

Organizadores:

Alan Jeffeson Lima de Moraes

Patrícia de Cássia Barros de Sousa

Amanda dos Santos da Silva

2023
Vol 4

Temas de Direito Contemporâneo




Pascal
Editora

ALAN JEFFESON LIMA DE MORAES
PATRÍCIA DE CÁSSIA BARROS DE SOUSA
AMANDA DOS SANTOS DA SILVA
(Organizadores)

TEMAS DE DIREITO CONTEMPORÂNEO

VOLUME 4

EDITORA PASCAL
2023

2023 - Copyright© da Editora Pascal

Editor Chefe: Prof. Dr. Patrício Moreira de Araújo Filho

Edição e Diagramação: Eduardo Mendonça Pinheiro

Edição de Arte: Marcos Clyver dos Santos Oliveira

Bibliotecária: Rayssa Cristhália Viana da Silva – CRB-13/904

Revisão: Os autores

Conselho Editorial

Dr. Gabriel Nava Lima

Dr. José Ribamar Neres Costa

Dr. Diogo Gualhardo Neves

Dr. Fabio Antonio da Silva Arruda

M.Sc. Eduardo Oliveira Pereira

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

M827c

Coletânea Temas de Direito Contemporâneo / Alan Jeffeson Lima de Moraes, Patrícia de Cássia Barros de Sousa e Amanda dos Santos da Silva (Orgs.). — São Luís: Editora Pascal, 2023.

462 f. : il.: (Temas de direito contemporâneo; v. 4)

Formato: PDF

Modo de acesso: World Wide Web

ISBN: 978-65-80751-74-7

D.O.I.: 10.29327/5215062

1. Direito. 2. Brasil. 3. Contemporâneo. 4. Miscelânea. I. Moraes, Alan Jeffeson Lima de. II. Sousa, Patrícia de Cássia Barros de. III. Silva, Amanda dos Santos da. IV. Título.

CDU 34(81) (2023):

O conteúdo dos artigos e seus dados em sua forma, correção e confiabilidade são de responsabilidade exclusiva dos autores.

2023

www.editorapascal.com.br

contato@editorapascal.com.br

APRESENTAÇÃO

Com enorme satisfação, apresentamos ao público esta Coletânea denominada “Temas de Direito Contemporâneo”, cujos capítulos resultam de investigações científicas realizadas pelos docentes e pelos discentes do Curso de Direito da Faculdade Anhanguera de São Luís/MA.

A presente coletânea serve de incentivo para que os acadêmicos produzam, no processo de orientação de trabalho de curso, textos que, no momento de sua defesa ou apresentação, recebam a nota distintiva de publicação.

Todos os trabalhos mostram abordagens éticas e sociais que acompanham os seus aspectos jurídicos. Isso evidencia uma preocupação que perpassa todas as suas fases do Curso de Direito, a saber, a formação de egressos capazes de refletir sobre a realidade e pensar numa sociedade mais igualitária e, por conseguinte, mais livre.

Ótima leitura a todos!

Os organizadores

ORGANIZADORES

Alan Jeffeson Lima de Moraes

Mestrado em Políticas Públicas pela Universidade Federal do Maranhão (2022). Possui graduação em Direito pela Universidade Federal do Maranhão (2012), com inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil. Possui Pós Graduação Lato Sensu em Direito Administrativo pela Universidade para o Desenvolvimento do Estado e da Região do Pantanal, UNIDERP, Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Estácio e Direito Imobiliário Aplicado pela Universidade Pitágoras Unopar Anhanguera. Atualmente é professor e coordenador pedagógico do curso de direito da Faculdade Anhanguera - São Luís - MA e Sócio Administrador do Escritório Alan Moraes Sociedade Unipessoal de Advocacia, com atuação em Direito do Consumidor e Direito Condominial. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Constitucional, atuando principalmente nos seguintes temas: direito do consumidor, ações afirmativas, políticas públicas, ordenamento jurídico e desigualdades sociais.

Patrícia de Cássia Barros de Sousa

Atualmente é mestranda em Meio Ambiente e Desenvolvimento Regional pela UNIDERP - MS, advogada militante nas áreas penal, cível e fazenda pública. Atualmente é professora da Faculdade Anhanguera no curso de Direito e na Faculdade Edufor São Luís no curso de Direito. Possui especialização lato sensu em Direito Administrativo pela Universidade Cândido Mendes -RJ (2022), especialização em Criminologia pela PUC-MG (2014) e especialização em Direito Processual do Trabalho pela ESA/MA (2009). Graduada em Direito pelo Uniceuma (2008). Já ministrou aulas nas Pós Graduações lato sensu na Faculdade Edufor São Luís em Direito Penal e Processual Penal (2022) e em Direito do Trabalho, Previdenciário e Tributário (2022). Ministrou aulas na Pós Graduação lato sensu em Direito Penal e Processo Penal no Cejas de Salvador (2017), ministrou aulas na Pós Graduação lato sensu no curso de Auditoria em saúde na Faculdade Florence em São Luís (2016). Também já foi atuante nas comissões de Direitos Humanos e Direito do Consumidor da OAB seccional Maranhão.

Amanda dos Santos da Silva

Possui graduação em Direito pela Faculdade Pitágoras de São Luís (2021). Pós Graduada em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Universidade Pitágoras Unopar Anhanguera (2022). Atualmente é assistente administrativo da Faculdade Pitágoras de São Luís.

SUMÁRIO

CAPÍTULO 1	10
A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS ADOTANTES PELA DESISTÊNCIA APÓS O ESTÁGIO DE CONVIVÊNCIA DO PROCESSO DE ADOÇÃO DAS CRIANÇAS E DO ADOLESCENTE	
<i>Marcus Marcelino Farias Barros</i>	
CAPÍTULO 2	25
VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA: UMA ANÁLISE DA RESPONSABILIDADE PENAL DOS PROFIS- SIONAIS DE SAÚDE	
<i>Monalisa Marques Da Silva</i>	
CAPÍTULO 3	39
CONSIDERAÇÕES ACERCA DA APLICAÇÃO DAS PENAS ALTERNATIVAS COMO UMA POSSÍVEL SOLUÇÃO PARA A REDUÇÃO DA POPULAÇÃO CARCERÁRIA NO BRASIL	
<i>Lindomar Castilho Pereira da Silva</i>	
CAPÍTULO 4	54
AS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS E PSICOLÓGICAS DA ALIENAÇÃO PARENTAL	
<i>San Taylor Caldas Silva</i>	
CAPÍTULO 5	72
DIREITO SISTÊMICO: CONTRIBUIÇÕES DA CONSTELAÇÃO SISTÊMICA FAMILIAR AO PO- DER JUDICIÁRIO DO MARANHÃO	
<i>Elielson Pereira</i>	
CAPÍTULO 6	83
SISTEMA PRISIONAL E A RESSOCIALIZAÇÃO DO PRESO	
<i>Mara Bruna Cardoso Franco</i>	
CAPÍTULO 7	98
GUARDA COMPARTILHADA E ALIENAÇÃO PARENTAL: EFETIVANDO A PUNIÇÃO AOS ALIENADORES	
<i>Luis Henrique Gomes Leite Junior</i>	
CAPÍTULO 8	113
DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO OU DISCURSO DE ÓDIO	
<i>Odermagno Adriano Santos de Carvalho</i>	
CAPÍTULO 9	126
A INJUSTIÇA DO CONTRATO NULO PARA COM O TRABALHADOR	
<i>Antonio José Gonçalves</i>	

CAPÍTULO 10	139
VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER NA PANDEMIA DO COVID-19: ANÁLISE DE CASOS OCORRIDOS DURANTE O PERÍODO DE ISOLAMENTO SOCIAL NA ÁREA ITAQUI-BACANGA NO MUNICÍPIO DE SÃO LUÍS- MA	
<i>Kennyston Silva Marques</i>	
CAPÍTULO 11	153
O DIREITO DO CONSUMIDOR NAS COMPRAS REALIZADAS PELA INTERNET	
<i>Gleiciany Costa Sousa</i>	
CAPÍTULO 12	169
VIOLÊNCIA CONTRA MULHER NAS REDES SOCIAIS	
<i>Bianca Sanny Silveira Anchieta</i>	
CAPÍTULO 13	181
OS AVANÇOS E DESAFIOS DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA NO ENFRENTAMENTO DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER	
<i>Priscylla Hellen Abreu Corrêa</i>	
CAPÍTULO 14	194
VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E A EFICÁCIA DA LEI MARIA DA PENHA	
<i>Ravyla Danndara Santana Gonçalves</i>	
CAPÍTULO 15	206
ABANDONO AFETIVO	
<i>Myrlla Costa Soares</i>	
CAPÍTULO 16	217
INCLUSÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO MERCADO DE TRABALHO	
<i>Thaynara Oliveira Mesquita</i>	
CAPÍTULO 17	228
ISONOMIA E IGUALDADE: O SEU DESENVOLVIMENTO EM FACE A FAVOR DOS GRUPOS MINORITÁRIOS	
<i>Celiane Pereira dos Santos</i>	
CAPÍTULO 18	241
A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO IDOSO: UMA ANÁLISE ACERCA DO CENÁRIO DA VIOLÊNCIA CONTRA O IDOSO	
<i>Karoline Kelly Mota de Almeida</i>	

CAPÍTULO 19	254
O SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO E A RESSOCIALIZAÇÃO DO APENADO	
<i>Erick Ribeiro Costa Beckman</i>	
CAPÍTULO 20	268
A PSICOLOGIA JURÍDICA APLICADA NO DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE EM CASOS DE ABUSO SEXUAL	
<i>Tassila Cavalcante Pereira da Silva</i>	
CAPÍTULO 21	282
A EFETIVIDADE NA APLICAÇÃO DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS EM MEIO ABERTO: PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE E LIBERDADE ASSISTIDA	
<i>Lídia Monteles Carneiro</i>	
CAPÍTULO 22	290
PRINCIPIOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO: A APLICABILIDADE NO PANORAMA DO SÉCULO XXI	
<i>Raylane Gomes Morais</i>	
CAPÍTULO 23	300
O SISTEMA CARCERÁRIO NO PERÍODO DA PANDEMIA (COVID 19)	
<i>Emanuele Gomes Da Silva</i>	
CAPÍTULO 24	308
ALIENAÇÃO PARENTAL E A RESPONSABILIDADE CIVIL	
<i>Jaynara Leite Braga Castro</i>	
CAPÍTULO 25	325
MEDIAÇÃO DIGITAL NO ÂMBITO DO DIREITO DIGITAL	
<i>Erica de Sousa Fonseca</i>	
CAPÍTULO 26	339
REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL	
<i>Wildson Diniz Serra</i>	
CAPÍTULO 27	351
CORRELAÇÃO ENTRE CONSUMO DE ÁLCOOL E OUTRAS DROGAS COM O COMETIMENTO DE ATOS INFRACIONAIS	
<i>Alexandre Sales Porto</i>	
CAPÍTULO 28	364
CRIMES VIRTUAIS NO BRASIL	
<i>Aglivan de Oliveira Farias</i>	

CAPÍTULO 29	378
A PERSONALIDADE JURÍDICA DO NASCITURO	
<i>Elias Junot Araujo Costa</i>	
CAPÍTULO 30	393
VIOLÊNCIA DOMÉSTICA: ANÁLISE DO AUMENTO DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER DURANTE O PERÍODO DA PANDEMIA DO CORONAVÍRUS	
<i>Bruna dos Santos Silva</i>	
<i>Patrícia de Cassia Barros de Sousa</i>	
CAPÍTULO 31	406
GUARDA COMPARTILHADA COMO MECANISMO DE MINIMIZAR A OCORRÊNCIA DA ALIENAÇÃO PARENTAL	
<i>Deborah Leticia Conceição Pinto</i>	
CAPÍTULO 32	418
A EFETIVIDADE DO DIREITO DO CONSUMIDOR DIANTE A SOCIEDADE	
<i>Thiago Morais Rocha</i>	
CAPÍTULO 33	433
A RESPONSABILIDADE ALIMENTAR DOS FILHOS SOBRE OS PAIS IDOSOS CONFORME A LEI Nº 10.741/03 (ESTATUTO DO IDOSO)	
<i>Eduardo Agnello Santos Gonçalves de Jesus</i>	
CAPÍTULO 34	448
GUARDA COMPARTILHADA: A EVOLUÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA	
<i>Antonio José Ramos dos Santos</i>	



1

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS ADOTANTES PELA
DESISTÊNCIA APÓS O ESTÁGIO DE CONVIVÊNCIA
DO PROCESSO DE ADOÇÃO DAS CRIANÇAS E DO
ADOLESCENTE**

*ADOPTORS' CIVIL RESPONSIBILITY FOR WITHDRAWING
AFTER THE STAGE OF COEXISTENCE IN THE ADOPTION
PROCESS OF CHILDREN AND ADOLESCENTS*

Marcus Marcelino Farias Barros

Resumo

A responsabilidade civil dos adotantes pela desistência após o estágio de convivência do processo de adoção é um tema de extrema relevância acadêmica e social. É importante compreender como os adotados podem exigir o direito à indenização, pelos danos sofridos, devido a desistência da medida de adoção. Em que depois da fase de convivência o adotante “devolve” a criança ao abrigo. Provocando assim transtornos psicológicos em decorrência de tal abandono, tendo a ideia de rejeição. É nesta situação que se reflete sobre a responsabilidade civil dos adotantes. Essa pesquisa se tornou extremamente relevante, em razão da importância que este tema tem na sociedade atual, tendo em vista o princípio fundamental da proteção integral da criança e do adolescente, onde eles já se encontram fragilizados por serem abandonados por seus pais biológicos, e ao serem novamente devolvidos ao abrigo, depois de já serem adotados e construírem laços com a família adotiva, poderão sofrer diversos abalos psicológicos. Neste contexto, o objetivo geral desta pesquisa foi compreender se os adotantes podem ser responsabilizados civilmente, pela desistência da adoção, assim como analisar sobre a devolução das crianças durante o processo de adoção em uma perspectiva legal. Para tanto, a metodologia utilizada foi a revisão bibliográfica. Conclui-se que adotar não significa “pegar uma criança para criar”, expressão ainda ouvida com frequência e que traz um tom pejorativo de falta de compromisso, de piedade ou abnegação, que não fazem parte do universo daqueles que querem se tornar verdadeiramente pais pela adoção.

Palavras-chave: Família. Adoção. Devolução.

Abstract

The civil liability of adopters for giving up after the coexistence stage of the adoption process is a topic of extreme academic and social relevance. It is important to understand how adoptees can claim the right to compensation for damages suffered due to the withdrawal of the adoption measure. In which, after the coexistence phase, the adopter “returns” the child to the shelter. Thus causing psychological disorders as a result of such abandonment, having the idea of rejection. It is in this situation that the civil liability of adopters is reflected. This research has become extremely relevant, due to the importance that this topic has in today’s society, in view of the fundamental principle of integral protection of children and adolescents, where they are already weakened by being abandoned by their biological parents, and at the same time being returned to the shelter again, after already being adopted and building bonds with the adoptive family, may suffer several psychological shocks. In this context, the general objective of this research was to understand whether adopters can be held civilly liable for giving up adoption, as well as analyzing the return of children during the adoption process from a legal perspective. For that, the methodology used was the bibliographic review. It is concluded that adopting does not mean “taking a child to raise”, an expression that is still frequently heard and that carries a pejorative tone of lack of commitment, mercy or selflessness, which are not part of the universe of those who want to truly become a country by adoption.

Keywords: Family. Adoption. Devolution.



1. INTRODUÇÃO

O presente projeto tem como intuito abordar sobre o instituto da Adoção, em especial a questão sobre a responsabilidade civil dos adotantes pela desistência após o estágio de convivência do processo de adoção das crianças e adolescentes, com objetivo de discutir sobre os adotantes assumirem a responsabilidade civil no caso de medidas rescisórias, tendo em vista que essa lamentável situação está se tornando cada vez mais frequente no dia-a-dia. Depois que o casal passou a desejar a adoção e passou do período de convivência, simplesmente desistem e “devolvem” o adotado ao judiciário.

No entanto, como todos sabem, nem todas as crianças têm o privilégio de crescer com os pais e com a família. Pode ser porque se tornaram órfãs ou mesmo porque foram abandonados. E através da adoção, essas crianças têm a oportunidade de participar da vida familiar em lar adotivo, sendo a família um dos bens mais desejados por muitas dessas crianças. No entanto, em alguns casos, os adotantes não ficam satisfeitos com a nova criança e depois do estágio de convivência, tomam a decisão de devolver a criança ao abrigo, deixando assim o adotado mais frustrado. Deste modo, o fato de os adotantes resolverem devolver a criança ou adolescente ao abrigo de origem, não retira a responsabilidade daqueles de responderem, pelos seus atos, vez que estas crianças sofrem, não apenas por danos morais, mas também um grande dano emocional, já que se trata da perda de uma família.

Desta forma, os adotantes devem ser mais que responsabilizados por esses atos, por se tratar de casos em que há abuso de direito e responsabilidade. O Estado também deve ser responsabilizado, uma vez que devem zelar e garantir o direito das crianças e adolescentes.

Este tema pretendeu analisar se os adotantes podem ser responsabilizados civilmente, pela desistência da adoção. Para que conseqüentemente os adotados tenham o direito à indenização, pelos danos sofridos, devido a desistência da medida de adoção. Em que depois da fase de convivência o adotante “devolve” a criança ao abrigo. Provocando assim transtornos psicológicos em decorrência de tal abandono, tendo a ideia de rejeição. Sendo assim, surge a seguinte questão: Quais as variáveis envolvidas no processo legal para a adoção?

Essa pesquisa se tornou extremamente relevante, visto a importância do tema na sociedade atual, principalmente tomando por base, o princípio fundamental da proteção integral da criança e do adolescente, onde eles já se encontram fragilizados por serem abandonados por seus pais biológicos, e ao serem novamente devolvidos ao abrigo, depois de já serem adotados e construírem laços com a família adotiva, poderão sofrer diversos abalos psicológicos.

Neste contexto, o objetivo geral desta pesquisa foi compreender se os adotantes podem ser responsabilizados civilmente, pela desistência da adoção, assim como analisar sobre a devolução das crianças durante o processo de adoção em uma perspectiva legal. Além disso, apresentou como objetivos específicos as características da adoção, demonstrar o levantamento de dados oficiais em relação à devolução de crianças e adolescentes adotadas, verificar se há possibilidade da responsabilidade civil ao adotante, quando ocorre a devolução ao abrigo e analisar quais razões levaram os adotantes a tomarem esse comportamento.

Para tanto, a metodologia utilizada foi a revisão bibliográfica onde foram analisadas publicações referentes ao tema (livros, artigos, teses etc.), a legislação vigente e ações vinculadas à responsabilidade civil pela devolução da criança em processo de adoção. Para melhor compreensão do tema, a pesquisa será elaborada em quatro partes principais,

cada uma delas poderá ser subdividida em capítulos.

Neste contexto, no primeiro capítulo será tratada a evolução dos modelos de família. Serão mostradas as mudanças que ocorreram na família brasileira, evidenciando os novos modelos atualmente existentes, diferentes dos convencionais. No segundo capítulo será abordado a família dentro do Direito, os princípios que regem o instituto da família e da adoção. No terceiro capítulo falar-se-á sobre adoção no Brasil, as exigências e procedimentos para que a mesma ocorra, as modalidades, requisitos. No quarto e último capítulo será apresentado o tema central desta pesquisa, a responsabilidade civil pela devolução da criança em processo de adoção.

2. FAMÍLIA

No presente estudo, torna-se indispensável a conceituação do termo “família”. De acordo com Viana, o termo “[...] etimologicamente, deriva do latim *família* *ae*, designando o conjunto de escravos e servidores que viviam sob a jurisdição do pater famílias” (VIANA, 2000, p. 22).

A família é a forma de se relacionar com o outro, mais antiga do ser humano, visto que antes mesmo do homem se organizar em comunidades, já vivia em grupos de pessoas formados por um ancestral comum, ou pela união de um homem e uma mulher. O termo família provém do latim, decorrente da expressão *famulus*, significando “escravo doméstico”, ou seja, o escravo que servia em casa, sob a autoridade de um patriarca (MIRANDA, 2001).

Por ser uma instituição tão antiga, que acompanha o desenvolvimento da sociedade, a família sofre contínuas alterações ao longo do tempo.

De acordo com o dicionário, “família significa um conjunto de pessoas que têm um grau de parentesco ou vivem juntos na mesma casa” (FERREIRA, 2010, p. 875).

Com algumas pesquisas históricas, sabe-se que a família se constitui desde a vida selvagem que a caça e a apropriação de produtos naturais eram os aspectos fundamentais, depois se desenvolve a cultura dos bárbaros que começou a desenvolver a agricultura e a domesticação dos animais, e a civilização que corresponde ao período da revolução industrial (SIMIONATO; OLIVEIRA, 2003, p. 213).

O direito de família regula o casamento, seus efeitos e suas validades, as relações econômicas, pessoais, a dissolução, vínculo de parentesco, a relação de pais e filhos, entre todos os aspectos da família.

Com a evolução dos costumes, surge o Código Civil de 1916 que regula as relações, bem como, os familiares. Com as lições de Monteiro e Silva “todo homem, ao nascer, torna-se membro integrante de uma entidade natural, o organismo familiar” (MONTEIRO; SILVA, 2012, p. 452).

Por fim, sabe-se que a família só era construída através do casamento legal e eficaz, e qualquer grupo distinto deste, era marginalizado, entretanto, ao passar do tempo, transformações vieram aludir no contexto dessa instituição” (MADALENO, 2018, p. 356).

As percepções das grandes modificações que ocorreram ao passar dos tempos são visíveis, antigamente o chefe do lar era o marido, que teria que trabalhar e conseguir o sustento de toda a sua família, já a mulher era dona de casa e cuidava de todos. Esta instituição era constituída pelo homem e a mulher e seus filhos, era o estereótipo da cultura. No Brasil o homem pode se casar com apenas uma mulher, entretanto, em outras culturas existe a poligamia. No Brasil o que se existe até hoje é a monogamia, até porque, a bigamia

é considerada crime de acordo com o artigo 235 do Código Penal.

A Evolução da sociedade trouxe a mulher uma independência maior, quando a mulher começou a trabalhar fora de casa e conseguiu ajudar no sustento, além do mais, houve também uma evolução nos costumes.

Outro ponto que evoluiu a forma de pensar foi com a promulgação da Constituição Federal de 1988. Isto trouxe uma inovação para a família, que estaria agora estruturada nas relações de afetividade, bem como, na dignidade de todos os membros.

Outros aspectos da Constituição Federal de 1988 foram a igualdade entre os cônjuges e a facilidade para a dissolução do casamento e novas formas de família, ou seja, uma renovação ao significado de família; inseriu também, garantias e direitos a todos que constituem a entidade família, pois a família tem total proteção. Dispõe assim os artigos 226 e 227 da Constituição Federal de 1988, que serão explanados no próximo tópico.

Sendo assim, surge o Código Civil de 2002 com algumas inovações da Lei em complemento a cada segmento da sociedade civil. A família patriarcal começou a se desconstituir, porque a instituição antiga não se preocupava com o afeto e o amor, eram apenas interesses econômicos que visavam; entretanto, esse aspecto desapareceu, surgindo a ideia de afeto entre os cônjuges e seus filhos.

Na ausência da Lei, ou na omissão desta, o juiz não pode se eximir de julgar, portanto, caberá a ele se utilizar da analogia, dos costumes e dos princípios gerais de direito.

Na fase jusnaturalista os princípios têm grau zero de normatividade. Segundo essa corrente, os princípios seriam “axiomas jurídicos ou normas estabelecidas pela reta razão” (BONAVIDES, 1999, p. 234).

Na fase positivista os princípios vão para os códigos, “sendo concebidos como fonte normativa subsidiária, com o fito de suprimir lacunas” (PERES, 2006, p. 94).

A doutrina prevê duas categorias de normas: as regras e os princípios. “As regras têm como característica uma eficácia restrita às situações por elas reguladas.

Os princípios possuem maior abstração e seu campo de atuação é mais amplo dentro do sistema jurídico” (BONAVIDES, 1999, p. 236).

Para diferenciar regras e princípios existem duas concepções básicas: distinção fraca e distinção forte.

A distinção fraca diz que a diferença é quantitativa e caberá ao intérprete verificar, no caso concreto, se está diante de um princípio ou de uma regra. Para a distinção forte, a diferença entre regras e princípios está na diferença de grau e no ponto de vista estrutural e lógico, pois em se tratando de regras, elas irão ou não reger uma determinada situação (PERES, 2006, p. 97-98).

O debate entre princípios será resolvido através da ponderação do peso que será atribuído para cada um deles no caso concreto. Com relação às regras, “o conflito aparente se resolve na dimensão da validade, através da aplicação dos critérios hierárquico, cronológico ou da especialidade” (ANDRADE, 2005).

Art. 226 - A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (BRASIL, 1988).

Cada norma constitucional deve ser entendida em conjunto com todo o ordenamento constitucional. Segundo Andrade: “Podemos nos utilizar da ponderação e da concórdia entre tais normas, verificando o peso de cada uma para solucionar os aparentes conflitos constitucionais” (ANDRADE, 2005).

O artigo 226 é cláusula geral de inclusão, proibindo-se a exclusão de qualquer entidade que preencha os pressupostos da afetividade, estabilidade e ostensividade (LÔBO, 2002).

O artigo 226, § 3º da Carta Magna não apresenta proibição expressa para a constituição das relações entre pessoas do mesmo sexo e deve ser interpretado com a ajuda do método da “unidade da constituição” pelo qual o operador do direito deve integrar todas as normas constitucionais (GIORGIS, 2002, p. 126).

O princípio da dignidade da pessoa, elencado no artigo 1º, III da Constituição Federal de 1988, atribui como dever do Estado a função de promover as condições que removam todas as barreiras que estejam impedindo pessoas de viverem com dignidade; impondo assim a realização de uma vida com dignidade para todos.

Consequentemente, o princípio da dignidade da pessoa humana, será encontrado nas relações com a essência do ser humano, estando ligado, indissociavelmente, aos direitos fundamentais.

Desse modo, mesmo previsto na Constituição, sozinho, não se consegue assegurar o seu respeito e proteção; restando, apenas a expectativa de que esse princípio seja assegurado através dos órgãos jurisdicionais.

Percebe-se que a dignidade da pessoa humana vem sendo analisada, com atributo indissociável e intrínseco de todos os seres humanos, com o respeito e sua proteção, se admitindo constitucionalmente a garantia ao direito e à felicidade.

O princípio da isonomia está tipificado no art. 5º, caput, da Constituição que traz em sua redação que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”, consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais.

Esse princípio tem como fundamento, que todos nasçam e vivam com os mesmos direitos e obrigações perante o Estado, a Constituição Federal de 1988, veda expressamente em seu texto como cláusulas discriminatórias, as distinções em relação a raça, cor, origem, idade, sexo, deficiência física e estado civil sendo cláusulas meramente exemplificativas.

O princípio do melhor interesse da criança, nada mais é do que um princípio que serve para orientar o legislador, e o aplicador do Direito, a fim de determinar a primazia das necessidades das crianças e dos adolescentes, por meio da interpretação da Lei, soluções de conflitos, bem como elaboração de futuras normas.

Portanto, na prestação dos serviços públicos e de relevância pública, crianças e adolescentes, possuem também prerrogativas, ou seja, nos casos de transplantes de órgãos, a exemplo, existindo uma criança e um adulto, em condições iguais, caberá aos médicos atender a criança, em primeiro lugar.

Também é dever do Poder Público formular e executar políticas sociais públicas que se destinem direta ou indiretamente à população infanto-juvenil. Ainda, as políticas sociais públicas devem ter caráter preventivo para que sejam resguardados os direitos funda-

mentais da criança, do adolescente e da família.

Igualmente, será determinada a destinação, de forma privilegiada, de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude, transformando as crianças e adolescentes em credores do governo.

Além disso, outra garantia de prioridade prevista no parágrafo único do artigo 4º do ECA é o direito a receber proteção e socorro.

Sendo assim, havendo uma situação em que haja a possibilidade de atender a um adulto ou crianças e adolescentes, em idêntica situação de urgência, a opção deverá recair sobre estes últimos.

Portanto, fica claro que o ECA, objetiva tutelar a criança e o adolescente amplamente, fazendo uso, de um conjunto de mecanismos jurídicos, para a proteção integral dos direitos fundamentais daqueles.

Nesse sentido, veja-se o entendimento de Barros acerca da interpretação do Estatuto da Criança e do Adolescente: “por isso, o Estatuto deve ser interpretado e aplicado com os olhos voltados para os fins sociais a que se dirige, com observância de que crianças e adolescente são pessoas em desenvolvimento, a quem deve ser dado tratamento especial (art. 6º)” (BARROS, 2014, p. 26).

O princípio da prioridade absoluta, assim, torna-se condição essencial na aplicação do ECA para que se proteja efetivamente os direitos fundamentais tanto das crianças, quanto dos adolescentes.

3. ADOÇÃO

O conceito de adoção tem se modificado no tempo de acordo com a realidade de cada sociedade, o que não é diferente em relação à legislação.

De acordo com Beviláqua (2018, p. 79), “é o acto pelo qual alguém aceita um estranho na qualidade de filho”. Já Miranda (2018, p. 79) afirma que “adoção é o ato solene pelo qual se cria entre adotante e adotado relação fictícia de paternidade e filiação”. Para Dias (2021, p. 328/329), “a adoção cria um vínculo fictício de paternidade-maternidade-filiação entre pessoas estranhas, análogo ao que resulta da filiação biológica”.

Adoção era estudada desde o Código Civil de 1916, que destinava 11 (onze) artigos (artigos 368 a 378 do código civil de 1916), pois desde a antiguidade existem filhos que não são desejados, e por outro lado há pessoas que tem a vontade de tê-los.

O Código Civil de 1916 chamava de simples a adoção tanto de maiores como de menores de idade. Só podia adotar quem não tivesse filhos. A adoção era levada a e feito por escritura pública e o vínculo de parentesco estabelecia-se somente entre o adotante e ao adotado (DIAS, 2015, p. 408).

Nesse mesmo sentido:

No direito romano o instituto da adoção tinha sua origem mais remota no dever de perpetuar o culto doméstico. Como diz Fustel de Coulanges, é nesse sentido religioso que tinha o seu princípio. A mesma religião que obrigava o homem a casar, que concedia o divórcio no caso de esterilidade e que por morte prematura, ou impotência, substituía o marido por um parente, ofe-

recia ainda à família último recurso para escapar à desgraça tão temida da extinção. Esse recurso era o direito de adotar (MONTEIRO; SILVA, 2012, p. 472).

Este instituto tinha algumas modalidades vindas do Direito Romano, que eram a adoção (adoption) e a adrogação (adrogation); a primeira referente à adoção de pessoas sui iuris, bem como, pessoa capaz, e até mesmo um pai de família assumia o papel de adotante, já a segunda adoção deveria ser com pessoa incapaz.

Portanto, no Código Civil de 1916, regulamentou a adoção para pessoas capazes, a Lei exigia escritura pública, dispunha o artigo 375 do Código Civil de 1916. “A adoção far-se-á por escritura pública, em que não admite condição, nem termo”.

Outro aspecto era que se o adotante não tivesse filho, a herança seria total do adotado, porém, se advindos filhos após a adoção, o adotado teria apenas a metade do quinhão, por fazer jus. Entretanto, com a entrada da Constituição Federal, tornou-se inconstitucional esse dispositivo (VENOSA, 2014, p. 652).

Nesse contexto, após o código de 1916 foi sancionada a Lei 4.655/65, Dias exemplifica:

A LEI 4.655/65 admitiu a chamada legitimação adotiva. Dependia de decisão judicial, era irrevogável e fazia cessar o vínculo de parentesco com a família natural. O Código de Menores (L 6. 697 /79), posteriormente revogado pelo ECA, substituiu a legitimação adotiva pela adoção plena, mas manteve o mesmo espírito. O vínculo de parentesco foi estendido à família cios adotantes, ele modo que o nome cios avós passou a constar no registro de nascimento do adotado, independentemente de consentimento expresso dos ascendentes (DIAS, 2015, p. 481).

Esta lei como dito acima foi revogada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei 8069 de 13 de julho de 1990.

Entretanto, a adoção no Código Civil de 1916 sofreu alterações e revogações, pois a adoção era um negócio jurídico entre capazes, e esta poderia ser revogada, uma das alterações foi à irrevogabilidade da adoção, portanto, uma vez transitada em julgado a decisão, ela torna-se imutável, salvo em hipóteses de vício.

Deste modo, o artigo 373 do Código Civil de 1916 determinava: “o adotado, quando menor, ou interdito, poderá desligar-se da adoção no ano imediato ao em que cessar a interdição, ou a menoridade”, e também o artigo 374. Também se dissolve o vínculo da adoção.

A Constituição Federal de 1988, chamada de Constituição Cidadã, traz a proteção para a família, bem como, no instituto da adoção que determina a igualdade de direitos e da proteção aos filhos biológicos, e os por adoção, conforme determina o artigo 227 § 6º da Constituição Federal de 1988:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010).

§ 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação (BRASIL, 1988).



Por fim, a Constituição Federal de 1988, inseriu aos direitos fundamentais, os direitos da criança e do adolescente, a dignidade e a boa convivência com uma família, independentemente se for família substituta, ou a família natural; desta maneira, eles devem ser amparados com respeito e carinho, baseado no artigo supramencionado. “O Código Civil traz em seus princípios inerentes à dignidade da pessoa humana, bem como, os valores voltados à moral familiar” (MADALENO, 2018, p. 432).

O CC/2002, manteve a diretriz do ECA, como também, princípios estabelecidos na CF/1988. Esse, transcreve várias normas do Estatuto. Todavia, a legislação civilista, deixa lacunas significantes, pois apesar das inovações e avanços, o legislador não esgotou a matéria deixando um grande desafio para os Operadores do Direito.

O CC/02, não estabelece a competência jurisdicional para a adoção das pessoas maiores de dezoito anos, mas apesar disso caberá à Justiça da Família apreciar os pedidos de adoção de pessoas maiores de dezoito anos.

O Estatuto da Criança e do Adolescente Lei N° 8.069 de 1990 trouxe à criança e ao adolescente maior possibilidade de garantia e direitos na sociedade em que se vive.

Em relação à adoção, esta Lei traz alguns dispositivos, mesmo após grandes modificações que já ocorreram na legislação sobre esse tema. A criação deste trouxe inovações, além disso, explica as modalidades de adoções (ROSSATO; LEPORE; SANCHES, 2014, p. 203).

Desta maneira, este estatuto traz as prerrogativas da adoção de ser um ato solene, bem como, uma medida irrevogável após o trânsito em julgado, salvo se conter vício. Além do mais, a criança ou adolescente pode ser adotado por uma família extensa ou natural e, com fulcro no artigo 39 do ECA.

Art. 39. A adoção de criança e de adolescente reger-se-á segundo o disposto nesta Lei.

§1o A adoção é medida excepcional e irrevogável, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa, na forma do parágrafo único do art. 25 desta Lei.

§ 2o É vedada a adoção por procuração (BRASIL, 1990).

A adoção é uma medida protetiva, inserindo a criança em uma família substituta; e estabelece ao adotado e ao adotante uma relação de parentesco (ROSSATO; LEPORE; SANCHES, 2014)

A lei 12.010/2009 intitulada Lei Nacional da Adoção, trouxe modificações para aplicar-se no Estatuto da Criança e do Adolescente. Desta maneira, as inovações não foram apenas no que diz respeito ao instituto de adoção, aplicaram-se alterações nas garantias do direito do poder familiar.

Embora essa lei tenha revogado alguns artigos do Código Civil, que tratavam de adoção, não foi sancionada para que revogasse nenhuma lei em específico, entretanto, houve uma implantação de novas garantias, principalmente para a criança, o adolescente e o poder familiar (MADALENO, 2018, p. 629).

Portanto, as regras estabelecidas possibilitaram a eficácia do fortalecimento e integridade da família, e também, ao Estado garantir e exercer seu papel. Destarte, Digiacomo fortalece esse entendimento:

Os deveres dos órgãos e autoridades públicas encarregadas de assegurar o efetivo exercício do direito à convivência familiar para todas as crianças e adolescentes, inclusive no âmbito do Poder Judiciário, que passa a ter a obrigação de reavaliar periodicamente (no máximo, a cada seis meses) a situação de cada criança ou adolescente abrigada, na perspectiva de sua reintegração à família de origem ou, se comprovadamente impossível tal solução, sua colocação em família substituta, em qualquer de suas modalidades (guarda, tutela ou adoção) ou seu encaminhamento a programas de acolhimento familiar (DIGIÁCOMO, 2009, p. 324).

Outra implantação foi a criação e manutenção de cadastros nacionais e estaduais de pessoas que querem adotar e crianças ou adolescentes que estão na fila da adoção (artigo 50, § 5 ou da Lei 12010 de 2009). Aliás, a criação desta Lei, foi com o objetivo de aumentar as garantias e melhorar as possibilidades da adoção de crianças e adolescentes.

O Estatuto da Criança e do Adolescente trata sobre o tema adoção no seu Título II (Dos Direitos Fundamentais), Capítulo III (Do Direito à Convivência Familiar e Comunitária), Seção III (Da Família Substituta), Subseção IV (Adoção - artigos 39 ao 52-D).

Logo no seu início (art. 2º), o legislador deixou consignado que “considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade”.

O ECA representa uma revolução em consideração aos direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes, pois os torna sujeitos de direito. Mesmo trazendo progressos, ele é, no entanto, alvo de críticas.

Os conceitos trazidos pelo Estatuto evidenciam o quão ele está desatualizado. Em vigor há quase 30 anos – equivocada e repetidamente – privilegia o vínculo genético para além do razoável. As inúmeras emendas a que foi submetido, mais o deformaram do que o reformaram. A adoção é estigmatizada de tal forma que é considerada como opção última, à qual se deve recorrer somente quando esgotados os recursos de manutenção do filho junto à família natural. (...) Na ânsia de manter os elos consanguíneos, deixa-se de atentar aos melhores interesses de quem se encontra em situação de abandono, negligência ou maus tratos. Ora, relegar à adoção como medida excepcional impede que seja buscada a imediata inserção de quem não tem uma família em uma estrutura familiar que já se encontra previamente habilitada a adotá-la (DIAS, 2021, p. 330).

Tal crítica está direcionada, em especial, ao art. 39, § 1º, em que “a adoção é medida excepcional e irrevogável, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa, na forma do parágrafo único do art. 25 desta Lei”:

Art. 25, parágrafo único, do Estatuto da Criança e do Adolescente: Entende-se por família extensa ou ampliada aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade (BRASIL, 1990).

Com a Lei nº 12.010/09, todas as adoções começaram a ter regimento único estabelecido pelo ECA, mas sempre respeitando algumas ressalvas no que tange à adoção de adultos. Essa legislação tem como objetivo principal a família, sendo assim, a adoção vem como objetivo secundário. O que se estabelece ainda, é a criação de cadastros estaduais e também nacionais dos que pretendem a adoção. Isso vem com a intenção de facilitar o

cruzamento das informações entre as pessoas que desejam adotar e as crianças que precisam de uma família (KOZESINSKI, 2016).

Para candidatar-se, o adotante interessado deverá preencher os requisitos estabelecidos em lei. Inicialmente qualquer pessoa pode adotar, desde que seja estabelecida civilmente capaz e tenha o mínimo de dezoito anos. A capacidade é exigida em virtude de que a adoção, sendo um ato de vontade, não pode ser dada a quem não goza de discernimento para a prática desse ato. A maioridade decorre da lei e tem como justificativa o mesmo fato de que o menor não está apto a exercer os atos da vida civil, dentre eles o de responsabilizar-se pelo adotado (OLIVEIRA, 2010, p.111).

Neste contexto, conclui-se que o ECA e a Lei 12010/09 dispõem sobre o aperfeiçoamento da sistemática prevista para garantia do direito à convivência familiar a todas as crianças e adolescentes. Conjuntamente com os demais dispositivos citados neste capítulo, o ECA expõe finalidades da adoção, critérios que devem ser seguidos para que possa ser efetuada, distingue modalidades, tendo sempre em vista a proteção do adotado.

Há alguns requisitos para que a adoção seja completada, e está com respaldo no artigo 42 do Estatuto da Criança e do Adolescente. No caput deste artigo, diz respeito à possibilidade dos maiores de 18 anos adotarem independentemente do estado civil. O primeiro artigo proíbe a adoção por ascendentes e os irmãos do adotando. Aliás, o segundo parágrafo traz a possibilidade da adoção por um dos cônjuges ou concubino que tenham mais de vinte e um anos de idade e comprovem a estabilidade. No parágrafo terceiro o adotante terá que ser dezesseis anos mais velho que o adotado. Continuando no parágrafo quarto, poderão adotar juntamente os separados judiciais, e os divorciados, no regime de visitas. No quarto “o adotante”, deverá além da adoção conjunta dos citados e também os ex-companheiros, precisa da comprovação do vínculo de afinidade entre aquele que será adotado e adotante.

Desta maneira, o parágrafo quinto deste artigo e o sexto “o adotante”, poderá ser concedido à adoção quando tiver a manifestação de vontade, e esse vier a falecer. No quinto “o adotante” refere-se ao benéfico do parágrafo 4 “o adotante”, junto com a guarda compartilhada.

O artigo 43 desta mesma Lei, refere-se às vantagens do adotado, já o artigo 45 concerne possibilidade da adoção por consentimento do representante legal, agora se for desconhecido os pais da criança ou adolescente fica desobrigado o consentimento.

4. A DEVOLUÇÃO DAS CRIANÇAS

É necessário que haja discussão do tema em foco, já que, quando existe a possibilidade de crianças e adolescentes adentrarem a uma nova família que lhes oferece um lar e convívio, esperanças surgem, e devolvê-los aos abrigos e instituições, grandes danos psicológicos, e na maioria das vezes, irreversíveis são causados.

Sabe-se que a Lei estabelece que a adoção não pode ser anulada, porém existem circunstâncias onde a criança ou adolescente são devolvidos ao sistema, tanto durante o período de convivência, quanto após a sentença ser proferida como positiva para o pedido de adoção.

A principal causa de devolução do adotado, é quando os pais idealizam os filhos adotados, criando expectativas a respeito da personalidade e comportamento do mesmo, tor-

nando a adoção difícil quando percebem que a criança ou adolescente não correspondem ao que idealizaram.

O valor efetivo de uma adoção indesejada, quando adotado e adotante não se entendem e tampouco conseguem levar adiante o projeto de adoção, porque se rejeitam mutuamente ou mesmo quando simplesmente o adotado não se adapta à família, ao local e aos hábitos e costumes dos que o acolheram em seu lar. Essas pessoas contrariadas com a adoção terminam se tornando agressivas, rebeldes, e tudo fazem para externar esta sua inconformidade com os laços adotivos e assim acabam um e outro querendo desistir da adoção (MADALENO, 2018, p. 885).

