. 9ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

CHAVES, Luciano Athayde. Juiz deve usar ferramentas eletrônicas para localizar a parte. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2014-mar-24/luciano-chaves-juiz-usar-ferramentas-eletronicas-localizar-reu>> Acesso em 18 de maio de 2020.

Conselho Federal de Administração. Disponível em: <http://www.cfa.org.br/servicos/publicacoes/cartilha-tcu-conselhos/cartilha-tcu-59-conselhos-de-fiscalizacao-profissional.pdf/at_download/file>. Acesso em 29 de set. de 2019.

CORREIA, Jonas Ricardo. Manual de Prática Jurídica. 2ª ed. Campo Grande: Editora Contemplar, 2017.

DEUD, Maria Luiza Bello. O Infojud: Sistema de Informações ao Judiciário e a “violação” da garantia do sigilo fiscal dos contribuintes. Disponível em: <<https://por-leitores.jusbrasil.com.br/noticias/2546009/o-infojud-sistema-de-informacoes-ao-judiciario-e-a-violacao-da-garantia-do-sigilo-fiscal-dos-contribuintes>>. Acesso em 23 de maio de 2020.

GAMBA, Luísa Hickel. Aspectos materiais da inscrição nos conselhos de fiscalização profissional. In: FREITAS, Vladimir passos de (org.). Conselhos de fiscalização profissional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

MATA, Juselder Cordeiro. BERNARDES, Flávio Couto. LOBATO, Valter de Souza. Tributação na sociedade moderna: economia digital, compliance tributária, direitos sociais e reforma tributária. 1ª ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2019.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 44. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2019.

PAULSEN, Leandro. Curso de direito tributário completo. 11ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

PAULSEN, Leandro. Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência. 15ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; ESMAFE, 2013.

Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mar-02/serasajud-agora-permite-inclusao-direta-informacao-juizes>>. Acesso em 18 de maio de 2020.

THEODORO, Humberto. Lei de execução fiscal. 13ª edição. São Paulo: Saraiva, 2016.

VELLOSO, Andrei Pitten. Contribuições (anuidades) devidas aos Conselhos de Fiscalização Profissional: inconstitucionalidade da Lei 12.514/2011. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/contribuicoes-anuidades-devidas-aos-conselhos-de-fiscalizacao-profissional-inconstitucionalidade-da-lei-125142011/8841>>. Acesso em 30 de fev. de 2020.