Desta maneira, o período de convivência é tão relevante, já que o relatório desenvolvido pela equipe de adoção dará ao juiz a competência de deferir a causa quando o mesmo trouxer benefícios para a criança ou adolescente.

Em nenhuma hipótese será deferida colocação em família substituta a pessoa que revele, por qualquer modo, incompatibilidade com a natureza da medida ou não ofereça ambiente familiar adequado (ECA, art. 29) e nesse aspecto é fundamental o trabalho da equipe interprofissional de apoio da Justiça da Infância e da Juventude (MADALENO, 2018, p.850).

“As devoluções dos menores acontecem na maioria das vezes nas adoções tardias, que acabam por devolver o adotando, sob a justificativa de não submissão do adolescente às regras da casa” (TJDFT, 2017).

Sendo assim, a adaptação do adotado ao novo lar passa a ser a justificativa primordial, fazendo com que a criança ou adolescente se sintam desconfortáveis, abandonados, diante dessa frustrante situação de tentativa de uma nova família.

Quando a devolução da criança e do adolescente acontece durante o período de convivência, o procedimento acaba por se tornar mais simples em razão de não ter sido consolidado o pedido de adoção. Conforme estabelece o parágrafo 3º do artigo 45 do ECA, ao final do prazo de convivência uma equipe interprofissional apresentará um laudo recomendando ou não o deferimento da adoção (BRASIL, 1990).

Outra situação de devolução do adotado é após a sentença ser proferida como positiva. Mesmo que seja irrevogável, algumas situações na devolução do menor, o juiz o acolhe em abrigos, se o lar da referida adoção não mostrar benefícios para seu desenvolvimento.

Mesmo que a lei seja irrevogável, alguns casos levam os adotantes a devolverem a criança ou adolescente, como visto anteriormente. Entretanto, desse ato surgem responsabilidades jurídicas aos adotantes, pois a desistência da adoção não é algo simples e aceitável, por gerar consequências psicológicas no menor adotado.

Ou seja, incluir um menor em um lar que substitua sua família legítima, causa um efeito maléfico por causa do rompimento do vínculo afetivo e “estabelece nova relação de parentesco entre o adotante e os descendentes do adotado, seus filhos e netos, que passam também a ser parentes do adotante” (MADALENO, 2018, p.881).

Neste contexto, a Lei n. 13.509/2017 incluiu o § 5º ao artigo 197-E do ECA, estabelecendo que:

A desistência do pretendente em relação à guarda para fins de adoção ou a devolução da criança ou adolescente depois do trânsito em julgado da sentença de adoção importará na sua exclusão dos cadastros de adoção e na vedação de renovação da habilitação, salvo decisão judicial fundamentada, sem prejuízo das demais sanções previstas na legislação vigente (BRASIL, 1990).

Se a devolução for aceita pelo magistrado, antes de excluir o cadastro da adoção, a responsabilidade jurídica gerada por meio desse ato, se dá pelo poder familiar ser perdido pelos pais adotantes, o que ocorre, quando os mesmos perdem todos os direitos que têm sobre o menor adotado, e também os deveres, da mesma maneira que acontece com o vínculo da família biológica.

Conflito no ambiente familiar não é um fenômeno exclusivo do instituto da adoção, ocorrendo amiúde entre as famílias consanguíneas, e nem por isso podem os pais desistir da sua problemática relação paterno-filial, sucedendo situações de abandono, de excesso ou abuso de poder e até casos de agressão, todas passíveis de implicarem a destituição do poder familiar (MADALENO, 2018, p.885).

Dessa maneira, frente a irrevogabilidade da Lei, a devolução, abandono ou até mesmo situações de hostilidade em relação ao menor adotado, acarreta aos pais adotantes responsabilidades jurídicas no ato do descumprimento da lei e de seus deveres para com a criança e ao adolescente.

É importante ressaltar que a adoção é efetuada em razão do bem das crianças e adolescentes, para que seja possível que estes tenham o seu direito à convivência familiar garantidos. Nota-se que nos julgados acima, os pais perderam o interesse pelos filhos adotivos sem motivos aparentes, o que confere um motivo para a situação analisada.

Ainda que a falta de empatia tenha de fato existido nos casos, é possível concluir que ocorreram danos morais aos menores adotados, que mais uma vez se viram em posição de rejeição e abandono, o que gera problemas em relação à autoestima e fere dignidade. Logo, é plausível que haja sim indenização.

O Estatuto da Criança e do Adolescente se baseia na Lei que busca a proteção integral da criança e do adolescente, a fim de poupá-los de possíveis maus tratos, ou até mesmo da falta de empatia com a família.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nos dias atuais, a adoção é compreendida como a colocação de criança ou adolescente num grupo familiar, onde se tornará portadora de todos os liames jurídicos inerentes à filiação, tendo em vista o seu bem-estar.

Ressalta-se que a definição de família inclui além do aporte jurídico, a noção de convivência entre os seus membros num ambiente seguro, afetivo e protegido. Ambiente este, que permita e propicie o desenvolvimento saudável, em termos físicos e emocionais de uma criança ou adolescente que, embora não tenha sido biologicamente gerado por seus pais, neles encontre o apoio necessário para se desenvolver sob a égide do amor familiar e da satisfação de suas necessidades.

Em suma, a adoção é um meio de se ter um filho. Um filho ao qual ensina-se os valores, a visão de mundo, as crenças e com o qual divide-se experiências, aprendizados,

angústias e alegrias, dúvidas e incertezas, momentos felizes e preocupações. Um filho que será acolhido como se fosse natural. Simplesmente, maravilhosamente, um filho.

Ao se conceber uma criança não é possível escolher um modelo adequado às expectativas. Da mesma forma, ao adotar é necessário existir uma preparação para um leque de possibilidades representadas por uma criança com personalidade própria, singular, que mudará a dinâmica familiar e exigirá novos acordos e rotinas, uma criança real.

Adotar não significa “pegar uma criança para criar”, expressão ainda ouvida com frequência e que traz um tom pejorativo de falta de compromisso, de piedade ou abnegação, que não fazem parte do universo daqueles que querem se tornar verdadeiramente pais pela adoção.

Caso a convivência nesse grupo familiar não se coadune com o esperado, a pretensão à adoção poderá ser interrompida, tanto por iniciativa do Poder Público quanto pelos adotantes. Todo esse processo é regido por ordenamentos jurídicos que garantem a segurança e o bem-estar do adotado que serão sempre priorizados.

Nos processos de adoção, as relações socioafetivas têm sido acolhidas pela jurisprudência brasileira respeitando a família que, atualmente, se constitui de maneira diversa, no intuito de se preservar a instituição familiar firmada na dignidade e no respeito às relações sociais e emocionais visando o melhor para o adotado.

Referências

- ANDRADE, Diego de Calasans Melo de. **Adoção entre pessoas do mesmo sexo e os princípios constitucionais**. Revista Brasileira de Direito de Família. Nº 30 Jun/jul, 2005.
- ARANTES, Pollyana Rodrigues; OLIVEIRA JUNIOR, Lucio Candido de. **Conceito Contemporâneo de Família**. Diretora da Faculdade de Direito Fesurv - Universidade de Rio Verde, 2009.
- BARROS, Guilherme Freire de Melo. **Direito da Criança e do Adolescente**. 2. Ed. Rev., amp. E atual. Bahia: Editora JusPodivm, 2014.
- BEVILÁQUA, Clovis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil de 1916**. In.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- BRASIL. **Constituição Federal (1988)**. In: Vade Mecum Saraiva. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. 1990.
- CARVALHO, Dimas Messias de. **Adoção e Guarda**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- DIAS, Maria Berenice. **Manual do Direito das Famílias**. 14. Ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo – Editora JusPO-DIVM, 2021, p 328/329.
- DIAS, Maria Berenice.. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 10ª Ed. Revisada, atualizada e ampliada. 2015.
- DIGIÁCOMO, Murillo José. **Breves considerações sobre a nova Lei Nacional de Adoção**. v. 6, 2009.
- FERNANDES, Taísa Ribeiro. **União homossexual e seus efeitos jurídicos**. São Paulo: Método, 2004.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário da língua portuguesa**. 5. ed. Curitiba: Positivo, 2010.
- FUGIE, Erica Harumi. **A união homossexual e Constituição Federal**. In: Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, v. 4, n. 15, 2002
- GIORGIS, José Carlos Teixeira. **A natureza jurídica da relação homoerótica**. In: **Família e Cidadania – o novo CB e a vacatio legis**. Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2002.
- KOZESINSKI, Carla A. B. Gonçalves. **A história da adoção no Brasil. Ninguém cresce sozinho**. 2016.

- LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades Familiares Constitucionalizadas: para além do numerus clausus.** In: Revista Brasileira de Direito de Família, a. III, n.12, jan./fev./mar, Porto Alegre: Síntese, 2002.
- MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coordenação). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos.** 7. Ed. Rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MADALENO, Rolf. **Direito de família.** – 8. ed., rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado.** Borsoi, 1951, p.21, In.
- MIRANDA. Pontes de. **Tratado Do Direito De Família.** Bookseller, São Paulo, 2001.
- MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares. **Curso de Direito Civil II: Direito de Família.** 42ª Ed. 2012.
- NASCIMENTO, Roberta Fernandes Lopes do. **O processo de adoção no ciclo vital.** nRedpsi. 2006.
- OLIVEIRA, Elson Gonçalves. **Uma porta para a vida em consonância com a nova lei nº 12.010\2009.** Campinas: Servanda editora, 2010.
- PERES, Ana Paula Ariston Barion. **A adoção por homossexuais: fronteiras da família na Pós-modernidade.** Rio de Janeiro – São Paulo – Recife: Editora Renovar, 2006.
- ROSSATO, Luciano Alves; LEPORE, Paulo Eduardo; SANCHES, Rogério Cunha. **Estatuto da Criança e do Adolescente.** Comentado Artigo por Artigo. Editora Revista dos Tribunais. 06 Edição, 2014.
- SILVA, Monik Fontoura. **Devolvido ao remetente: uma reflexão sobre a devolução de crianças e adolescentes adotados em Florianópolis.** Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2008.
- SIMIONATO, Marlene Aparecida Wischral; OLIVEIRA, Raquel Gusmão. **Funções e transformações da família ao longo da história.** I Encontro Paranaense de Psico. Maringá, 2003.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: família.** 18. ed. São Paulo: Atlas, 2018.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: Direito de Família.** Atlas: São Paulo, 14ª Ed, vol.6. 2014.
- VIANA, Rui Geraldo Camargo. **A Família.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 22.
- VILELA, Nathalia. **A evolução legislativa da adoção no ordenamento jurídico brasileiro.** Jus.com.br. 2016.



2

**VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA: UMA ANÁLISE DA
RESPONSABILIDADE PENAL DOS PROFISSIONAIS DE
SAÚDE**

*OBSTETRIC VIOLENCE: AN ANALYSIS OF THE CRIMINAL
RESPONSIBILITY OF HEALTH PROFESSIONALS*

Monalisa Marques Da Silva

Resumo

O presente trabalho analisará a violência obstétrica, pautando-se, primordialmente, no conceito de violência previsto pela Organização Mundial de Saúde (OMS) e a partir de considerações acerca da violência de gênero. Essa forma de violência ocorre nas instituições de saúde, durante o período do pré-natal, parto, pós-parto ou ainda nas situações de abortamento, podendo manifestar-se a partir de diversas formas. Por essa razão, o tema necessita de divulgação, pois os casos de violência obstétrica vêm ocorrendo com grande frequência, sendo inclusive reportados pelos veículos de comunicação. A problemática da pesquisa é o questionamento sobre: De que forma são responsabilizados penalmente os profissionais de saúde em casos de violência obstétrica? Para tanto, foi realizada uma revisão de literatura com o objetivo geral de compreender sobre a responsabilidade penal dos profissionais de saúde que praticam atos violadores aos direitos das parturientes e como objetivos específicos conceituar a violência obstétrica, abordar sobre a violência obstétrica na legislação brasileira e discutir sobre responsabilidade penal dos profissionais da área de saúde contra as parturientes. A violência obstétrica necessita de um amparo jurídico e da visibilidade das autoridades, justamente para que haja dignidade e respeito dos profissionais da saúde, no trato para com tais mulheres, seja no âmbito público ou privado.

Palavras-chave: Violência Obstétrica. Responsabilidade Penal. Profissionais de saúde.

Abstract

The present work will analyze obstetric violence, based primarily on the concept of violence provided by the World Health Organization (WHO) and based on considerations about gender violence. This form of violence occurs in health institutions, during prenatal care, delivery, postpartum or even in situations of abortion, and can manifest itself in different ways. For this reason, the topic needs to be publicized, as cases of obstetric violence have been occurring with great frequency, even being reported by the media. The problem of the research is the question about: How are health professionals criminally responsible in cases of obstetric violence? To this end, a literature review was carried out with the general objective of understanding the criminal responsibility of health professionals who practice acts that violate the rights of parturients and, as specific objectives, conceptualize obstetric violence, address obstetric violence in Brazilian legislation and discuss on criminal liability of health professionals against parturients. Obstetric violence needs legal support and the visibility of the authorities, precisely so that there is dignity and respect for health professionals when dealing with such women, whether in the public or private sphere.

Keywords: Obstetric Violence. Criminal Responsibility. Health professionals.

1. INTRODUÇÃO

Existem várias formas de manifestação da violência e dentre elas está a violência de gênero, que se caracteriza como ataques ou atos violentos a determinadas pessoas em razão do gênero ao qual pertencem. Trata-se de um fenômeno estrutural, cuja problemática envolve, inclusive, a falta de implementação de políticas públicas.

Dentro deste conceito está inserida a violência obstétrica, que é um tipo de violência de gênero que as mulheres sofrem no período do pré-parto, parto, pós-parto ou situação de abortamento, e manifestas de várias formas, tais como palavras ofensivas, gestos, atos físicos e ações que possam a vir constranger a gestante e até mesmo seus familiares.

A pesquisa acerca da violência obstétrica é importante para que todas as mulheres entendam a necessidade de uma conduta responsável do profissional de saúde no atendimento ao pré-parto, parto e pós-parto, sendo imprescindível a punição daqueles que praticam qualquer tratamento desumano, humilhante ou agressor a estes momentos.

Diante do contexto apresentado, chegou-se ao seguinte questionamento: De que forma são responsabilizados penalmente os profissionais de saúde em casos de violência obstétrica? Para responder a esse questionamento, foi definido o objetivo geral de compreender sobre a responsabilidade penal dos profissionais de saúde que praticam atos violadores aos direitos das parturientes e como objetivos específicos conceituar a violência obstétrica, abordar sobre a violência obstétrica na legislação brasileira e discutir sobre responsabilidade penal dos profissionais da área de saúde contra as parturientes.

Como proposta metodológica foi realizada uma revisão literária baseada em livros físicos e virtuais, artigos científicos com até 10 anos de publicação das Bases de dados SciELO (Scientific Electronic Library Online), e Google Acadêmico. Para a busca foram utilizadas as seguintes palavras-chaves violência obstétrica; Responsabilidade Penal e profissionais de saúde.

2. VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA

A violência obstétrica consiste em um tipo de violência de gênero e também violência institucional, pois é manifestada, na maioria das vezes, nos ambientes hospitalares, sendo inserida através dos profissionais que integram a equipe ou até mesmo por aqueles que participam indiretamente desta. Não obstante, essa forma de violência pode ser entendida do seguinte modo:

Tomando tais conceitos como referência, a violência obstétrica tem sido interpretada como um tipo de violência institucional e de gênero, pois corresponde à utilização arbitrária do saber por parte de profissionais da saúde no controle dos corpos e da sexualidade de suas pacientes, o que inclui a negligência, a discriminação social, a violência verbal, a violência física, a medicalização e a utilização de procedimentos inadequados e/ou desnecessários na gestação, incluindo o momento pré-parto, do parto e do pós-parto (NOGUEIRA, 2015, p.27).

A expressão engloba condutas praticadas por todos os prestadores de serviço da área de saúde, não apenas os médicos. A violência obstétrica está presente no Brasil e atinge diversas mulheres em todos os estados do país. Entende-se por violência obstétrica toda ação ou omissão direcionada à mulher durante o pré-natal, parto ou puerpério, que cause

dor, dano ou sofrimento desnecessário à mulher.

A violência obstétrica percorreu grande parte das sociedades e se faz necessário o conhecimento de seus fatos históricos. De acordo com Diniz (2015) historicamente no final da década de 1950, nos Estados Unidos, com a publicação de uma matéria específica para donas de casa intitulada “Crueldade nas maternidades”. Nesse período foram realizadas várias denúncias de tortura no atendimento às pacientes gestantes. Conforme o que dizia a matéria, as parturientes eram submetidas ao sono crepuscular (*twilight sleep*, uma combinação de morfina e escopolamina), que causava uma sedação profunda, não excepcionalmente com sintomas de agitação psicomotora e alucinações.

De acordo com Pinto et al. (2020) em 1993, a fundação da Rede pela Humanização do Parto fez levantamento sobre as questões sobre esses abusos no parto e houve várias denúncias sobre a violência obstétrica. Essas eram sobre as circunstâncias de violência e constrangimento em que se dá a assistência, especialmente as condições pouco humanas a que são submetidas mulheres e crianças no momento do nascimento.

Konder e Werner (2013) em seus estudos mencionaram sobre a temática em questão e em 2001, através do relato de uma jovem perante o Comitê de América Latina e Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM) e Instituto de Gênero, Direito e Desenvolvimento (INSGENAR). Ela afirma ser vítima de abuso por parte dos serviços de saúde reprodutiva na cidade argentina de Rosário. Desde então, uma investigação sobre violência obstétrica, baseada em depoimentos de pacientes de hospitais públicos, deu origem ao Observatório de Saúde, Gênero e Direitos Humanos.

Houve um avanço sobre a temática e a Argentina foi o primeiro país latino-americano que reconheceu juridicamente a violência contra as mulheres em relação ao parto através da Lei Nacional nº 25.929/2004, também conhecida como Lei do Parto Humanizado (LEITE, 2016). Anos depois, já em 2009, a República Argentina também sancionou a Lei nº 26.485, que garante:

Proteção Integral para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra as Mulheres nos Âmbitos em que se desenvolvem suas Relações Interpessoais, sendo tipificados seis tipos de violência contra a mulher, que são a violência doméstica, institucional, laboral, violência contra a liberdade reprodutiva, obstétrica e midiática (PARTO DO PRINCÍPIO, 2012, p. 24).

Dando continuidade à discussão sobre o histórico de ações contra a violência obstétrica, em 2007 na Venezuela foi aprovada a Lei Orgânica sobre o Direito das Mulheres a uma Vida Livre da Violência, tipificando dezenove formas de violência contra a mulher, dentre elas a violência obstétrica (ZANARDO, et al., 2017). Com essa lei foi possível observar algumas melhorias para as gestantes, mas que precisam ser colocadas em práticas pelos profissionais de saúde e também pelas próprias gestantes que muitas vezes desconhecem seus direitos.

No ano 2014 iniciam-se com mais intensidade os debates a respeito do termo violência obstétrica:

Foram criados cinco Observatórios de Violência Obstétrica liderados por grupos da sociedade civil no Chile, Espanha, Argentina, Colômbia e França, e em março de 2016 divulgaram uma declaração comum declarando que a violência obstétrica tem sido uma das formas mais invisíveis e naturalizadas de violência contra as mulheres e que constitui uma grave violação dos direitos humanos (PINTO, et al. 2020, p.163).

A nível de Brasil, Diniz et al. (2015) na década de 1980, o assunto passou a ser tratado através de trabalhos feministas intitulado Espelho de Vênus do Grupo Ceres que abordou sobre o parto institucionalizando como uma experiência extremamente dolorosa.

principalmente na relação médico paciente, uma vez o desconhecimento de sua fisiologia é acionado para explicar os sentimentos de desamparo e desalento com que a mulher assiste seu corpo ser manipulado quando recorre à medicina nos momentos mais significativos da sua vida: a contracepção, o parto, o aborto (DINIZ, et al., 2015, p. 02).

Alguns esforços institucionais têm sido empreendidos pelo Ministério da Saúde com a finalidade de proporcionar melhores condições a essas pacientes e uma delas foi proposta e instituída uma série de programas e políticas em saúde, tais como o Programa de Humanização do Parto e Nascimento, a Política Nacional de Humanização – HumanizaSUS, a Política de Atenção Integral à Saúde da Mulher, entre outros (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2014).

Em 2005, foi sancionada a Lei nº 11.108, conhecida como Lei do Acompanhante, para garantir às parturientes o direito à presença de acompanhante durante o trabalho de parto, parto e pós-parto imediato, no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS.

Art.19 -Os serviços de saúde do Sistema Único de Saúde - SUS, da rede própria ou conveniada, ficam obrigados a permitir a presença, junto à parturiente, de 1 (um) acompanhante durante todo o período de trabalho de parto, parto e pós-parto imediato (BRASIL, 2005).

A ausência de acompanhante tem uma origem histórica, conforme nos ensinam Diniz (2015, p.12):

quando o parto hospitalar foi estabelecido como regra pelos programas de saúde em meados do século 20 nos países industrializados, pela primeira vez na história, a maioria das mulheres começou a parir sem a presença de qualquer pessoa que lhe fosse familiar.

A situação de ausência de acompanhante acontece em vários países, inclusive no Brasil e o mais recente foi e em julho de 2022, na qual o médico anestesista Giovanni Quintella Bezerra dopou e estuprou uma mulher grávida enquanto ela estava em trabalho de parto. Em cenas gravadas pela equipe que já desconfiava do médico, foi possível vê-lo em atos obscenos em relação à mulher/paciente devido ao fato de ela estar inconsciente (G1, 2022).

Esse caso ganhou notoriedade porque foi exposto na mídia, mas não se pode achar que muitos outros não acontecem diariamente. Entretanto, são invisibilizados. A Violência Obstétrica pode ser mais ou menos sutil, porém é igualmente capaz de provocar danos capazes de marcar a mulher pela sua vida inteira. É responsabilidade dos órgãos públicos bem como da sociedade em geral lutar para que as mulheres não sejam vítimas de mais essa forma de agressão.

Em 2011, foi instituída a Rede Cegonha (Portaria n. 1.459/2011), cujo objetivo foi assegurar o direito ao planejamento reprodutivo e à atenção humanizada à gravidez, ao parto e ao puerpério, fomentando a implementação de novo modelo de atenção à saúde da mulher e da criança, desde o parto até os 24 meses de vida, assim como reduzir a mortalidade materna e infantil (BRASIL, 2011).

Nesse diapasão, depreende-se que a violência obstétrica que a violência obstétrica representa um grande desrespeito à dignidade da mulher, pois a prática se difundiu e causou danos à integridade física, psicológica e sexual da parturiente. Assim, o conceito de violência obstétrica está associado à falta de cuidado, atenção e desrespeito aos direitos da mulher durante a gestação, que atinge não só a mãe, mas também sua família e o próprio nascimento do bebê.

É fundamental compreender que esta forma de violência como um problema estrutural e não apenas de alguns profissionais de saúde abusivos e agressivos ou de algumas gestantes. Essa se dá de várias formas e segundo Silva et al. (2014) destaca sobre a violência física, que são ações que incidam sobre o corpo da mulher, que interfiram, causem dor ou dano físico (de grau leve a intenso), sem recomendação baseada em evidências científicas.

Outra modalidade de violência obstétrica é a violência psicológica, que pode ser entendida:

como toda ação verbal ou comportamental que cause na mulher sentimentos de inferioridade, vulnerabilidade, abandono, instabilidade emocional, medo, acuação, insegurança, dissuasão, ludibriamento, alienação, perda de integridade, dignidade e prestígio. Também pode ser caracterizada pelo caráter sexual, como sendo toda ação imposta à mulher que viole sua intimidade ou pudor, incidindo sobre seu senso de integridade sexual e reprodutiva, podendo ter acesso ou não aos órgãos sexuais e partes íntimas do seu corpo (MARTINS, et al., 2019, p.415).

Cita-se também a violência institucional, que são ações ou formas de organização que dificultem, retardem ou impeçam o acesso da mulher aos seus direitos constituídos, quer sejam de natureza pública ou privada (REDE PARTO, 2012). Apresenta também um caráter material, que consistem em ações e condutas ativas e passivas com o fim de obter recursos financeiros de mulheres em processos reprodutivos, violando seus direitos já garantidos por lei, em benefício de pessoa física ou jurídica.

Por último e não menos importante está a violência através de caráter midiático, que como coloca Silva et al. (2014) são as ações praticadas por profissionais através de meios de comunicação, dirigidas a violar psicologicamente mulheres em processos reprodutivos. Podendo ser mediante mensagens, imagens ou outros signos difundidos publicamente; apologia às práticas cientificamente contraindicadas, com fins sociais, econômicos ou de dominação.

A violência verbal é perpetrada pelos profissionais de saúde no momento do parto configurando falta de ética profissional e principalmente respeito por essas mulheres. Algumas delas são:

“Na hora de fazer não gritou!”, “Não grita... pois seu bebê não vai nascer pela boca!”, “Vamos fazer cesárea, pois o mundo evoluiu e você não precisa parir feito um animal com desconforto e muita dor.... com a cesárea você não terá nenhum desconforto!” “Mulher é um bicho sem vergonha mesmo.... sofre e grita e no próximo ano tá aqui de novo!” (MARTINS et al., 2019. p. 416).

A violência obstétrica pode acontecer também através de alguns procedimentos utilizados, tais como os descritos a seguir:

A violência obstétrica pode ainda caracterizar-se de distintas formas: recusa à admissão ao hospital (Lei no 11.634/2007); impedimento de entrada de acompanhante (Lei no 11.108/2005); violência psicológica (tratamento agressivo, grosseiro, zombeteiro, inclusive em razão de sua cor, etnia, raça, religião, estado civil, orientação sexual, número de filhos ou inferiorizado); impedimento de contato com o bebê; o impedimento ao aleitamento materno e a cesariana desnecessária e sem consentimento (SILVA et al., 2014, p. 824).

Por fim, é importante mencionar outros problemas relacionados a falta de estrutura física adequada, ambientes confortáveis para os acompanhantes, iluminação adequada, ambientes arejados e mesas de parto adequadas para uma assistência humanizada.

3. VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

No Brasil, ainda não foi aprovada uma Legislação Federal que regule a Violência Obstétrica. Contudo, encontram-se tramitando conjuntamente cinco Projetos de Lei na Câmara dos Deputados com conteúdo específico acerca do assunto. O primeiro Projeto de Lei (PL) que trata da violência obstétrica foi protocolado em maio de 2014 (PL nº 7633/14) pelo Deputado Federal Jean Wyllys, baseado na repercussão de um caso envolvendo a gaúcha Adelir Carmem Lemos de Goés, obrigada judicialmente a ter o seu filho através de uma cesárea.

O referido Deputado, na época, iniciou um movimento na Câmara dos Deputados para fomentar a discussão sobre o direito da mulher de decidir a respeito de seu próprio parto, protocolando, assim, o PL 7633/14, que dispõe sobre a humanização da assistência à mulher e ao neonato durante o ciclo gravídico-puerperal (GUEDES; BORGES, 2017).

Em agosto de 2015, o Projeto de Lei nº 2589/2015 foi apresentado pelo Deputado Pr. Marco Feliciano, cujo teor dispõe a respeito da criminalização da violência obstétrica. Segundo o referido PL, a prática deve ser considerada constrangimento ilegal, prevista no artigo 146 do Código Penal. A justificativa para a tipificação desta conduta baseou-se em denúncias de mulheres que sofreram abusos e violações, sendo considerado constrangimento a conduta do profissional da saúde desde expressões agressivas até mesmo a omissão no atendimento (BRASIL, 2015).

Posteriormente, em junho de 2017, a Deputada Federal Jô Moraes apresentou o PL nº 7867/2017, que dispõe sobre medidas de proteção contra a violência obstétrica e de divulgação de boas práticas para a atenção à gravidez, parto, nascimento, abortamento e puerpério. A justificativa apresentada pela parlamentar foi a de que, em decorrência da amplitude do conceito de violência obstétrica, é necessária a categorização de todos os procedimentos, físicos ou não, aos quais as mulheres são submetidas na gestação, trabalho de parto, parto, pós-parto e abortamento, de acordo com os princípios da humanização e da medicina baseada em evidências (BRASIL, 2017).

Por conseguinte, em agosto de 2017, o Deputado Francisco Floriano apresentou o PL nº 8219/2017, que dispõe sobre a violência obstétrica praticada por médicos e/ou profissionais de saúde contra mulheres em trabalho de parto ou logo após. O Deputado alegou, dentre outras razões, que toda mulher tem direito ao melhor padrão atingível de saúde, o qual inclui o direito a um cuidado digno e respeitoso (BRASIL, 2017).

Por último, em fevereiro de 2019, a Deputada Talíria Petrone e outros parlamentares apresentaram o PL nº 878/2019, que dispõe sobre a humanização da assistência à mulher e ao neonato durante o ciclo gravídico-puerperal. Os Deputados justificaram a criação do

projeto de lei em razão da falibilidade das técnicas do Poder Executivo no funcionamento dos serviços de atenção obstétrica e neonatal aplicáveis aos serviços de saúde do país, sejam públicos ou privados, civis ou militares, tendo em vista que o cenário da violência se mostra constante (BRASIL, 2019).

Em contrapartida a todas estas propostas parlamentares, foi apresentado o PL nº 3635/2019, em junho de 2019, que possui a finalidade de garantir à gestante a possibilidade de optar pelo parto cesariano, a partir da trigésima nona semana de gestação, bem como a analgesia, mesmo quando escolhido o parto normal. Os parlamentares argumentaram que em razão do desenvolvimento da Bioética complexa, o princípio da autonomia da paciente deverá prevalecer, conferindo à gestante o direito de escolher a via de parto de sua preferência (BRASIL, 2019).

Este projeto de lei não foi inserido na classificação daqueles que enfrentam o tema, haja vista que a justificativa apresentada não condiz com os elementos que caracterizam a violência obstétrica, apresentando um teor contrário e crítico a este. Neste ponto, é relevante argumentar que a violência obstétrica necessita de regulamentação federal, principalmente em razão dos inúmeros casos existentes por todo o país sem que haja a responsabilização dos agressores, justamente por que, apesar de conhecida e até mesmo divulgada, a violência obstétrica ainda é um tema muito amplo e apresenta lacunas para diversas interpretações. Em que pese ainda não tenha sido aprovada uma legislação federal, alguns estados da Federação já sancionaram leis que possuem o condão de combater a violência obstétrica, dentre os quais estão São Paulo, Santa Catarina, Pernambuco e Minas Gerais.

O estado de São Paulo publicou a Lei nº 15759/2015 assegurando o parto humanizado nos estabelecimentos públicos de saúde, com o objetivo precípuo de prevenção da violência obstétrica (SÃO PAULO, 2015). Em seguida, o estado de Santa Catarina aprovou a Lei nº 17097/2017 que dispõe sobre a implantação de medidas de informação e proteção à gestante e parturiente contra a violência obstétrica, conceituando-a, caracterizando as suas formas de manifestação e demonstrando os órgãos e trâmites para que seja realizada a denúncia da violência (SANTA CATARINA, 2017).

O estado de Pernambuco também regulamentou o tema, sancionando a Lei nº 16499/2018, que estabelece medidas de proteção à gestante, à parturiente e à puérpera contra a violência obstétrica (PERNAMBUCO, 2018). Por último, foi promulgada, pelo estado de Minas Gerais, a Lei nº 23175/2018, que dispõe sobre a garantia de atendimento humanizado à gestante, à parturiente e à mulher em situação de abortamento, para prevenção da violência na assistência obstétrica (MINAS GERAIS, 2018).

No âmbito federal, existem leis específicas que garantem a gestante os seus direitos básicos, dentre outras garantias. A Lei nº 11.108/2005, popularmente conhecida como “Lei do Acompanhante”, garante às parturientes o direito à presença de acompanhante durante o trabalho de parto, parto e pós-parto imediato, no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS (BRASIL, 2005). No caso de gestantes que possuem plano hospitalar com obstetrícia, a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), através da Resolução Normativa nº 428/2017, garante a cobertura das despesas, incluindo paramentação, acomodação e alimentação, relativas ao acompanhante indicado pela mulher durante o pré-parto, parto e pós-parto imediato, que compreende o período de dez dias após o parto (BRASIL, 2017).

Ainda nesse sentido, encontra-se em vigor a Lei nº 11.634/2007, que dispõe sobre o direito da gestante ao conhecimento e a vinculação à maternidade onde receberá assistência no âmbito do Sistema Único de Saúde. Trata-se de uma garantia para que a parturiente saiba exatamente em que local será atendida nos casos de intercorrência pré-natal, e no momento do parto (BRASIL, 2007).

4. RESPONSABILIDADE PENAL DOS PROFISSIONAIS DA ÁREA DE SAÚDE CONTRA AS PARTURIENTES

Sobre a responsabilidade dos profissionais de saúde sobre as parturientes, o conceito analítico de crime, no que tange a punibilidade da violência obstétrica, é importante ressaltar que, apesar de não existir um tipo penal específico, existem situações de violência no parto em que todos esses elementos são praticados e estão descritos no Código Penal.

Nesse sentido também elucida Greco (2017) independentemente das exceções que têm por finalidade justificar a regra, a proteção da vida, por intermédio do art. 121 do Código Penal, começa a partir do início do parto, encerrando-se com a morte da vítima.

Isso quer dizer que, uma vez iniciado o trabalho de parto, com a dilatação do colo do útero ou com o rompimento da membrana amniótica, sendo o parto normal, ou a partir das incisões das camadas abdominais, no parto cesariana, até a morte do ser humano, que ocorre com a morte encefálica, nos termos do art. 3º da Lei nº 9.434/97, mesmo que haja vida intrauterina, poderá ocorrer o delito em estudo (GRECO, 2017, p. 52).

O homicídio também poderá ser praticado contra a mulher gestante, seja no período do pré-natal, parto, pós-parto ou situação de abortamento. A principal conduta dos profissionais da saúde que podem ser inseridas nesse tipo penal são aquelas em que há uma omissão na realização do atendimento. Nesses casos, diz-se que o agente pratica o crime comissivo por omissão, previsto no artigo 13, § 2º, alínea c do Código Penal, quando dispõe “A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem: (...) c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado” (BRASIL, 1940).

Nessa hipótese, quando o profissional deixa de atender a paciente, sem qualquer motivo justificável, e assume o risco de produzir o resultado morte, uma vez que naquele momento poderia o ter evitado na qualidade de profissional, praticará o crime de homicídio na modalidade dolosa.

Na maioria dos casos, verifica-se que os profissionais não denunciam a violência praticada pelos seus colegas de trabalho, pois temem por seus empregos e até mesmo por alguma punição disciplinar, tendo em vista que geralmente são médicos que realizam o parto e estes representam uma certa “autoridade” perante os demais, ocasionando a inação daquelas pessoas que poderiam ser determinantes para denunciar esta prática. Destarte, é relevante mencionar que a Lei nº 10.778/2003 “estabelece a notificação compulsória, no território nacional, do caso de violência contra a mulher que for atendida em serviços de saúde públicos ou privados”. O artigo 3º da referida lei assegura o caráter sigiloso da notificação compulsória, proporcionando mais segurança àqueles que notificam os casos de violência contra a mulher nos serviços de saúde do país.

Outrossim, os crimes de homicídio doloso, bem como o culposo, são apurados mediante ação penal pública incondicionada, sendo de iniciativa exclusiva do Ministério Público Estadual ou Federal, dependendo da natureza jurídica da instituição ao qual o profissional esteja vinculado. A competência é regida pelo local da consumação do delito. Já a análise do mérito será diferente nas duas hipóteses, pois se o homicídio for doloso será julgado pelo Tribunal do Júri, nos termos do artigo 5º, XXXVIII, “d”, da Constituição Federal. Já o crime de homicídio na modalidade culposa, o julgamento cabe ao juízo singular (GONÇALVES, 2018).

A violência no parto também pode ser inserida no tipo penal da lesão corporal, pre-



vista no artigo 129 do Código Penal, cuja ofensa do agente causador atinge a integridade corporal ou saúde de outrem (GRECO, 2017). Greco aponta o conceito de lesão corporal baseado nas lições do doutrinador Nelson Hungria, *verbis*: (...) o crime de lesão corporal consiste em qualquer dano ocasionado por alguém, sem *animus necandi*, à integridade física ou a saúde (fisiológica ou mental) de outrem. Não se trata, como o *nomen juris* poderia sugerir *prima facie*, apenas do mal infligido à inteireza anatômica da pessoa. Lesão corporal compreende toda e qualquer ofensa ocasionada à normalidade funcional do corpo ou organismo humano, seja do ponto de vista anatômico, seja do ponto de vista fisiológico ou psíquico.

Nesse sentido, é evidente que a lesão corporal ofende a integridade física da vítima, também podendo se caracterizar quando houver a agravação de um resultado já existente (GRECO, 2017). Este delito poderá ser cometido sob sete modalidades diferentes, quais sejam, a lesão corporal leve (artigo 129, caput, do Código Penal), lesão corporal grave (artigo 129, §1º, do Código Penal), lesão corporal gravíssima (artigo 129, §2º, do Código Penal), lesão corporal seguida de morte (artigo 129, §3º, do Código Penal), lesão corporal culposa (artigo 129, §6º, do Código Penal) e lesão corporal decorrente de violência doméstica (artigo 129, §9º do Código Penal).

Além disso, a realização de procedimentos cirúrgicos, com resultado morte, sem evidências científicas e sem autorização da paciente ou de seus familiares também configurará a prática do homicídio, a exemplo realização da episiotomia ou manobra de Kristeller sem justificativa médica para tais procedimentos. Neste ponto, cumpre ressaltar que o dolo direto é a vontade livre e consciente de se realizar algo, ou seja, o agente possui a intenção de realizar determinado crime. A doutrina chama esse sentimento de *animus necandi* ou *animus occidendi* (GONÇALVES, 2018). Assim, é evidente que somente caberá o dolo direto à hipótese de homicídio em consequência de violência obstétrica quando restar demonstrado que o profissional, ciente do quadro clínico da parturiente, realiza algum procedimento técnico que não deveria ser feito ou se omite em fazê-lo, quando da sua obrigação.

Assim, as situações envolvendo o óbito de gestantes devem ser devidamente investigadas para que a responsabilidade penal recaia sobre o agente responsável, devendo-se analisar a conduta do profissional e se houve a intenção do resultado. Tal averiguação deverá ser pautada, principalmente, pela análise do prontuário médico da paciente, pois é nele que estão todas as informações a respeito dos procedimentos realizados naquela situação. Além disso, as testemunhas também serão de fundamental importância para se verificar se a conduta do profissional foi dolosa.

A violência no parto também pode ser inserida no tipo penal da lesão corporal, prevista no artigo 129 do Código Penal, cuja ofensa do agente causador atinge a integridade corporal ou saúde de outrem (GRECO, 2017).

Greco aponta o conceito de lesão corporal baseado nas lições do doutrinador Nelson Hungria, *verbis*: (...) o crime de lesão corporal consiste em qualquer dano ocasionado por alguém, sem *animus necandi*, à integridade física ou a saúde (fisiológica ou mental) de outrem. Não se trata, como o *nomen juris* poderia sugerir *prima facie*, apenas do mal infligido à inteireza anatômica da pessoa.

Lesão corporal compreende toda e qualquer ofensa ocasionada à normalidade funcional do corpo ou organismo humano, seja do ponto de vista anatômico, seja do ponto de vista fisiológico ou psíquico. Mesmo a desintegração da saúde mental é lesão corporal, pois a inteligência, a vontade ou a memória dizem com a atividade funcional do cérebro, que é um dos mais importantes órgãos do corpo. Não se concebe uma perturbação men-

tal sem um dano à saúde, e é inconcebível um dano à saúde sem um mal corpóreo ou uma alteração do corpo.

Quer como alteração da integridade física, quer como perturbação do equilíbrio funcional do organismo (saúde), a lesão corporal resulta sempre de uma violência exercida sobre a pessoa (GRECO, 2017, p. 540). Nesse sentido, é evidente que a lesão corporal ofende a integridade física da vítima, também podendo se caracterizar quando houver a agravação de um resultado já existente (GRECO, 2017).

Este delito poderá ser cometido sob sete modalidades diferentes, quais sejam, a lesão corporal leve (artigo 129, caput, do Código Penal), lesão corporal grave (artigo 129, §1º, do Código Penal), lesão corporal gravíssima (artigo 129, §2º, do Código Penal), lesão corporal seguida de morte (artigo 129, §3º, do Código Penal), lesão corporal culposa (artigo 129, §6º, do Código Penal) e lesão corporal decorrente de violência doméstica (artigo 129, §9º do Código Penal).

Greco (2017, p. 11) elucida em sua obra que “se da intervenção resultar no paciente um quadro desfavorável, fruto de inobservância das regras técnicas da medicina, pode o profissional ser responsabilizado a título de culpa”. Posicionamentos como esse são muito disseminados na jurisprudência pátria, razão pela qual, em grande parte das situações de violência no parto são punidas, no máximo, a título de culpa.

No entanto, o que falar das situações em que o médico provoca uma verdadeira “dilação” na mulher? Existem casos de realização de episiotomia em que há comunicação do conteúdo fecal com o canal vaginal, culminando em infecção ou qualquer outro agravamento em decorrência de tal conduta. Outra situação é aquela em que o profissional da saúde realiza uma mutilação na mulher, na realização de parto vaginal, para abrir o canal de passagem da criança.

Esses exemplos demonstram a seriedade da situação enfrentada pela parturiente, pois a conduta acaba sendo classificada apenas na modalidade culposa ou até mesmo na hipótese de erro médico, culminando na invisibilidade da violação. Contudo, analisando o tipo penal da lesão corporal, verifica-se que o dolo do agente também é imprescindível para a configuração do delito.

Deve-se atentar se o profissional responsável pela realização do parto possui respaldo técnico para a realização de tal procedimento, ciente das sérias consequências que poderia ocasionar, haja vista que o corte no períneo, às vezes muito longo e desnecessário poderá causar lesões e consequências futuras e danosas à mulher e ao bebê (LIMA, 2019).

Assim sendo, é possível inserir o tipo penal dos maus-tratos à violência obstétrica, haja vista que diversas situações nos hospitais e maternidades são caracterizadas por todos esses elementos descritos, sendo imprescindível a demonstração do nexos causal entre a conduta e o resultado, além de procurar as autoridades responsáveis pela judicialização dessas demandas e acompanhar, assistido (a) por um profissional da área jurídica, todos os contornos da situação.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A assistência obstétrica, no Brasil, apresenta um contexto de constantes violações aos direitos básicos das mulheres e isso ocorre por inúmeros fatores, desde a violência de gênero até os problemas internos do Estado, denotando a ausência de ações positivas das autoridades nesse setor social. No decorrer do trabalho, apurou-se que ainda não existe uma legislação federal específica para regularizar a situação da violência obstétrica, o que



ocasiona a prática de condutas criminosas dos profissionais da saúde no momento do pré-natal, parto, pós-parto e situações de abortamento.

Conforme apontado, são inúmeras as formas de manifestação dessa violência, desde atos físicos até aqueles perpetrados pela mídia, cujas situações embasam várias consequências danosas na vida da parturiente e de sua família. Infere-se, ainda, que as reiteradas condutas dos profissionais estão relacionadas a carência de um olhar jurídico ao tema, pois a maioria dos operadores do direito levam em consideração apenas os discursos médicos e o senso comum, deixando de lado o conhecimento técnico a respeito do tema.

Por essa razão, é imprescindível um olhar mais atento a essa forma de violação, pois as atitudes invasivas e por vezes agressivas na vida da mulher e de seu bebê, não podem permear apenas na seara do erro médico. Pelo contrário, há a necessidade de se estabelecer um mecanismo jurídico para a análise dessas situações, pois inúmeros casos vêm ocorrendo, e a invisibilidade e falta de punibilidade são as maiores características. Essa violência continua sendo praticada por vários fatores e dentre eles está a falta de conhecimento, principalmente porque, em alguns casos, é uma violência silenciosa, e por vezes difíceis de ser compreendida, chegando ao ponto de ser vista como normal e inerente ao parto. Por esse motivo, faz-se imprescindível uma maior atuação e conscientização nos hospitais e maternidades, com a divulgação dessas condutas, as formas de denúncia e os caminhos jurídicos a serem alcançados para a punição dos agentes agressores.

Essa banalização da violência obstétrica também deve ser combatida através de capacitação contínua dos profissionais de saúde, com a atuação direta dos órgãos fiscalizadores, dentre os quais está o Ministério Público, instituição essencial à função jurisdicional do Estado Democrático.

Para tanto, também é preciso que haja a responsabilização criminal dos profissionais da saúde através da análise dos tipos penais previstos no Código Penal, devendo ser verificada, em cada situação, a presença de todos os elementos analíticos do crime (conduta típica, ilícita e culpável).

Reafirma-se com esta pesquisa, a necessidade de se implementar e cobrar das autoridades um olhar mais humano para essas mulheres, pois as condutas violadoras dos profissionais da saúde são extremamente prejudiciais. A implementação de projetos dos órgãos públicos de saúde, parcerias com instituições privadas, realização de seminários e capacitações contínuas com vistas aos profissionais de saúde acerca de informações das práticas intervencionistas desnecessárias são alguns mecanismos que podem ser utilizados para reforçar que a violência contra as parturientes não pode ser disseminada. Além disso, as autoridades do meio jurídico também precisam voltar algumas ações para o tema, com a realização de eventos, ações e intervenções ligadas as formas de violência no parto, principalmente porque práticas abusivas, constrangedoras e lesivas durante o nascimento de um filho não podem ser encaradas dentro da normalidade.

Referências

BRASIL. **Lei nº 11.108, de 7 de abril de 2005.** Altera a Lei no 8.080, de 19 de setembro de 1990, para garantir as parturientes o direito à presença de acompanhante durante o trabalho de parto, parto e pós-parto imediato, no âmbito do Sistema Único de Saúde Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111108.h. Acesso em: 21. set. 2022.

BRASIL. **Lei nº 11.634, de 27 de dezembro de 2007.** Dispõe sobre o direito da gestante ao conhecimento e a vinculação à maternidade onde receberá assistência no âmbito do Sistema Único de Saúde. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/lei/111634.htm#:~:text=lei%20n%c2%ba%20

11.634%2c%20de%2027,art. Acesso em: 17 jun. 2019.

BRASIL. **Portaria nº 1.459, de 24 de junho de 2011**. Institui, no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS - a Rede Cegonha. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2011/prt1459_24_06_2011.html. Acesso em: 22. set. 2022.

BRASIL. **Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS)**. Resolução normativa nº 428, de 7 de novembro de 2017. Atualiza o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, que constitui a referência básica para cobertura assistencial mínima nos planos privados de assistência à saúde, contratados a partir de 1º de janeiro de 1999; fixa as diretrizes de atenção à saúde; e revoga as Resoluções Normativas – RN nº 387, de 28 de outubro de 2015, e RN nº 407, de 3 de junho de 2016.

DINIZ, Simone Grilo et al. Violência obstétrica como questão para a saúde pública no Brasil: origens, definições, tipologia, impactos sobre a saúde materna, e propostas para sua prevenção. **Journal Of Human Growth And Development**, [s.l.], v. 25, n. 3, p.377-376, 25 out. 2015.

G1. Anestesiista flagrado em estupro de mulher durante o parto vira réu. Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2022/07/15/anestesiista-flagrado-em-estupro-de-mulher-durante-o-parto-vira-reu.gh.html>. Acesso em: 04. nov. 2022.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal esquematizado**: parte especial. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral, v. 1. 19. ed. Niterói (RJ): Impetus, 2017.

GUEDES, Cristiane Achilles; BORGES, Luiza Nogueira. Pelo direito de parir: a violência obstétrica na perspectiva dos direitos humanos. **Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul [online]**, Porto Alegre, v. 17, n. 8, p.59-91, 2017. Disponível em: <https://revista.defensoria.rs.def.br/defensoria/article/view/179>. Acesso em: 04.nov.2022.

KONDER, Cristiane; WERNER, Lara. Violência obstétrica e sua configuração no Brasil. 2013, p. 139. **Relatório da rede social de justiça e direitos humanos**. Disponível em http://www.social.org.br/relatorio_RH_2013.pdf. Acesso em: 07.out.2022.

LEITE, Julia Campos. **Abordagem jurídica da violência obstétrica**. 2016. 108 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Departamento de Filosofia do Direito e Disciplinas Básicas, Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Ribeirão Preto, 2016. Disponível em: <http://www.tcc.sc.usp.br/tce/disponiveis/89/890010/tce=23052017-165756-/?&lang=br>. Acesso em: 07.out.2022.

LIMA, Ricardo Alves de. Um olhar do direito penal à violência obstétrica. **Jus.com.br**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/74382/um-olhar-do-direito-penal-a-violencia-obstetrica>. Acesso em: 05 ago. 2019.

MARTINS, Fabiana Lopes et al. Violência obstétrica: Uma expressão nova para um problema histórico. **Revista Saúde em Foco**. Disponível em: https://portal.unisepe.com.br/unifia/wp-content/uploads/sites/10001/2019/03/034_viol%3%8ancia-obst%3%89trica-uma-express%3%a3o-nova-para-um-problema-hist%3%b3rico.pdf. Acesso em: 21. set.2022.

MINAS GERAIS (Estado). **Lei nº 23.175, de 22 de dezembro de 2018**. Dispõe sobre a garantia de atendimento humanizado à gestante, à parturiente e à mulher em situação de 68 abortamento, para prevenção da violência na assistência obstétrica no Estado. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=372848>. Acesso em: 04.nov.2022.

NOGUEIRA, Beatriz Carvalho. **Violência obstétrica: análise das decisões proferidas pelos Tribunais de Justiça da Região Sudeste**. 2015. 88 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2015. Disponível em: <http://www.tcc.sc.usp.br/tce/disponiveis/89/890010/tce-26082016-101211/?&lang=br>. Acesso em: 07.out.2022.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Humanização do parto no pré natal e nascimento**. 2014. Disponível em: <https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/parto.pdf>. Acesso em: 07. out. 2022.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. Prevenção e Eliminação de Abusos, Desrespeito e Maus-Tratos Durante o Parto em Instituições de Saúde. Disponível em: https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/134588/WHO_RHR_14.23_por.pdf?jsessionid=19609E2CE102F22DCABBE7DF317E4F0E?sequence=3. Acesso em: 21.set.2022.

PERNAMBUCO (Estado). **Lei nº 16.499, de 06 de dezembro de 2018**. Estabelece medidas de proteção à gestante, à parturiente e à puérpera contra a violência obstétrica, no âmbito do Estado de Pernambuco. Disponível em: <https://legis.alepe.pe.gov.br/texto.aspx?tiponorma=1&numero=16499&complemento=0&ano=2018&tipo=&url=>. Acesso em: 04.nov.2022.

PINTO, Alessandra Caligiuri Calabresi. **Direitos das mulheres: igualdade, perspectivas e soluções**. 1. ed. – São Paulo :Almedina, 2020.

REDE PARTO DO PRINCÍPIO. Dossiê da Violência Obstétrica “Parirás com dor”. Disponível em: <http://repositorio.asces.edu.br/bitstream/123456789/2320/1/DOC%20VCM%20367.pdf>. Acesso em: 21.set.2022.

SANTA CATARINA (Estado). **Lei nº 17.097, de 17 de janeiro de 2017**. Dispõe sobre a implantação de medidas de informação e proteção à gestante e parturiente contra a violência obstétrica no Estado de Santa Catarina. Disponível em: tp://leis.alesc.sc.gov.br/html/2017/17097_2017_lei.html#:~:text=hora%20do%20dia.,Art.,à%20eradicação%20da%20violência%20obstétrica. Acesso em: 04.nov.2022.

SÃO PAULO (Estado). **Lei nº 15.759, de 05 de março de 2015**. Assegura o direito ao parto humanizado nos estabelecimentos públicos de saúde do Estado e dá outras providências. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2015/lei-15759-25.03.2015.html#:~:text=Artigo%208º%20Toda%20gestante%20atendida,da%20gestante%20e%20do%20recém>. Acesso em: 04.nov.2022.

SILVA, Michelle Gonçalves da et al. Violência obstétrica na visão de enfermeiras obstetras. **Revista da Rede de Enfermagem do Nordeste**, [s.l.], v. 15, n. 4, p.820-828, 20 ago. 2014.

ZANARDO, Gabriela Lemos de Pinho. Violência obstétrica no brasil: uma revisão narrativa. **Psicologia e Sociedade** Disponível em: <https://www.scielo.br/j/psoc/a/J7CMV7LK79LJTnX9gFyWHNN/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 21.set.2022.



3

**CONSIDERAÇÕES ACERCA DA APLICAÇÃO DAS PENAS
ALTERNATIVAS COMO UMA POSSÍVEL SOLUÇÃO PARA A
REDUÇÃO DA POPULAÇÃO CARCERÁRIA NO BRASIL**

*CONSIDERATIONS ABOUT THE APPLICATION OF
ALTERNATIVE PENALTIES AS A POSSIBLE SOLUTION FOR
REDUCING THE PRISON POPULATION IN BRAZIL*

Lindomar Castilho Pereira da Silva

Resumo

Nas prisões brasileiras, devido às superlotações, é comum os presos ficarem amontoados, revezando camas, dormindo no chão das celas, no banheiro com ratos e baratas, vivendo em condições insalubres e desumanas. Bem distante do respeito à individualização da pena, direito constitucionalmente imposto. Nesse contexto, cumpre ressaltar, que as críticas jurídicas e doutrinárias acerca da eficácia do sistema prisional brasileiro não são atuais, há muito tempo esse tema é foco de grandes embates. De que forma a aplicação das penas alternativas pode ser uma possível solução para a redução da população carcerária no Brasil? Para responder a esse questionamento, a pesquisa teve como objetivo geral discutir acerca da aplicação das penas alternativas como uma possível solução para a redução da população carcerária no Brasil e como objetivos específicos discorrer a evolução histórica do sistema prisional brasileiro até os dias atuais, descrever as modalidades de alternativas penais previstas na Lei 9.714/98, bem como seus reflexos frente ao ordenamento jurídico brasileiro e apontar as vantagens e desvantagens sociais e jurídicas da aplicação das penas alternativas. Para alcançar tais objetivos foi realizada uma Revisão de Literatura baseada em livros e artigos das bases de dados *Scielo* e *Google acadêmico*. Assim, as penas alternativas têm por objetivo proporcionar ao condenado o cumprimento de pena fora da esfera prisional, no entanto, alguns requisitos legais devem ser seguidos, como a efetuação de serviços comunitários, prestação pecuniária, interdição temporária de direitos, dentre outros. Ressalta-se que as penas alternativas são menos onerosas ao Estado e possuem mais efetividade no que diz respeito à ressocialização do indivíduo e a prevenção de crimes atentando ao fato de que as penitenciárias brasileiras, de modo geral, não oferecem o mínimo de dignidade aos apenados, esta que é garantida na Constituição Federal, assim como é falha como instrumento ressocializador.

Palavras-chave: Sistema prisional. Penas alternativas. População carcerária.

Abstract

In Brazilian prisons, due to overcrowding, it is common for prisoners to be crammed together, taking turns in beds, sleeping on the floor of the cells, in the bathroom with rats and cockroaches, living in unsanitary and inhumane conditions. Far from respecting the individualization of punishment, a constitutionally imposed right. In this context, it should be noted that the legal and doctrinal criticisms about the effectiveness of the Brazilian prison system are not current, for a long time this issue has been the focus of great debates. How can the application of alternative sentences be a possible solution for the reduction of the prison population in Brazil? To answer this question, the research had as general objective to discuss about the application of alternative sentences as a possible solution for the reduction of the prison population in Brazil and as specific objectives to discuss the historical evolution of the Brazilian prison system until the present day, describe the modalities of criminal alternatives provided for in Law 9,714/98, as well as their reflexes in the Brazilian legal system and to point out the social and legal advantages and disadvantages of the application of alternative penalties. To achieve these objectives, a Literature Review was carried out based on books and articles from the *Scielo* and *Google academic* databases. Thus, alternative sentences aim to provide the convict with the sentence outside the prison sphere, however, some legal requirements must be followed, such as community services, pecuniary provision, temporary interdiction of rights, among others. It is noteworthy that alternative sentences are less costly to the State and are more effective with regard to the resocialization of the individual and the prevention of crimes, bearing in mind the fact that Brazilian penitentiaries, in general, do not offer the minimum of dignity to the inmates. whi-

ch is guaranteed in the Federal Constitution, as well as failure as a resocializing instrument.

Keywords: Prison system. Alternative penalties. Prison population.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho trará reflexões acerca da evolução do sistema penal brasileiro e de como o Estado atua frente a efetivação do cumprimento das finalidades penais, tendo, especialmente, como objeto de análise, o entendimento doutrinário e normativo acerca do tema naquilo que se refere às alternativas penais como polo de reintegração social dentro do sistema penitenciário do Brasil.

Nesse contexto, cumpre ressaltar, que as críticas jurídicas e doutrinárias acerca da eficácia do sistema prisional brasileiro não são atuais, há muito tempo esse tema é foco de grandes embates sobre como o Estado atua frente a efetivação cumprimento das finalidades penais, tendo, especialmente, como objeto de análise, o entendimento doutrinário e normativo acerca do tema naquilo que se refere às alternativas penais como polo de reintegração social dentro do sistema penitenciário do Brasil para que diminua a população carcerária.

Assim, justifica-se o interesse por esse estudo na medida em que a explanação a respeito desse tema traz à tona a importância da aplicação de políticas públicas para a prevenção de delitos, tendo em vista que o método regido pelo aprisionamento do apenado não tem se mostrado eficiente, trazendo apenas uma falsa ilusão de que o detido não voltará a praticar novos delitos. Por isso é de suma importância o conhecimento por parte da sociedade sobre este fenômeno atual que repercute no âmbito do Direito Penal e que precisa ser elucidado diante de tamanhos debates, pois somente assim será possível alcançar o bem comum.

Nesta senda, chegou-se ao seguinte questionamento: De que forma a aplicação das penas alternativas pode ser uma possível solução para a redução da população carcerária no Brasil? Para responder a esse questionamento, a pesquisa teve como objetivo geral discutir acerca da aplicação das penas alternativas como uma possível solução para a redução da população carcerária no Brasil e como objetivos específicos discorrer a evolução histórica do sistema prisional brasileiro até os dias atuais, descrever as modalidades de alternativas penais previstas na Lei 9.714/98, bem como seus reflexos frente ao ordenamento jurídico brasileiro e apontar as vantagens e desvantagens sociais e jurídicas da aplicação das penas alternativas.

Para atingir os objetivos propostos, foi realizada uma revisão literária baseada em livros físicos e virtuais das Bibliotecas 3.0 e Minha Biblioteca, artigos científicos das Bases de dados SciELO, Google Acadêmico, revistas especializadas e as leis que envolvem a temática, obedecendo a data de publicação entre os anos de 2012 a 2021 utilizando-se das palavras chaves: sistema prisional; penas alternativas e população carcerária.

2. SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

Nos tempos remotos, surgiu a ideia da pena como um método de vingança privada que fazia jus somente aqueles que obtinham mais poder. Ressalta-se, que não existiam limites para os métodos de aplicações penais, podendo até ser transmitido aos familiares do apenado (OLIANI; SILVA, 2012).



Em consequência disso, a par de exemplo, cita-se o Código de Hammurabi de 168 a.C. que descrevia em seu texto legal as penas consideradas mais cruéis da época. Urge ressaltar, que mesmo se tratando de penas que atualmente seriam imputáveis, esse código é um marco na pequena e grande evolução do sistema criminal (BITENCOURT, 2018).

Superando essa fase, entra em cena a era da vingança divina. Esse período foi marcado pela ideologia da purificação de alma do indivíduo apenado. Nesse contexto, Ferreira descreve que:

A punição, pois, existe para aplacar a ira divina e regenerar ou purificar a alma do delinquente, para que, assim, a paz na Terra fosse mantida. O Código de Manu (Sec.XI a. C), sob o fundamento de que a pena purificava o infrator, determinava o corte dos dedos para os ladrões, evoluindo para os pés e mãos no caso de reincidência. O corte da língua para quem insultasse um homem de bem; a queima do adúltero em cama ardente; a entrega da adúltera para a cachorrada. Embora o fundamento filosófico da punição fosse altruísta, a história da humanidade viveu aí um período negro, de muita maldade. Em nome de Deus, praticaram-se monstrosidades e iniquidades (SALINEIRO, 2016, p. 83).

Seguindo a evolução da sociedade, se chega a fase vingança pública, que é caracterizada por penas desumanas que visavam proteger os interesses do Estados. Mais adiante, o período seguinte foi comandado e regido pelo poder do Estado, força suprema da época da qual criavas suas normas sem a participação do povo. As punições eram mantidas através de penas cruéis e desumanas, com o objetivo de proteger os interesses do Estado (GABERLINI; LIMA, 2014).

Passado essa fase, entra a era das grandes civilizações, do desenvolvimento da Idade Média e do Renascimento. Nesse período houve uma crescente e significativa movimentação social quanto a crueldade das sanções, acarretando diversas manifestações pelo fim das penas cruéis, ou seja, aquelas que trouxessem danos significativos ao corpo do apenado (GRECCO, 2011).

Por conseguinte, com o advento da Constituição brasileira de 1824, Di Paula et al. (2019) diz que os castigos físicos foram retirados como mecanismo punitivo. Naquela época, mesmo que de forma não tão elaborada como a de hoje, nasceu uma ambição em preservar os corpos, em dar ao apenado ou suposto apenado alguma limitação quanto ao castigo recebido. Posteriormente, houve vitórias nas prisões e elaboração de propostas, em 1828, que pudessem fazer com que o indivíduo submetido ao império da lei e segregado da sociedade não fosse lançado à crueldade absoluta (DIPAULA et al., 2019).

Em 1930 o sistema penitenciário brasileiro começou a ser organizado com a criação do Regimento das Correções, que tinha a pretensão de ordenar o regime carcerário. A primeira casa de correição da América Latina teve sua construção concluída em 6 de julho de 1850, no Rio de Janeiro, antiga corte e cidade, que mais tarde se tornou capital do país, sendo destinados a condenados à pena de prisão com trabalho (PROENÇA, 2020).

Tempos depois, com a promulgação do Código Penal em 1940 várias foram as reformas realizadas com a finalidade de aprimorar as penitenciárias e garantir a efetividade dos direitos sociais (FOUCAULT, 2022). Este novo Código trouxe a determinação que o acondicionamento das mulheres deveria ser em estabelecimento especial ou em partes adequadas dentro dos estabelecimentos comuns e determinou ainda que as mulheres deveriam estar sujeitas ao trabalho dentro das prisões.

Em 1850 foi inaugurada a primeira prisão brasileira situada no Rio de Janeiro e recebeu o nome de Casa de Correição da Corte e que ficou conhecida Complexo Frei Caneca (PROENÇA, 2020). O modelo adotado foi baseado no modelo de auburniano, o mesmo utilizado no estado de New York, famosa por ser a primeira prisão a estabelecer o regime de cela única, a técnica punitiva aplicada na Casa de Correição da Corte consistia na reabilitação dos presos através do trabalho obrigatório nas oficinas durante o dia e o isolamento celular noturno.

Posteriormente, Com a Constituição Federal de 1988, o panorama apresentou mudanças inclinadas ao cuidado com o encarcerado e seus direitos mínimos (CHAIA, 2018). Dessa forma, valores como dignidade humana, integridade física e moral e direitos fundamentais, por exemplo, passaram a ocupar uma posição jamais vista antes.

Assim, a Carta Política de 1988 não autoriza tampouco deve fazer vista grossa a casos de violências ocasionadas nos presídios, já que isso fere princípios e objetivos insculpidos na CRFB/1988. Ademais, o próprio estado há de ser responsabilizado, objetivamente, nos termos do artigo 37, § 6º, da Carta Maior, caso não cuide devidamente daqueles que vivem sob sua custódia (BRASIL, 1988).

Com a Constituição Federal de 1988 trouxe Princípios Constitucionais reguladores da lei penal resguardando o cidadão frente ao poder punitivo estatal. Para Moreira (2018), a matéria da igualdade, liberdade e justiça, orientaram as interpretações infraconstitucionais de matéria penal, bem como asseguraram a dignidade da pessoa humana, pelo qual se pode entender como premissa inerente ao ser humano, na qual se observa o seu valor como ser pensante, garantindo-se o respeito a sua honra, a integridade física e moral.

Assim, a CF 1988 não autoriza tampouco deve fazer vista grossa a casos de violências ocasionadas nos presídios, já que isso fere princípios e objetivos insculpidos na CRFB/1988. Ademais, o próprio estado há de ser responsabilizado, objetivamente, nos termos do artigo 37, § 6º, da Carta Maior, caso não cuide devidamente daqueles que vivem sob sua custódia (BRASIL, 1988).

Atualmente o que se vivencia é que no Brasil o sistema carcerário apresenta-se de forma contrária ao que é estabelecido pela lei, não cumprindo os requisitos legais determinados em lei. A exemplo, é possível citar a superlotação nas penitenciárias, como um dos elementos recorrentes, fato que dificulta a reintegração. Em contraponto, nos termos do art. 85, da LEP, in fine: “O estabelecimento penal deverá ter lotação compatível com a sua estrutura e finalidade” (BRASIL, 1984).

Nesta senda, é importante apresentar alguns dados sobre o sistema carcerário do Brasil estava abrigando 651.090 (seiscentos e cinquenta e um, noventa) presos, ocupando o 3º lugar no ranking mundial de pessoas encarceradas, dados obtidos até o ano de 2021, é válido ressaltar que esses dados não são estáticos, uma vez, que esse quantitativo de presos aumenta constantemente. Esses detentos estão divididos em 1.936 (um mil, novecentos e trinta e seis) estabelecimentos prisionais espalhados pelo país (CONSLEHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2021).

Contudo, existem apenas 470.287 (quatrocentos e setenta mil duzentos e oitenta e sete) vagas em todo o sistema, o que está gerando um déficit de vagas no total de 180.803 (cento e oitenta mil, oitocentos e três). O maior déficit de vagas é no estado de Alagoas, totalizando um percentual de 245,99% (duzentos e quarenta e cinco e noventa e nove por cento), pois tem apenas 12 estabelecimentos prisionais, com o total de 3.525 (três mil, quinhentos e vinte e cinco) vagas, para 12.196 (doze mil, cento e noventa e seis) presos (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2021).

Essa situação precária afeta diretamente a condição psicológica do indivíduo. Uma vez que gera mais competição por recurso e por espaço, propicia o aumento do estresse, acarreta a disseminação de doenças, aumenta a ociosidade e o medo, fazendo com que ele se torne mais agressivo ou entre em depressão. Nas prisões brasileiras, devido às superlotações, é comum os presos ficarem amontoados, revezando camas, dormindo no chão das celas, no banheiro com ratos e baratas, vivendo em condições insalubres e desumanas (PROENÇA, 2020). Bem distante do respeito à individualização da pena, direito constitucionalmente imposto.

Sendo assim, essa situação representa a impossibilidade dos presos de estarem em uma cela individual, arejada, de no mínimo 6 m², com um dormitório, aparelho sanitário e lavatório. Sendo assim, os presídios brasileiros não seguem as exigências legais da Lei de Execução Penal (LEP) (BRASIL, 1984).

A superlotação concorre como um dos principais fatores que propicia o surgimento de sintomas depressivos nos presos. Nas palavras de Silva (2016, p. 2), pode ser interpretada como “[...] um fenômeno que torna a vida dos reclusos em algo degradante e desumano, que exerce efeitos prejudiciais sobre o psicológico e comportamental dos encarcerados”.

Assim, as atitudes de magistrados como as exemplificadas acima despertaram a sociedade para alguns problemas sérios do sistema carcerário/penitenciário do Brasil. Entre eles estão:

superlotação; situação sub-humana das mulheres encarceradas; existência de detentos que já cumpriram pena e continuam presos por não ter advogados; corrupção e desorganização do sistema; domínio de facções criminosas e de suas lideranças, que controlam os presídios e param cidades. CASTILHO (2018, p. 395).

Conclui-se dessa forma que o sistema carcerário brasileiro está superlotado, com um número de presos além da sua capacidade. Não possuindo, dessa forma, estrutura mínima para acomodar os encarcerados, desrespeitando os limites de caráter humanitário, diga-se, o respeito ao princípio constitucional da dignidade humana. Frente a esses preocupantes dados estatísticos e das corriqueiras notícias que relatam a realidade da vida nas prisões brasileiras, observa-se que a condição do sistema prisional brasileiro é deprimente e beira a falência.

3. PENAS ALTERNATIVAS

Desde o início dos tempos, a humanidade tem usado uma grande variedade de punições contra aqueles que não obedecem às regras de convivência, perseguindo os mais variados objetivos. Hoje, punir o comportamento criminoso significa reduzir o crime e a reincidência e proteger a sociedade. Ao longo da história de nosso país, ficou provado que a prisão não alcança esses objetivos, pois nosso sistema penal acaba piorando as pessoas em vez de melhorar.

Diante desta situação, sentiu-se a necessidade de rever o sistema de penas e de alocar medidas alternativas de prisão para atingir os objetivos que tal punição não alcança. Neste contexto, Bitencourt (2018) deduz que os objetivos da punição são a defesa da sociedade e a ressocialização do infrator, objetivos que são cada vez menos atingidos pela prisão; a prisão é agora reservada para os casos de extrema necessidade, quando o prisioneiro representa um perigo para a integridade social e deve, portanto, ser recolhido na

prisão. Assim, as penas alternativas representam assim um importante avanço nas formas de repressão penal, graças ao qual o infrator cumpre sua sentença em liberdade sem ser exposto à promiscuidade da segregação, integrando-se ao meio social sem sofrer maiores desvantagens.

Os direitos restritivos, também chamados de penas alternativas, são medidas penais que, com certos requisitos, substituem a prisão para punir os infratores que não exigem segregação, ou seja, para que as penas sejam impostas com a devida proporcionalidade aos delitos cometidos. Com relação ao conceito de penas alternativas, Jesus (2015) afirma que as penas alternativas, também chamadas de substitutos penais e medidas alternativas, são meios utilizados pelo legislador para evitar a imposição de uma medida ou sentença de detenção ao infrator.

Assim, as sanções alternativas são medidas penais que substituem as penas privativas de liberdade e se aplicam aos delitos típicos que a lei designou como delitos menores. Sanções alternativas, ao contrário do que muitos acreditam, não encorajam a prática de delitos, mas sim a inibem, pois são uma medida eficaz de punição e reabilitação do infrator, onde há participação do Estado e da sociedade neste processo de reintegração do indivíduo. As penas de prisão são trocadas pela restrição de certos direitos ou trabalho social gratuito. Este tipo de punição evita que os delitos menores fiquem impunes e que o infrator seja enviado para a prisão desnecessariamente. Ele continua a se integrar à sua família e à sociedade, vai trabalhar e reconsidera seu comportamento criminoso. As sanções alternativas são, por sua própria natureza, um verdadeiro exercício da cidadania (PERBONE, 2012).

A natureza jurídica dessas penalidades é que elas são autônomas e podem ser substituídas pela pena privativa de liberdade imposta. Sentenças alternativas são sentenças que substituem a pena privativa de liberdade imposta pelo tribunal e podem ser consideradas como um substituto para a pena privativa de liberdade. É chamada de substituição porque a punição é anunciada primeiro na forma de privação de liberdade (prisão ou confinamento) e depois o juiz anuncia que a pena de detenção foi substituída por uma pena alternativa à prisão. Ainda é uma punição, mas não é realizada na prisão, mas em geral na sociedade (DOTTI, 2015).

Também é aceito o nome das sanções que limitam os direitos e podem entrar em vigor antes do julgamento, tais como fiança, liberdade condicional e sentenças suspensas. Também é possível impô-los no momento da sentença. Exemplo: sentença suspensa. Finalmente, eles também podem ser impostos durante a execução da sentença. Exemplo: perdão. Outro exemplo é o artigo 180 da LEP, que permite que uma sentença de custódia seja convertida em uma restrição de direitos durante a fase de execução.

As alternativas à prisão surgiram a partir dos princípios regidos pelas Regras de Tóquio, cujo principal objetivo era dar aos criminosos condenados uma nova chance antes da prisão, já que a prisão deveria ser reservada para criminosos muito perigosos que não poderiam ser mantidos em harmonia social. A Lei 9.714/98 nasceu da insegurança do sistema penal atual, cujo núcleo é a pena de prisão, embora sua ineficácia em termos de ressocialização da pessoa condenada já tenha sido examinada.

No caso de sentenças de custódia Capez (2017) afirma que a natureza retributiva da punição não está em questão, nem a necessidade de proporcionar à sociedade maior segurança para o infrator, nem mesmo a orientação essencial de ressocialização que guia a punição dos infratores hoje em dia. O que estamos falando, ao contrário, é do estado de abandono total (material, psicológico, educacional, médico, etc.) no qual os prisioneiros são deixados em instituições penais. Este fato leva a sociedade brasileira a tomar medidas

urgentes para otimizar a situação.

Como aponta Bitencourt (2018), a aplicação de uma pena de custódia depende de certas suposições (ou exigências) - algumas objetivas, outras subjetivas - que devem ser cumpridas simultaneamente. Estas suposições estão divididas em objetivas e subjetivas, e sua aplicação tem certas características específicas.

Os pré-requisitos objetivos são os do inciso I, do Artigo 44 do Código Penal, ou seja, o tamanho da pena de prisão e a maneira como o delito foi cometido. Quanto à primeira condição, o legislador estabeleceu um limite de tempo para a pena de prisão especificada na sentença, que é de quatro (4) anos para delitos intencionais, independentemente de a pena máxima ser superior a quatro anos. Com relação aos delitos de infração, não foi utilizado o mesmo critério que nos delitos de infração, ou seja, a aplicabilidade da substituição da prisão por uma pena alternativa não depende da pena fixa (CAPEZ, 2017).

A outra hipótese diz respeito à natureza da ofensa e à maneira como ela foi cometida. Para que a pena alternativa seja aplicada, a infração não deve ter sido cometida com o uso da força ou com uma ameaça grave à pessoa. A este respeito, Bitencourt aponta que a extensão de penas alternativas para um máximo de quatro anos foi recomendada a fim de ampliar a lista de requisitos necessários, ou seja, restrições. Neste caso, não é apenas o desvalor do resultado que deve ser considerado, mas sobretudo o desvalor do ato, que é sem dúvida muito maior no caso de crimes violentos e cujo perpetrador não deve, portanto, merecer o benefício da substituição (DELMANTO, 2018).

A possibilidade de penas alternativas para crimes cometidos “com violência ou ameaça grave contra a pessoa” é, portanto, cuidadosamente excluída. Deve-se notar que a violência contra a propriedade, tal como a envolvida no roubo agravado (Art. 155, § 4, I), não é em si um fator que impeça a concessão de substituição. Capez (2017) enfatiza que o delito de imprudência, mesmo quando cometido com o uso da força, como no caso de homicídio e ferimentos culposos, permite a substituição com penas restritivas.

Portanto, a lei se refere apenas à violência intencional. A interpretação dessas exigências requer atenção especial, como no caso da substituição por uma sentença particular. Os requisitos subjetivos são: não reincidência em uma ofensa premeditada e circunstâncias judiciais favoráveis sob o Art. 44, III. A primeira presunção subjetiva está ligada ao fato de reincidência, que consiste em cometer um novo delito após uma condenação por um delito anterior no país ou no exterior ter se tornado definitiva e irrecorrível. Deve-se observar que o Artigo 44, III, do Código Penal prevê a reincidência específica, ou seja, o caso em que o infrator comete duas ofensas similares (SILVA, 2016).

Neste contexto, a Nucci (2018) argumenta que existem dois requisitos estabelecidos por lei que devem ser cumpridos para que o juiz possa substituir uma pena de detenção por uma pena restritiva no caso de reincidência condenada por um crime: deve ser socialmente aconselhável, o que é uma análise muito subjetiva, embora deva ser, e é o juiz quem deve avaliar no caso específico se a reincidência permite a substituição, levando em conta a maior possibilidade de reeducação da pessoa condenada; não deve haver reincidência específica. As duas exigências são cumulativas e não alternativas.

No caso de uma nova infração ou se a infração anterior foi cometida intencionalmente, esta exigência não é revisada. Assim, para que a substituição de uma pena privativa de liberdade por uma pena restritiva seja possível, o réu não deve ser apenas um reincidente em uma ofensa intencional. O segundo pré-requisito diz respeito às circunstâncias subjetivas diretamente relacionadas com o infrator, ou seja, sua culpa, registro criminal, comportamento social e personalidade, e se as razões e circunstâncias indicam que tal substituição será suficiente (Art. 44 III PC) (NUCCI, 2018).

4. VANTAGENS DAS PENAS ALTERNATIVAS

Inicialmente, é assaz importante trazer, nessa parcela do trabalho, que a Lei de Execução Penal tem uma série de comandos sobre como os encarcerados devem se comportar e o tratamento a ser oferecido. Contudo, no artigo 1º daquela, tem-se o objetivo da Prisão: Ressocialização (BRASIL, 1984).

De acordo com Brasileiro (2017), a função da Pena, no ordenamento jurídico brasileiro, passou por algumas transformações e, atualmente, foca em transformar o indivíduo em alguém com aptidão para retornar ao convívio social. Assim sendo, do caráter incisivamente punitivo, a pena reúne atributos e condições que fornecem ao indivíduo a capacidade de reinserção social. Além dessa ótica, há quem defenda, muito mais do que a aplicação de uma pena, a resolução do conflito a partir do diagnóstico de suas raízes. Nesse diapasão, dá-se relevância à Justiça Restaurativa:

Art. 1º. A Justiça Restaurativa constitui-se como um conjunto ordenado e sistêmico de princípios, métodos, técnicas e atividades próprias, que visa à conscientização sobre os fatores relacionais, institucionais e sociais motivadores de conflitos e violência, e por meio do qual os conflitos que geram dano, concreto ou abstrato, são solucionados de modo estruturado na seguinte forma:

I – é necessária a participação do ofensor, e, quando houver, da vítima, bem como, das suas famílias e dos demais envolvidos no fato danoso, com a presença dos representantes da comunidade direta ou indiretamente atingida pelo fato e de um ou mais facilitadores restaurativos;

II – as práticas restaurativas serão coordenadas por facilitadores restaurativos capacitados em técnicas autocompositivas e consensuais de solução de conflitos próprias da Justiça Restaurativa, podendo ser servidor do tribunal, agente público, voluntário ou indicado por entidades parceiras;

III – as práticas restaurativas terão como foco a satisfação das necessidades de todos os envolvidos, a responsabilização ativa daqueles que contribuíram direta ou indiretamente para a ocorrência do fato danoso e o empoderamento da comunidade, destacando a necessidade da reparação do dano e da recomposição do tecido social rompido pelo conflito e as suas implicações para o futuro. (BRASIL, 2016, grifo meu).

É a Resolução 225/2016 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que fornece as diretrizes sobre em que consiste e quais são os procedimentos necessários para aplicação da Justiça Restaurativa. Pois bem, nem sempre as metodologias existentes que são alternativas ao encarceramento em massa irão, de forma definitiva, resolver a problemática, mas, pelo menos, indicarão um caminho científico.

Sem embargo, a utilização das Penas Alternativas à Prisão, previstas no Código e incentivadas pela LEP, a depender do contexto fático, traz como benefício a diminuição da quantidade de pessoas encarceradas. Segundo Lage e Brugger (2017), por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental ADPF 347, com competência do Supremo Tribunal Federal (STF), restou determinado, por meio de uma expressão colombiana, que, no Brasil, há uma crise no cenário prisional: Estado de Coisas Inconstitucional (ECI).

Para Magalhães (2019), não significa dizer que todas as prisões padeçam dos mesmos males, tampouco possuem a mesma estrutura (ou falta dela). A questão é que em boa parte delas os encarcerados não conseguem desfrutar de condições dignas de vida como alimentação, saúde, espaço para descansar/dormir, higiene dentre outras coisas.

O fato de um indivíduo estar em cumprimento de uma Pena Privativa de Liberdade não retira dele a condição de indivíduo merecedor de um cuidado quanto à sua dignidade. Consoante Masson (2019), a Dignidade Humana entrelaça-se com os Direitos Fundamentais e, nessa perspectiva, garante-se ao sujeito preso o obediência a todos os direitos que sejam compatíveis com o seu contexto.

Acredita-se que as Prisões não devam ser um ambiente extremamente bem arquitetado e luxuoso, como também não pode ser inóspito. A condição de “ser humano” é muito maior do que o status de encarcerado. Acima da justiça dos homens e das leis com o teor punitivo, estão os direitos fundamentais dispostos na CRFB/1988.

Ato contínuo, Magalhães (2019) salienta que a precariedade instalada nas prisões somada ao fato de que o ECI se estrutura a partir de uma violência generalizada aos direitos fundamentais e omissão/ineficácia dos poderes legislativo, executivo e judiciário para combater à celeuma, dificultam a Ressocialização e atraem uma série de outros problemas, até mesmo em relação aos defensores dos direitos humanos.

O Tribunal Regional Federal da 1ª Região, com base na decisão que fundamentou o ECI, determinou, a respeito dessa problemática, a seguinte perspectiva teórica:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. SENTENÇA CONDENATÓRIA. REGIME FECHADO. PRISÃO DOMICILIAR. GRUPO DE RISCO DO COVID-19. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO. DENEGAÇÃO DA ORDEM. 2. O plenário do STF, no julgamento da ADPF 347, reconheceu a figura do estado de coisas inconstitucional para o **sistema penitenciário brasileiro, a fim de assegurar a integridade física e moral dos custodiados**. O CNJ, por sua vez, editou a Recomendação 62 do CNJ com parâmetros para indicar o grupo de risco dos sujeitos passivos da ação penal sujeitos à contaminação pelo Covid-19, como as pessoas idosas, gestantes, pessoas com doenças crônicas, imunossupressoras, respiratórias e outras comorbidades preexistentes que possam conduzir a um agravamento do estado geral de saúde a partir do contágio, dando-se atenção especial aos portadores de diabetes, tuberculose, doenças renais, HIV e coinfeções.

(TRF-1 - HC: 10215601520204010000, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL OLINDO MENEZES, Data de Julgamento: 26/01/2021, QUARTA TURMA, Data de Publicação: 28/01/2021, grifo meu).

Mais do que vigiar e/ou aplicar uma pena que será necessária ao indivíduo, é imperioso preocupar-se com as condições a que estará submetido a fim de que ele não receba uma dupla ou mesmo uma tripla pena. Estefam (2018) escreve a respeito da Humanização das Penas e estende esse princípio para a responsabilidade em não abalar tão significativamente, bem mais do que o razoável, por exemplo, a Dignidade do detento.

Por essa lógica, as Penas Alternativas à Prisão, um dos principais objetos de exploração dessa pesquisa científica, são de bom tom no sentido de não piorar o quadro de abandono e múltiplos abalos encontrados em várias prisões brasileiras.

Outro ponto a ser destacado é que, no período mais crítico da pandemia do covid-19, precisou-se privilegiar à saúde de alguns grupos vulneráveis à doença, então a Resolução 62/2020 também significou respeito a um dos bens mais preciosos e, paralelamente a isso, contribuiu para a diminuição do número de encarcerados (BRASIL, 2020).

Dessa forma, advoga-se que, em crises sanitárias, por exemplo, as penas alternativas à prisão representam uma vantagem. Fernandes e Machado (2022) sustentam que

a implementação das modalidades que visam “desafogar” às prisões brasileiras também diminuem os custos que o Estado enfrenta no que concerne ao patrocínio exercido a cada indivíduo. Dessa maneira, mesmo encarcerado, e principalmente por isso, não existe uma simples custódia física do preso pelo estado: urge a preocupação em dar o básico, que engloba alimentação, itens de higiene pessoal, etc. Caso o Estado se furte ao cumprimento de algum desses comandos, é possível que a conduta danosa por omissão seja responsabilizada objetivamente, nos termos do que preconiza o artigo 37, §6º, da CRFB/1988.

Para além do olhar estritamente jurídico do caso, é de bom alvitre trazer algumas questões sociais que caminham no mesmo passo do privilégio ao “desencarceramento”. Fernandes e Machado (2022) aduzem que essa forma de punição incentiva bem mais à ressocialização, do que colocar o sujeito em um local extremamente carente do básico. Por meio das Penas Alternativas, incentiva-se o contato do apenado com a sociedade, incentiva-se que ele trabalhe, estude, enfim, que tenha condições materiais de recuperar à própria dignidade e conquistar recursos financeiros pelos seus próprios méritos, sem subordinação ao assistencialismo estatal.

Além disso, Brasileiro (2017) escreve a respeito do profundo “estigma social” vivenciado por aqueles que estão nos presídios, distantes da família, amigos etc. A sociedade julga e condena, por vezes cruelmente, o indivíduo que já cumpriu sua pena. Quando ele é submetido a uma modalidade diversa da prisão, acredita-se que há uma atenuação nesse estigma, até porque o indivíduo poderá realizar inúmeras tarefas em seu cotidiano. Não se pode olvidar que a Liberdade, nesses casos, é vigiada para que prevaleça à Segurança Pública, no entanto, é bem melhor que ele esteja sob essa égide do que no enfrentamento à dura realidade do cárcere sem dispor de condições mínimas para mudar o panorama.

Dentre as Penas Alternativas à Prisão que poderiam ser citadas, far-se-á uma breve consideração sobre a Monitorização Eletrônica. Sobre essa modalidade, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul abraçou que:

Agravo em execução penal. Inconformidade ministerial. Apenado cumprindo pena em regime aberto. Decisão que autorizou prisão domiciliar sob monitoramento eletrônico. Possibilidade. **Condições inadequadas do sistema prisional.** Decisão mantida. Conforme jurisprudência das cortes superiores, resta autorizado o deferimento de prisão domiciliar, mediante monitoramento eletrônico, fora das hipóteses previstas no artigo 117 da lei de execução penal, em caráter excepcional, aos presos em regime semiaberto ou aberto que não estejam cumprindo a pena em estabelecimento compatível com o seu regime. Ademais, **tal instrumento possibilita a efetiva vigilância do reeducando, bem como a sua reinserção social.** Agravo desprovido. Por maioria. (agravo nº 70069779320, quinta câmara criminal, tribunal de justiça do rs, relator: Lizete Andreis Sebben, julgado em 06/07/2016).

(TJ-RS - AGV: 70069779320 RS, Relator: Lizete Andreis Sebben, Data de Julgamento: 06/07/2016, Quinta Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 13/07/2016, grifo meu).

Nessa senda, a tecnologia utilizada para esse monitoramento permite que o Estado tanto vigie quanto puna àqueles que estão enquadrados na seletividade do sistema penal. Praxedes (2021), a respeito das “tornozeleiras eletrônicas” apregoa que a expectativa mesmo sendo positiva no sentido de diminuir a população carcerária ainda é pouco eficaz no que concerne à necessária obediência à lei.

Ainda sobre esse sistema de monitoramento, Carvalho e Corazza (2014) sustentam

que o controle exercido pelo Direito Penal, por meio de dispositivos eletrônicos, pode, sim, em alguma medida ser considerado pior do que a prisão propriamente dita, até porque gera uma espécie de “encarceramento mental”, com vigilância constante. No entanto, apesar dos óbices, pois sempre existirão consequências positivas e negativas em todos os procedimentos adotados, utilizar a tornozeleira implica em menos custos aos cofres públicos bem como colabora para a diminuição do encarceramento, dois fatores significativos.

Em relação ao que pode ser identificado como “inconveniente” no que tange à aplicação das penas alternativas à prisão, há de se questionar sobre o quão é eficaz algum desses modelos. Estefam (2018) estabelece que o direito penal forma um sistema com inúmeros aparatos repressivos e controladores sobre a vida das pessoas; ainda que atue em *ultima ratio*, tem a violência como uma de suas principais bases juntamente com a opressão. Contudo, nem sempre, a vigilância ocorre da forma esperada/desejada e apresenta resultados proveitosos.

Teixeira, Rocha e Leite (2022) entendem, no tocante às tornozeleiras eletrônicas, que é possível, embora não desejável, violar essa tecnologia, desfazer-se, enfim, encontrar formas de “burlar” o sistema e sentir-se “livre” de novo. Ainda que isso provoque consequências futuras. É de provocar o pensamento: na prisão, o controle, que é uma das principais pautas penais, é muito maior, embora também guarde fragilidades; a “liberdade vigiada” das penas alternativas é vulnerável e é colocada à prova pela engenhosidade de muitos indivíduos. É necessário, portanto, encontrar um ponto de equilíbrio entre essas duas vertentes.

A esse propósito cabe ressaltar que as penas alternativas se diferenciam das penas privativas de liberdade por serem cumpridas na forma de prestação de serviços à comunidade, interdição temporária de alguns direitos, a proibição de exercer cargo público ou mandatos, nos quais foi eleito para essa função: a suspensão da habilitação para dirigir, a proibição de frequentar alguns lugares específicos, prestação em dinheiro em favor da vítima para sanar o dano que cometeu e prestação em dinheiro ou alimentos a entidades que exerçam atividades sociais (PERBONE, 2012).

As penas alternativas não aparecem como uma solução para todos os problemas do crime e do sistema penal brasileiro, mas como um meio utilizado para atingir os objetivos de ressocialização que nossa sociedade busca, já que elas desempenham um grande papel para evitar que pessoas que cometem delitos menos graves sejam colocadas em prisões com criminosos mais perigosos, evitando assim seu “contágio” e, além disso, enquanto cumprem sua pena, já estão completando seu processo de ressocialização (PERBONE; 2012).

As penas alternativas abrem novas perspectivas por parte do apenado no sentido de este exercer suas atividades sociais e profissionais normalmente, não o privando do seu convívio com a família e sociedade. Desse modo, dando boas possibilidades de reintegração social, de forma a evitar possíveis dificuldades financeiras a sua família, principalmente em casos nos quais este é o provedor.

O uso de penas alternativas para delitos menores já provou ser um bom passo para reeducar as pessoas e melhorar o sistema como um todo. As condições terríveis em que eles estavam (e ainda estão) detidos foram uma das principais razões para buscar soluções diferenciadas para o modelo prisional, pois ao invés de serem capturados, os presos voltam para casa ainda mais enojados por uma sociedade que pouco se importa com eles. É claro que o processo de mudança foi lento, mas mudanças importantes foram feitas porque as sentenças alternativas que já existiam eram difíceis de aplicar devido à falta de uma estrutura adequada (CAPEZ, 2017). As penas alternativas, que já estavam previstas na legislação brasileira antes da lei, permaneceram letra morta devido à sua impraticabilidade, pois só se aplicavam a infrações com pena de até 1 (um) ano, e devido à falta de uma estrutura

eficaz para monitorar a execução dessas sentenças.

A Lei de Penas Alternativas ampliou significativamente a gama de penas restritivas da lei e promoveu maior aplicabilidade e eficácia dessas penas alternativas. Como principal veículo para mudanças relacionadas às penalidades alternativas na legislação nacional, a Lei 9.714/98 não apenas ampliou os tipos de penalidades alternativas, mas também significou progresso em termos de aplicação dessas regras, facilitando sua correta implementação e monitoramento. Embora as penas alternativas sejam penas de prisão independentes e vicárias, é necessário que o juiz analise as circunstâncias enumeradas no caput do Artigo 59 do Código Penal Brasileiro e, se possível, determine a pena alternativa a ser imposta (DEL-CAMPO, 2016).

Ao determinar o tamanho final da pena de prisão, se ela não exceder quatro (4) anos ou se a infração for culpável, o juiz deve analisar imediatamente a possibilidade de substituir a pena de prisão por uma pena limitadora. Observe que esta substituição só é possível se todas as condições listadas no Artigo 44 do Código Penal forem atendidas. Penas alternativas são aplicadas independentemente da parte especial do Código Penal. Isto está previsto no Código Penal Brasileiro.

Consequentemente, como o infrator não preenche as condições do Artigo 44 CP, ele não tem o direito de ter sua sentença cumprida fora da prisão. Como já mencionado, para que seja possível a substituição de uma pena privativa de liberdade por uma pena restritiva, as condições objetivas e subjetivas do Artigo 44 CP devem ser cumpridas, e estas condições devem ser cumulativas, pois a substituição não é permitida se uma delas não for cumprida.

Evidencia-se assim -se que as vantagens das penas alternativas são inúmeras tanto para a sociedade e instituições beneficiadas quanto para o apenado, podem-se citar: diminuição a superlotação carcerária; reduz os gastos abusivos do Estado com cada condenado, podendo ele ficar livre para fazer investimentos mais urgentes e primordiais; reduz a reincidência; diminui a criminalidade (SOUZA; JAPIASSU, 2020). E dessa forma traz mais segurança para a sociedade; evitam que o condenado por crimes de menor potencial fique encarcerado com presos que cometeram crimes mais grave; e beneficia entidades com a prestação de serviços gratuitos, pois permite que integre mão de obra em ações sociais, em entidades públicas e organizações não governamentais.

Encerra-se a discussão posta nesse capítulo com a compreensão de que não basta apenas punir e vigiar, é preciso, cuidadosamente, orquestrar a vigilância e pautá-la na segurança e no respeito aos direitos fundamentais e à dignidade humana. Dessa forma, enxerga-se positivamente as Penas Alternativas à Prisão, pois são necessárias para diminuição/combate às várias problemáticas que nascem e se consolidam no âmbito prisional. Entretanto, a solução não está apenas na criação ou na implantação, mas em toda a cadeia que promete ressocializar esse indivíduo por meio de uma “Liberdade Viglada”. Não é só sobre controlar, mas exercer um controle com eficácia.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O sistema carcerário brasileiro está superlotado, com um número de presos além da sua capacidade. Não possuindo, dessa forma, estrutura mínima para acomodar os encarcerados, desrespeitando os limites de caráter humanitário, diga-se, o respeito ao princípio constitucional da dignidade humana. Frente a esses preocupantes dados estatísticos e das corriqueiras notícias que relatam a realidade da vida nas prisões brasileiras, observa-se



que a condição do sistema prisional brasileiro é deprimente e beira a falência.

Como foi visto ao longo da pesquisa a superlotação do sistema carcerário além de ampliar a violação aos direitos constitucionais, fomenta rebeliões e motins, que resultam em vários tipos de violência, como física, moral e sexual, quando não resultam diretamente em mortes.

O sistema prisional brasileiro deve mudar, e para isso, a sociedade deve buscar, sem preconceitos ou demagogia, soluções de curto prazo que visem humanizar as prisões. Assim, as penas alternativas são uma possibilidade de diminuir a população carcerária. E essas só ocorreram de fato se as instituições penitenciárias, a aplicação da lei e a sociedade contribuírem para garantir que o preso seja visto como uma pessoa a quem será dada outra chance, ou seja, que sua interação social seja importante no processo de melhoria de sua vida.

Portanto, é notável o descaso com o que deveria ser o principal objetivo da pena: a ressocialização, objetivo este que mais se aproxima de uma função social do Direito Penal. Neste contexto surge a pena alternativa, que nada mais é do que uma pena restritiva de direitos, aplicada a quem pratica crime sem violência ou grave ameaça e não possui antecedentes criminais ou tenha aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos.

Não restam dúvidas acerca da necessidade de mecanismos cada vez mais atuais e eficientes, com a finalidade de frear a brutalidade impregnada nas unidades prisionais, já que foi preciso uma mobilização internacional para buscar medidas com o condão de coibir o abuso do poder estatal, que não se satisfaz com a possibilidade de retirar a dignidade do ser humano e, por conseguinte, vai além, ao retirar-lhe seu bem mais precioso que é a vida.

Referências

- BRASIL. **Constituição Federal (1988)**. In: Vade Mecum Saraiva. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- BRASIL. **Lei de Execução Penal (1984)**. InS. **Proc. nº AGV 70069779320 RS**. Relator: Lizete Andreis Sebben, 06 de julho de 2016. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-rs/361225464> Acesso em 15.out.2022.
- BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL 1ª REGIÃO. **Proc. nº HC 1021560-15.2020.4.01.0000**. Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL OLINDO MENEZES, 26 de janeiro de 2021. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/trf-1/1163153639>. Acesso em 15.out. 2022.
- BRASILEIRO, Renato. **Manual de Processo Penal**. 6. ed. JusPODVM: Bahia, 2017.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão, Causas e Alternativas**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal - Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2017.
- CHAIA, Hannah. **O cárcere brasileiro como ambiente violador de direitos humanos**. Disponível em: <http://repositorio.fdv.br:8080/bitstream/fdv/548/1/hannah%20de%20medeiros%20chaia.pdf>. Acesso em: 24 abr.2022.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php. Acesso em: 06. set.2022.
- CASTILHO, Ricardo. **Direitos Humanos**. 5. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2018.
- CARVALHO, Gisele; CORAZZA, Thaís. O sistema de monitoramento eletrônico à luz da dignidade da pessoa humana. **Revista da ajuris**. v.41, n. 134. Disponível em: <http://ajuris.kinghost.net/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/204> Acesso em 15 de outubro de 2022.

- DELMANTO, Celso. **Código Penal Comentado**. 4.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2022.
- DI Paula, Mariana Chiarello et al. A **história do sistema carcerário e as possíveis causas da crise atual no Brasil**. Anais do 7º Congresso Paranaense de Serviço Social. Disponível em: <https://cresspr.org.br/anais/sites/default/files/a%20hist%c3%93ria%20do%20sistema%20carcer%c3%81rio%20e%20as%20poss%c3%8dveis%20causas%20da%20crise%20atual%20no%20brasil.pdf>. Acesso em: 25 abr.2022.
- DOTTI, René Ariel. **Bases e Alternativas para o Sistema de Penas**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- ESTEFAM, André. **Direito Penal Parte Geral (arts. 1º ao 120)**. 7. ed. Saraiva: São Paulo, 2018.
- FERNANDES, Daniel; MACHADO, Marcos Paulo. Penas alternativas como forma de solução da superlotação carcerária. **Facit Business and Technology Journal**. v. 1, n.37. Disponível em: <http://revistas.faculdefacit.edu.br/index.php/JNT/article/view/1621> Acesso em 15 de outubro de 2022.
- FOCAULT, Michel. **Alternativas a prisão**. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2022.
- GABERLINI, S.M; LIMA, S.F.C. Arquitetura Penitenciária: A evolução do espaço inimigo. Disponível em: <http://www.vitruvius.com.br/revistas/read/arquitextos/05.059/480>. Acesso em: 16 abr.2022.
- GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte geral**. 20 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2018.
- JESUS, Damásio E de. Penas Alternativas. São Paulo: Saraiva, 2015.
- LAGE, Daniel; BRUGGER, Andrey. Estado de Coisas Inconstitucional: legitimidade, utilização e considerações. **Revista Publicum**. v.3, n.2. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum/article/view/29042>. Acesso em 15 de outubro de 2022.
- MAGALHÃES, Breno. O Estado de Coisas Inconstitucional na ADPF 347 e a sedução do Direito: o impacto da medida cautelar e a resposta dos poderes políticos. **Revista Direito FGV**. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/ByKVxtb9n59HykCV4457SvB/abstract/?lang=pt> Acesso em 15 de outubro de 2022.
- MASSON, Nathália. **Manual de Direito Constitucional**. 7. ed. JusPODIVM: São Paulo, 2017.
- NUCCI, Guilherme. **Manual de Direito Penal**. 10. ed. Forense: Rio de Janeiro, 2014.
- PRAXEDES, Marcelo. Superpopulação carcerária: a dignidade da pessoa humana, o estado de coisas inconstitucional e o monitoramento eletrônico de pessoas privadas de liberdade. **Revista Processus Multidisciplinar**. v.2, n.4. Disponível em: <http://periodicos.processus.com.br/index.php/multi/article/view/544> Acesso em 15 de outubro de 2022.
- MOREIRA, Romulo de Andrade. A realidade do cárcere no Brasil em números. Empório do Direito. Disponível em: <https://emporiiodireito.com.br/leitura/a-realidade-do-carcere-no-brasil-em-numeros>. Acesso em: 09. set.2022.
- PROENÇA, Sonia de Oliveira Wormes. Sistema Penitenciário: execução penal. Curitiba: Contentus, 2020.
- OLIANI, Taionara Cristine; SILVA, Carlos Roberto da. A aplicabilidade das penas alternativas no âmbito social. **Revista Eletrônica de Iniciação Científica**. Itajaí, Centro de Ciências Sociais e Jurídicas da UNIVALI. v. 3, n.3, 3º Trimestre de 2012.
- PERBONE, Camila Silvia Martinez. **As vantagens da aplicação de penas alternativas**. 2012. Disponível em: <https://docplayer.com.br/35213-As-vantagens-da-aplicacao-de-penasalternativas.html>. Acesso em: 14.abr.2022.
- SALINEIRO, André. Políticas públicas em segurança pública e defesa social. Curitiba: Intersaberes, 2016.
- SILVA, Aghata. Relação entre a superlotação e o suicídio dentro dos estabelecimentos prisionais. **Jusbrasil**. 2016. Disponível em: <https://aghatasilva.jusbrasil.com.br/artigos/311974480/relacao-entre-a-superlotacao-eo-suicidio-dentro-dos-estabelecimentos-prisionais>. Acesso em: 06.set.2022.
- SOUZA, A. de B. G.; JAPIASSÚ, C. E. A. **Direito Penal: volume único**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2020.
- TEIXEIRA, Ana Clara; ROCHA, Camila; LEITE, Paulo Henrique. O monitoramento eletrônico como alternativa de política pública: uma análise da sua eficácia na realidade. **Revista Jurídica do Cesupa**. v.3, n.1. Disponível em: <http://periodicos.cesupa.br/index.php/RJCESUPA/article/view/50/34> Acesso em 15 de outubro de 2022.



4

AS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS E PSICOLÓGICAS DA ALIENAÇÃO PARENTAL

*THE LEGAL AND PSYCHOLOGICAL CONSEQUENCES OF
PARENTAL ALIENATION*

San Taylor Caldas Silva

Resumo

O presente estudo tem como objetivo conhecer as consequências jurídicas e psicológicas da alienação parental na vida das crianças através de uma revisão da literatura, de caráter exploratório e descritivo com abordagem qualitativa dos dados. A obtenção dos dados foi feita majoritariamente por meio de consulta *online* às seguintes bases de dados: *Scielo*, CAPES, CONPEDI, revistas, sites Internet, entre outros. Os resultados mostram que a Síndrome da Alienação Parental é uma triste realidade vivenciada por um número cada vez maior de famílias que assistem ao desfazimento dos laços que unem seus integrantes em razão dos sentimentos de ódio, rancor e vingança, decorrentes de separações ou divórcios conflituosos. Conclui-se, portanto, que, em uma época de múltiplas formas de estruturação familiar, a Síndrome da Alienação Parental (SAP) surge como um desafio posto à sociedade para que sejam feitas uma reanálise e uma redefinição da essência da parentalidade.

Palavras-chave: Alienação Parental, SAP, Família.

Abstract

The present study aims to understand the legal and psychological consequences of parental alienation in children's lives through a literature review, with an exploratory and descriptive character, with a qualitative approach to the data. Data were obtained mostly through online consultation of the following databases: *Scielo*, CAPES, CONPEDI, magazines, Internet sites, among others. The results show that the Parental Alienation Syndrome is a sad reality experienced by an increasing number of families who watch the undoing of the bonds that unite their members due to feelings of hatred, resentment and revenge, resulting from conflicting separations or divorces. It is therefore concluded that, in a time of multiple forms of family structure, the Parental Alienation Syndrome (PAS) emerges as a challenge posed to society for a reanalysis and a redefinition of the essence of parenting. Keywords: Parental Alienation, PAS, Family.

Keywords: Parental Alienation, SAP, Family.

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo procurou descrever sobre o tema da “alienação parental”, uma patologia que de alguma forma afeta o ambiente familiar em caso de separação do casamento, onde os pais procuram vingar outra pessoa (criança) através dos resultados desse relacionamento.

Atualmente, a Alienação Parental é uma realidade, e tem por objetivo informar, alertar sobre danos da separação, e propor a união entre todos que estão envolvidos, para encontrar soluções que exterminem este abuso, que rouba o colorido da vida da criança, deixando sua caminhada sem sentido. O grande dilema entre os genitores é tornar os filhos reféns e cúmplices de conflitos que não lhes pertencem. Como resultado, eles tiram a alegria da infância e a liberdade dos jovens, tornando-os adultos.

No entanto, o estranho começa com a prática do conflito. Para vingança, os pais passam a usar os filhos para se agredirem. Vale ressaltar que os problemas e perdas do bebê são muito graves, em alguns casos, medidas judiciais devem ser tomadas para solucionar o problema. É muito comum as crianças que são vítimas da Síndrome de Alienação Parental (SAP) demonstrarem severas sequelas emocionais, como por exemplo: depressão, conduta agressiva, ansiedade, nervosismo, anormalidades no desenvolvimento psíquico da criança, incapacidade de adaptação ao ambiente normal e transtorno de identidade.

Vale destacar ainda que, a (SAP) pode ser classificada em três graus: nível leve, no qual a criança alienada apresenta poucas manifestações, difíceis de serem identificadas; o nível moderado, facilmente identificado, apresenta sintomas mais evidentes, havendo a difamação da outra figura familiar; no nível severo, os sintomas são exacerbados, a criança convive estritamente com o alienador e rejeita visitas do outro genitor, podendo desenvolver uma doença emocional.

Atualmente, existe um número significativo de divórcios e a cada dia só vem aumentando mais, o que proporciona, o surgimento da alienação parental sofrida por crianças que vivenciam o processo de separação causando sérios problemas emocionais e psicológicos na vida dos filhos menores podendo se estender até a fase adulta.

Sabe-se que a alienação parental é uma realidade que sempre existiu. No entanto, sua incidência tem aumentado bastante devido a modificação da estrutura familiar e o aumento nos números de divórcios. A diferença é que hoje já é possível penalizar quem causa bloqueios ao convívio dos filhos com o outro responsável.

Desse modo foi criada a Lei 12.318/2010 que prevê penalidades ao genitor ou responsável que causar bloqueios ao convívio dos filhos com o outro responsável. Assim sendo, questiona-se: - Quais as consequências jurídicas e psicológicas da alienação parental na vida das crianças?

Levando-se em consideração a importância da entidade familiar, vale compreender que a conjugalidade se desfaz, mas a parentalidade jamais será desfeita. Nos casos em que o rompimento da relação conjugal influencia na convivência entre pais e filhos, as consequências psicológicas causadas não ficam somente na infância, mas também acarretam danos na vida adulta repercutindo para terceiros como filhos e cônjuges.

Sabe-se que a alienação parental tem muitas consequências e traz muitas perdas para os alienados e alienandos, tendo o maior impacto nas crianças. Afinal, as consequências são em grande parte uma ordem psicológica que o tira de sua vida familiar e destrói seu relacionamento por toda a vida. De modo geral, não é parte dos pais ou pai, mas sim

da família, por exemplo, pelos avós, tios, tias e geralmente pela sociedade.

Assim sendo, este estudo se fez necessário para conhecermos melhor sobre a alienação parental e as consequências jurídicas e psicológicas na vida de uma criança. Desse modo, crianças e adolescentes alienados passam a ter comportamentos que nunca tiveram antes, entre eles: insegurança, ansiedade, redução do desempenho escolar, irritabilidade, isolamento, conflitos internos, e os resultados podem continuar com tendência até ao uso de álcool e drogas.

Nesse contexto, o principal objetivo deste estudo foi de conhecer através de uma revisão da literatura as consequências jurídicas e psicológicas da alienação parental na vida das crianças. E, teve como objetivos específicos: descrever o conceito da alienação parental; relatar os reflexos jurídicos da Lei 12.318/10 e entender sobre o dano moral na alienação parental e sua responsabilidade civil.

No que se refere à metodologia de estudo trata-se de um estudo de revisão bibliográfica, de caráter descritivo, com abordagem qualitativa dos dados, utilizando-se de métodos específicos e técnicos, buscando os melhores autores no assunto e assim desenvolver com embasamento um estudo eficaz, teórico e científico. Este tipo de metodologia possibilita o conhecimento e a análise das principais contribuições teóricas existentes sobre um determinado assunto ou problema (GIL, 2017).

Utilizou-se como fontes de pesquisas, trabalhos publicados nos últimos 10 anos, tais como: monografias, artigos científicos, jornais, entrevistas, revistas e *sites* de internet entre outros selecionados através de busca nas seguintes bases de dados *Scielo*, CAPES, COM-PEDI, Jurisprudências entre outros utilizando-se dos seguintes descritores: alienação parental, SAP, Família.

Os títulos e resumos foram analisados de forma independente por dois revisores para a pré-seleção dos artigos potencialmente elegíveis para inclusão na revisão. Os dois revisores (Alienação Parental e Família) chegaram a um consenso sobre quais artigos seriam lidos na íntegra e posteriormente incluídos ou não no estudo. Dentre os 45 artigos selecionados nas bases de dados consultadas, aqueles que continham em seu texto referências relacionadas com os objetivos desse trabalho, foram lidos na íntegra e incluídos nessa revisão integrativa.

Foram incluídos artigos oriundos de pesquisas primárias tais como estudos transversais, relato de caso, caso-controle e ensaios clínicos, bem como revisões de literatura e excluídos publicações de anais, resumos de congressos, assim como os estudos que não tratavam sobre a temática e com data de publicação superior a 10 anos.

2. CONCEITUANDO A ALIENAÇÃO PARENTAL

A princípio a Alienação Parental foi abordada nos Estados Unidos em meados dos anos 80, por um médico psiquiatra chamado Richard Allan Gardner. No início foi tratada como Síndrome de Alienação Parental, e consiste no afastamento progressivo que ocorre entre o filho e um dos genitores, geralmente provocado por quem detém a guarda da criança.

Em sua maioria, ocorre, mediante um processo de divórcio, onde um dos cônjuges, ao se sentir rejeitado pelo outro, ou até mesmo com a intenção de tirar a paz do outro quando sai da presença da família inicialmente constituída, passa a utilizar o filho como meio para atingir o outro cônjuge, gerando obstáculos para que a convivência entre o pai ou a mãe que deixou o lar, seja inviabilizada.



Desse modo, acreditam, estar fazendo o melhor para essa criança, com uma visão unilateral da situação, convencendo-se de que são atitudes corretas e necessárias para a proteção da criança.

Os filhos tornam-se instrumentos de vingança, sendo impedidos de conviver com quem se afastou do lar. São levados a rejeitar e a odiar quem provocou tanta dor e sofrimento. Ou seja, são programados para odiar. Com a dissolução da união, os filhos ficam fragilizados, com sentimento de orfandade psicológica. Este é um terreno fértil para plantar a ideia de abandono pelo genitor. “Acaba o guardião convencendo o filho de que o outro genitor não lhe ama” (DIAS, 2010. p. 15).

Conforme a doutrinadora Dias (2010, p. 409-419), representante da Associação dos Pais Independentes do Estado do Pará, a alienação parental de modo geral ocorre após a separação do marido e da mulher, e aqui os direitos de guarda dos cônjuges começam a ser manipulados. A criança odeia o ex-companheiro(a) que busca separação entre os dois. Nesse caso, a criança torna-se muito apegada ao alienígena, alienando-se do outro pai (alienado) e não deseja manter nenhum contato com ele, e gerando assim um distanciamento entre ambos.

Vale ressaltar que, o afastamento é realizado por terceiro, ainda que o casamento seja estável. Em outras palavras, a alienação dos pais é uma disputa legal sobre a custódia dos filhos.

A alienação parental tem base legal anterior à Lei nº 12.318/20, com base na Constituição Federal, no Código Civil e no Regulamento da Infância e da Juventude, e foi promulgada em 26 de agosto de 2010, lançando as bases para todo o arcabouço de proteção à infância e juventude.

2.1 Síndrome da Alienação Parental (SAP)

A Alienação Parental é considerada um processo de programação na mente da criança que leva a odiar um de seus genitores sem que haja um motivo. No entanto, quando a Síndrome se faz presente, a criança dá sua contribuição no caso para desmoralizar o genitor alienado, ou seja, a criança já fica alienada à própria situação, que se coloca contra um de seu genitor, no caso, aquele que se encontra distante.

Conforme Dias (2015, p. 545) quem convive com conflitos familiares por certo já se deparou com um fenômeno que não é novo, mas que é denominado por mais de um nome: Síndrome de Alienação Parental, também conhecida como SAP, alienação parental ou implantação de memórias falsas.

Os efeitos prejudiciais pela SAP podem variar de acordo com a idade, a personalidade, com o tipo de vínculo antes estabelecido e capacidades de resiliência, do genitor alienado, além de outros fatores, alguns mais explícitos, outros mais encobertos (TRINDADE, 2010, p. 25).

Em casos de Síndrome de Alienação Parental, alguns danos são repetidamente vislumbrados, tais como: medo tristeza, ansiedade, desejo de isolamento, insegurança, depressão crônica, comportamento agressivo, transtornos de identidade e de imagem, dupla personalidade, desespero, culpa e falta de organização.

Em seus ensinamentos, Aguilar (2008, p. 209), afirma que a Síndrome é considerada um distúrbio oriundo da disputa pela guarda dos filhos em caso de separação dos cônjuges. Esse transtorno psicológico é causado no menor que, devido a incessante campanha de um de seus genitores em prol de desmoralizar o ex-companheiro, passa a odiá-lo. Os vínculos afetivos entre pai e filho são cortados, uma vez que a criança passa a rejeitá-lo ingressando na trajetória de desmoralizá-lo.

De acordo com Trindade, 2010, p.102), a Síndrome da Alienação Parental se instala dessa forma:

A SAP é um transtorno psicológico que caracterizado por um conjunto de sintomas pelos quais um genitor, denominado cônjuge alienador, transforma a consciência de seus filhos, mediante diferentes formas e estratégias de atuação, com objetivo de impedir, obstaculizar ou destruir seus vínculos com o outro genitor, denominado cônjuge alienado, sem que existam motivos reais que justifiquem essa condição. Em outras palavras, consiste num processo de programar uma criança para que odeie um de seus genitores sem justificativa, de modo que a própria criança ingressa na trajetória de desmoralização desse mesmo genitor (TRINDADE, 2010, p.102).

A SAP tem sido bastante discutida em ambientes psicológicos, médicos e judiciais, principalmente quando os casais são separados e casados em tribunal, e quando ocorre a separação por litígio, daí então, existe a síndrome de alienação parental. Como a síndrome de alienação parental, ela também tem o nome de uma doença, não uma doença mental ou clínica, mas uma situação que ocorre em uma disputa legal pela custódia de crianças. Esse fato realiza uma lavagem cerebral na criança visando que a mesma também contribua com o processo difamatório de um de seus pais.

Segundo Souza (2016, p. 113), uma vez que a imagem de um dos cônjuges é destruída pelo cônjuge alienador, a criança passa a ver o cônjuge alienado como seu inimigo, tal fato gera danos psíquicos na mesma que passa a ter uma dependência exacerbada por seu guardião e sentimentos antagônicos pelo outro pai. Não raro, a criança deixa de querer estar com o genitor alienado.

2.1.1 Perfil do genitor alienador

Um dos estudos mais importantes que buscou elaborar o perfil de um genitor alienador foi o produzido pelo médico americano orar o perfil de um genitor alienado foi o produzido pelo médico americano Douglas Darnall¹, o qual será detalhado a seguir.

Nesse estudo, o alienador é considerado como fruto de uma realidade ilusória, na qual não consegue reconhecer sua prole como algo separado de si, pois acredita que os filhos lhe pertencem e que fazem parte do seu próprio ser. Ocorre um verdadeiro processo de “coisificação” dos filhos. Essa possessividade é criada pelo genitor alienador com a intenção de, na sua mente perturbada, proteger e defender a prole contra supostas agressões intentadas pelo genitor alienado. Para o alienador, seu ex-parceiro é o responsável por todos os problemas e mazelas que existem em sua vida, buscando assim uma vingança a qualquer custo.

Utiliza então os filhos menores de idade, por serem mais vulneráveis e ainda se encontrarem em uma situação peculiar de formação, em seu plano de destruição e de

¹ DARNALL, Douglas. PA: not in the best interest of children. Disponível em: <<http://pais-para-sempre.blogspot.com/2009/06/alienacao-parental-por-douglas-darnall.html>>. Acesso em: 12 ago.2022.

degradação do outro genitor que cominará no rompimento total dos vínculos deste com os próprios filhos.

O médico Douglas Darnall (2009) define os alienadores como sociopatas, asseverando que estes não possuem consciência moral, pois mentem e acreditam piamente nas falsas palavras que proferem. Não conseguem analisar os fatos relativos aos filhos por outras perspectivas que não as suas e as defendem como sendo as verdades mais absolutas. Os alienadores conseguem ser bastante convincentes com suas mentiras bem elaboradas, fazendo inclusive com que, em um primeiro momento, muitas pessoas acreditem em suas versões fantasiosas dos fatos e contribuam na alienação dos filhos.

Uma outra característica marcante dos genitores que alienam seus filhos é o fato de terem dificuldade em obedecer a regras, o que leva, muitas vezes, ao descumprimento de ordens judiciais pelo simples fato delas discordarem. Isso intensifica ainda mais os conflitos já existentes naquela família. Os alienadores são refratários a exames com psicólogos ou psiquiatras, como também a atendimentos com assistentes sociais, haja vista temerem que estes profissionais percebam as manobras e as manipulações utilizadas junto aos filhos para a “lavagem cerebral” que realizam cotidianamente.

Caso aceitem passar por tais avaliações, esses genitores podem se mostrar contraditórios ou até mesmo cometer alguns erros nas versões apresentadas, por tratar-se de fatos falsos ou de histórias hiperbolizadas.

No Brasil, o pesquisador Jorge Trindade enumerou características muito comuns e que fazem parte do perfil de um alienador:

Para o alienador, que não suporta se defrontar com sua própria derrota, o corpo de amor (a-mors = não à morte) se transforma no corpo de dor (de destruição da vida), gerando uma senda infinita de sofrimento aos filhos e ao cônjuge alienado, ainda que o final da trajetória possa significar a auto-aniquilação: solidão, amargura existencial, sentimento de vazio, conduta políquelosa, ideias de abandono e de prejuízo, depressão, abuso e dependências, como o álcool e outras drogas, jogo compulsivo e ideação suicida, esta geralmente acompanhada de uma tonalidade acusatória e culpabilizadora. (...) Embora seja difícil estabelecer com segurança um rol de características que identifique o perfil de um genitor alienador, alguns tipos de comportamento e traços de personalidade são denotativos de alienação: dependência; baixa auto-estima; condutas de não respeitar as regras; hábito contumaz de atacar as decisões judiciais; litigância como forma de manter acesso o conflito familiar e de negar a perda; sedução e manipulação; dominância e imposição; queixumes; histórias de desamparo ou, ao contrário, de vitórias afetivas; resistência a ser avaliado; resistência, recusa, ou falso interesse pelo tratamento (TRINDADE, 2010).

Dessa forma, constata-se assim que um alienador constrói ao seu redor um mundo de mentiras e fantasias, no qual intenciona viver com os filhos, afastando-os do outro genitor a qualquer custo. A sede de vingança diante do fim de seu relacionamento é uma marca constante em sua personalidade e este sentimento acaba por ser o propulsor maior das condutas alienadoras.

Vários desses genitores sabem do perigo decorrente de seus atos, mas preferem prosseguir numa batalha infundada contra o ex-parceiro, onde os filhos são utilizados como instrumento de destruição.

Observando o perfil dos genitores que praticam a alienação parental, discorre-se a seguir, a verificação das condutas alienadoras mais comuns.

2.2 Combatendo a alienação parental através das medidas judiciais necessárias

O principal objetivo da edição da Lei nº 12.318/2010 é coibir a prática da alienação parental desde o início, nos casos que ainda são considerados sinais leves ou de alienação, geralmente representados por atos ensaiados pelos responsáveis, para fins de induzir menores.

Segundo a Legislação Brasileira toda má conduta será punida pelos tribunais de outros países relacionados ao que denominamos de Síndrome da Alienação Parental. A exemplo, pode-se citar a Espanha que, em 2007, teve um impacto na mídia do país na ação, o juiz revogou a guarda da mãe de uma menina de oito anos, concedeu a guarda em nome do pai e proibiu qualquer forma de contato entre a criança e a mãe ou vice-versa (ELMUNDO, 2017).

De acordo com informações exibidas à época, a medida foi tomada com base em laudo pericial, que indicava que a criança se tornaria vítima da síndrome de alienação parental praticada pela mãe com o objetivo de representar o pai como filha. No veredicto do juiz, a menina deve obter assistência psicológica de especialistas que monitoram e avaliam a síndrome.

Do mesmo modo se justifica pelo fato que a nova lei descreve, no parágrafo único do art. 2º, formas de alienação parental, tal como, “realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade”. Por outro lado, sob a nova lei, uma série de comportamentos mostrados em conflitos familiares podem ser reconhecidos como evidência de suposta alienação parental. Essa avaliação pode levar a uma multiplicação das decisões judiciais, estipulando medidas punitivas contra os pais em processos matrimoniais e, em última instância, causando sofrimento aos filhos.

No que se refere ao combate da alienação parental, em nosso tempo em decorrência do divórcio e à emancipação natural da mulher, muitas das vezes o papel que é dado a mãe é na maioria das vezes, escolhido como cônjuge guardiã, pois na maioria das vezes a mãe é mais inteligente e tem mais facilidade de lidar com os filhos, com o emprego e com as finanças, proporcionando assim uma importante independência, conseqüentemente, a mãe fica sobrecarregada e assim surge a alienação parental por parte dela com o genitor.

O exercício do poder familiar é essencial, intransferível, indescritível e inalienável, pois é um poder/dever. Entretanto, é aplicável a suspensão, perda ou extinção prevista na legislação aplicável. O Código Civil brasileiro trata da suspensão, da perda e da extinção do poder familiar nos seus artigos 1635 a 1638.

Nesse contexto, sob o ponto de vista jurídico, existem três tipos de violação dos direitos da família, representados pela lei: a suspensão do trabalho e o não cumprimento de deveres são considerados um tipo de punição mais leve por abuso de poder, ou danos à propriedade de menores. No entanto é necessário suspender e rever os direitos familiares.

O doutrinador Carlos Roberto Gonçalves (2013, p. 416) descreve assim:

[...] a suspensão do poder familiar constitui uma sanção aplicada aos pais pelo juiz, não tanto com intuito punitivo, mas para proteger o menor. É imposta nas infrações menos graves, citadas no artigo retrotranscrito, e que representam, no geral, infração genérica aos deveres paternos. Na interpretação do aludido dispositivo, deve o juiz ter sempre presente como já se diz que a intervenção judicial é realizada segundo o interesse do menor.

Devido a decisões judiciais cabíveis, também pode ocorrer perda, suspensão ou extinção do poder familiar. O artigo 6º da Lei nº 12.318/10 descreve as medidas possíveis, a seguir:

Artigo 6º - Constatando atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, o juiz poderá, cumulativamente ou não sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso:

- I – Declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador;
- II – Ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado;
- III – Determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial
- IV – Determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou do adolescente;
- V – Estipular multa ao alienador
- VI – Ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado;
- VII – Determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão;
- VIII – Declarar a suspensão da autoridade parental. Parágrafo único – caracterizado mudança abusiva de endereço, inviabilização ou obstrução à convivência familiar, o juiz também poderá inverter a obrigação de levar para ou retirar a criança ou adolescente da residência do genitor por ocasião das alternâncias dos períodos de convivência familiar. O juiz pode tomar medidas inviáveis para alienar os pais com base em sua autoridade ou a pedido de qualquer das partes. A segunda é passar mais tempo com pais separados para fortalecer o relacionamento um com o outro (VENOSA, 2017).

Outra medida judicial muito importante também, é o conhecimento profissional. A evidência especializada mais comum em disputas de alienação parental geralmente tem a natureza da psicologia, psiquiatria e pesquisa social. Cada operação é realizada por profissionais com diferentes treinamentos. É necessário entender as áreas que todos podem incluir. As condições ambientais da casa, os horários das famílias e as ligações com a comunidade são assunto dos assistentes sociais, e o Conselho Federal de Assistência Social as corrige por meio de seus órgãos estaduais. Na pesquisa social, é importante considerar a estrutura física da casa, o desempenho estético pessoal, como higiene e roupas vestíveis.

Desse modo, é essencial ter rotinas organizadas e demonstrar capacidade de seguir planos, ter sempre bom senso e evitar comportamentos muito rigorosos que deixam as pessoas obcecadas.

A perícia psicológica se concentra na maturidade pessoal para estabelecer conexões consigo mesmo e com os outros. A psicóloga é cadastrada na Comissão Federal de Psicologia, e a deputada estadual recebeu a denúncia. No processo de avaliação, o processo de maturação de cada adulto é um processo lento e contínuo. Mesmo que o outro pai da criança tenha desentendimentos e ferimentos, é importante ser capaz de respeitar sua importância, ser capaz de ver o legado do conflito conjugal e distingui-lo das responsabilidades parentais restantes. Mais importante do que o fato é como o pai os sente e os trata emocionalmente. Já a perícia psiquiátrica é conduzida por médico especialista, inscrito no Conselho Regional de Medicina do seu Estado. Não deve abordar questões da psicologia, se limita ao aspecto médico dos comportamentos.

O fato de um dos pais ter indícios de uma patologia psiquiátrica não o impede de assumir suas responsabilidades. O importante é como a pessoa lida com suas limitações e peculiaridades. Por exemplo, um pai/mãe com bipolaridade ou depressão que admite e trata sua doença é teoricamente muito mais apto do que outro que nega a enfermidade e tenta mascarar com comportamentos neuróticos ou obsessivos. Por isso, nessa perícia o foco é ser aberto e não querer esconder questões de saúde. Caso queira provar algo do outro pai, traga informações objetivas e comprováveis que permitam ao médico formar sua própria convicção.

Em relação ao item III, o juiz pode determinar ações de acompanhamento psicológico ou psicossocial para restabelecimento das relações familiares.

No quinto item, é prevista multa, cujo objetivo é fazer com que o estrangeiro sinta o impacto de seu comportamento econômico prejudicial.

2.3 Alienação Parental e suas consequências jurídicas

De acordo com Gonçalves (2013, p.21) a alienação parental impacta diretamente nas crianças, e traz diversas consequências e, ainda muitas perdas para os alienados e os alienandos. Afinal, as consequências são em grande parte de ordem psicológica que o tira de sua vida familiar e destrói seu relacionamento por toda a vida. Geralmente, não é parte dos pais ou pai, mas sim da família, por exemplo, pelos avós, tios, tias e também pela sociedade.

Diante disso, crianças e adolescentes alienados passam a ter comportamentos estranhos que nunca tiveram antes, entre eles menciona-se: ansiedade, insegurança, redução do desempenho escolar, isolamento, irritabilidade e até conflitos internos e os resultados podem continuar, inclusive com tendência ao uso de álcool e drogas.

O legislador tentou punir satisfatoriamente a rendição, mas ao invés de assumir um papel definitivo, deu o exemplo para caracterizar a alienação parental, pois esta não se limita à prática de si mesmo e ao comportamento previamente definido, mas inclui também uma série de comportamentos que afetam a personalidade do filho ou filha a fim de romper o vínculo afetivo com um dos pais e desvalorizar sua imagem.

Destaca-se ainda, que a legislação pertinente também prevê que, dada a análise de casos específicos, outras hipóteses podem ser divulgadas pelo juiz ou verificadas por meio de perícia.

A Lei tem como objetivo proteger as crianças e jovens e seus direitos básicos, e manter relações estreitas e saudáveis com suas famílias. A lei não classifica a alienação parental como crime, mas vem com uma lista de punições. Em seguida, verifica-se a prática de caracterização de comportamento de alienação parental, devendo aqui referir-se que o diagnóstico pode ser efetuado por técnico perito ou equipe multiprofissional qualificada, podendo o juiz responsável pelo pedido tomar ou não, cumulativamente, as medidas previstas na legislação aplicável, conforme a gravidade da alienação e as consequências existentes (DIAS, 2013).

Essas medidas vão desde simples advertências, alienação de pessoas até suspensão dos direitos dos pais, passando por mudanças na guarda, mudança na residência de crianças ou adolescentes, acompanhamento psicológico e/ou psicossocial e até multas.

A alteração da guarda é uma forma judicial severa quando configurada a alienação parental. Uma Jurisprudência do TJ/PR determinou a alteração da guarda das crianças ao pai pelo fato da mãe criar dificuldades para o convívio íntimo entre as crianças e o pai, bem

como os avós e família paterna. A ação de alienação parental objetiva a aproximação do genitor que não tem a guarda dos filhos, para a reconciliação entre pais e filhos e a restauração dos laços familiares.

Portanto, após a promulgação da Lei nº 12.318, a ocorrência de condutas sugestivas de alienação parental pode se manifestar em contencioso autônomo ou em eventos processuais (quando já em andamento) para a adoção de medidas cautelares, necessário para prevenir possíveis danos psicológicos irreversíveis a crianças ou adolescentes alienados.

Para Maria Berenice Dias (2010, p. 545) entre as várias consequências da Síndrome, destaca-se:

[...] medo, ansiedade, insegurança, depressão, isolamento, tristeza, comportamento hostil, falta de organização, irritabilidade, enurese, transtorno de identidade ou de imagem, dificuldades escolares, baixa tolerância à frustração, sentimento de desespero, culpa, dupla personalidade, inclinação ao álcool e às drogas, e, em casos mais extremos, ideias ou comportamentos suicidas; dificuldade no estabelecimento de relações interpessoais, por ter sido traído e usado pela pessoa que mais confiava; sentimento incontrolável de culpa, por ter sido cúmplice inconsciente das injustiças praticadas contra o genitor alienado.

Como consequência da Alienação Parental, o filho pode desenvolver problemas psicológicos e até transtornos psiquiátricos para o resto da vida. Existem também consequências na relação deste filho com os genitores: a princípio, uma crise de lealdade entre ambos, na qual o afeto por um é entendido como uma traição pelo outro, o que faz com que o filho, muitas vezes, comece a contribuir para a campanha de desmoralização do genitor alienado.

Com o passar do tempo, o genitor alienado se torna rejeitado ou odiado pelo filho, tornando-se um forasteiro para ele, e tendo o vínculo que os une irremediavelmente destruído, caso tenha ocorrido o hiato de alguns anos sem convivência, principalmente, quando esses anos foram os primordiais para a constituição do filho enquanto sujeito.

É um momento de muita dor e sofrimento que não só atinge a criança ou o adolescente que está sendo alvo da prática de alienação parental, mas também, e de forma feroz, o genitor que está sendo alienado, no qual acaba acreditando nas desqualificações que lhe são imputadas e acha que não é capaz de garantir uma vida de qualidade ao seu filho, ou sente-se incapaz de realizar atividades diárias que antes desenvolvia com desenvoltura.

Nessa perspectiva, da noite para o dia, transforma-se em um ser despreparado e incapacitado para cuidar de seu filho. Não mais acredita ter condições de fazer o que fazia ou mesmo proporcionar uma vida condizente que o filho merece.

Já o genitor alienador, torna-se o principal e às vezes o único modelo do filho, o que gera uma grande tendência de a criança reproduzir a patologia psicológica no futuro. A relação estabelecida com o alienador é, em geral, única e com enorme grau de dependência, percebendo o filho como agressão, qualquer coisa que o ameace, e se submetendo a constantes provas de lealdade ao genitor guardião.

Nesse contexto, mostra-se que a prática da alienação parental é muito prejudicial para os filhos e pais alienados. A Constituição Federal de 1988, além de possibilitar o reconhecimento de diversas entidades familiares até então ignoradas, passou a dar mais importância ao desenvolvimento da criança e do adolescente. Considerando que eles estão em pleno desenvolvimento mental, psicológico e de construção de personalidade e

dignidade, aliado à personalidade do direito civil que lhes dão um tratamento prioritário, realizou-se uma maior qualificação das normas para infância e juventude, respaldada em princípios contidos na lei 8.069/90, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). (BRASIL, 1988).

Portanto, o principal objetivo do Código da Infância e da Juventude é combater qualquer tipo de crime contra menores. Os efeitos psicológicos da Síndrome em crianças podem variar de acordo com a idade da criança.

2.4 A Lei 12.318/2010 e seus reflexos jurídicos

De acordo com o defensor público Joaquim Azevedo Lima Filho, (2015, p. 35):

A Lei 12.318/2010 vem preencher uma lacuna referente à proteção psicológica do menor, pois ao dispor sobre a alienação parental vem coibir esse tipo de comportamento tão prejudicial à formação da criança e adolescente e ampliar a proteção integral ofertada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Não devemos esquecer que a Constituição Federal dispõe como 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.

Ocorre que o objetivo desta lei é punir os pais ou terceiros que, por motivos emocionais, interfiram no crescimento de menores incapazes. O regime jurídico da alienação parental é baseado no direito da família, na Constituição Federal de 1988 e no Código Civil. O procedimento nessa área começa com o artigo 4 da Lei 12.318/ 2010:

Artigo 4º: Declarado indício de ato de alienação parental, a requerimento ou de ofício, em qualquer momento processual, em ação autônoma ou incidentalmente, o processo terá tramitação prioritária, e o juiz determinará, com urgência, ouvido o Ministério Público, as medidas provisórias necessárias para preservação da integridade psicológica da criança ou do adolescente, inclusive para assegurar sua convivência com genitor ou viabilizar a efetiva reaproximação entre ambos, se for o caso.

Segundo afirma Maria Berenice Dias (2010, p.473):

(...) tantos casamentos havendo dissolução as crianças e adolescentes vem sendo prejudicados com um dos genitores usando da criança como forma de vingança. Começando assim essa prática da alienação parental que composta por um genitor alienante e outro genitor alienado e menor que também sendo alienado com influências negativas que atrapalham o convívio familiar o bem-estar do menor. E com isso acontecendo os juizados começaram a tomar medidas no combate à prática, então os legisladores criaram a lei 12.318/2010 que visa nos seus artigos proteger os vulneráveis da prática covarde de impedir a convivência da criança com seu genitor.

Já Venosa (2017, p. 320), aborda a questão, destacando que:

O guardião em geral, seja ele divorciado ou fruto de união estável desfeita, passa a afligir a criança com ausência de desvelo com relação ao outro genitor, imputando-lhe má conduta e denegrindo a sua personalidade sob as mais variadas formas. Nisso o alienador utiliza todo o tipo de estratégias. Trata-se de abuso emocional de consequências graves sobre a pessoa dos filhos. Esse abuso traduz o lado sombrio da separação dos pais. O filho é manipulado para desgostar ou odiar o outro genitor.

Ou seja, a recomendação legal da Lei nº 2.318/2010 determina a alienação, é alienada e, havendo costume, qual é o nível de tudo sob a orientação de um juiz que tem competência absoluta para julgar tais casos? Dias (2010, p 475) fornece isso.

Assim sendo, Dias (2010, p. 475) dispõe que uma criança certamente enfrentará uma crise de lealdade e sentimento de culpa quando, na fase adulta, constata que foi cúmplice de uma grande injustiça. A lei combate a prática para que não haja essa interferência no crescimento social e psicológico da criança observamos alguns artigos que a Lei 12.318/2010 elenca como a proteção ao menor seu direito a uma convivência saudável, sua guarda dada ao genitor, mas sensato com sua criação, a lei visa sempre o interesse do menor, proteger da prática da alienação parental.

Diante disso, o juiz considera os interesses dos menores. Caso os pais não cheguem a um acordo de tutela, eles terão mais flexibilidade na vida e respeito pelos filhos.

2.5 A responsabilidade civil e o cabimento do dano moral na Alienação Parental

De acordo com Theodoro, (2016, p.01) e conforme estudos em direito civil, há um dever legal e amplo de não ferir o direito alheio, o que corresponde à obrigação de indenizar. Se um comportamento confere algum prejuízo injusto para outrem, seja material ou moral, surge o dever de indenidade. Quando as pessoas forem inseridas na vida social, ele conquistará as mercadorias e os valores que constituem as coleções protegidas pelo ordenamento jurídico. Quando se referem à herança, outros se referem à própria personalidade.

Assim Theodoro afirma:

É ato ilícito, por conseguinte, todo ato praticado por terceiro que venha refletir, danosamente, sobre o patrimônio da vítima ou sobre o aspecto peculiar do homem como ser moral. Materiais, em suma, são os prejuízos de natureza econômica, e, morais, os danos de natureza não econômica e que “se traduzem em turbações de ânimo, em reações desagradáveis, desconfortáveis, ou constrangedoras, ou outras desse nível, produzidas na esfera do lesado”. Assim, há dano moral quando a vítima suporta, por exemplo, a desonra e a dor provocadas por atitudes injuriosas de terceiro, configurando lesões nas esferas interna e valorativa do ser como entidade individualizada (THEODORO, 2016, p.01).

Em se tratando de dano mental, esse é um assunto polêmico em termos de alienação dos pais, e poucas pesquisas foram feitas no âmbito do direito da família. A ação judicial pode partir da determinação de indenização por dano mental, até a possível reversão da tutela, pois o “Regulamento da Infância e da Juventude” (ECA) contido nos “Princípios de

Proteção Integral à Criança” prevê que os menores têm direito à vida familiar. Pode dar uma compensação justa por danos mentais e a reversão da tutela. Quando o casamento termina, os participantes desse relacionamento sofrem vários sofrimentos: idealmente, todos escolhem um relacionamento de amor familiar e respeito mútuo, mas isso raramente acontece, o que causa problemas aos filhos (DIAS, 2010).

Respondendo a esses conflitos, percebe-se facilmente que as pessoas se machucam com essas condições: primeiro, os sintomas aparecem na criança e logo depois no pai ou mãe afastada. As crianças têm o direito de viver em igualdade de condições com os pais.

De acordo com a Constituição Federal de 1988, assim descreve a Carta Magna:

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, opressão e crueldade (BRASIL, CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988).

No que se refere ao dano moral, é visivelmente identificável quando o genitor, não possuidor da guarda, é privado da convivência com o filho, tendo seu direito fundamental violado pois a alienação parental não gera somente dano moral, e sim psicológico em detrimento dos abalos sofridos pelos aborrecimentos corriqueiros do mencionado ato ilícito, como descreve Goldino:

Ressalta-se que a alienação parental impossibilita a convivência familiar – que é fator essencial da formação da personalidade infanto-juvenil, pois a criança não cresce de maneira saudável sem a construção de um vínculo afetivo, estável e verdadeiro com seus pais, sendo causa de transgressão do princípio da convivência familiar (GOLDINO, 2012, p.232).

A Lei nº 12.318/2010, relativa à alienação dos pais, cujas ações incluem intervir na formação psicológica de uma criança ou adolescente induzida por um de seus pais, avós ou pessoa que guarda ou monitora seus filhos para que um menor rejeite seu outro pai, ou destruir o vínculo emocional com ele. Deste modo, quando instalada a Alienação Parental, o genitor que é alienado perde algo que é irreparável.

Atualmente, depois de se dedicar à indenização por dano moral, a Constituição Federal não discorda que essas emoções causadas pela dor mental devam ser compensadas. Dano moral é tudo o que assedia seriamente a alma humana, e também tudo o que prejudica os valores básicos da personalidade do indivíduo ou da sociedade por ele reconhecida (CAHALI, 2015, p. 39-40).

A própria responsabilidade da indenização assenta na obrigação de punir os atos ilícitos, pelo que é compreensível que a base jurídica para a indenização dos danos morais e a base jurídica para a reposição dos prejuízos patrimoniais não sejam muito diferentes, porque ainda existem. Em termos de sanções e recursos angustiantes como descrito por Cahali:

A restituição resolve-se no sacrifício de um interesse idêntico, enquanto a pena se resolve no sacrifício de um interesse diverso a ser cominado segundo o preceito, correlatamente, a restituição tem caráter de satisfação, enquanto a pena tem caráter aflitivo (CAHALI, 2015, p. 39-40).



Entretanto, a punição do dano mental não pode terminar com a indenização, porque constitui a eliminação do dano e de suas consequências, o que é impossível face ao dano externo. A indenização por meio de indenização obriga o infrator a pagar uma determinada taxa e a fornecer uma indenização satisfatória à vítima, danificando assim os bens do infrator, vejamos:

Atualmente, está solidamente assentada a ampla e unitária teoria da reparação de todo e qualquer dano civil, ocorra ele no plano do patrimônio ou na esfera da personalidade da vítima. Há de indenizar o ofendido todo aquele que cause um mal injusto a outrem, pouco importando a natureza da lesão (JUNIOR HUMBERTO, 2013, p.6).

No entanto, entenda que privar os pais de suas obrigações parentais ou obrigações parentais e restringi-los apenas ao campo de suprimento material, impede ou cria obstáculos que impedem emoções e relações sociais, para que a vítima tenha o direito de reivindicar uma indenização pelos danos sofridos.

3. DADOS ADICIONAIS SOBRE GUARDA DO FILHO

Segundo Cruz (2017), na sociedade em que se vive, quando um pai quer obter guarda de seu filho ele é visto como homem excelente e um bom pai, ao mesmo modo que a mulher quando não possui a guarda do seu filho é enxergada como ruim. O autor completa ainda que, quando o pai erra é normal, pois ele está na busca de aprender, já quando a mãe erra ela é vista como uma péssima mãe podendo até ser punida.

Em estudos de Cruz (2017) descreve claramente que a criança tem o direito de conviver com o pai e com a mãe, desse modo, ela não deve escolher entre um e outro, mas sim desfrutar da companhia de ambos, tirando vantagem das diferentes culturas, religiões e posições sociais em que estão inseridos. Se criança for obrigada a escolher entre um genitor, isso pode gerar nela uma sobrecarga emocional excessiva, a qual ela não está preparada para lidar, sendo uma consequência cruel e prejudicial ao seu desenvolvimento.

Para tanto, todavia, não é absolutamente necessário que seja definida a guarda compartilhada, pois, como fica evidente no julgado em tema, há situações extremamente delicadas em relação à falta de relacionamento entre um ex-casal que podem inviabilizar completamente esse tipo de guarda. Nesses casos, é necessária a sensibilidade do julgador para encontrar a melhor solução levando em conta a afinidade entre os genitores e o melhor interesse do menor, pois o fato do bem-estar da criança e do adolescente dever ser prioridade em um divórcio ou separação significa também considerar se a busca pela guarda compartilhada a qualquer custo não está por si só prejudicando dito bem-estar e ponto sobre o menor a projeção dos conflitos de seus pais.

Nesse contexto, de busca pela proteção do menor, pode-se constatar que o Direito de Família vem passando por uma fase de desenvolvimento, e fica fácil observar que tal desenvolvimento trouxe uma mudança conceitual na constituição da família e nas relações entre seus membros, fazendo com o que, nos dias atuais, o filho se torne um ser único, um indivíduo dotado de personalidade e direitos próprios que obrigam inclusive seus pais, devendo ser respeitadas as suas necessidades (NETO, QUEIROZ e CALÇADA, 2015).

A criança e adolescente são pessoas em fase de desenvolvimento, e por isso é fácil o alienador agir, afinal, nesse momento, o jovem não sabe diferenciar por completo o que é verdadeiro do que não é (DIAS, 2010), especialmente quando os

atos de difamação de seu genitor vem de uma pessoa em que normalmente se confia completamente. Diante disso, se mostra necessário que os profissionais do direito e da saúde trabalhem juntos, por meio de uma equipe multidisciplinar, fazendo análise de cada detalhe do caso. Dessa forma, entende-se que o Judiciário deve estar preparado e atento para lidar com esse tipo de situação, agindo de maneira cautelosa nesses casos que são extremamente delicados (DIAS, 2010), não devendo agir sozinho, uma vez que se trata de um conflito que envolve bastante questões emocionais e psicológicas.

Para Trindade, (2010) o divórcio pode afetar a criança de diferentes formas, nas mais variadas etapas, e pode variar entre meninos e meninas. Vários aspectos devem ser considerados ao levar em conta um processo de separação dos pais, principalmente a adaptação da criança nesse meio, a idade dela no momento da separação, o grau de conflito dos pais, tipo de relação da criança com o genitor guardião e não-guardião, separação de uma das figuras de apego, relação residual dos pais, novos relacionamentos, e aspectos econômicos. A guarda compartilhada pode ser vista como uma das formas mais eficazes de se diminuir a alienação parental.

Estudos de Rêgo (2017) relata com precisão, que nenhuma criança deve ser usada como instrumento de vingança dos pais em uma separação, tanto o pai como a mãe devem saber enfrentar essa situação de forma a resguardar o bem-estar dos filhos. Porém, se o fim do relacionamento não ocorrer de forma sadia e houver conflito pela guarda dos filhos, é necessário que a justiça intervenha e ofereça a guarda para aquele que esteja disposto a educar e criar o filho da melhor forma possível, respeitando sempre os interesses da criança.

Já Souza (2016) entendem que o principal resultado da alienação parental é o distanciamento da criança e adolescente do seu genitor alienado, de modo geral, o alienador tenta proteger o seu filho contra o outro genitor, se fazendo de vítima perante o menor. O alienador utiliza diversas ferramentas para fazer com o que a criança acredite nele, dentre elas as mentiras, incitação de rejeição, afirmações que existe abandono intelectual, financeiro e mágoas e implantação de falsas memórias, fazendo com o que a criança elimine sentimentos de afeto perante o seu outro genitor. O alienador faz com o que a criança entenda fique contra o alienado e se mantenha longe do convívio dele, privando, com isso, o desenvolvimento da afetividade entre genitor e menor.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o presente estudo, pode-se concluir que a Síndrome da Alienação Parental é uma triste realidade vivenciada por um número cada vez maior de famílias que assistem ao desfazimento dos laços que unem seus integrantes em razão dos sentimentos de ódio, rancor e vingança, decorrentes de separações ou divórcios conflituosos.

As maiores vítimas desse mal são, sem qualquer hesitação, as crianças e os adolescentes usurpados do sadio convívio com um de seus genitores, principalmente pelo fato de ser nessa fase da vida que o caráter e os valores se formam, sendo de grande relevância a presença de referenciais dignos a serem seguidos na construção da personalidade desses indivíduos.

Assim, tem-se que, para o desenvolvimento saudável de crianças e adolescentes, o acompanhamento de ambos os pais, mesmo que em porções de tempo desiguais, mostra-se de extrema necessidade. O primeiro passo a ser dado na luta contra a SAP consiste



no debate amplo e irrestrito do tema junto à sociedade, para que, juntamente com as instituições públicas de proteção à infância e à juventude, construam formas de solucionar essa problemática.

Do mesmo modo, o Poder Judiciário tem o dever de promover a capacitação de magistrados, servidores e peritos para que se habilitem a identificar e a combater o desenvolvimento da SAP nos casos postos em Juízo.

Na realidade, a medida proposta acima mostra-se bastante difícil de ser implementada, tendo em vista principalmente o entendimento estritamente legalista, que já se encontra entranhado na mentalidade de muitos desses profissionais, no sentido da inexistência da SAP, em razão de ainda não haver regulamentação a esse respeito no ordenamento jurídico brasileiro, ou da sua pouca gravidade.

No entanto, esse pensamento deve ser de pronto afastado, diante dos preceitos constitucionais e legais de defesa da criança e do adolescente, como por exemplo, o ECA, aplicáveis para lhes garantir um desenvolvimento saudável e livre das mais diversas formas de abuso e negligência.

Vale lembrar também, a importância da aprovação do Projeto de Lei nº. 4.053/2008 para a otimização do combate à SAP, visto que traz instrumentos capazes de coibir ou de atenuar seus efeitos maléficos. De todos eles, a mediação afigura-se como o mais relevante, pois, além de buscar a solução do conflito parental exteriorizado, intenta resolver os “problemas da alma” que acometem genitor alienador, genitor alienado e os filhos.

Assim sendo, conclui-se que, em uma época de múltiplas formas de estruturação familiar, a Síndrome da Alienação Parental surge como um desafio posto à sociedade para que sejam feitas uma reanálise e uma redefinição da essência da parentalidade.

Portanto, deve-se ter em mente que o bom genitor não é apenas aquele que atende a todas as necessidades financeiras e afetivas de seus filhos, mas é também o que proporciona condições à prole para que se mantenham fortalecidos os vínculos com o outro genitor com o único objetivo de lhes garantir uma vida feliz ao lado de quem eles mais amam.

Os pais ao se separarem devem sempre levar em consideração os direitos do menor, e que ela a ela deve sempre se dar prioridade, apesar de qualquer sentimento de vingança e rancor. Os direitos essenciais da criança e do adolescente devem ser realizados no âmbito da família, sociedade e Estado com absoluta prioridade e proteção, pois, como já sedimentado, são indivíduos em desenvolvimento e situação de hipossuficiência, sendo absolutamente rechaçada pelo direito a objetificação e prejuízos causados ao menor quando vítima de alienação parental.

Referências

AGUILAR, José Manuel. **Síndrome de alienação parental**. Portugal: Caleidoscópio 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988**. 1988.

CRUZ, Rubia ABS da. **Alienação parental: uma nova forma de violência contra a mulher**. Revista: Justificando. 2017. Disponível em: <<http://www.justificando.com/2017/08/23/alienacao-parental-uma-nova-forma-de-violencia-contramulher/>>.

DIAS, Maria Berenice. **Alienação parental: quando a implantação de falsas memórias decorre do exercício abusivo da guarda**. (2010) Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-112/alienacao-parental>. Acesso em 04 ago, 2022.

ELMUNDO. (2017). **Un juez retira la custodia a una madre que influyó en su hija para que odiara a su padre**. Recuperado em 20 novembro 2022, de <http://www.elmundo.es/elmundo/2007/06/21/espana/1182504.html>

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, Vol.6. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

JURISPRUDÊNCIA - **Alienação Parental** - Alteração de Guarda ao Pai - TJ/PR. Disponível em: <http://filhoalienado.blogspot.com.br/2013/04/jurisprudenciaalienacao-parental_13.html>.

NETO, Álvaro de Oliveira; QUEIROZ, Maria Emília Miranda de; CALÇADA, Andreia. **Alienação parental e família contemporânea: um estudo psicossocial** (2015).

REGO, Pamela Wessler de Luma. **Alienação Parental**. Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Escola de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro 2017.

SOUZA, de Rodrigues Juliana. **Alienação Parental**. Sob a perspectiva do direito à convivência familiar. 1 ed. São Paulo: Mundo Jurídico, 2016.

TRINDADE, Jorge. **Manual de psicologia jurídica para operadores do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: direito de família**. 11. Ed. São Paulo: Atlas, 2017.



5

**DIREITO SISTÊMICO: CONTRIBUIÇÕES DA CONSTELAÇÃO
SISTÊMICA FAMILIAR AO PODER JUDICIÁRIO DO
MARANHÃO**

*SYSTEMIC LAW: CONTRIBUTIONS OF THE FAMILY SYSTEMIC
CONSTELLATION TO THE JUDICIAL POWER OF
MARANHÃO*

Elielson Pereira

Resumo

O presente trabalho tem como tema DIREITO SISTÊMICO: contribuições da Constelação Sistêmica Familiar ao Poder Judiciário do Maranhão. O objetivo geral é investigar como e em que medida o uso das Constelações Familiares pode contribuir para a resolução de conflitos no direito da família. Os objetivos específicos são: conceituar a constelação familiar e como ela foi inserida no judiciário; compreender como a utilização de métodos alternativos como a constelação familiar pode auxiliar as partes envolvidas (litigantes, advogados e juízes) na resolução de conflitos no direito da família, conforme resolução do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) nº 125/2010 e as disposições do novo Código de Processo Civil (NCPC), Lei 13.105/2015, art. 2ª, 3ª e 6ª; quando as constelações familiares podem ser usadas no direito da família e que eficácias potenciais têm. A proposta metodológica apresentada nessa pesquisa é teórica, descritiva e bibliográfica, através de um estudo das temáticas abordadas, de forma a evidenciar e contribuir para uma análise que explique o motivo presente. A abordagem qualitativa esteve presente, utilizando dados coletados para buscar compreender o problema e a situação por meio das percepções, sendo também interdisciplinar, uma vez que dialogou com diversas áreas do conhecimento, como Direito, Psicologia, Sociologia e Administração. Portanto, por meio das leis sistêmicas, encontramos um equilíbrio entre dar e receber, o pertencer e a precedência se encontram em situação de homeostase, de modo que a finalidade da lei sistêmica é descobrir por que o sistema a que pertencem os litigantes não está em harmonia.

Palavras-chave: Constelação, Sistêmica, Familiar, Judiciário, Maranhão.

Abstract

The present work has the theme SYSTEMIC LAW: contributions of the Family Systemic Constellation to the Judiciary of Maranhão. The general objective is to investigate how and to what extent the use of Family Constellations can contribute to the resolution of conflicts in family law. The specific objectives are: to conceptualize the family constellation and how it was inserted in the judiciary; understand how the use of alternative methods such as the family constellation can assist the parties involved (litigants, lawyers and judges) in the resolution of conflicts in family law, according to the resolution of the National Council of Justice (CNJ) nº 125/2010 and the provisions of the new Civil Procedure Code (NCPC), Law 13.105/2015, art. 2nd, 3rd and 6th; when family constellations can be used in family law and what potential effectiveness they have. The methodological proposal presented in this research is theoretical, descriptive and bibliographic, through a study of the themes addressed, in order to highlight and contribute to an analysis that explains the present reason. The qualitative approach was present, using data collected to seek to understand the problem and the situation through perceptions, being also interdisciplinary, since it dialogued with several areas of knowledge, such as Law, Psychology, Sociology and Administration. Therefore, through systemic laws, we find a balance between giving and receiving, belonging and precedence are in a situation of homeostasis, so the purpose of systemic law is to find out why the system to which litigants belong is not in harmony.

Keywords: Family, Systemic, Constellation, Maranhão, Judiciary.



1. INTRODUÇÃO

A sociedade há muito clama por contramedidas mais humanas, rápidas e prontas para alcançar, promover e melhorar a justiça no sentido da paz social. Essa busca tem desencadeado uma série de iniciativas de humanização do Judiciário para mudar a realidade atual, caracterizada pela morosidade, burocracia e proliferação de ações judiciais.

A escolha do tema desta pesquisa deu-se ao tomar conhecimento de sua inserção no campo jurídico na dinâmica da constelação familiar no campo terapêutico. Esse fato aconteceu antes mesmo de eu entrar na faculdade de direito e despertou minha intenção de trabalhar na área no futuro. Portanto, de acordo com a Resolução nº 125/2010 da Comissão Nacional de Justiça (CNJ) e as disposições do Novo Código de Processo, a principal questão que norteia esta investigação é como e em que medida as constelações familiares ajudam a resolver conflitos no direito da família.

O objetivo geral é investigar como e em que medida o uso das Constelações Familiares pode contribuir para a resolução de conflitos no direito da família. Os objetivos específicos são: conceituar a constelação familiar e como ela foi inserida no judiciário; compreender como a utilização de métodos alternativos como a constelação familiar pode auxiliar as partes envolvidas (litigantes, advogados e juízes) na resolução de conflitos no direito da família, conforme resolução do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) nº 125/2010 e as disposições do novo Código de Processo Civil (NCPC), Lei 13.105/2015, art. 2ª, 3ª e 6ª; quando as constelações familiares podem ser usadas no direito da família e que eficácias potenciais têm.

A metodologia utilizada para a realização deste trabalho é teórica, descritiva e bibliográfica, através de um estudo das temáticas abordadas, de forma a evidenciar e contribuir para uma análise que explique o motivo presente, no entanto, destaca-se o método indutivo, para a qual foi por meio dele que se produziu a adaptação do presente trabalho, buscando relacionar conceitos fixos entre si, sua observação para a construção do conhecimento, proporcionando um alicerce para a conclusão, mas não para o fim. A abordagem qualitativa esteve presente, utilizando dados coletados para buscar compreender o problema e a situação por meio das percepções, sendo também interdisciplinar, uma vez que dialogou com diversas áreas do conhecimento, como Direito, Psicologia, Sociologia e Administração.

2. CONSTELAÇÕES SISTÊMICAS

Diante do processo de evolução humana, ainda na Era Cristã, homens e mulheres tiveram relações familiares conflitantes, e leis de família foram estabelecidas em todo o mundo para resolver esses problemas. Foi identificado que a família é na verdade uma constelação, e a constelação familiar é um método psicoterapêutico desenvolvido pelo filósofo e psicoterapeuta alemão Bett Hellinger com base na psicanálise.

Leis sistêmicas são leis naturais percebidas por Hellinger a partir da observação das relações sociais dos zulus que devem ser obedecidas para que haja um equilíbrio no sistema que atua em conjunto para preservar os grupos sociais a que pertence. Observamos que o filósofo não estabeleceu essas leis a partir de um tribunal nacional ou moral, mas antes provando empiricamente que quando essas leis não eram obedecidas, começaram a ocorrer desordens que ele chamou de complicações.

Bert Hellinger, ao desenvolver as constelações familiares sistêmicas, utilizou aspectos

percebidos pelo estaduniense Virginia Satir nos anos 70 em seu método de “esculturas familiares”, como o fato de uma estranha chamada para representar um parente passar a se sentir exatamente como a pessoa que às vezes ela representa para a reprodução precisa dos sintomas físicos da pessoa que representa, mesmo sem saber nada sobre ela (AZUL, 2013).

A Constelação Familiar e a sua aplicação à lei têm este propósito de revelar o inconsciente e as razões mais profundas que levam à adoção de determinados procedimentos, comportamentos em face às difíceis situações da vida. Ordens amorosas ou leis sistêmicas é a base para a criação de pensamentos sistêmicos que governam as relações humanas e ajudam os legisladores a usar a visão sistêmica em disputas judiciais.

Seguindo um caminho de bem e de paz, muitos anseiam pelos desejados sentimentos de pertença e reconhecimento social. Quando isso não acontece, situações familiares difíceis impõem reflexos negativos na formação da personalidade e na vida habitual, tudo o que se desenvolve neste ser humano tem um sentimento depreciativo de autoestima. Essas situações difíceis podem ser motivadas por uma série de fatores, incluindo o inconsciente desse indivíduo, e podem levar a uma série de conflitos ao longo da vida que são chamados de complicações (BATISTA, 2019).

Na maioria dos casos, as pessoas em conflito se concentram na solução de problemas externos, que geralmente podem estar ligados a sentimentos e experiências passados. É compreensível que isso aconteça devido às circunstâncias de vida a que grande número de pessoas está acostumada, com as mais duras condições privadas de oportunidades, desejos e sonhos e desestimuladas pelos familiares e pela realidade, que gera a percepção que as condições existenciais impostas a eles são implacáveis e intransponíveis.

O Direito Sistêmico é uma expressão usada pelo juiz Sami Stoch para se referir à análise da lei de uma perspectiva baseada nas ordens superiores que governam as relações humanas, conforme demonstrado pelas constelações familiares desenvolvidas por Hellinger. Essas ordens superiores são chamadas por Bert Hellinger de Ordens do Amor. São elas: à hierarquia, o amor e o equilíbrio entre dar e receber. Essas ordens serão como as leis da física de que a existência e a influência ocorrem independentemente de nossa consciência delas ou de nossa vontade (STORCH, 2018).

Nesse sentido, a constelação familiar é um método de psicoterapia com abordagem subjetiva e sistemática em que a carga de informações inconscientes herdadas de nossos grupos familiares é examinada por representantes que se comportam como membros do grupo constelação. O método caracteriza-se sob a abordagem fenomenológica, que leva em consideração a existência de um campo de força denominado campo morfogenético ou campo organizacional. Esse campo funciona entre o participante da constelação e os membros de seu sistema familiar quando o método é usado em terapia de grupo ou individual.

Baseando-se nessas ordens sistêmicas, a primeira ordem é do amor. De acordo com isso, todos os membros do sistema familiar devem estar presentes, mesmo que está ordem considere os que estão vivos ou mortos, se um membro perder o grupo familiar ou for negado o direito de lá estar, a integridade do grupo deve ser restaurada. Isso é muito comum, por exemplo, no caso de crianças que não têm contato com o pai. Esses filhos, por amor à honra do pai, podem se comportar da mesma maneira que o pai excluído, mesmo sem nenhum contato com ele. É uma forma de incluir o pai no sistema. Portanto, qualquer pessoa a quem foi negado o direito de pertencer, independente do motivo, é parte do sistema e influenciam as gerações futuras.

Em 2010, a partir da posição do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) dentro do ambiente garantidor das Normas Constitucionais de 1988 por meio dos mecanismos e normas que o precederam no Brasil, nasceu o direito sistêmico. Legalmente, esse método se

popularizou no Brasil entre 2012 e 2013. O Magistrado Sami Storch do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia começou a usar a Terapia de Constelação Familiar em 2012 para resolver conflitos partidários dos quais participava. Ele conheceu a técnica em terapia pessoal antes de ingressar na magistratura e durante sua aplicação em disputas, surpreendeu-se com os bons resultados. Ele aplicava a técnica da Constelação, iniciando com uma palestra sobre os vínculos familiares, esclarecendo cada um deles, e a melhor maneira de lidar com estas lides. Logo após, abria-se um momento para meditação pessoal, a fim de avaliarem como se sentiam. Para então, dar-se início ao processo constelar (BATISTA, 2019).

Storch (2018) relata que o judiciário não tem conseguido processar e julgar a quantidade de ações que lhe foram apresentadas. A estrutura existente de pessoal e material não é suficiente. Por outro lado, pela necessidade de novos métodos para lidar com os conflitos, esses meios devem permitir não só uma decisão judicial que estabeleça como deve ser a solução de cada conflito, mas, dizer às partes quais são os seus respectivos direitos e obrigações, assim como também dar a paz para eles, permitindo-lhes manter um bom relacionamento futuro e até mesmo lidar amigavelmente com outras questões que surjam.

Em alguns tribunais, o Ministério de Relações Públicas e a Defensoria Pública realizam experiências em áreas de crime com o objetivo de promover a resolução pacífica de conflitos e melhorar a relação entre os réus, às vítimas e suas famílias. Essas constelações servem como práticas auxiliares no trabalho de justiça restaurativa e ajudam a preparar as partes e a comunidade para que possam tomar as medidas adequadas sobre o assunto. Em um cenário familiar e jurídico, as constelações são muito importantes, pois na maioria dos casos em que ocorrem constelações, o resultado é afirmativo, as partes se reconciliaram e a qualidade do relacionamento melhora. Na maioria dos conflitos, não há necessidade de orientação processual, nem todos os prejuízos ocasionados por processos judiciais.

3. METODOS ALTERNATIVOS: O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O Novo Código de Processo Civil foi inovado ao agregar as Normas Fundamentais de Processo Civil expressas em seus primeiros 12 artigos. Durante a implementação dos direitos sociais, ocorreram consequências positivas. Um deles foi o incentivo a métodos alternativos de resolução de conflitos, como reconciliação com mediação e arbitragem.

O Artigo 3º em seus parágrafos destaca a conciliação e a mediação arbitral como meio alternativo de resolução de conflitos. O parágrafo 2º prevê que, sempre que possível, o Estado promoverá a resolução consensual de conflitos. O que ocorreu foi uma reestruturação do processo de 1973 o contencioso codificado vem acontecendo desde antes da promulgação do Novo CCP, como no estabelecimento de tribunais especiais, por exemplo, através da Lei 9.999 / 95.

A conciliação é uma forma de resolução de litígios judiciais ou extrajudiciais. É um meio eficaz de chegar a um acordo com a ajuda de um terceiro neutro, que neste caso é o conciliador que encoraja as partes envolvidas. É extremamente incentivado no Novo CPC, mas antes já foi à Fundação dos Juizados Especiais, instituídos pela Lei 9.099/95.

A novidade é o impulso decisivo para a implementação destas técnicas desenvolvidas por quadros próprios e profissionais qualificados (mediadores e conciliadores) no âmbito da justiça civil e a preocupação em encaminhar os litígios para a forma mais adequada para sua solução. A novidade está na preocupação em resolver os conflitos de forma eficaz. Apenas recentemente começou a encorajar decisivamente os meios consensuais para resolver disputas com a identificação de que eles são os meios mais apropriados em muitos

casos que existe um conjunto de meios possíveis para resolver uma disputa igualmente grave com o processo civil tradicional.

Deve-se notar que inúmeras críticas têm sido feitas recentemente às ações do Judiciário no Brasil. No entanto, o judiciário não tem melhores ferramentas de trabalho. A legislação nacional, além da técnica deficiente, é agora uma produção verdadeiramente caótica. Os instrumentos à disposição do judiciário são deficientes porque a verdadeira liturgia do processo é avaliada além da conta pelos ritos que quase terminam em si mesmos em um investimento de valores.

Consta do artigo 5º da Constituição Federal Brasileira, inciso XXXV, o elemento dispõe que “a lei não excluirá lesões ou ameaças legais da avaliação do judiciário” não procurou estabelecer limites sobre a forma de resolução de conflitos.

4. DIREITO DA FAMÍLIA

A Constituição Federal de 1988 introduziu no direito da família o reconhecimento dos diferentes modelos de família e princípios norteadores dessa área do direito. Ele reconheceu a família como base da sociedade e concedeu-lhe proteção especial do Estado. Com base no princípio da dignidade da pessoa humana, a Carta Magna destacou a pessoa como uma prioridade do Estado Democrático de Direito.

A adolescência se define por características de identificação biológica, social, psicológica e pela faixa etária. Considera adolescente a faixa de 12 a 18 anos de idade, que representa a transição da infância para a fase adulta. Neste sentido, estudiosos consideram como período de vulnerabilidade, puberdade e fragilidade, sendo essencial a garantia de seus direitos junto à sociedade. Os adolescentes estão em constante processo de transformação física e mental, de identidade e de representações sociais, por isso é uma fase de grandes descobertas e dificuldade para lidarem com problemas estabelecidos (ECA, 2015).

De acordo com o art. 21 do Estatuto da Criança e do Adolescente, lei

8.069, de 13 de julho de 1990, dispõe que: “O poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência” (BRASIL, 2015).

O surgimento dos termos “direito da família” e “poder da familiar” no Código Civil, refere-se à ideia de que a família é administrada pelo pai/marido (mantendo um claro status de mestre), direito amplo de decidir e impor tudo. A responsabilidade do pai como chefe da família, decorre da legitimidade moral, porque ele é o provedor das necessidades urgentes de outros membros da família, como alimentação e moradia. No entanto, as mulheres receberam direitos que eram apenas atribuídos aos homens, refletindo na vida política, na vida econômica, salários e oportunidades de trabalho, dando-lhes a igualitária posição de chefe de família (SIEGEL, 2016).

Segundo Siegel (2016) o poder familiar é um conjunto de direitos e deveres estabelecidos entre pais e filhos menores de 18 anos. Esse termo foi introduzido no Código Civil Brasileiro 2002 e substituiu o termo “patriarcado”. Como o próprio nome sugere, o termo destaca a condição de patriarcado na família e nos assuntos de família e de “chefe de família”. Todavia, somente em 2002, eliminavam-se os resquícios do patriarcado. A partir de então, antes da entrada em vigor da lei, os pais assumiram conjuntamente a responsabilidade pelos filhos em igualdade de condições.

Essa estrutura familiar e social foi mantida por muitos anos, basicamente ainda no campo, a família era uma entidade patriarcal, hierárquica pelo casamento. As mulheres eram consideradas inferiores pela sociedade. Para os homens, as mães eram menos capazes de exercer o poder do que os pais, responsabilidades atribuídas pelo instituto. Com o tempo, mudou o conceito de família e isto trouxe questões de igualdade de gênero. A família é a base da sociedade e é especialmente protegida pelo Estado. Segundo a C.F 226, a constituição inclui todas as famílias, independentemente se virem do casamento, união estável, famílias monoparentais. A Constituição Federal também estipula que os pais são obrigados a auxiliar, criar e educar os filhos menores. Portanto, a ideia de “poder familiar”, embutiu em seu conceito obrigação dos pais ou/e responsáveis pelos filhos menores (MORAES, 2016).

Todavia, quando se pensa no termo família, ainda vem em mente o modelo convencional de um homem unido a uma mulher pelo casamento e com filhos gerados pelo casal. Todavia, com o enfraquecimento dos laços entre Estado e igreja resultou em uma intensa evolução social, o que de certa forma colaborou para a mutação do conceito familiar, ocasionando o surgindo de novas estruturas familiares, dificultando ajustá-las em uma terminologia adequada. Pois, o Estado as identificava por meio do casamento, por sempre terem resistência em admitir vínculos de convívio que não fossem formados oficialmente (DIAS, 2011).

4.1 Adoção por diferentes configurações de família

A Constituição Federal de 1988 garante igualdade de todos perante a lei, todavia, quando se trata de minorias isto não ocorre, o preconceito ainda é muito forte e muitas das vezes ainda ganha força de algumas políticas públicas conservadoras. Pouco se tem feito para mudar esse cenário de desigualdade de gênero, o direito a adoção desses casais apesar de já ser um direito, ainda em frente um imenso abismo de dificuldades por conta do preconceito embutido em muitas pessoas dentro das instituições responsáveis.

De acordo com Almeida (2015), a adoção conjunta por casais homoafetivos é uma realidade no contexto da Justiça brasileira, muito embora careça de regulamentação específica. Por isso, o campo em que as práticas acontecem é permeado por incertezas e desafios, o que não impede que novas experiências paulatinamente se consolidem, tanto no terreno da homoafetividade como da pluriparentalidade.

A discriminação é uma ação voluntária regida pelo inconsciente, pois as diferenças pessoais geram o estranhamento do diferente, do novo, do cultural. As relações interpessoais de cada indivíduo influenciam em suas ações, os valores e costumes familiares são mais valorosos do que a igualdade e os direitos dos indivíduos, acarretando a não aceitação do que não segue os padrões sociais.

Portanto, se todos são iguais perante a lei, os casais homoafetivos têm os mesmos direitos de um casal heterossexual, pois é inegável o direito a construção familiar, e este direito não deve ser visto como privilégio, mas sim como direito irrefutável garantida por lei. Toda criança e adolescente tem direito a uma família amorosa, presente e que lhe proporcione educação, moradia, alimentação e afeto, independentemente da orientação sexual dos seus tutores

4.2 Conflitos familiares

Quando surgem conflitos no seio familiar e apenas o diálogo entre seus membros não é mais capaz de resolvê-los, é necessário buscar uma alternativa para solucionar esses problemas. Muitos casais que não conseguem mais superar as barreiras juntos por solidariedade decidem dissolver a união por meio da separação ou do divórcio. Ainda existem questões de propriedade que afetam as famílias ou bancos subsequentes, por exemplo, devido à indiferença devido à herança. As causas que podem criar esses conflitos são muitas.

Na maioria dos casos, especialmente quando há separação de casais dos quais muitas uniões produziram filhos, as famílias escolhem a jurisdição do judiciário para resolver o conflito. No entanto, existem soluções alternativas extrajudiciais ou mesmo legais que podem ser usadas em disputas. Nesse sentido, ocorre a análise do que se entende por uso de conflito.

Em 29 de novembro de 2010, o Conselho Nacional do Poder Judiciário emitiu a Resolução nº 125/2010, na qual foi implementada uma política judicial nacional no âmbito do Poder Judiciário para o tratamento adequado da resolução de conflitos. Por meio desta resolução, os centros especializados em gestão de conflitos, com a participação de quem atende aos seus interesses e a manutenção das relações, devem oferecer soluções mais adequadas a qualquer tipo de conflito.

Quando o ministro Cezar Peluso tomou posse no Supremo Tribunal Federal (STF), expressou em seu discurso a necessidade de incluir no sistema judiciário vias alternativas de conflito, a fim de reduzir o número de processos que dão maior qualidade à lei. Após sua posse, o ministro nomeou uma comissão para implementar uma política nacional que promova meios alternativos de resolução de conflitos. Nesse momento, o CNJ alterou e publicou a resolução nº. 125/2010 para implementar esta diretiva.

4.3 Alienação parental

A alienação parental ocorre quando um dos pais (ou alguém que tem custódia da criança, como um avô) tenta “programar” a criança para que odeie o ex-companheiro. Um pai ou responsável usa um filho para atacar outro pai indiretamente ou tenta controlar os sentimentos do filho pelo outro pai, por meio de chantagem emocional. Os pais que praticam a alienação parental podem ser punidos de várias maneiras, tais como: advertência; expansão da vida familiar para beneficiar o outro progenitor, multas para o outro progenitor, guardas revertendo e suspendendo o poder familiar.

Projeto de Lei 4.053/2008, que cria mecanismos para punir pai ou mãe que incita o filho odiar o outro após a separação (alienação dos pais), foi aprovado em julho de 2009 pela Comissão Aprovada de Previdência Social, e foi aprovada na Comissão Constitucional, Judicial e Cidadã (CCJC) é confirmada no Senado, onde recebeu sanção do presidente, Mas tarde, substituída pela Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010. É uma lei cujas regras já foram adotadas pela jurisprudência, e pela razão doutrinária que revela um verdadeiro padrão de adaptação ao contexto social.

Em processos contenciosos de separação e divórcio, enfrenta uma grande variedade de conflitos entre ex-cônjuge, principalmente quando estão em jogo os filhos desta união. A alienação parental às vezes ocorre em famílias divididas, quando os pais não conseguem ficar juntos por algum motivo e o responsável manipula a criança e/ou adolescente para romper a relação afetiva com um dos pais. A alienação parental é caracterizada por uma conexão entre a dependência pronunciada e a submissão da criança e/ou adolescente ao progenitor

que tem a custódia, a fim de dificultar a vida com o progenitor que não detém a guarda.

Feitas as afirmações, é importante sublinhar que é dever do Judiciário determinar a alienação dos pais para evitar que se transforme em uma síndrome que aflige a criança e impede seu desenvolvimento. Quando o direito à vida familiar é negado, os deveres inerentes à responsabilidade parental não são cumpridos. Cabe ao procurador da família respeitar os direitos da criança e/ou adolescente e do pai separado, sendo que o processo não prejudica a criança de forma alguma; esta deve ser protegida de forma a garantir o direito a uma vida familiar saudável e a garantir que o progenitor responsável pela alienação sofre as consequências jurídicas deste ato.

4.4 Contribuições da constelação sistêmica familiar ao poder judiciário

O conflito é inerente à condição humana. Eles estão presentes na constituição da sociedade desde o início da evolução e surgem por meio da interação social. Nas civilizações mais primitivas e remotas, os conflitos foram resolvidos pela lei do mais apto. Desde o advento do Código de Hamurabi, as controvérsias passaram a ser resolvidas com base na proporcionalidade entre o ato praticado e a punição. Hoje, o sistema jurídico é muito diferente dessas regras anteriores. A lei está mudando constantemente, à medida que a sociedade cresce, ela se aprimora.

Em 2010, com a resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça, a política judicial passou a promover e implementar práticas autorizadas e consensuais. Em 2015, a Lei 13.140 estabeleceu o arcabouço legal da mediação no Brasil e em 2016 entrou em vigor o novo código de processo civil, dando prioridade aos meios consensuais de solução de controvérsias relacionadas a litígios (BECKENKAMP; BRANDT, 2019).

No Brasil, a cultura de judicialização se enraizou na sociedade e culminou na superlotação do Poder Judiciário. A forma como a disputa se auto constituiu acabou por ser um meio de socorro ao Judiciário e estabeleceu um novo paradigma no universo jurídico.

A técnica ajuda a compreender e harmonizar transtornos de comportamento e situações de conflito com uma análise fenomenológica do caso; esclarece o que gerou o confronto; defende o desenvolvimento de empatia entre os participantes; e permite observar a consciência coletiva no caso da constelação. Em outras palavras, a constelação sistêmica permite compreender todo o sistema que contém o conflito e, a partir disso, tenta propor soluções para remediar permanentemente as causas que dão origem ao litígio.

As leis sistemáticas, aplicadas no judiciário, não têm como objetivo substituir a arbitragem e a mediação, mas sim sensibilizar as partes para facilitar a celebração de acordos e restabelecer o diálogo. As reuniões geralmente são realizadas antes das audiências. Considerando os altos índices de desempenho 27 associados ao uso da técnica de Hellinger, embora não haja uma legislação que trate especificamente dessa técnica, ela está se espalhando rapidamente no mercado interno. Por exemplo, o TJDF tem um projeto para desenvolver essa prática. Existem também diversos cursos extensos e especializados no mesmo assunto, espalhados por todo o Brasil (BECKENKAMP; BRANDT, 2019).

No Maranhão, nos dias 27, 30 e 31 de maio, aconteceu o 1º Centro Judiciário de Resolução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC), no Fórum Desembargador Sarney Costa, para audiências específicas sobre o reconhecimento de paternidade, divórcio consensual, reconhecimento e dissolução conjugal, pensão alimentícia e partilha de bens. Qualquer pessoa que tenha ou não tenha ação em uma das varas de família de São Luís poderia comparecer e marcar audiência para essas datas (CGJ-MA, 2016).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As identificações de membros normais e anormais da família, bem como os conflitos entre os membros, são a essência do estudo das Constelações Familiares. Nesse contexto, o objetivo deste estudo foi demonstrar como as

Constelações de Família podem contribuir para a resolução de conflitos no Direito da Família, observando sua aplicação para auxiliar as partes envolvidas a identificar o que deve ser esclarecido, integrado, como meio para o estabelecimento de ordens sistêmicas de amor, que possibilitem uma decisão harmoniosa das partes envolvidas.

Pela Lei da Mediação, a lei estipula que numa fase do processo é necessário tentar resolver o conflito por outros meios, dando assim efeito jurídico à “Constituição da família”, emboscando uma relação harmoniosa entre as partes no processo. A dinâmica da técnica da Constelação Familiar pode ser utilizada antes da audiência de mediação, com o intuito de mostrar às partes o que está oculto em seu conflito. O mediador identifica as causas da disputa, trabalha as ideias contrárias, para que, a partir do entendimento, encontre uma forma de resolver o problema. Assim, a contribuição dos novos métodos de resolução de conflitos, especialmente a constelação familiar, é um dos métodos de acordo amigável satisfatório para as partes e casos apresentados ao método.

O programa é universal e pode ser superposto a todas as áreas do relacionamento interpessoal, auxiliando na superação de obstáculos ao crescimento e desenvolvimento da personalidade. Um dos objetivos deste trabalho é estudar o uso de métodos alternativos de resolução de conflitos e suas previsões no Novo Código de Processo Civil (NCPC) e abordar especificamente as constelações familiares, suas origens e as fragilidades do amor.

Constatou-se que o novo Código de Processo Civil (NCPC), Lei nº 13105/2015, trouxe alteração em sua revisão que propunha a utilização de métodos alternativos, deu atenção especial à arbitragem e mediação, e deixou margem para a utilização de a relação da constelação. A Resolução nº 125/10 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) promove a resolução consensual e pacífica de conflitos, incentiva a automontagem sempre que possível e capacita as partes a encontrarem um desfecho que lhes permita crescer sob os auspícios do mediador. A norma processual que está em vigor na cultura jurídica brasileira há anos pode ser gradativamente abandonada se forem aplicados os conceitos amparados pela Resolução nº 125/2010.

Referências

ALMEIDA, Maurício Ribeiro De. **Os processos subjetivos no acolhimento e na adoção de criança por casal homoafetivo**: um estudo de caso. 2015. Disponível em: <http://www.unisalesiano.edu.br/simposio2015/publicado/artigo0219.pdf>. Acesso em: 8 de julh. de 2022.

ARRIOLA, Elvia R. **Desigualdade de gênero**: lésbicas, gays e teoria legal feminista.1994. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/16221>. Acesso em: 12 de out. de 2022.

AZUL, Jamile Gonçalves Serra. **O direito sistêmico como uma nova abordagem de solução extrajudicial de conflitos no âmbito da defensoria pública**. Universidade Anhaguera, 2013. Disponível em: http://www.defensoria.ms.def.br/images/imagesdefensoria/TextosDefensoria/Direito_Sistemico_e_Defensoria.pdf. Acesso em: 15 de out. de 2022.

BATISTA, Raquel Lima. **Direito sistêmico e as leis do amor**: as constelações familiares como método alternativo para a solução de conflitos no direito de família.

BECKENKAMP, Cristine; BRANDT. **O direito sistêmico**: a aplicação das técnicas de constelações familiares para tratamento dos litígios nas varas de família. XVI Seminário Internacional. Demandas sociais e políticas públicas na sociedade contemporânea. XII amostra de trabalhos científicos. ISSN: 23583010, 2019. Disponível



em: <http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/download/19650/1192612364>. Acesso em: 20 de jun. de 2022.

BRASIL. **Organizações das Nações Unidas. 2015.** Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/topicos/10617880/artigo-21-da-lei-n-8069-de-13-de-julho-de-1990>. Acesso em: 11 de out. de 2022.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

ECA. **Estatuto da Criança e do Adolescente.** 1. ed. São Paulo: Eureka, 2015.

MORAES, Stephane Ramos. **Multiparentalidade e seus efeitos no âmbito do direito de família.** PUC: Departamento de Direito, 2016. Disponível em: [http://maxwell.vrac.puc-rio...\(puc-rio.br\)](http://maxwell.vrac.puc-rio...(puc-rio.br)). Acesso em: 02 de jul. de 2022.

MÜLLER, Vera Regina. Alienação parental: visão jurídica em uma análise psicológica. 2017. **rev. Cippus** – Unilasalle, Canoas/RN ISSN: 2238-9032.

Disponível em:

<http://revistas.unilasalle.edu.br/index.php/Cippus/article/view/3161>. Acesso em: 27 de set. de 2022.

SIEGEL, Frederico Andrade; NETO, Francisco José Rodrigues de Oliveira; SOARES, Josemar Sidinei. **A guarda, a guarda compartilhada e o poder familiar: implicações práticas.** Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.11, n.3, 3º quadrimestre de 2016. Disponível em: <http://www.univali.br/dieritoepolitica>. Acesso em 12 de out. de 2022.

STORCH, Sami. **Direito sistêmica é uma luz no campo dos meios adequados de solução de conflitos. 20 de jun. de 2018.** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2018-jun-20/sami-storch-direito-sistematico-e-uma-luzsolucao-conflitos>. Acesso em: 19 de nov. de 2022.

VALL, Janaina. **Direito sistêmico: o Modelo de Constelação de Berth Hellinger e a Teoria da Complexidade de Edgar Morin** – convergências e significâncias. UNI7, 2017. Disponível em: <http://periodicos.uni7.edu.br/index.php/iniciacaocientifica/article/view/352>. Acesso em: 20 de out. de 2022.



6

SISTEMA PRISIONAL E A RESSOCIALIZAÇÃO DO PRESO
PRISON SYSTEM AND THE PRISONER'S RESOCIALIZATION

Mara Bruna Cardoso Franco

Resumo

Em face aos inúmeros problemas do sistema carcerário brasileiro como superlotação, ineficiência no que se refere à correção e ao alto índice de reincidência, torna-se cada vez mais necessário a utilização de meios que possam auxiliar na resolução desses problemas, um desses meios seria o das penas alternativas. Utilizadas em muitos países, tais como Rússia, Inglaterra, França, Alemanha, Estados Unidos, Canadá; no Brasil, somente com a Reforma de 1984, foram instituídas, no Código Penal, as chamadas penas restritivas de direitos (prestação pecuniária, perda de bens e valores, prestação de serviços a comunidade, interdição temporária de direitos, limitação de fim de semana - dispostas no art. 43 do Código Penal; além da pena de multa, disposta no art. 49). As penas alternativas são aplicáveis em substituição à pena privativa de liberdade inferior a um ano, em crimes dolosos ou em crimes culposos qualquer que seja a pena. Atende a requisitos como: não ser reincidente e ter bons antecedentes. As vantagens da aplicação das penas alternativas em crimes de menor potencial ofensivo são que o condenado não é retirado de seu convívio social, não fica exposto aos malefícios da prisão, cumpre pena no exercício de atividade em prol da sociedade sendo possível uma ressocialização do infrator.

Palavras-chave: Sistema carcerário brasileiro. Superlotação. Políticas públicas.

Abstract

In view of the countless problems of the Brazilian prison system, such as overcrowding, inefficiency in terms of correction and the high rate of recurrence, it is increasingly necessary to use means that can help solve these problems, one of these means would be the alternative sentences. Used in many countries, such as Russia, England, France, Germany, United States, Canada; in Brazil, only with the 1984 Reform, so-called restrictive rights penalties (pecuniary provision, loss of assets and values, provision of services to the community, temporary interdiction of rights, weekend limitation) were introduced in the Penal Code - provided for in article 43 of the Penal Code, in addition to the fine, provided for in article 49). Alternative penalties are applicable in substitution to the penalty of deprivation of liberty of less than one year, in willful crimes or in culpable crimes whatever the penalty may be. Meets requirements such as: not being a repeat offender and having a good record. The advantages of applying alternative penalties in crimes of less offensive potential are that the convicted person is not removed from his social life, is not exposed to the harms of prison, serves a sentence in the exercise of activity in favor of society and the offender may be re-socialized.

Keywords: Brazilian prison system. Over crowded. Public policy.

1. INTRODUÇÃO

A presente pesquisa aborda o tema o sistema prisional e a ressocialização dos presos atualmente no Brasil, tema muito importante e de grande relevância para os debates acadêmicos.

O objetivo é apontar o caminho que o condenado precisa para trilhar por sua vida pregressa para viver sem preconceitos no meio familiar e entre a sociedade que e que preconceitos existem de tal forma em que há uma resistência muito grande em dar uma segunda oportunidade ao egresso.

Este tema foi selecionado, justifica-se, pois guarda em si importante aspecto relacionado ao sistema prisional o qual oferece poucas oportunidades para o preso se ressocializar depois dos erros cometidos dentro da cadeia. Nota-se que dentro do presídio eles pagam pelo preço, mas todo detendo tem o direito e oportunidade de integrar novamente na sociedade.

Diante disso existe um problema, há solução para aumentar a efetividade da ressocialização através de um sistema de acompanhamento eficiente e de ressocialização? Questão interessante de ser discutida em virtude de grande interesse da sociedade comum e jurídica do País, tendo tomado, atualmente, grandes proporções em decorrência da piora das condições, carcerária, penais e ressocializadoras. Quando o ex-detento sai da cadeia ele passa por um processo de reintegração social, dessa forma seria mais justo se ele tivesse a oportunidade de receber uma ajuda como trabalhar e estudar dentro da penitenciária.

No primeiro capítulo realiza-se um breve histórico e discorre acerca do sistema prisional brasileiro. No segundo capítulo realiza-se uma discussão sobre a ressocialização. Por fim, no último capítulo fala-se acerca da reincidência criminal.

O método de pesquisa que será utilizado para atingir o objetivo geral do trabalho é a pesquisa documental com consulta a livros, artigos, periódicos, legislação, sites.

2. O SISTEMA PRISIONAL

O sistema prisional brasileiro vem enfrentando uma séria crise nas últimas décadas. De acordo com Bitencourt (2011) são presídios lotados, falta de higiene, de assistência dentre outros problemas. Com isso, acredita-se que a ressocialização, na maioria das vezes, não acontece como se deseja.

Segundo Nucci (2012, p. 1000), a expressão ressocializar significa “tornar a socializar (-se), ou em outro sentido, seria fazer com que alguém volte a integrar dada sociedade”. A ressocialização dos apenados é um tema muito discutido na seara judiciária e é também um problema de responsabilidade do Estado. Contudo, ultimamente há um grande questionamento em torno da pena privativa de liberdade, pois a crise carcerária tem falhado na ressocialização do apenado, como elucida Bitencourt:

Atualmente predomina uma atitude pessimista, que já não tem muitas esperanças sobre os resultados que se possa conseguir com a prisão tradicional. A crítica tem sido tão persistente que se pode afirmar, sem exagero, que a prisão está em crise. Essa crise abrange também o objetivo ressocializador da pena privativa de liberdade, visto que grande parte das críticas e questionamentos que se fazem à prisão refere-se à impossibilidade – absoluta ou relativa – de



obter algum efeito positivo sobre o apenado (BITENCOURT, 2011, p. 351).

As prisões chegam a abrigar mais de 30 presos em uma única cela, que são muitas vezes, escuras, fétidas, imundas etc.

2.1 Efeito da reincidência

Diversos são os efeitos da reincidência, a primeira e a principal é ser uma agravante genérica obrigatória como disposto no artigo 61 do Código Penal. Este agravante age diretamente na pena imposta, aumentando o *quantum* a que estará sujeito o condenado (CAPEZ, 2012).

São inúmeras as consequências da recidiva, via de regra está presente sempre que o legislador concede benefícios aos sujeitos à lei penal, e os nega a outros por estar na condição de reincidente. A título de exemplo citam-se algumas consequências, porém sem o objetivo de esgotá-las: Rol extraído da obra de Cleber Masson:

Na pena de reclusão, impede o início do cumprimento da pena privativa de liberdade em regime semiaberto ou aberto, e, na pena de detenção, obsta o início do cumprimento da pena privativa de liberdade em regime aberto (CP, art. 33, caput, e § 2.º);

Quando em crime doloso, é capaz de impedir a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (CP, art. 44, II);

No concurso com atenuantes genéricas, possui carácter preponderante (CP, art. 67);

Se em crime doloso, salvo quando imposta somente a pena de multa, impede a concessão de sursis (CP, art. 77, I, e § 1.º);

Autoriza a revogação do sursis (CP, art. 81, I e § 1.º); do livramento condicional (CP, art. 86, I e II, e art. 87) e da reabilitação, se a condenação for a pena que não seja de multa (CP, art.95);

Quando em crimes dolos, aumenta o prazo para a concessão do livramento condicional (CP, art. 83, II).

Impede o livramento condicional em crimes hediondos ou equiparados em caso de reincidência específica em crimes dessa natureza (CP, art. 83, V);

Se antecedente à condenação, aumenta de um terço o prazo da prescrição da pretensão executória (CP art. 110, caput);

Se posterior à condenação, interrompe a prescrição da pretensão executória (CP, art. 117, VI);

Impede a obtenção do furto privilegiado, da apropriação indébita privilegiada, do estelionato privilegiado e da receptação privilegiada (CP, arts. 155 § 2.º, 170, 171, § 1.º, e 180, § 5.º, *in fine*);

Obsta os benefícios da transação pena e da suspensão condicional do processo (Lei 9.099/95, art. 76, § 2.º, I, e art. 89, *caput*);

Autoriza a decretação da prisão preventiva, quando o réu tiver sido condenado por crime doloso (CPP, art. 313, II) (MASSON, 2014, p. 686-68).

Como visto, não há limites dos inúmeros benefícios que o agente reincidente está ex-

cluído. Fica a cargo do legislador, por motivos de política criminal, excluir, sob o argumento da reincidência, aqueles que, em tese, teriam direito aos benefícios legais. São tantos graves para um instituto que se demonstra incompatível com os princípios constitucionais que norteiam todo o ordenamento brasileiro, sobretudo o direito penal (CAPEZ, 2012).

Contudo, um maior isolamento do condenado é apenas uma medida paliativa, posto a diversidade dos direitos tolhidos, sem nenhuma identidade ou relação entre eles aptas a demonstrar os efeitos positivos na sociedade.

2.2 Prova da reincidência

Para Queiroz (2008, p.341), “deve-se juntar aos autos certidão cartorária que demonstre o trânsito em julgado para fins de se provar a reincidência criminal”. Afirmam que a simples folha de antecedentes não basta, pois pode haver equívocos’.

Almeida (2012, p. 64) declara que “na certidão é obrigatória a data em que a sentença condenatória passou em julgado, assim como a data de possível extinção ou cumprimento da pena”.

Como assevera Mirabete (2012, p. 295) “essa data é de suma importância para o computo do prazo quinquenal, visto que, não cumprida a pena, o prazo deve correr da data da extinção, pouco importando o motivo que deu causa”.

Contudo, o entendimento do STJ diverge da doutrina dominante. Assim julgando o *habeas corpus* número 121244/MS, da 5ª turma.

A certidão de antecedentes criminais exarada pelo Departamento de polícia Federal é documento hábil para comprovar a existência de maus antecedentes e a reincidência, quando contém as informações necessárias para esses fins, tais como o número da ação penal, tipo de crime, data da condenação, quantidade de pena imposta e trânsito em julgado da sentença condenatória (BRASIL, STJ, 2006).

O STF julgando o *Habeas Corpus* número 107274/MS refutou a alegação que a certidão cartorária é imprescindível para comprovar a recidiva. “Não procede a alegação de que certidão cartorária atestando o trânsito em julgado de eventual condenação inviabilizaria o reconhecimento de maus antecedentes/reincidência e que a folha de antecedentes criminais não serviria para esse fim” (BRASIL, STJ, 2008).

De fato, não há legislação penal que verse sobre a prova da reincidência, ficando a cargo dos tribunais verificarem a idoneidade dos documentos posto como prova em eventual demanda criminal. Ademais, não se pode recusar fé a documentos públicos em conformidade com o artigo 19, inciso II da Constituição Federal.

2.3 Teoria das penas

A sistemática de penas alternativas reformula a concepção clássica da pena como medida eminentemente punitiva e introduz a ideia da pena como medida socioeducativa.

O estudo da pena é feito por três grupos que compreendem as teorias absolutas, as relativas e as mistas. Na teoria absoluta, pune-se porque se cometeu um crime, é uma retribuição do Estado ao criminoso em vista do crime praticado por ele. Já a teoria relativa

visa um fim utilitário, reeducativo e preventivo. E, na teoria mista, existe um pouco de cada uma das outras teorias, tendo a pena índole retributiva, mas que também visa aos fins utilitários de reeducação do criminoso”.¹

O entendimento, é o de que, com a evolução do Direito de Penal (Direito de Punir), há um princípio de humanização das penas, deixando de serem aplicadas penas mais severas, desnecessárias, desumanas, cruéis ou degradantes.

Esta insuficiência do sistema penal repressivo/punitivo deve-se a uma contradição em sua concepção e a finalidade da pena, como bem assevera Costa:

Como já foi observado, há uma contradição entre o processo de encarceramento e a finalidade de recuperação do apenado. Edicutei em minha Criminologia que a sociedade fechada deforma a personalidade do condenado, alimenta a sua revolta, corrompe e avilta, pois, as prisões possuem um tripé de vulnerabilidade sistêmica (superlotação, promiscuidade e ociosidade). “É indubitável que quanto mais tempo o apenado permanecer na fechada mais inapto estará para se reintegrar à sociedade aberta”.²

Em função destas constatações acima referidas, percebe-se uma tendência dos sistemas penais modernos no sentido de incorporar providências outras que não aquelas restritas à privação da liberdade.

De acordo com Americano:

Em atenção às considerações de que a pena existe porque é indispensável à resposta do Estado à violação dos princípios básicos da convivência humana e que é indispensável a recuperação dos criminosos, pelo menos sempre desejável, os Códigos Penais modernos, têm procurado acrescentar ao rol das medidas punitivas outras providências que indicam a repugnância do Estado à privação de liberdade, sem os inconvenientes do afastamento total do criminoso do meio social em que vive.³

Portanto, se faz importante medidas alternativas a fim de ressocialização.

3. RESSOCIALIZAÇÃO

Este capítulo vai abordar sobre a ressocialização, abordando sobre o sistema prisional e a ressocialização, bem como apresentaria uma entrevista com um apenado e a realidade do país sobre as prisões e os dados.

Pensando nisso, optou-se por realizar uma pesquisa observando os dois lados: o da Justiça e o do apenado.

3.1 O sistema prisional e a ressocialização com as penas alternativas

Foi realizada a primeira pergunta para a Excelentíssima Juíza, questionando se o sistema utilizado no Distrito Federal permite acreditar na ressocialização.

1 JESUS, Damásio E. **Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 457.

2 COSTA, Álvaro Mayrink da. **Curso de direito penal: parte geral**. 3. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 449-466.

3 AMERICANO, Odin I. do Brasil. **Manual do direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 391.

Em resposta, a juíza disse:

“Sim. Os órgãos de execução penal trabalham arduamente todos os dias em prol da ressocialização. Seria incoerente eu não acreditar na ressocialização, considerando todo o esforço diário feito pelo Juízo da VEP pela melhoria do sistema penitenciário”.

Bitencourt (2011, p. 5) afirma “que a pena não ressocializa, mas estigmatiza, porém, é muito difícil ressocializar uma pessoa que sofre uma pena e vive em péssimas condições, isto é, não há respeito pela dignidade humana”. Por isso, a pena privativa de liberdade tem gerado inúmeras críticas de vários autores, porque os presídios estão muito lotados. Observa-se as controvérsias geradas pela juíza e pelo autor.

Nesta perspectiva, Camargo retrata a necessidade de mudanças conjunturais urgentes:

Mudanças radicais neste sistema se fazem urgentes, pois as penitenciárias se transformaram em verdadeiras “usinas de revolta humana”, uma bomba-relógio que o judiciário brasileiro criou no passado a partir de uma legislação que hoje não pode mais ser vista como modelo primordial para a carceragem no país. O uso indiscriminado de celular dentro dos presídios, também é outro aspecto que relata a falência. Por meio do aparelho os presidiários mantêm contato com o mundo externo e continuam a comandar o crime. Ocorre a necessidade urgente de modernização da arquitetura penitenciária, a sua descentralização com a construção de novas cadeias pelos municípios, ampla assistência jurídica, melhoria de assistência médica, psicológica e social, ampliação dos projetos visando o trabalho do preso e a ocupação, separação entre presos primários e reincidentes, acompanhamento na sua reintegração à vida social, bem como oferecimento de garantias de seu retorno ao mercado de trabalho entre outras medidas (CAMARGO, 2011, p. 54).

Nesse sentido, Assis (2007) debate que o Estado não cumpre o seu papel de ressocializar, porque não cumpre a função de ressocialização dos apenados, pois não existe eficácia nas fiscalizações que coíbem a criação dos subsistemas sociais que as prisões comandam pelos detentos.

Na terceira pergunta, a juíza foi questionada sobre a existência de medidas educacionais e profissionalizantes para que os apenados saiam do presídio em condições de voltarem ao convívio social e quais eram. Ela respondeu que:

“Todas as unidades prisionais do Distrito Federal possuem Núcleos de Ensino. Neles são oferecidos os cursos do Ensino Fundamental e Médio, na modalidade de Educação de Jovens e Adultos – EJA. As aulas são ministradas por professores altamente qualificados, do quadro da Secretaria de Educação do Distrito Federal, sendo importante destacar que, ainda no final do ano de 2015, o Governo do Distrito Federal institucionalizou o ensino no sistema penitenciário, criando o Centro Educacional 1 de Brasília – uma estrutura escolar 100% destinada à população carcerária, com um plano político-pedagógico adaptado à realidade de seu público-alvo. Além disso, a Subsecretaria do Sistema Penitenciário credencia instituições de ensino que oferecem cursos à distância. Assim, após autorização do Juízo da VEP, essas instituições oferecem cursos de qualificação profissional ou aperfeiçoamento dos estudos em todas as unidades prisionais. Ainda ligado às atividades de ensino, temos o projeto

de remição de pena pela leitura, que será iniciado nos próximos dias. Todos os anos, os reeducandos têm a oportunidade de realizar as provas do ENEM, que possui data específica de aplicação no interior das unidades prisionais. O sistema penitenciário realiza anualmente concursos culturais e educacionais. No ano passado, alguns reeducandos foram premiados em concurso de redação realizado pelo Sindicato dos Professores.

Além disso, a Fundação de Amparo ao Trabalhador Preso – FUNAP, firma parcerias para encaminhar os reeducando ao mercado de trabalho. Hoje, o Distrito Federal tem mais de 1000 reeducandos trabalhando por meio de convênios firmados com a FUNAP.

Nas unidades prisionais há oficinas de panificação, serigrafia, conserto de bicicletas, construção de cadeiras de rodas, confecção de adereços para animais, confecção de uniformes, informática. A parceria com ONGs que trabalham com a proposta de inclusão digital também oferece aos reeducandos cursos de operador de microcomputadores e atendente de telemarketing. Há, ainda, parcerias com o SENAC e o SENAI, que oferecem importantes cursos de qualificação profissional de média duração, que abrem muitas oportunidades de trabalho aos reeducandos”.

É interessante mostrar que a juíza apresenta tantas condições dos presos serem ressocializados como os cursos apresentados, as oportunidades de estudo e não se vê resultados para a maioria dos apenados.

Segundo Lourenço (2010, p. 5), “a ressocialização precisa ser observada como uma via de mão dupla. Pouco adiantará reeducar o apenado e dar-lhe capacitação profissional se a sociedade não o receber adequadamente”.

Por isso, a pena privativa de liberdade tem gerado inúmeras críticas de vários autores, porque os presídios estão muito lotados.

3.2 Reflexões sociológicas do direito alternativo

O Direito, entretanto, não se esgota na lei. O Direito é sistema de princípios (valores); definem, orientam a vida jurídica (inter-relação de condutas). A lei, nem sempre, traduz, projeta esse comando. Não raro, a lei busca impedir, ou, pelo menos, retardar a eficácia do princípio. Nem sempre o concretiza. O salário-mínimo, na Constituição da República (art. 7º, IV), é enunciado como “[...] capaz de atender as necessidades básicas do trabalhador e de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social [...]”.

Não raro, existe descompasso entre o princípio e a lei. O Direito não se confunde com a lei. A lei deve ser expressão do Direito. Historicamente, nem sempre o é. A lei, muitas vezes, resulta de prevalência de interesses de grupos, na tramitação legislativa. Apesar disso, a Constituição determina: “Ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Aparentemente, a lei (sentido material) seria o ápice da pirâmide jurídica. Nada acima dela. Nada contra ela. A Constituição, entretanto, registra também voltar-se para “assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceito, fundada na harmonia social [...]”.

Ainda que não o proclamasse, assim cumpria ser. A lei precisa ajustar-se ao princípio.

Em havendo divergência, urge prevalecer a orientação axiológica. O Direito volta-se para realizar valores. O Direito é o trânsito para concretizar o justo.

O Judiciário, visto como Poder, não se subordina ao Executivo ou ao Legislativo. Não é servil, no sentido de aplicar a lei, como alguém que cumpre uma ordem. Impõe-se-lhe interpretar a lei conforme o Direito. Adotar posição crítica, tomando como parâmetro os princípios e a realidade social. A lei, tantas vezes, se desatualiza, para não dizer carente de eficácia, desde a sua edição.

O Judiciário precisa rever a ideia de normas da Constituição não autoaplicáveis, dependentes de regulamentação. Na falta de lei específica, invoquem-se os princípios. A solução do caso concreto virá naturalmente. Para homenagear os positivistas, registre-se a viabilidade (posta em lei) de recorrer-se também à analogia e aos princípios gerais do Direito.

O Poder Judiciário precisa ponderar que o Direito não é neutro. Fato e norma estão envolvidos pelo valor, traduzindo um significado, indicando assim uma direção. As proclamações dos Direitos Humanos não acontecem por acaso, não se restringem a simples enunciados acadêmicos. Concretizam, isso sim, reivindicações, exigências em homenagem ao homem, parâmetros para realizar o justo. O Judiciário tem importante papel político, suas decisões precisam traduzir o Direito da história (a história do Direito orienta nesse sentido, apesar das inúmeras resistências). Caso contrário, o magistrado, passa a ser servidor burocrático, mero fazedor de estatística.

Esse direito representa arma de combate na busca do novo; é um dos instrumentais do ativista jurídico que ambiciona colocar seu saber na perspectiva de novo tipo de sociedade, que quer comprometer-se com os pobres, combatendo à passividade dos juristas.

O direito alternativo em sentido estrito: emerge do pluralismo jurídico. É o direito paralelo, emergente, concorrente, insurgente, achado na rua. É direito construído pela população na sua caminhada libertária, ou seja, o povo constrói direitos na busca de soluções a seus problemas, até em conflito com o direito oficial. Reconhece-se que num mesmo espaço geográfico, num mesmo momento histórico, existem direitos que caminham paralelamente, às vezes em conflito.

Este direito alternativo deve ser efetivado desde que resuma conquistas democráticas, busque sociedade mais justa e tenha por limite os princípios gerais do direito.

É de se ter claro que a alternatividade não advoga inexistência de leis, busca-se uma dominação justa em oposição à liberdade de dominação ou às formas injustas de dominação.

É que alguns se revelaram cansados de ter sua atuação dirigida para colocar pobres na cadeia e decretar despejos. Com ajuda de intelectuais, foi descoberto tardiamente que o fenômeno jurídico poderia ser visto de local diferenciado que desse respaldo à utopia que os animava.

Enfim, o direito alternativo, por estar comprometido com o diverso do usual predominante, por ter assumido posição de classe, por não ter compromisso com dogmas, permite atuação firme e eticamente definida de estar ao lado do frágil.

Ensina Clémerson Merlin Cléve em precioso artigo que: “O movimento não é necessariamente homogêneo e que, a partir de vários aportes e vias teóricas, pretende favorecer a emancipação das classes populares através do Direito. Ou seja, o Direito para o movimento, desafia novas abordagens e práticas”.⁴

⁴ CLÉVE, Clemerson Merlin. A teoria constitucional e o direito alternativo. In: SEMINÁRIO NACIONAL SOBRE O USO ALTERNATIVO DO DIREITO, 1993. Rio de Janeiro. Anais... Rio de Janeiro, jul. 1993.

Atualmente, o operador desempenha papel vital na consolidação de posições renovadas no contexto social, econômico e político. Cumpre, pois, agora, resgatar a dogmática jurídica. Aliás, é importante dizer que não é possível confundir a dogmática com o dogmatismo. O dogmatismo é o apego preconceituoso e irrefletido a dogmas. O que importa para o jurista participante é impregnante práticas jurídicas, oferecendo, no campo da dogmática, novas soluções, novas fórmulas, novas interpretações, novas construções conceituais.

Brilhante ensinamento de Amilton B. de Carvalho, de que:

A efetivação da norma é momento posterior ao da sua promulgação e depende da correlação de forças entre os diversos segmentos da sociedade. Aqui, além da atividade do operador jurídico, necessária, muita vez, a mobilização popular. Além da concretização, a luta implica não permitir retrocesso na busca permanente e renovável da utópica vida em abundância para todos.⁵

Claro, pois, que a posição positivação carrega vantagens e é conquista desde que tenha por fim a concretização dos princípios, desde que instrumentalize a aplicação das conquistas da humanidade, que são criados e renovados e destruídos pela sociedade civil na sua caminhada histórica na busca da vida digna. A humanidade no seu andar, pois, constrói direitos que são erigidos à condição de princípios norteadores, universais. Assim o são o direito à vida, à liberdade, à igualdade. Os princípios não são eternos, nem absolutos, mais históricos.

A partir dos princípios, emergem normas legais que buscam colocá-los em prática, ou seja, no mundo real, sob pena de tenderem a servir tão só de adornos. A forma de os princípios se fazerem presentes é através da lei. Eles são panos de fundo donde deve emergir a legalidade e dão o suporte interpretativo ao operador jurídico.

A alternatividade busca, via positividade combativa, estratificar as conquistas legais que permitem que os princípios aterrissem na vida diária. E quanto tal acontece, o jurista deve atuar no limite do positivado como forma de politizar a interpretação.

Cada povo em sua caminhada histórica constrói/destrói direitos na busca de soluções em sua organicidade. E tais direitos podem estar em conflito com aquele oriundo da atividade estatal, isto é, direitos que caminham paralelamente.

Roberto Aguiar ensina que:

[...] Devemos lembrar que não é o Estado que outorga direitos, mas sim a sociedade dos seres humanos que os constrói, preserva, transforma, derruba. Esse direito plural, construído pela luta dos sujeitos coletivos, não tem padrão, porque é obra coletiva e inacabada desse ser concreto e contraditório, que desenha sua trajetória fugaz, buscando consistência nesse momento de vida histórica, limitado entre o mistério da morte e do nascimento.⁶

Por fim, o direito Alternativo que merece ser efetivado, deve também ter como limite os princípios gerais do direito, mesmo quando ambiciona criar ou destruir princípios positivistas, e ter como norte a real democratização da vida em sociedade. Ser alternativo é lutar pela abertura de espaços democráticos para sua concretização.

O êxodo rural, o desemprego, a má distribuição de renda e a própria evolução econômica e social são causas diretas e reconhecidas do aumento da criminalidade em todo o território nacional. Também, a falta de uma política voltada à prevenção da conduta deli-

⁵ CARVALHO, op. cit., p. 90.

⁶ AGUIAR, Roberto. A crise da advocacia no Brasil. São Paulo: Alfa-Omega, 1991, p. 78.

tuosa, que via de regra, começa na infância, contribui violentamente para a não inibição de tal comportamento.

Se a rigidez e as dificuldades sócio-econômicas proporcionam o aparecimento da conduta criminosa e muito pouco vem sendo feito para inibi-la, muito menos tem sido realizado para retirá-la do indivíduo que já a porta.

O próprio descaso por que passa o sistema reabilitador, onde as penitenciárias e os presídios do País assumem simplesmente a condição de depósitos humanos, incapazes de alcançar com plenitude seu propósito de corrigir indivíduos com desvios de conduta social.

Percebe-se, pois, que a pena privativa de liberdade não em alcançado na íntegra o seu objetivo que é punir e reabilitar o infrator para o convívio em sociedade. Incontestável, que no tocante a punição, o objetivo vem sendo com plenitude alcançado; todavia, não podemos dizer o mesmo quanto ao aspecto reabilitador, uma vez que a reincidência criminal é alarmante e tende a cada vez aumentar.

O presídio é um sistema fechado onde o recluso fica preso àquela realidade da qual não consegue se desvincular. Nesse ambiente temos um momento a parte, um mundo bandido, confuso e obscuro, diferente da convivência na sociedade civil. Infelizmente, neste ambiente carcerário a aprendizagem do crime e a formação de grupos delitivos são tristes consequências. O indivíduo que entra no presídio acaba entrando numa escola do crime, saindo de lá grande conhecedor dos ilícitos penais das mais variadas formas.

O sistema normativo próprio estabelecido dentro da prisão nasce como forma de estabelecer as relações sociais e hierárquicas e ao mesmo tempo, conciliar interesses difusos lícitos e ilícitos, isto é, leis cruéis que regulam a forma de conviver e suportar a falta de privacidade num ambiente tão pequeno. Existem normas internas para tudo, desde a organização da forma de manter relações sexuais com as mulheres nos dias de visita, até aplicações de sanções para aqueles que furtam dos demais dentro da cadeia, bem como, para aqueles que cometem delações. Neste local a primeira coisa que se aprende é que para permanecer vivo é preciso não ouvir, não ver e não falar nada.

Prisões abarrotadas, imundas, em vez de melhorar os ruins, pervertem e degradam definitivamente os recuperáveis. Além dos fatores que contribuem para degradação da saúde física e mental. As deficiências de alojamento e de alimentação facilitam o aparecimento da tuberculose, enfermidade, excelências das prisões. As quais, contribuem igualmente, para deteriorar a saúde dos detentos devido às más condições de higiene dos locais originados da falta de ar, a umidade e os odores nauseabundos. A falta de distribuição entre o ócio e o trabalho presume um dano considerável na condição físico-psíquica do interno, pois a falta de trabalho vicia o sujeito a um estado de inoperância e descompasso.

Problemas psicológicos também são constatados como consequência do encarceramento. O ambiente penitenciário perturba e impossibilita o funcionamento dos mecanismos compensadores da psique, que são os que permitem conservar o equilíbrio psíquico e mental. Este ambiente ainda exerce uma influência tão negativa, que a ineficácia dos mecanismos de compensação psíquica propicia a aparição de desequilíbrios que podem ir desde uma simples psicopática momentânea até um intensivo e duradouro quadro psicótico, segundo a capacidade de aptidão de que o sujeito dispõe. Por outro lado, vale ressaltar que muitos indivíduos já entram no presídio com manifestas debilidades psicológicas e sérios desvios de conduta.

A vida na prisão é dura e, como se não bastasse, após o recluso cumprir sua pena, não raras vezes continua pagando por seus erros, agora não os que o levaram à prisão, mas

sim os cometidos lá dentro. Como por exemplo, quando o sujeito sai da cadeia e, voltando à sua atividade sexual normal, enfrenta problemas psicológicos de impotência sexual, ejaculação precoce, complexo de culpa pelas relações homossexuais que manteve dentro da prisão, além de grandes dificuldades de retornar à vida matrimonial. Pois, o encarceramento de um dos cônjuges acaba por destruir os laços íntimos, que não conseguem ser compartilhados dentro da prisão, além de impossibilitar contatos mais prolongados e amorosos. Gera, isto, um grande número de divórcios entre estes casais, já nos primeiros anos que são separados.

De acordo com o jurista Cezar Roberto Bitencourt, sobre o assunto em tela, afirma que:

As esposas são vítimas implícitas da prisão; não sendo raro sofrerem de problemas psicológicos dentre os quais a culpa, solidão, depressão, ansiedade, etc. É óbvio que a vida afetiva do preso é desmoronada pela supressão das relações afetivas e sexuais, gerando também efeitos como infidelidade e o abandono.⁷

Diante disso, observando a própria auto imagem, o detento nota significativa deformação. Quando é encerrado com outros homens, em um meio que reprime a sua condição natural do sexo, a concepção que tem de si mesmo altera-se, diante o questionamento de identificação sexual. Involuntariamente, é separado de sua mulher e começa a colocar em dúvida o sentido da sexualidade perante o conglomerado masculino, sempre deparado com a falta de existência do sexo oposto.

Ainda com relação à abstinência sexual, esta gera danos ao detento. Assim, alijado de seu ambiente familiar e social, o preso, imerso num mundo peculiar, assentado em regras interpostas pela massa carcerária, poderá conter seus desejos, reprimir seus impulsos sexuais, ou envolver-se, voluntariamente ou sob coação, em práticas homossexuais⁸.

A abstinência, sobretudo quando prolongada, gera não só problemas de plano individual, provocando tais desequilíbrios psicológicos e favorecendo comportamentos condenáveis, senão também no plano coletivo, dando causa a um clima de agressividade, de tensão e a conseqüentes distúrbios intramuros.

Numa análise mais minuciosa sobre o perfil do detento, é um homem que geralmente proveio de uma família pobre, sempre com muitos irmãos, que teve, quase na totalidade dos casos, uma infância miserável e perturbada, sem noções de valores. Começa a cometer pequenos furtos e roubos desde esta época. Via de regra, tem muitos problemas familiares, como por exemplo: “pai alcoólatra ou extremamente agressivo com os filhos e com a esposa, mãe prostituta, padrasto que se aproveita sexualmente das enteadas, familiares com problemas judiciários, entre outros”.⁹

A maioria dos presos frequentou a escola por pouco tempo e mesmo assim mantém uma falta de frequência e uma desregularidade nos seguimentos didáticos, ou seja, o sujeito entra e sai várias vezes no mesmo ano letivo, até desistir, definitivamente, no colégio. Quanto à vida profissional, a grande maioria teve poucos trabalhos não especializados e temporários, em regra, nos ramos da construção civil e setores primários da economia brasileira. Diante disso, mantêm uma profunda irregularidade na frequência e na continui-

7 BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência das penas de prisão. Porto Alegre: RT, 1993, p. 53.

8 LEAL, César Barros. Um direito do Preso: visita íntima. Revista Consulex. Brasília: Consulex, n. 41, p. 30-32, 31 maio 2000.

9 BITENCOURT, op. cit. p. 54

dade dos serviços e ganham pouco.

Por fim, em poucas palavras, pode-se afirmar que a maioria dos detentos em presídios de nosso País são homens desprovidos de condições econômicas desde sua infância, tendo que delinquir desde cedo, persistindo com estas atitudes durante a adolescência e sua maioridade. Sem muita definição de valores, o indivíduo que geralmente não consegue um trabalho onde ganhe o suficiente para conseguir sobreviver, passa a praticar atos contra a sociedade, e após os primeiros crimes mais relevantes, acaba caindo num ciclo vicioso, do qual não consegue se desvincular mais. Depois de um tempo, acaba sendo preso e penetrando num presídio, onde sofrerá, infelizmente, as diversas degradações acima analisadas.

4. REINCIDÊNCIA CRIMINAL

Quando o indivíduo comete um delito, ele geralmente, é castigado através da prisão, conforme será explicado o seu conceito e os tipos de prisão.

Ressalta-se que classificar os presos é de extrema importância para destinar o programa mais adequado de execução a cada detento de acordo com suas condições pessoais. Thompson propõe como finalidade de prisão:

A obtenção não de um, mas de vários objetivos concomitantes, como: punição retributiva do mal causado pelo delinquente; prevenção da prática de novas infrações através da intimidação do condenado e de pessoas potencialmente criminosas e regeneração do preso, no sentido de transformá-lo de criminoso em não criminoso (THOMPSON, 2002, p. 3).

Na verdade, a pena tem uma finalidade ressocializadora. A Lei de Execução Penal declara em seu artigo 1º que “a execução penal tem por objetivo efetuar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”. A Execução Penal ainda relata sobre as formas de assistência, entre elas a progressão de regimes, a assistência ao egresso e todas elas têm a finalidade de reintegrar o condenado à sociedade.

Na teoria, a pena tem a função retributiva, como um castigo merecido ao infrator penal pelo mal causado por sua conduta. Bittencourt (2008, p. 84) menciona que Kant e Hegel se destacaram como os principais representantes das teorias absolutas da pena. A pena era vista como um sofrimento produzido pelo criminoso.

De acordo com essa teoria, está a posição de Cezar Roberto Bittencourt:

Através da imposição da pena absoluta, não é possível imaginar nenhum outro fim que não seja único e exclusivamente o de realizar justiça. A pena é um fim em si mesmo. Com a aplicação da pena, consegue-se a realização da justiça, que exige, frente a um mal causado, um castigo que compense tal mal e retribua, ao mesmo tempo, o seu autor. Castiga-se *quia peccatur est*, isto é, porque delinuiu, o que equivale dizer que a pena é simplesmente a consequência jurídica do delito praticado (BITENCOURT, 2008, p. 102).

A sociedade enxergava a pena como uma forma de retribuição, ou seja, uma forma de vingança. Quando uma pessoa é prejudicada de alguma maneira, ela deseja que o culpado seja punido. O povo quer é que os criminosos sejam merecedores de castigos sem falar em prevenção.



4.1 Espécies

Em relação à necessidade de cumprimento da pena imposta pela condenação anterior, possui duas espécies: real ou ficta. De acordo com Masson (2014, p. 683), a reincidência real, própria ou verdadeira, “é aquela que ocorre quando o agente comete novo crime depois de ter cumprido integralmente a pena imposta como decorrência da prática do crime anterior”.

Para o autor, ainda, a reincidência presumida, ficta, imprópria ou falsa, “é a que ocorre quando o sujeito pratica novo crime depois da condenação definitiva pela prática de crime anterior, pouco importando se tenha sido ou não cumprido a pena.

Para Almeida (2012, p. 69), “a reincidência real e ficta, possui aspectos temporais, ou seja, foram classificadas de acordo com o momento em que o agente comete o segundo delito”. A reincidência ficta é a adotada pelo código brasileiro, perfaz-se quando o agente comete novo delito após o trânsito em julgado de sentença anterior. É conhecida também como reincidência imprópria. Enfatiza:

Já na real, verifica-se no momento em que o agente pratica novo crime, porém; deve estar cumprindo ou haver cumprido a pena. É chamada também de reincidência própria ou verdadeira. Está fora adotada pelo código penal argentino em seu artigo 50, “*Habrà reincidência siempre que quien hubiera cumplido, total o parcialmente, pena privativa de libertad impuesta por un tribunal del país cometiere un nuevo delito punible también con esa classe de pena*” (ALMEIDA, 2012, p. 70).

Masson (2014, p. 683) relata que o Código Penal em vigor se filiou à reincidência presumida, já que é suficiente para alguém ser tratado como reincidente, a prática de novo crime depois do trânsito em julgado anteriormente.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao fim deste trabalho sobre tema que tanto despertar traz hoje no mundo jurídico, além de ter grande acolhida dentro da Magistratura, procurou-se discutir de maneira didática a opinião daqueles que a favor se manifestam.

No país, os direitos à integridade física e moral ínsitos aos seres humanos são sistematicamente violados, apesar de serem dogmas constitucionais e dos diversos programas defensores dos direitos humanos, o que nos deixa, infelizmente, mais longe do Estado de Direito há tanto perseguido.

Cenário comum dos noticiários nos últimos anos, as rebeliões de presos em penitenciárias são um sintoma inconfundível de que o sistema penal atingiu seu limite, tanto no que diz respeito ao espaço físico quanto ao papel de órgão reabilitador.

Falar em reabilitação é quase o mesmo que falar em fantasia, pois é fato comprovado que as penitenciárias em vez de recuperar os presos os tornam piores e menos propensos a se reintegrarem ao meio social.

Pois, o sistema carcerário, como é atualmente, reduzindo os encarcerados, a qualquer título, a condições subumanas, prescindindo das mais peculiares e básicas necessidades, condenando-os ao jugo (ou subjugo) de uma sociedade prisional regida por valores outros

que não aos do homem-cidadão, do homem-natural, é, enfim, um sistema violentador do próprio direito à vida, direito de onde brotam todos os demais direitos; dever do Estado de velar pela garantia indeclinável de sua incolumidade.

Referências

- AGUIAR, Roberto. **A crise da advocacia no Brasil**. São Paulo: Alfa-Omega, 1991.
- ALMEIDA, Janaina Loeffler de. **Os limites e as potencialidades de uma ação profissional emancipatória no sistema prisional brasileiro**. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Santa Catarina. Centro Sócio Econômico. Programa de Pós-graduação em Serviço Social. Florianópolis: 2006.
- AMERICANO, Odin I. do Brasil. **Manual do direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1985.
- BETTIOL, Giuseppe, **Direito Penal. 2. ed.** São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1977.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência das penas de prisão**. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 1993.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral. 15. ed.** rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008.
- BRASIL. **Constituição Federal. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 8 dez.1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%20C3%A7ao.htm. Acesso em: agosto de 2021.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 12 ed, 2012.
- CARVALHO, Amilton Bueno de. **Direito alternativo em movimento**. 3. ed. Niterói: Luam, 1999.
- CERNICCHIARO, Luiz Vicente. Direito alternativo. **Revista Consulex**. Brasília: Consulex, p. 15-16, jul. 1997.
- CLÉVE, Clemerson Merlin. A teoria constitucional e o direito alternativo, 1993. In: SEMINÁRIO NACIONAL SOBRE O USO ALTERNATIVO DO DIREITO. **Anais...** Rio de Janeiro, jul. 1993.
- Código Penal. **Decreto LEI N.º 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://edutec.net/Leis/Gerais/cpb.htm> > Acesso em agosto de 2021.
- COSTA, Álvaro Mayrink da. **Curso de direito penal: parte geral**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996.
- DOTTI, René Ariel. **Bases e alternativas para o sistema de penas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- HERKENOFF, João Batista. **Crime: tratamento sem prisão**. São Paulo: Vozes, 1997.
- HULSMAN, Louk. **Penas alternativas**. Niterói: Luam, 1993.
- JESUS, Damásio E. de. **Direito pena: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 1997.
- JESUS, Damásio E. de. **Sistema penal brasileiro: execução das penas no Brasil**. Revista Consulex. Brasília: Consulex, n. 1, p. 17-20, jan. 1997.
- LEAL, César Barros. Um direito do preso: visita íntima. **Revista Consulex**. Brasília: Consulex, n. 41, p. 30-32, maio 2000.
- MASSON, Cleber. **Direito Penal: parte geral**. V. I. São Paulo: Editora Método, 2014.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal: parte geral**. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código penal interpretado**. São Paulo: Atlas, 1999.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**, v. I. São Paulo: Atlas, 2012.
- NUCCI, Guilherme de Souza, **Código penal comentado. 12. Ed.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- VIEIRA, João Alfredo M. **Noções de criminologia**. São Paulo: Ledix, 1997.
- ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Reincidência: um conceito de direito penal autoritário**. In Livro de Estudos Jurídicos n. 6. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos jurídicos, 2008.
- ZAFFARONI, Raúl Eugênio. **Em busca das penas perdidas**. Rio de Janeiro: Revan, 1991.



7

**GUARDA COMPARTILHADA E ALIENAÇÃO PARENTAL:
EFETIVANDO A PUNIÇÃO AOS ALIENADORES**

*SHARED CUSTODY AND PARENTAL ALIENATION:
EFFECTING THE PUNISHMENT OF ALIENATORS*

Luis Henrique Gomes Leite Junior

Resumo

O presente trabalho buscou evidenciar os principais aspectos da guarda compartilhada e Alienação Parental com enfoque da Lei 12.318/2010. A síndrome da alienação parental pode ser entendida como um problema nos relacionamentos familiares pois o entendimento doutrinal acerca da Alienação Parental dificultando os sentimentos da criança e adolescente por um de seus genitores. Alienação é um problema de família quando alguém do âmbito familiar tem por seu objetivo influenciar seu filho a se afastar-se de um de seus genitores, fazendo assim formação psicológica na criança e adolescente.

Palavras-Chaves: Guarda compartilhada. Alienação parental. Mediação. Consequências. Legislação.

Abstract

This course conclusion work aims to address the rights and social difficulties of people with disabilities. being presented the constitutional institutes, being through research in reliable sources and sites with several publications, in the work that deals with the present subject and in the current legislation. The work presented is the Theory of Intersubjective Recognition, derived from the so-called Critical Social Theory, as defended by the contemporary German philosopher and sociologist Axel Honneth, heir to the 3rd generation of the Frankfurt school. Having through these studies, I aim to conclude that the social difficulties faced by people with disabilities are many, but there are several ways to help and alleviate this situation.

Keywords: Shared Custody. Parental alienation, Mediation, consequences, Legislation.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho visou analisar o conceito legal e doutrinário da guarda compartilhada e da alienação parental e a mediação.

O entusiasmo e a proteção física e mental das crianças e adolescentes, o entusiasmo dos filhos e o crescimento saudável dos filhos estão diretamente relacionados aos pais, que trabalham incansavelmente para isso no casamento.

É nesta situação que a separação do casamento ou do casamento estável dos pais é resolvida e a questão da guarda dos filhos é resolvida.

Essa é uma questão muito complicada e tem sido muito discutida no direito da família, pois no caso de dissolução, haverá alguns fatores que acabarão por afetar a situação de separação familiar e causar sofrimento aos menores, que na maioria das vezes se mostra briga, ferindo, conflitando, desrespeitando as disputas e disputas entre as duas partes, e então perdendo seus pais, deixando apenas a disputa para a guarda dos filhos, causando danos emocional a todos os envolvidos no caso.

Na busca de uma nova solução, surgiu o órgão tutelar solidário que, de acordo com a Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008, alterou os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil. A agência consiste em um sistema de responsabilização conjunta e no exercício dos direitos e obrigações dos pais que não compartilham o mesmo teto.

A alienação parental é a prática que se torna cada vez mais visível, onde são gerados uma grande disputa entre seus genitores movido por vingança, e grande rivalidade, e o menor sempre acabam prejudicado. Em consequência disso a criança e ao adolescente acabam se afastando da família do genitor que está sendo alienado, havendo um rompimento de laços familiares e afetando a convivência familiar, visto que é essencial para o desenvolvimento da criança ou adolescente. Em seguida foi analisada a lei de alienação parental (12.318/2010) a qual protege a criança e o adolescente, e penaliza seus genitores que violam o que é previsto por lei. Contudo encontra-se com frequência o debate de litígios conjugais na guarda de seus filhos.

Alguns tribunais começaram a adotar o Direito sistêmico o que é uma técnica de constelação familiar sistêmica, com os objetivos de facilitar a pacificação dos conflitos e visando a melhoria na convivência dos relacionamentos.

O presente estudo tem por objetivo apresentar a mediação e a constelação familiar como uma possível aliada uma forma de resolução dos conflitos, com o objetivo de facilitar a pacificação dos conflitos e melhoria dos relacionamentos, priorizando a estabilidade dos vínculos familiares afetivos.

O método foi com pesquisa bibliográfica ante a necessidade de estudo teórica acerca dos casos de alienação parental e mediação, por fim serviram de fonte de pesquisa doutrinas, artigos eletrônicos, pesquisas bibliográficas, com fundamentos importantes para o desenvolvimento deste trabalho.

2. GUARDA COMPARTILHADA NO ORDENAMENTO JURÍDICO

Desde o nascimento da humanidade, a família é considerada uma importante instituição na sociedade. Valores, princípios, comportamentos e comportamentos são transmitidos de geração em geração, afetando a construção do caráter, da personalidade e a

forma como seus membros participam da sociedade.

No entanto, assim como outras instituições legais foram modificadas para incluir a inovação social, os direitos do Brasil envolvendo as famílias também mudaram. No entanto, para que isso aconteça, devemos enfrentar uma série de problemas e padrões estabelecidos pela própria sociedade, e esses problemas e padrões muitas vezes resistem à sua supervisão quando novos fatos surgem. Dessa forma, as pessoas que são discriminadas, excluídas, excluídas e criticadas em sua situação muitas vezes precisam de proteção jurídica para garantir que sejam tratadas com igualdade, garantindo assim seus direitos e obrigações.

Nesse sentido, ao se analisar os direitos relativos à família na história, pode-se constatar que os efeitos anteriores e parciais do Código Civil de 1916 são de que a família é totalmente patriarcal Mestre (GONÇALVES, 2012, p. 32). Esta relação é baseada em interesses hereditários, sendo necessário que o casal tenha filhos, de preferência homens, para que possam assumir os negócios da família após a morte do pai. Apenas o chefe da família tem poder total sobre a criança e toma todas as decisões, e a mãe só pode intervir se autorizada.

Porém, quando o filho vem de um caso extraconjugal, este poder é opcional para ele. Neste caso, o filho não é reconhecido pelos pais, e os pais não são obrigados a ajudá-los. Eles são chamados de filhos ilegítimos e são chamados de ilegítimos filhos na sociedade. Um filho ilegítimo (DIAS, 2015, p. 32), porque só se chama família, ou seja, a união de homens e mulheres por meio do casamento religioso (DIAS, 2015, p. 145). Segundo Almeida e Rodrigues Junior (2012, p. 4), essa mulher é considerada como tendo função reprodutiva, além da responsabilidade de cuidar da casa e de mediadora no lar.

A Lei nº 3.071 / 1916 foi promulgada em 1916. O Código Civil estipula que a família é constituída inteiramente por casamento, adotando o modelo patriarcal e hierárquico (Gonçalves 2012, p. 33). Em 1962, com a aprovação da Lei nº 4.121, as mulheres assumiram a responsabilidade de zelar pela direção material e moral da família e puderam cooperar com os maridos para salvaguardar os interesses comuns dos filhos (Brasil, 1962). O poder da pátria é exercido pelo marido (art. 380, CC 1916), com a colaboração da mulher (art. 380, Lei n. 4.121 / 62), havendo desacordo prevalece a ordem do marido, e o a mulher pode recorrer ao juiz (Parágrafo único do artigo 380 da Lei nº 4.121 / 62) (BRASIL, 1962).

A partir da promulgação da Constituição Federal em 1988 e do Novo Código Civil em 2002, os novos princípios passaram a ser aplicados nas relações familiares para modificar e ampliar direitos e obrigações, principalmente no que se refere aos filhos de casais.

Desta forma, são criados os princípios da dignidade humana, unidade, liberdade, igualdade, emoção, vida familiar e a proteção total final e o melhor interesse dos menores. De modo geral, esses princípios são elaborados para garantir que todos os membros da família possam levar uma vida digna, ser respeitados em sua personalidade e liberdade de escolha e estar bem desenvolvidos física, mental, emocional e emocionalmente. Além disso, eles retratam o respeito pelas diferenças na composição familiar, as responsabilidades mútuas dos pais no exercício do poder familiar, a igualdade de proteção dos direitos iguais das crianças (Artigo 227, parágrafo 6), e demonstram a importância da coexistência entre os membros, especialmente no caso de separação, divórcio e dissolução de união estável de menores.

Os princípios da proteção integral e do interesse superior dos menores precisam ser mais bem esclarecidos, pois são essenciais na determinação dos direitos dos filhos e das obrigações dos pais, dada a ruptura do vínculo entre os pais.

O conflito gerou discussão sobre a prática do exercício do poder familiar, o que resul-

tou na definição da guarda das futuras gerações envolvidas. Portanto, de acordo com a Lei da Infância e da Juventude:

Considerando que os menores estão desenvolvendo a própria personalidade sem a visão que os capacita, os menores são protegidos e respeitados pelos direitos que mais contribuem para o seu desenvolvimento. Dessa forma, os cidadãos menores de 18 anos, como pessoas em desenvolvimento, recebem um tratamento especial devido à sua maior vulnerabilidade e vulnerabilidade (DIAS, 2015, p. 50).

Nesse sentido, será analisada a tutela solidária no ordenamento jurídico brasileiro e verificada sua aplicabilidade de acordo com as normas básicas do direito de família. No entanto, é necessário discutir brevemente os poderes da família, pois a definição de tutela decorre de suas responsabilidades.

O poder da família é um importante sistema jurídico do direito da família e consiste nas responsabilidades dos pais para com os filhos, entre elas um conjunto de direitos e obrigações que devem ser cumpridos para proteger o interesse superior dos menores. Bom desenvolvimento físico, intelectual e psicológico.

A tutela unilateral é exercida por apenas um dos pais, ou por terceiro, se os pais não puderem exercê-la, exceto considerando o vínculo afetivo da criança e do jovem. De acordo com o IBDFAM:

A Guarda Unilateral somente é fixada quando não é possível a guarda compartilhada. Sua previsão legal está no art. 1.583 do Código Civil, é aquela “atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua”, cabendo ao juiz atribuir a guarda ao genitor que possuir melhores condições de proteger os direitos da criança e do adolescente, o que nem sempre é fácil de determinar (IBDFAM, 2016).

Outro tipo de guarda envolve guardas alternativos. Como reiterou Maria Berenice Dias, a legislação brasileira (2015, p. 528) não prevê essa tutela, pois o legislador entende que, em determinadas circunstâncias, o estabelecimento dessa tutela pode não garantir a segurança das gerações futuras. a proteção, devido ao movimento constante de um dos pais para o outro, cria uma espécie de incerteza de que mesmo os bebês mais plásticos podem ser incomodados (LOBO, 2011, p. 204), prejudicial ao desenvolvimento da criança ou adolescente envolvido. No entanto, é citado na doutrina com base no fato de ser determinado pela alternância da tutela entre os pais, ou seja, caracteriza-se pelo exercício pleno da tutela em um período de tempo pré-determinado, que pode ser anual, semianual, mensal ou outro (DIAS, 2015, p. 528).

Por outro lado, a provisão de tutela alternada é defendida porque pode reduzir a alienação parental. A razão é que a criança vive com ambos os pais e é muito próximo de ambos, o que pode impedir até certo ponto.

Tendo em vista o conceito de tutela compartilhada que vem sendo publicado, será abordado um único aspecto aplicado neste modelo. Ambos os pais podem solicitar a guarda conjunta por meio de negociação, ou apenas um deles pode solicitar a guarda conjunta em suas próprias ações. Além disso, os juízes podem fazer julgamentos sobre interações sociais e interações sociais com base nas necessidades de menores e *ex officio*. Quanto à alocação de tempo entre pais e pais (art. 1584, caput, CCB), é importante ressaltar que se houver acordo entre os pais, este deve ser aprovado pelo magistrado para garantir o cum-

primento do interesse superior do menor (BRASIL, 2002; 2014).

Os juízes podem recorrer a uma equipa multidisciplinar para determinar a titularidade e coexistência de cada responsável de acordo com os seus poderes ou a pedido do Ministério Público. O descumprimento ou alteração de qualquer cláusula resultará na redução dos privilégios e até na transferência da tutela a outros compatíveis, desde que fique comprovado que os pais não devem continuar a proteger sua prole (art. 1584, art. 4º e 5º) (BRASIL, 2002).

Sendo Assim, segundo Paulo Lobo:

A guarda compartilhada pode ser requerida ao juiz por ambos os pais, em comum acordo, ou por um deles nas ações litigiosas de divórcio, dissolução de união estável, ou, ainda, em medida cautelar de separação de corpos preparatória de uma dessas ações. Durante o curso de uma dessas ações, ao juiz foi atribuída a faculdade de decretar a guarda compartilhada, ainda que não tenha sido requerida por qualquer dos pais, quando constatar que ela se impõe para atender às necessidades específicas do filho, por não ser conveniente que aguarde o desenlace da ação. A formação e o desenvolvimento do filho não podem esperar o tempo do processo, pois seu tempo é o da vida que flui. (LOBO, 2011, p. 199).

Ao nível da vida familiar, a legislação estipula que o tempo seja repartido entre os pais de forma equilibrada, para que os filhos e os jovens tenham maior estabilidade face à real situação de separação, divórcio e desintegração das uniões estáveis.

Portanto, após apuração, todos os procedimentos para requerimento de guarda compartilhada baseiam-se no melhor interesse, proteção e preservação da vida familiar do menor, de forma a minimizar as dores causadas pela separação ou divórcio dos pais, para que a criança ou adolescente possa se dar bem com ambos os pais.

3. ALIENAÇÃO E A LEI 12.318/10 (PREVISÃO LEGAL)

Inicialmente a Alienação Parental foi concedida pelo psiquiatra Richard Gardner, em 1985 como sendo um distúrbio da infância que aparece exclusivamente no contexto de disputas de custódias de criança, sua manifestação preliminar é a campanha demeritória contra um dos genitores. Resulta da combinação das instruções de um genitor (o que faz a lavagem cerebral, programação, doutrinação), e contribuições da própria criança para caluniar seu genitor-alvo (GARDNER, 1985, p.2).

Para Sílvio Venosa (2011, p. 1703) a alienação parental deve ser vista como uma moléstia e em muitas situações o alienador não tem consciência plena do mal causado. Sua intenção é, mais do que denegrir, destrói o outro genitor perante os filhos.

Enquanto seus genitores fazem da criança uma arma de vingança contra seu ex-cônjuge, a alienação parental na prática quando um de seus genitores de uma forma direta ou indireta descarrega seu rancor com a finalidade para que a criança e adolescente se afasta de um de seus genitores causando assim a alienação parental.

A Alienação trata-se de um distúrbio gerado por fim de um relacionamento conjugal, onde um de seus genitores passa a denegrir, manchar a reputação de alguém ou tirando seu mérito.

Assim que acontece uma separação sem concordância nasci ali uma alienação onde

quem mais sofre são as crianças e também o adolescente. Ao discorrer sobre a síndrome da alienação, Caio Mário da Silva Pereira a sua diferença em relação à prática da alienação parental (PEREIRA, 2015, p. 343).

Importante destacar que conforme a Lei nº 12.318/2010 trata-se da alienação parental e não exatamente da Síndrome, Alienação é uma grande interferência na vida psicológica da criança e adolescente.

3.1 A importância do vínculo familiar

Desde a constituição de 1988, as crianças brasileiras têm seus direitos assegurados, no que diz respeito a sua integridade física, social e também emocional, de forma a promover seus desenvolvimentos.

No Brasil esses direitos são reformulados no Estatuto da Criança e do adolescente (ECA), tem sentidos amplos tais como respeito à vida e a saúde, a convivência familiar, a cultura, lazer, a prevenção.

Substituído o antigo código de 1916 em relação a este tema e prevalecendo, o poder familiar como se destaca no art. 227 da CF/88:

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).

Com princípio da efetividade, Caio Mario da Silva Pereira entende que os vínculos se projetam com campos essenciais nas relações entre os familiares. O afeto ela constitui a diferença espécies que define a entidade familiar (PEREIRA, 2015, p. 35).

Para Valéria Silva Galdino Cardin o afeto nas relações decorre dos princípios do Direito de Família, sendo que muitas estão presentes na atual Constituição Federal e no Código Civil Brasileiro de 2002 (GALDINO, 2011, p.1).

Quando acontece a dissolução matrimonial, inicia-se também uma hostilidade entre as partes, onde todos os tipos assuntos serão tratados, e o de maior relevância a guarda dos filhos onde as decisões são de sumo importância, e ao decorrer da dissolução matrimonial, os envolvidos estão sob variados tipos de comoções, especialmente o temor, incerteza e frustração.

Na maioria dos casos a discordâncias entre as partes é excessiva, e acaba envolvendo os filhos, causando consequências e síndromes para o mesmo.

Paulo Nader esclarece sobre a alienação parental:

“Comete abuso de autoridade o genitor que veda as formas mais simples de lazer aos filhos ou impede o seu relacionamento com os colegas, mantendo-os presos dentro de casa. Igualmente abusa quem impõe tarefas além da capacidade dos filhos. Crianças assim desenvolvidas tendem a uma personalidade atrofiada, sem poder de adaptação psicológica à diversidade de ambientes e situações. A expressão faltar aos deveres é por demais abrangente. Quem abusa de sua autoridade ou deixa o filho em abandono falta aos seus

deveres de pai ou de mãe. A expressão legal deve ser entendida como ação ou omissão contrária aos princípios saudáveis de criação e de educação” (NADER, 2016, p. 578).

Segundo Richard Gardner, a SAP (síndrome de alienação parental) é uma combinação de lavagem cerebral que acontece quando os genitores se divorciam e começam uma disputa sobre os filhos.

Sendo assim a síndrome é uma conduta dos genitores ou daquele que tenha autoridade sobre a criança, e faça com que o mesmo tenha uma atitude voluntária ou involuntária que faça com que haja dificuldade no âmbito familiar.

Conforme o art. 226, caput, da Constituição Federal (BRASIL,1988), “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”.

O art. 227, caput, da Constituição Federal, disciplina *in verbis*:

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).

A Lei da Alienação Parental, 12.318/2010, determina os seguintes resultados em caso de alienação comprovada:

Art. 6º Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso:

- I - declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador;
- II - ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado;
- III - estipular multa ao alienador;
- IV - determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial;
- V - determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão;
- VI - determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente;
- VII - declarar a suspensão da autoridade parental.

(BRASIL, 2010).

De acordo com o Art. 6º a lista uma série de determinações a serem tomadas quando se está diante de situações identificadas como hipótese de alienação parental.

Para se evitar ou reduzir os impactos causados pela Alienação Parental, emprega da guarda compartilhada, para que se impeça o afastamento do filho com o genitor. Todavia, explica Alder Thiago Bastos, em seu livro A saúde mental da criança vítima de alienação parental:

Nesse contexto, a convivência familiar teve seu reconhecimento levado a efeito quando da mudança do Código Civil estabeleceu um novo paradigma sobre a guarda, passando-se de uma guarda primordialmente estabelecida de forma unilateral para uma guarda compartilhada, reconhecendo-se as cobrições de ambos os genitores em alinharem-se seu empenho na orientação e criação de sua prole, sendo um exemplo concreto da garantia do convívio familiar em prol do interesse do menor [...] (BASTOS, 2019, p.54).

A guarda compartilhada está sendo o método mais aconselhável para combater conflitos parentais, em especial a Síndrome da Alienação parental, de forma a conservar os vínculos afetivos, bem como uma convivência saudável entre pais e filhos.

3.2 A Lei da Alienação Parental

Promulgada em 26 de agosto de 2010, a Lei 12.318/10 trata-se da Alienação Parental, com o objetivo de resguardar, proteger a criança e ao adolescente, na tentativa de preservar seus vínculos familiares.

Assim como a Lei da alienação juntamente com constituição federal e o código civil e o estatuto da criança e adolescente (ECA) com intuito de proteger a criança e também todos os seus direitos garantidos assim um bom convívio com seus genitores, o Art. 2º mostra mais especificamente o que pode ser a alienação parental, vejamos:

Art. 2º Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

Parágrafo único. São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros:

- I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;
- II - dificultar o exercício da autoridade parental;
- III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;
- IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;
- V - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;
- VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;
- VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós.

A alienação parental pode trazer consequências prejudiciais na vida da criança e do adolescente e na sua relação com o progenitor pretendido. Dessa forma, caracterizada a alienação parental, os magistrados poderão recorrer cumulativamente ou individualmente, conforme a gravidade do caso, sem prejuízo do cabimento das medidas civis e crimi-

nais a serem tomadas contra o genitor alienador.

O artigo acima assegura que quando constatados os atos de alienação parental, o juiz visando o interesse da criança e adolescente, poderá mediante aprovação do seu genitor alienado ou ao ministério público, querendo assim sempre proteger o menor de idade.

Com o intuito de combater essa prática vemos no artigo 6º sanções a serem aplicadas:

Art. 6º Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso:

- I - declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador;
- II - ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado;
- III - estipular multa ao alienador;
- IV - determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial;
- V - determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão;
- VI - determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente;
- VII - declarar a suspensão da autoridade parental.

Parágrafo único. Caracterizada mudança abusiva de endereço, inviabilização ou obstrução à convivência familiar, o juiz também poderá inverter a obrigação de levar para ou retirar a criança ou adolescente da residência do genitor, por ocasião das alternâncias dos períodos de convivência familiar (BRASIL, 2010).

Cabe ao magistrado, juntamente com o Ministério Público o amparo imprescindível laudo pericial.

Dispõe Artigo 7º que a atribuição ou alteração da guarda dar-se-á por preferência ao genitor que viabilize a efetiva convivência da criança ou adolescente com o outro genitor nas hipóteses em que seja inviável a guarda compartilhada (art. 7º da Lei nº 12.318/2010).

3.3 Consequências da alienação parental

A síndrome da alienação Parental pode desenvolver problemas psicológicos e até mesmo transtorno psiquiátricos, causando lesões por resto de sua vida, o alienador tem por sua vez manipular a consciência a fim de criar um vínculo de rancor entre o genitor.

O filho alienado, pode apresentar assim sentimentos constantes de raiva, tristeza, mágoa e até mesmo ódio contra o outro genitor, se recusando a ter qualquer vínculo, comunicação familiar.

Isso é muito comum em casos de separação litigiosa em que seus genitores, a qual tem a guarda do menor, ficam fazendo jogo psicológico sobre o outro genitor.

A alienação vem se tornando cada vez mais comum nos dias atuais, tratando-se de uma síndrome capaz de prejudicar o desenvolvimento da criança e do adolescente, A síndrome pode ser interferência na formação psicológica, causando a eles sérios prejuízos



mediante o vínculo familiar.

A Lei nº 12.318/2010 traz algumas formas bem exemplificadas da alienação e quais suas consequências, e caso for constatada essa prática, o genitor culpado poderá ser submetido a sanções tais como pagamento de multas, podendo também ser advertidos, e pode até perder a guarda do filho ou mesmo a suspensão da autoridade parental sobre a criança ou adolescente.

Segundo Ana Carolina Carpes Madaleno o conceito apresentado por Richard Gardner, no que se refere SAP, é um fenômeno resultante da combinação de lavagem cerebral com contribuições da própria criança, no sentido de difamar o genitor não guardião sem qualquer justificativa e seu diagnóstico é adstrito aos sintomas verificados no menor (GARDNER 2001; MADALENO, 2014, p. 42).

Muitos acham que alienação acontece somente quando um dos genitores fala mal do outro, mas conforme vimos acima, a legislação traz bem amplas que as condutas a serem tomadas.

Conforme a Lei de nº 12.318/2010 ela ocorrerá sempre que um dos genitores, sejam eles avós ou quem estiver com a guarda do menor cometer algum tipo de conduta da alienação, sempre que o juiz tiver conhecimento desse ato poderá declarar a alienação parental.

- Exemplos da Lei nº 12.318/2010:
- Realizar desqualificação do genitor.
- Dificultar o exercício da autoridade parental.
- Dificulta contato com a criança e adolescente.
- Omitir informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escola, médicos, ou até mesmo alterações de seu endereço.
- Mudar o domicílio dificultando assim a convivência entre a criança e outro genitor.

A síndrome pode nos revelar três estágios sendo ela leve, moderada e a grave:

1. O primeiro Leve é o tipo “ligeiro” aqui a visitação é amistosa, com alguma dificuldade quando se dá a troca dos genitores, a criança demonstra afeto com o cônjuge alienado.
2. O segundo Moderado um pouco mais grave, nessa altura já conseguiu identificar a alienação com mais clareza, a criança já consegue perceber quem faz o papel de bom ou do mau, e aqui as visitas já sofre interferências.
3. O Terceiro aqui criança já sofre a lavagem cerebral cometido pelo alienador, já se nota a grande perturbação da criança com as visitas, sendo assim ele já difama e até mesmo agredir um de seus genitores.

A Criança que sofre a alienação parental apresenta dentro de si um grande sentimento de culpa, e guarda muitas das vezes o sentimento de tristeza, tendo sim caindo em uma grande depressão, ansiedade, síndrome do pânico, tudo porque não sabe como agir mediante a tortura psicológica.

No âmbito jurídico podemos mencionar inúmeros gêneros de famílias podendo assim conceituá-las em diversos tipos distintos. Sendo assim, quando falamos em Família é nosso dever saber que as mesmas não são dotadas de personalidade jurídicas e os direitos são específicos.

4. MEDIAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA E ALIENAÇÃO

É uma forma alternativa de soluções de conflitos de interesse entre as partes, auxiliando assim na comunicação de modo a solucionar o problema, a fim de proporcionar um acordo verbal entre as partes.

O processo de mediação para Eva Jonathan e Rafael Alves de Almeida (2016, p.242/243) se divide em: (I) pré-mediação ou estágio; (II) abertura da mediação; (III) acesso ao conflito; (IV) investigação aprofundada do conflito; (V) redefinição do conflito e criação das alternativas; (VI) formulação e negociação de proposta; (VII) tomada de decisão consensual e término de mediação;(VIII) acompanhamento.

A mediação é um método de conflitos em que duas ou mais pessoas recorrem a uma terceira pessoa imparcial com objetivo de se trabalhar para resolver os conflitos de uma forma a ser possível assim chegarem a um acordo, mediação nada é como uma solução de conflitos.

O mediador sempre buscando por alternativa de um modo de auxiliar, assim as partes têm a conscientização de seus atos e que pode evitar a instalação da Síndrome.

4.1 Formas usadas pelos psicólogos e o poder judiciário em casos de alienação parental

Os trabalhos psicológicos são interagidos com decisões legais provenientes do fato ocorrido, O papel da psicologia em sua interface com o direito percorre de análise e interpretação emocional, e estrutura de personalidade as relações familiares na interação com o ambiente.

Através disso o psicólogo é apto para fazer a avaliação de perícias, emissão de laudos, ou até mesmo uma interpretação análise dos casos, que dará subsídios às decisões judiciais.

Nas disputas familiares, é de suma importância a presença do Psicólogo, pois se está lidando com um ponto muito delicado do ser humano. O psicólogo da vara família pode atuar como perito ou assistente técnico, além de mediador. A atuação do psicólogo como perito ou assistente técnico judiciário está prevista na resolução nº 008/2010, do conselho federal de psicologia, suas atividades nos processos em que o juiz determina a realização da perícia, e se faz quando a prova dos fatos depender de conhecimentos técnicos e específicos.

O poder judicial Brasileiro, a constelação familiar está sendo atualmente praticada na necessidade de tutela constitucional das pessoas que regem as relações humanas, como uma forma de olhar o direito mais humano sempre visando as principais resoluções de conflitos, o chamado direito sistêmico técnico de constelação familiar.

O psicoterapeuta alemão Bert Hellinger (DIREITO SISTÊMICO, 2017) a partir das constelações familiares desenvolveu e aprimorou as técnicas, compreendendo todos os fatores que pertencem ao nosso sistema familiar.

A separação de um casal, além da divisão dos bens, é também dividida a guarda dos filhos concebidos na união dos ex-cônjuges, a ideia inicial é que a guarda dos filhos seja dividida entre o casal em comum acordo, mas como não há consenso em todos os casos apresentados em juízo, estipula o juiz o regime da guarda compartilhada do menor (art. 1.584, §2 CC).

Na rotina em si, fora das audiências e da presença do juiz, a realidade da guarda e consciência dos pais em relação ao término do relacionamento costuma afetar drasticamente a rotina e convivência dos menores envolvidos. Havendo em alguns casos brigas e desentendimentos entre os genitores sobre a vida atual dos filhos enquanto estão sobre supervisão do outro genitor, assim como, forma de criação divergente, manias e regras de cada casa em que o menor está residindo e diversas outras questões que envolvem o cotidiano da criança e adolescente.

O cenário fica ainda pior e mais hostil quando um dos genitores começam um novo relacionamento e o ex-companheiro não aceita que seu antigo cônjuge tenha iniciado novos vínculos afetivos, assim como vários outros problemas podem levar ao embate dos pais, como a divisão dos bens do casal, pensão, acordos e combinados extrajudiciais, ou até mesmo, sentir ciúmes dos próprios filhos.

Para desestabilizar o outro cônjuge, um dos genitores por vingança, ciúmes ou descontentamento com o término do relacionamento passado, aproveita de sua autoridade começando desde dificultar as visitas ou presença, como a alienar o menor negativamente em relação ao outro genitor, que agrupa uma série de manobras para caluniar, pejorar, insultar e desmoralizar, causando uma distorção psicológica a imagem que o menor tem do genitor alienado (lei nº 12.318/10).

Consequências gravíssimas começam a serem criadas psicologicamente para o menor, que prejudica desde seu comportamento social, convivência com o genitor e possivelmente o restante da família. Corta-se o laço de extrema importância da harmonia familiar para o desenvolvimento positivo e efetivo da criança ou do adolescente (art. 227 CF).

O Direito de Família no Brasil, sofreu muitas mudanças desde sua fase colonial até o presente momento, um dos problema está sendo a dissolução conjugal, que é um processo complicado e bastante traumático para os filhos, aumentando a possibilidade da ocorrência da alienação parental, pois com o fim da relação conjugal pode haver a desqualificação de uma das partes ou por algum responsável legal da criança ou adolescente, com a finalidade de atingir o outro genitor para com a criança, o que pode trazer grandes prejuízos na sua formação.

Por esses motivos, foi necessária a promulgação da lei 12.318/10, novo no ordenamento jurídico, porém antigo na sociedade, cujo objetivo é combater a alienação parental, aplicando medidas corretivas e punitivas a quem insistir realiza-las. Com isso, estas medidas buscam reduzir os casos, para que os menores, não venham sofrer com esta prática cruel e insensível.

A introdução da Constituição Federal em 1988 foi um marco no direito de família, e toda a legislação subsequente no âmbito da Constituição teve um grande impacto na proteção geral dos menores e na relação entre os direitos e obrigações das partes. pais e filhos. Mesmo após a separação ou divórcio, ambos os pais são divididos igualmente.

Dito isto, após todas as discussões acima e neste artigo, concluiu-se que com a guarda dos filhos separados, são os melhores direitos da criança ou do jovem que devem ser sempre protegidos. Portanto, enquanto a guarda compartilhada é o indicador geral de maior sucesso no combate à alienação parental e benefícios de desenvolvimento para menores, uma análise caso a caso se justifica pelo judiciário, pois cada indivíduo possui características próprias e a guarda compartilhada nem sempre é o caso, é a forma mais eficaz de proteger os direitos das crianças e dos jovens.

Como você pode ver, a alienação parental acontece de mais de uma forma, quando ocorre algum comportamento que é considerado alienação parental, quando um dos ge-

nitores cria uma falsa imagem do genitor alienador na criança, fazendo com que a criança se torne cada vez mais distante, por exemplo, dele, ou quando um dos pais faz uma denúncia falsa para o outro. A lei de alienação parental foi projetada para ajudar a identificar esses casos e fornecer sanções, mas suas falhas levaram alguns a alegar que a lei acabará por beneficiar os abusadores em alguns casos de abuso sexual e discutir sua revogação; no entanto, outros autores afirmam que a lei deve permanecer com efeito, como a revogação completa seria muito prejudicial, e sugere-se como uma saída melhor para alterar a lei para corrigir o mal-entendido.

Com a pesquisa bibliográfica, todos os objetivos podem ser alcançados e todas as perguntas feitas no início da pesquisa podem ser respondidas. Articular um entendimento sobre o assunto, explicar a importância da defesa dos direitos da criança e do adolescente, apresentar controvérsias sobre o assunto, e ainda discutir como a alienação parental pode ser encarada como dano emocional e causar reparações. Este estudo concluiu que os pais devem sempre considerar os direitos dos menores ao se separarem e devem sempre priorizar os direitos dos mesmos, apesar de qualquer sentimento de vingança e ressentimento. Os direitos fundamentais da criança e do adolescente devem ter absoluta prioridade e proteção no seio da família, da sociedade e do Estado, pois, conforme estabelecido, são indivíduos em situação de desenvolvimento e inadequação, negação absoluta de direitos objetivados e adultos causam danos às vítimas de alienação.

Referências

AMATO, Gabriela Cruz. **Alienação Parental: Uma Discussão a Partir dos Direitos Fundamentais da Criança e do Adolescente**. Porto Alegre, 2014. Disponível em: <<http://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/5803/1/000457607-Texto%2bParcial-0.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2022.

ASSUMPÇÃO, Vanessa Christo de. **Alienação Parental e as Disputas Familiares Através de Falsas Acusações de Abuso Sexual**. Fernanda Trajano. Disponível em: http://www.fernandatrajano.adv.br/novo/pdf/ALIE-NACAO_PARENTAL\nAS_DISPUTAS_FAMILIARES.pdf. Acesso em: 10 ago. 2022.

BARRETO, Luciano Silva. *et al.*, **10 anos do Código Civil: Aplicação, Acertos, Desacertos e Novos Rumos**. Rio de Janeiro-RJ, EMERJ, 2013 Acesso em 14 de set de 2021.<https://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/sindrome-da-alienacao-parental.htm>

BHONA, Fernanda Monteiro de Castro. **Síndrome de Alienação Parental (SAP): Uma Discussão Crítica do Ponto de Vista da Psicologia**. Disponível em: <http://www.ufjf.br/virtu/files/2011/09/S%C3%8DNDROME-DE--ALIENA%C3%87%C3%83O-PARENTAL-SAP-UMA-BREVE-REVIS%C3%83O>. Pdf. Acesso em: 10 ago. 2022.

BOTELHO, Margarete, e BRENDLER, Karina Meneghetti. A Mediação como Enfrentamento aos Conflitos no Âmbito Familiar, Com enfoque na alienação parental. **I Seminário Internacional de Mediação de Conflitos e Justiça Restaurativa**, 23 e 23 de ago. 2013.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 10 ago. 2022

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição** da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. 4.

BRASIL. **Estatuto da criança e do adolescente**: Lei federal nº 8069, de 13 de julho de 1990. Rio de Janeiro: Imprensa Oficial, 2002.

BRASIL. **Lei n.º 12318**, de 26 de agosto de 2010. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o **Código Civil**. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n.



- BRASIL. Constituição **(1988). Constituição** [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal.
- BUOSI, Caroline de Cássia Francisco. **Alienação Parental: uma interface do direito e da psicologia**. Curitiba: Juruá, 2012.
- DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10ª edição. Revista . atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- GARDNER, Richard A. O DSM-IV tem equivalente para diagnóstico de síndrome de alienação parental (SAP)? 2002. Tradução para o português por Rita Fadaeli. Disponível em: <http://www.alienacaoparental.com.br/textos-sobre-sap-1/o-dsm-iv-tem-equivalente>. Acesso em: 10 ago. 2022
- GONÇALVES, Carlos Roberto, **Direito Civil Brasileiro – Direito de Família**, Saraiva. São Paulo:2012.
- LOBO, Paulo. Direito Civil–Famílias. 4ª Ed. Editora Saraiva. 2011. MOTTA, Maria Antonieta Pisano. **Guarda Compartilhada–uma nova visão para novos tempos**. Disponível em: <http://www.apase.org.br>. Acesso em 10 ago. 2022.



8

DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO OU DISCURSO DE ODIO

RIGHT TO FREEDOM OF EXPRESSION OR HATE SPEECH

Odermagno Adriano Santos de Carvalho

Resumo

O presente trabalho tem como problema de pesquisa seguindo uma linha de estudo na qual trata-se de quais parâmetros estão sendo utilizados no Brasil para a liberdade de expressão, tratando também de conceituar a liberdade de expressão e seus respectivos marcos no Brasil, e procurando analisar como está sendo tratada a liberdade de expressão nos dias atuais com o surgimento da internet e das redes sociais, buscou-se também maneiras de diferenciar liberdade de expressão de discurso de ódio foi levantada a discussão histórica e filosófica e a incitação do ódio contra minorias sexuais, e levantando uma discussão sobre o ódio na política, bem presente no cenário atual.

Palavras-chave: Liberdade. Internet. Sexuais. Ódio. Política.

Abstract

The present work has as a research problem following a line of study in which it is about which parameters are being used in Brazil for freedom of expression, also trying to conceptualize freedom of expression and its respective landmarks in Brazil, and trying to analyze how freedom of expression is being treated nowadays with the emergence of the internet and social networks, ways to differentiate freedom of expression from hate speech were also sought, the historical and philosophical discussion was raised and the incitement of hatred against sexual minorities, and raising a discussion about hate in politics, very present in the current scenario.

Keywords: Freedom. Internet. Sexual. Hatred. Policy.

1. INTRODUÇÃO

Inicialmente, para tratar de um tema tão relevante como o proposto neste trabalho, temos que notar sua evolução histórica, e sua evolução até a aplicação nos dias atuais, pois com o decorrer do tempo podemos notar uma violação no direito à liberdade de expressão, mas o que é exatamente esse direito? Trata-se de uma conquista da humanidade em que o indivíduo tem a livre expressão de manifestar seu pensamento em forma de opinião, linguagem artística entre outras maneiras, de forma que não sofra retaliação nem censura por conta disso, claro sempre respeitando alguns limites.

No presente do trabalho seguiremos objetivos pragmáticos, onde buscaremos compreender e analisar como funciona o instituto da liberdade de expressão no Brasil, com objetivos bem específicos e diretos que visam abrir nosso leque de informação, e buscar uma maneira de conceituar a liberdade de expressão e seus marcos no Brasil, também visamos maneiras de como buscar uma análise que mostre como está sendo tratada a liberdade de expressão nos dias atuais, e mais que isso buscaremos maneiras de diferenciar a liberdade de expressão de discurso de ódio.

Temas assim incentivam à abrir nossos apetites por conhecimento, pois embora pareça comum nos dias de hoje muitas pessoas lutaram e se opuseram às repressões do estado e por líderes autoritários para que hoje à sociedade Brasileira possa se expressar com tranquilidade, pois já enfrentamos tempos complicados em que à nossa liberdade de se expressar foi silenciada, este tema serve como uma forma de tentar acender sempre um olhar de alerta para que tempos assim não volte nunca mais.

Seguindo com a linha de raciocínio no decorrer do artigo a metodologia utilizada na pesquisa será uma Revisão Literária, com a abordagem Qualitativa e quanto ao objetivo Descritiva, baseada em livros físicos da Biblioteca da Instituição Pitágoras e virtuais das Bibliotecas 3.0 e Minha Biblioteca, artigos científicos das Bases de dados SciELO, Google Acadêmico, revistas especializadas e as leis que envolvem a temática, obedecendo a data de publicação entre os anos de 2007 a 2021. Os principais autores a serem utilizados na pesquisa foram Waldron (2012), Silva Júlio (2015), dentre outros. Para a busca foram utilizadas as seguintes palavras-chaves: Liberdade de expressão; discurso de ódio.

2. CONCEITO: LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DISCURSO DE ÓDIO

A liberdade de expressão ou liberdade de pensamentos, presente atualmente na nossa constituição, é utilizada para garantir a liberdade de convicção (Filosofia, Política ou religiosa), embora presente no vocabulário popular, podemos notar que há necessariamente um consenso sobre seu significado, a final é possível dizer que a liberdade de expressão é literalmente a soma das expressões que alguém é livre para exprimir

A liberdade de expressão nos dias atuais pode ser muitas vezes ultrapassada, e acabar sendo considerado como discurso de ódio. O discurso de ódio visa atacar uma pessoa ou grupo de pessoas, sendo que a vitimização é difusa. Quando um homossexual é ofendido por sua orientação sexual, todos homossexuais são ofendidos, assim como quando um negro é ofendido pelo simples motivo de ser negro, todos os negros são ofendidos, sendo assim existe claro uma ponte entre liberdade de expressão e discurso de ódio com limites à serem seguidos claro que muitas vezes ultrapassada por pessoas sem caráter nenhum, que utiliza de uma conquista que foi muito difícil de ser adquirida para atacar à dignidade



de outrem.

À nossa constituição que vem trazendo esse tema da seguinte forma em seu Art. 5º da Constituição federal, “É livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato.” Já no seu Art. 200, a lei reitera a liberdade de expressão ao afirmar que: “A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto também na Constituição “É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.” Notamos aqui a relevância desse tema pois garante um dos nossos principais direitos.

No que se trata da importância da liberdade para a sociedade e seus indivíduos, Gilmar Ferreira Mendes expõe:

“O ser humano se forma no contato com o seu semelhante, mostrando-se a liberdade de se comunicar como condição relevante para a própria higidez psicossocial da pessoa. O direito de se comunicar livremente conecta-se com a característica da sociabilidade, essencial ao ser humano (2008, p. 360).

Importante frisar que o Estado brasileiro é signatário de inúmeros tratados internacionais, e muitos deles consagram o direito à liberdade de expressão. Como, por exemplo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU, 1948 – art. 19) a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (OEA, 1969 – art. 13) e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (ONU, 1966 – art. 19). Entretanto, é um direito negativo, ou seja, ele não é provido pelo Estado, este tem apenas o dever de garanti-lo (STROPPA, 2015).

A Constituição Federal de 1988, do mesmo modo, protege tal direito, e em seu art. 5º, IV, dispõe “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”, bem como no inciso IX, que estabelece “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”. Seguindo este raciocínio, vemos que a liberdade de expressão decorre da liberdade de pensamento. De modo que uma liberdade vem para concretizar a outra (ZISMAN, 2003).

O reconhecimento constitucional do direito de expressão abrange inúmeras possibilidades, dentre elas a exteriorização de crenças, convicções, ideias, ideologias, opiniões, sentimentos e emoções, pelas mais diversificadas plataformas hoje existentes. A proteção conferida por este direito vai além do ato de poder pensar e atinge a possibilidade de propagar o que se pensa (STROPPA, 2015).

Neste sentido podemos entender que a liberdade de expressão comportar uma dupla dimensão, conforme nos ensina Jonas Machado (2002, p.417) “Nesse sentido, deve-se sublinhar a dupla dimensão deste direito. A dimensão substantiva compreende a atividade de pensar, formar a própria opinião e exteriorizá-la. A dimensão instrumental, traduz a possibilidade de utilizar os mais diversos meios adequados à divulgação do pensamento.”

Trata-se de um direito fundamental da pessoa humana, que reconhece e garante autonomia aos particulares e garante tanto a independência do indivíduo perante a sociedade quanto a do próprio Estado. A liberdade de expressão aloca-se entre os direitos fundamentais de primeira geração, e está inclusa no rol de direitos da personalidade, sendo, portanto, direito indisponível e inato. Permitindo ao cidadão manifestar ou não seus pensamentos (ZISMAN, 2003).

O destinatário da liberdade de expressão é toda e qualquer pessoa, inclusive a jurídica. E tamanha é a relevância dos direitos fundamentais, que este direito foi positivado como cláusula pétrea e conforme determinação do artigo 60, § 4º, IV, da Constituição Federal,

não pode ser sequer objeto de proposta de modificação constitucional (BOCHI, 2014).

“não podemos olvidar que o direito de expressa o livre traz ainda a figura do direito ao silêncio, na o podendo seu titular ser forçado quer por particulares quer pelo Estado a se manifestar ou exprimir opiniões sem sua vontade” (FERNANDES, 2017, p. 429).

O homem é imperfeito por natureza, propenso a inclinações boas e más. Por isto essa limitação é essencial, e visa assegurar que nenhum indivíduo faça mal uso deste direito. É um mecanismo usado pelo Estado para manter a ordem vigente, e assim possibilitar que todos gozem igualmente da liberdade, ou seja, o Estado limita para libertar (ZISMAN, 2003).

No que se refere a discurso de ódio Fernandes menciona que:

“O discurso de ódio é um problema intimamente relacionado com à discussão dos limites da liberdade de expressão. Consistindo na manifestação de palavras, gestos ou qualquer outra manifestação de sentido que promova ou incentive a discriminação social, racial ou religiosa em relação a grupos específicos, no mais das vezes, representativos das minorias, o discurso de ódio contribui para a restrição de direitos sobretudo pelo efeito “silenciador”, podendo levar os grupos minoritários a perderem espaço de participação em diversos meios sociais e culturais, “contribuindo, com isso, para diminuir a autoridade e a própria atuação das vítimas nos debates na sociedade civil” (FERNANDES, 2017, p. 437).

Sobre a intolerância racial, religiosa e orientação sexual Meyer Pflug, Carcará, Sarmiento, Potiguar e Brugger mencionam que:

Para a doutrina é a “manifestação de ideias que incitam à discriminação racial, social ou religiosa em relação a determinados grupos, na maioria das vezes as minorias” (MEYER-PFLUG, 2009, p. 97); “a manifestação de pensamento que incita a violência em razão de características físicas ou comportamentos sociais, que tem como vítimas preferenciais grupos vulneráveis” (CARCARÁ, 2014, p. 56); “ódio, desprezo ou intolerância contra determinados grupos, motivadas por preconceitos ligados à etnia, religião, gênero, deficiência física ou mental e orientação sexual, dentre outros fatores” (SARMENTO, 2006, p. 55); a manifestação que exprime “uma ideia de ódio, desprezo ou intolerância contra determinados grupos, menosprezando-os, desqualificando-os ou inferiorizando-os pelo simples fato de pertencerem àquele determinado grupo” (POTIGUAR, 2012, p. 16); “[o] discurso do ódio refere-se a palavras que tendem a insultar, intimidar ou assediar pessoas em virtude de sua raça, cor, etnicidade, nacionalidade, sexo ou religião, ou que têm a capacidade de instigar violência, ódio ou discriminação contra tais pessoas” (BRUGGER, 2007, p.118).

Diante de tudo que já foi exposto, pode-se notar que para que ocorra o discurso de ódio, é necessário que haja a discriminação e a exteriorização do pensamento, pois a partir desse momento ocorre uma segregação de toma de caráter difuso, temos como exemplo quando se profere palavras ofensivas para um negro, simplesmente por ele ser negro, todos os negros são ofendidos automaticamente.

Pode-se notar que assim fica claro que o discurso de ódio se configura como tal por extrapolar limites e assim atacar direitos fundamentais, sendo proferidas de forma oral ou escrita e até mesmo na forma de linguagem corporal e assim fica exposta que quando a dignidade da pessoa humana é ferida, ou seja, o princípio que pondera o Estado democrá-

tico de direito é infringido acarretando consequências jurídicas.

“O discurso de ódio está dirigido a estigmatizar, escolher e marcar um inimigo, manter ou alterar um estado de coisas, baseando-se numa segregação. Para isso, entoa uma fala articulada, sedutora para um determinado grupo, que articula meios de opressão. Os que não se enquadram no modelo dominante de “sujeito social nada abstrato: masculino, europeu, cristão, heterossexual, burguês e proprietário” (RIOS, 2008, p. 82) são os potenciais inimigos.

3. A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NOS DIAS ATUAIS

Seguindo a atual linha de raciocínio podemos notar que a liberdade de expressão se remete muito aos países europeus e americanos, seguindo claro os princípios dos direitos humanos e constitucionais, sendo assim podemos notar que estamos tratando de um tema forte e que encontra cada vez mais efetividade.

A liberdade de expressão nos dias atuais se resume muito a inovação da internet, especificamente as redes sociais, entre elas às mais importantes Facebook, Instagram e twitter. Digamos que esse novo modelo serviu para dá voz a população, e não ficar necessariamente preso somente as notícias dos jornais tradicionais.

Com essa inovação também ficamos refém das fake news e dos discursos de ódios nas redes, como mencionado pelo ministro da suprema corte Alexandre de Moraes, “A internet deu voz aos imbecis”. Não necessariamente aos imbecis, mais como em todo cenário pessoas se aproveitam da liberdade fornecida para atacar as pessoas e cabe aos responsáveis ser achados e punidos.

Com isso as redes sociais permitem que o usuário exerça o direito de manifestação de pensamento e liberdade de expressão que expressamente estão descritos no Artigo 5º, incisos IV, IX, X, XII e XIV da Constituição Federal brasileira vigente. Levando em consideração todos os processos e problemas da lei, esta foi a melhor forma de garantir direitos fundamentais, e ocorre de maneira muito eficaz devido a facilidade e amplitude do meio. O direito de se manifestar livremente, por ser um direito fundamental por excelência e intimamente ligado a liberdade de expressão, não possui limites claros estabelecidos pela lei e por isso seu exercício muitas vezes não pode ser determinado.

No que tange a internet o discurso de ódio se torna uma arma sem precedentes, pois fica muito mais fácil expor o próximo com discursos difusos que venha a ferir a dignidade, religião e raça de determinada pessoa.

Sobre o discurso de ódio nas redes sociais e internet Nandi menciona que:

“O discurso de ódio torna-se extremamente perigoso quanto maior for sua audiência. A internet como meio de propagação de informação com alto poder de alcance aos mais diferentes públicos funciona como potencializador da disseminação e da continuidade deste tipo de discurso. Grupos extremistas se valem das redes sociais para espalharem suas ideias para a comunicação mainstream. Criando notícias falsas, misturando fatos verídicos com inverdades, elas são divulgadas em fóruns e blogs que conforme geram repercussão são reproduzidas em sites mais populares até atingirem as redes sociais e por fim geram uma discussão nacional” (NANDI, 2018, p.39).

Antes de tudo, convém esclarecer que nem toda disseminação de ideia contrária a

outra configura-se discurso de ódio, pelo contrário, a oposição de pensamentos é legítima e, ainda, não se confunde com discurso de ódio o insulto individual, como a difamação a um determinado indivíduo em particular (MEYER-PFLUG, 2009, p.102). Sendo assim o para que haja o discurso de ódio precisa que venha à ofender algum grupo específico.

Nas redes sociais o anonimato amplia a sensação de que não haverá consequência para as ações feitas na rede. Muitos perfis que buscam destilar o discurso de ódio são os chamados: fakes, eles são criados na rede com informações falsas, buscando não serem reconhecidos (NANDI, 2018, p.38)

Vale ressaltar que é vedado o anonimato, e é plenamente aplicável aos conflitos gerados nas redes sociais na internet. O indivíduo que se esconde por trás de uma tela de computador ou dispositivo móvel, potencializa suas práticas abusivas. Dentre as possíveis práticas, destaca-se o discurso de ódio que facilmente é configurado no meio, principalmente pela falsa sensação de anonimato proporcionada aos agentes.

Na internet os discursos de ódio tomam uma nova forma, sob o viés de práticas cotidianas, compartilhar e comentar postagens relacionadas ao “cyberbullying”, acabam sendo nocivas e incentivam a continuidade de tais ações. Mesmo que em um primeiro momento pareçam inofensivas, não são, por isso é essencial repensar seus hábitos (SILVA; BOLZAN, 2016).

O grande problema é que algumas pessoas não estão preparadas para ter contato com alguém de pensamento diferente, pois sempre vão achar que o outro é o errado, não dando abertura para a opinião alheia. O anonimato traz coragem, e não garante na maioria das vezes qualquer tipo de empatia, muito pelo contrário, ele traz à tona todo o ódio guardado na pessoa (SAKAMOTO, 2016).

Por fim, é importante salientar que as consequências que um indivíduo poderá sofrer ao ser localizado são diversas. Não se deve analisar todas as questões sob apenas um ponto de vista. É importante examinar a proteção que o ordenamento jurídico dá para cada violação para que assim possa verificar se o discurso de ódio está amparado pelo direito à liberdade de expressão ou se está sendo usado para prática de crimes como racismo, vedado pelo sistema constitucional (MEYER-PFLUG, 2009, p.103/104). Sendo assim o discurso de ódio é o ônus a um direito tão importante como o da liberdade de expressão.

No Brasil atualmente podemos perceber que a violência tanto verbal como física contra determinadas minorias ficou bastante presente esse determinado processo de reprodução da homofobia no âmbito das instituições religiosas, das ciências e do direito, derivado da constante afirmação do modelo de gênero homem e mulher, acabou tornando-se por criar um sentimento muito forte de repulsão ao contato sexual entre pessoas do mesmo sexo e, posteriormente, à homossexualidade em si.

Segundo Thiago Dias no qual ele menciona sobre o discurso de ódio contra minorias:

“O discurso de ódio constitui, assim, também uma forma de violência contra as minorias em questão, pois reproduz o heterossexismo – uma ideologia alicerçada na hierarquia das sexualidades –, contribuindo de forma decisiva para aumento da hostilidade frente a gays, lésbicas, bissexuais, transexuais e travestis. Ademais, resulta na internalização de preconceitos e estereótipos por parte das próprias vítimas, trazendo uma série de consequências nefastas à sua autoestima. É esse discurso que, encontrando eco no âmbito de instituições como a família, a escola e a mídia, alimenta uma ordem social de exclusão e constrói a ideologia que se encontra por trás da permanente violação de direitos de indivíduos LGBT” (THIAGO DIAS OLIVA, 2014, p.16).

Ainda seguindo a linha de raciocínio de Thiago Dias sobre a minoria no qual ele menciona que:

“Atualmente, discursos de ódio contra as minorias sexuais ainda são frequentes. No Zimbábue, por exemplo, o presidente Robert Mugabe já fez uma série de pronunciamentos contra os homossexuais. Em 2011, chegou a dizer que eles são “piores que cães e porcos”. De forma semelhante, em 2009, o então prefeito de Moscou, Yury Luzhkov, ao se manifestar acerca da parada do orgulho gay na cidade, classificou-a como “um ato satânico”. Em 2006, Kazimierz Marcinkiewicz, o então primeiro-ministro da Polônia, resumiu o pensamento da coalizão governista, em relação às paradas do orgulho gay, afirmando que “se uma pessoa tenta infectar os outros com a sua homossexualidade, o Estado deve intervir nessa violação de liberdade”. Esses são apenas exemplos de ocorrências que se repetem em praticamente todas as regiões do mundo.” (THIAGO DIAS OLIVA, 2014, p.17/18).

Assim consegue-se notar que a decorrência de ataques de discursos de ódio contra minorias não ocorrer só no Brasil, e sim no mundo pois é um fenômeno negativo que vem ganhando força através de políticos e famosos, cabe a população identificar e coibir esses atos horrendos.

Swiebel e van der Veur definem os crimes de ódio contra as minorias sexuais como ofensas criminais motivadas pela homo ou transfobia e praticadas contra integrantes dessas minorias – ou pessoas percebidas como tal pelo autor do delito. O crime de ódio deve ser compreendido, assim, como uma conduta discriminatória.

4 MANEIRAS DE DIFERENCIAR LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DISCURSO DE ÓDIO

A liberdade de expressão que é um direito fundamental, é um elemento essencial para a construção de uma sociedade livre e justa, sendo considerada um dos pilares da democracia, porém seu exercício acaba que muitas vezes ferindo o direito de outrem, e por esse motivo tende-se a ser mitigado.

Tendo em vista a liberdade de expressão muitas vezes se é confundida com o discurso de ódio, sendo que as duas são o inverso, o discurso de ódio só se mantém vivo por conta da liberdade de expressão que é um pilar da liberdade, porém muitas pessoas se aproveitam da liberdade que tem para redigir ataques a outrem e não aproveitam dessa dádiva da liberdade.

O presente assunto é mais simples que nunca de ser diferenciado, liberdade de expressão nada mais é que o direito de expressar suas palavras sem que seja censurado ou calado. Já o discurso de ódio se trata de ferir, tanto a dignidade, religião ou cor do cidadão, cabe a população diferenciar e denunciar para que haja um convívio pacífico, a partir do momento em que palavras venham a agredir, nesse momento o direito de se expressar se torna uma arma.

Para Thomas Hobbes (1588 a 1679) a liberdade corresponde à ausência de impedimentos externos, que mesmo não sendo total, faz com que o indivíduo use a liberdade que o resta, não podendo esta ser alterada ou impedida por terceiros (1983, p. 47).

Conceituando a liberdade dentro do âmbito civil, John Locke (1632 a 1704) analisa a partir da condição de que o homem em estado de liberdade não se submete a nenhum

outro poder legislativo senão àquele estabelecido no corpo político mediante consentimento, nem sob o domínio de qualquer vontade ou sob a restrição de qualquer lei afora as que promulgarem o legislativo.

José Afonso da Silva (2001, p. 238), ao definir o ser humano como ser liberto, aduz que “este, na medida em que exerce maior domínio sobre a natureza e as relações sociais, se torna cada vez mais livre”. Conclui-se então que a liberdade se compreende como um poder de autodeterminação, sendo este poder, contudo, reconhecido pelo Estado e positivado na legislação, considerado pelas constituições como direito fundamental dos homens.

Contudo isso exposto podemos notar que a liberdade acompanha o desenvolvimento da sociedade, sendo expressa de diversas maneiras, porém sempre tentando emitir sentimentos e procurando respeitar o direito do outro.

Para Samantha R. Meyer-Pflug (2009, p. 29), a liberdade pode ser definida também quanto ao seu âmbito positivo e negativo, sendo o negativo denominado de liberdade moderna, que consiste no direito do indivíduo de não sofrer impedimentos no exercício de uma atividade.

Com isso chegamos a percepção que o sistema liberal defende que os cidadãos tenham total acesso sem restrições a informações e opiniões cabendo assim ao sistema diferenciar o que é verdadeiro ou falso e assim diferenciar o que é de direito público ou que atende a determinados direitos individuais.

A liberdade de imprensa é operada no Brasil por três mecanismos – a mídia impressa, a mídia radiodifusora e televisiva e a mídia virtual. Ao longo da história, o país vivenciou desde mecanismos de regulamentação da imprensa até mecanismos de censura da imprensa (SÁ, 2020, p.7).

Durante o período colonial, vigia a censura à imprensa. O Decreto de 2 de março de 1821, dispondo sobre a liberdade de imprensa, embora tenha estatuído a suspensão da censura prévia para a publicação de escritos, dispunha da obrigatoriedade de todo impressor submeter o arquivo ao Diretor de Estudos, para que este pudesse verificar a presença de algo digno de censura, para depois deixar prosseguir a impressão (BRASIL, 1821).

Na Constituição Imperial de 1834 havia a previsão da liberdade de imprensa, no artigo 179, inciso IV, nos seguintes termos: “Todos podem comunicar os seus pensamentos, por palavras, escritos, e publicá-los pela Imprensa, sem dependência de censura; contanto que hajam de responder pelos abusos que cometerem no exercício deste Direito, nos casos e pela forma que a Lei determinar” (BRASIL, 1834).

A Constituição Republicana de 1891 também consagrou a liberdade de imprensa, em seu artigo 72, parágrafo 12, onde garantiu-se que “Em qualquer assunto é livre a manifestação do pensamento pela imprensa, ou pela tribuna, sem dependência de censura, respondendo cada um pelos abusos que cometer nos casos e pela forma que a lei determinar. Não é permitido o anonimato” (BRASIL, 1891).

Com os dados já apresentados Mariana Oliveira de Sá menciona que:

Em ambas as Constituições, é possível perceber um certo viés liberal da liberdade de imprensa. Garante-se a liberdade de manifestação do pensamento, proíbe-se a censura, e prevê responsabilidade apenas pelos abusos que são cometidos, o que é aceito pelo sistema liberal de liberdade de imprensa, que dispõe que há a aceitação de algumas restrições à liberdade de imprensa, como a responsabilidade por danos causados à reputação dos indivíduos (SÁ, 2020, p.8).



Contudo, foi no Século XX, com o desenvolvimento das tecnologias de comunicação de massa, que houve maior regulamentação da imprensa. Em 1931 houve a regulamentação da radiocomunicação, por meio do Decreto nº 20.047/1931, onde se estabeleceu a competência exclusiva da União para a exploração do serviço, ou seja, vislumbra-se aspectos do sistema autoritário da liberdade de imprensa (SÁ, 2020, p.8).

A Constituição de 1988 inaugura outro sistema e uma nova roupagem da liberdade de imprensa. Trata-se da responsabilidade social. Embora se consagre a liberdade da imprensa para publicar fatos, notícias, opiniões e ideias, tal atividade deve ser exercida em conformidade com algumas regras, que visam o bem-estar social (SÁ, 2020, p.12).

A Constituição de 1988 propaga que a liberdade de imprensa não pode sofrer qualquer restrição. Não pode haver legislação que constitua embaraço à atividade. É vedada toda forma de censura. Contudo, algumas regulamentações são previstas, para que se atinja a finalidade da imprensa – alcançar o bem-estar da sociedade, por meio de uma atividade imparcial, sincera e que respeite a privacidade dos indivíduos (SÁ, 2020, p.13).

Para alcançar tais objetivos, é possível a regulamentação das diversões e espetáculos públicos, no que tange à sua natureza, faixa etária recomendada, local e horário. Além disso, é possível a defesa contra programas que contrariem os valores da sociedade, e que sejam nocivas à saúde e o meio ambiente. Os meios midiáticos impressos independem de licença, e tanto os impressos como não-impressos não podem ser objeto de monopólio ou oligopólio (SÁ, 2020, p.13).

Especificamente os meios de radiodifusão e de comunicação eletrônica devem se orientar por alguns princípios: preferência de finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas, a promoção da cultura nacional e regional, a regionalização da produção e o respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família (BRASIL, 1988).

Tal regulamentação busca promover a liberdade de imprensa, com base em uma perspectiva moral, isto é, uma liberdade de imprensa que possui responsabilidades para com a sociedade.

Mariana Oliveira trata sobre a importância da livre imprensa no qual ela menciona que:

“A base da imprensa é da iniciativa privada, o Estado apenas intervém para propiciar um ambiente favorável ao exercício de tal direito. Não apenas protege o direito da livre imprensa, mas o direito do cidadão de ter uma imprensa adequada aos fins sociais. É uma via de mão dupla – garante-se a liberdade de expressão do pensamento, das ideias, das opiniões e informações, e busca-se garantir que o cidadão tenha acesso as ideias, opiniões e informações de forma imparcial, democrática e responsável para com os valores que regem a sociedade” (SÁ, 2020, p.13).

O Estado continua sendo o responsável pela outorga e renovação da concessão, permissão e autorização do serviço de radiodifusão. Contudo, consagra-se o princípio da complementariedade dos sistemas privado, público e estatal, ou seja, não há o monopólio do Estado na execução da atividade (SÁ, 2020, p.14).

Na presente sociedade não é necessário nenhum especialista para enxergar a precariedade do cenário político brasileiro, o atual Brasil se afundou em um mar de corrupção, uma crise moral jamais vista, nesse cenário pode-se esperar que o ódio vai chegar e prosperar.

O ódio é uma das características mais tristes do ser humano. Ele contamina as relações sociais, inviabilizando a paz em sociedade. E os discursos carregados com este sentimento, não são diferentes, pois carregam a mesma sina. Logo, é notável que qualquer político com esses hábitos será incapaz de desenvolver qualquer projeto democrático (MARTINS, 2017)

A militância política possui duas vertentes: a primeira trata do ativismo político, que pode ser compreendido como um conjunto de ações legais e não violentas por causas políticas com um objetivo social; a outra, trata do radicalismo, que se caracteriza pela prática de ações ilegais e violentas em prol de seus ideais (MOSKALENKO; MCCAULEY, 2009; GLÓRIA FILHO; MODESTO, 2019).

No que tange sobre o discurso de ódio na política Martins menciona que:

“Os discursos de ódio na política são meramente publicitários, servem unicamente para enganar e fazer com que compremos uma determinada ideia, e com base nisso votar. Importante ressaltar, a partir do momento em que um cidadão vota em determinado político que profere tais discursos, automaticamente ele se torna conivente com aquela prática. É preciso questionar, e desconfiar” (MARTINS, 2017).

Quando por exemplo, um juiz é nomeado herói do povo, é extremamente alarmante. Isto só mostra a carência da população. Ser honesto e digno se tornou algo tão raro, que qualquer um que apresente alguma boa característica é alçado à status de divindade. E assim, parlamentares seguem exaltando nomes conhecidos da ditadura militar brasileira. Relembrando tempos nefastos, onde não havia democracia e a tortura era usada como método de investigação pelo Estado. Usando a desculpa de que o país está a um passo de ser uma nova Cuba. Outros seguem incitando e se alegrando com os massacres nos presídios (MARTINS, 2017).

Podemos notar que a política brasileira está empestada de praticantes de ódio, isso remete a população pois eles são nossos representantes colocados a determinados postos com o voto da sociedade, isso significa que a sociedade está a praticar o ódio diariamente?

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Obrigado a todos que acompanharam este trabalho, levando todos os temas a seu ápice e conseguindo assim alcançar todos os objetivos, com muito trabalho e comprometimento para que conseguisse assim entregar um trabalho de alto nível, com explicações e citações bem relevantes de autores renomados e que entendem bem do assunto.

Começamos o primeiro capítulo conceituando a liberdade de expressão e o discurso de ódio uma tarefa bem difícil que foi alcançado através de leituras de trabalhos sérios no google acadêmico, procurando sempre boas referências. No segundo capítulo começamos a tratar sobre a liberdade de expressão nos dias atuais com a presença da internet e das redes sociais, tratamos também nesse mesmo capítulo sobre o discurso de ódio contra diferentes identidades sexuais, que trata da homofobia e seus respectivos danos. Já no terceiro capítulo procuramos maneira de diferenciar a liberdade de expressão do discurso de ódio, seguindo um conceito de liberdade e uma análise filosófica na primeira etapa desse capítulo, trabalhamos também com a liberdade de imprensa em uma visão liberal seguida por uma breve visão histórica e contemporânea da liberdade de imprensa brasileira, seguindo na linha de raciocínio tratamos também do discurso de ódio deferido

na política.

Com este trabalho vou levar vários ensinamentos na minha vida, que vão contribuir para que novas obras sobre o assunto venham a se tornar realidade. Consegui observar nesse curto tempo de pesquisa, temas relevantes e que vão servir de espelho para que continue batalhando nessa área tão importante.

Referências

- BOCHI, Paullina Luise. **A liberdade de expressão e o discurso do ódio no contexto norte-americano e brasileiro**. 2014. 61 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Florianópolis, 2014. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/127561/TCC%20%20Paullina%20Luise%20Bochi.pdf?sequence=1>> Acesso em: 20 out. 2022
- BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 18 nov. 2022.
- BRASIL. **Constituição da República de 1891**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm> Acesso em: 18 nov. 2022.
- BRASIL. **Decreto de 2 de março de 1821**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/DIM-2-3-1821.htm> Acesso em: 18 nov. 2022.
- BRUGGER, Winfried. **Proibição ou proteção do discurso do ódio? Algumas observações sobre o direito alemão e o americano**. Trad. Maria Angela Jardim de Santa Cruz Oliveira. Revista de Direito Público, v. 15 n. 117, jan./mar. 2007.
- CARCARÁ, Thiago Anastácio. **Discurso do ódio no Brasil: elementos de ódio na Sociedade e sua compreensão jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.
- FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª ed. Ver. Ampl. E atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2017.
- LOCKE, John. **Ensaio Acerca do Entendimento Humano**. Segundo tratado sobre o governo. 5.ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991.
- MACHADO, Jônatas E. M.. **Liberdade de Expressão: Dimensões constitucionais da Esfera pública no sistema social**. Coimbra: Coimbra, 2002.
- MARTINS, Miguel. **Bancados por autoridades e políticos, os discursos de ódio prosperam**. Janeiro 17, 2017. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/revista/935/bancados-por-autoridades-e-politicosos-discursos-de-odio-prosperam>. Acesso em: 4 nov. 2022
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- MOSKALENKO, S., & MCCAULEY, C. (2009). Measuring political mobilization: The distinction between activism and radicalism. **Terrorism and political violence**, 21(2), 239-260.
- NANDI, José Adelmo Becker. **O combate ao discurso de ódio nas redes sociais**. Junho 22, 2018. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/187510>. Acesso em: 17 Nov. 2022.
- OLIVA, Thiago Dias **O discurso de ódio contra as minorias sexuais e os limites da liberdade de expressão no Brasil**. 20, fevereiro 2015. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-14122015-093950/en.php>. Acesso em: 17 Nov. 2022.
- POTIGUAR, Alex. **Liberdade de expressão e o discurso do ódio: a luta pelo reconhecimento da igualdade como direito à diferença**. Brasília: Consulex, 2012.
- PRINCÍPIOS de Camden sobre Liberdade de Expressão e Igualdade. Londres: Artigo 19, 2009. Disponível em: <[www.article19.org/data/files/medialibrary/1214/Camden-Principles PORTUGUESEweb.pdf](http://www.article19.org/data/files/medialibrary/1214/Camden-Principles%20PORTUGUESEweb.pdf)>. Acesso em: 20 out. 2022
- RIOS, Roger Raup. **Direito da antidiscriminação: discriminação direta, discriminação indireta e ações**

afirmativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. 295 p.

SÁ, Mariana Oliveira de. **O direito ao esquecimento e a liberdade de expressão:** para além do direito de dizer, o direito de ouvir. 2020.

SAKAMOTO, Leonardo. **O que aprendi sendo xingado na internet.** 1ª ed. São Paulo: LeYa, 2016.

SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do hate speech. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, ano 1, n. 4, p. 53-105, 2006.

SCHÄFER, Gilberto; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo; SANTOS, Rodrigo Hamilton dos. **Discurso de ódio: da abordagem conceitual ao discurso parlamentar.** Revista de informação legislativa: RIL, v. 52, n. 207, p. 143-158, jul./set. 2015. Disponível em: 41 http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/207/ril_v52_n207_p143. Acesso em: 4 nov. 2022

SILVA, Rosane Leal da et al. Discursos de ódio em redes sociais: jurisprudência brasileira. **Rev. direito GV**, São Paulo, v. 7, n. 2, p. 445-468, Dez. 2011.

STROPPA, Tatiana; ROTHENBURG, Walter Claudius. LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DISCURSO DO ÓDIO: O CONFLITO DISCURSIVO NAS REDES SOCIAIS. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, RS, v. 10, n. 2, p. 450-468, dez. 2015. ISSN 1981-3694. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/19463>>. Acesso em: 20 out. 2022.

SWIEBEL, Joke; van der VEUR, Dennis. Hate crimes against lesbian, gay, bisexual and Transgender persons and the policy response of international governmental organizations. **Netherlands Quarterly of Human Rights**, Antuérpia, v. 27, n. 4, dez. 2009, p. 485-524.

ZISMAN, Célia Rosenthal. **A Liberdade de Expressão na Constituição Federal e Suas Limitações.** São Paulo: Livraria Paulista, 2003.



9

**A INJUSTIÇA DO CONTRATO NULO PARA COM O
TRABALHADOR**

*THE UNFAIRNESS OF THE VOID CONTRACT TO THE
WORKER*

Antonio José Gonçalves

Resumo

Este trabalho apresenta inicialmente uma análise sobre trabalho, suas concepções nos diferentes contextos temporais, os tipos de trabalho, os contratos de trabalho, a origem do salário, para então abordar de forma mais abrangente o chamado contrato nulo, que é formalizado entre o trabalhador e a administração pública, contrato pelo qual o trabalhador quando demitido não recebe todos os direitos previstos na lei, conforme recebem o trabalhador celetista e o servidor público. Seguiu uma abordagem qualitativa, com o objetivo de identificar onde este tipo de contrato fere os princípios da isonomia e da dignidade humana.

Palavras-chave: Administração, pública, Contrato nulo, Injustiça, Trabalhador.

Abstract

This work initially presents an analysis of work, its conceptions in different temporal contexts, the types of work, the work contracts, the origin of the salary, to then approach in a more comprehensive way the so-called null contract, which is formalized between the worker and the public administration, a contract by which the worker, when dismissed, does not receive all the rights provided for by law, as the CLT worker and the public servant receive. It followed a qualitative approach, with the objective of identifying where this type of contract violates the principles of isonomy and human dignity.

Keywords: Public administration. Void contract. Injustice. Worker

1. INTRODUÇÃO

Nem sempre o homem recebeu um pagamento específico por seu trabalho e a sua remuneração continua uma questão polêmica nos dias atuais, seja qual for a forma de contratação, se autônoma ou com vínculo empregatício. O trabalho mesmo já foi visto em diferentes concepções e de três tipos. Em sua classificação mais geral: escravidão, servidão e trabalho livre. Nos tempos atuais, existe uma concepção mais específica: trabalho formal ou assalariado, profissionais liberais, trabalho autônomo e *freelancer*, trabalho eventual, trabalho voluntário, empregado doméstico, estágio profissional, trabalho informal e trabalho forçado (escravizado), este último, apesar de sua prática ser ilegal, ainda existe, porém no Brasil é combatido quando identificado e punido conforme a legislação penal e a trabalhista.

O presente trabalho discorre sobre a modalidade de contrato que envolve contratante e assalariado, sendo o primeiro um ente público, conhecido como contrato nulo. No Direito Administrativo, o ato administrativo sempre foi objeto de estudo no que concerne a suas possíveis nulidades e consequentes efeitos, resultando em reconhecimento da nulidade de um ato administrativo, seja pela própria administração pública ou pelo Judiciário, podendo mesmo produzir efeitos retroativos.

Por se tratar de um tema complexo e polêmico, exige do pesquisador o conhecimento de outros a ele correlatos como o trabalho, sua história, suas percepções no decorrer do tempo pelas civilizações, seus tipos mais antigos e atuais. Discorre ainda sobre alguns conceitos dentro do Direito Administrativo e do Direito Trabalhista, sobre contratos formais no âmbito da administração pública.

Ao desenvolver o tema, percebeu-se também a importância de enfatizar a forma de pagamento salário, tão propagada nas relações trabalhistas.

O trabalho segue explorando o chamado contrato nulo, fazendo uma análise de sua concepção, para então mostrar que este é injusto com a categoria trabalhista por ele abrangida, pois exclui a isonomia em relação aos outros trabalhadores de contratos sob a égide da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e aqueles contratados como servidores públicos.

Além de identificar as irregularidades contratuais desta modalidade de contrato na literatura sobre o tema, o trabalho traz ainda a tendência das decisões judiciais quando o ato administrativo é questionado na justiça, ou seja, com uma fundamentação com base nas decisões jurisprudenciais.

Os órgãos públicos representam os meios pelos quais o Estado deve formalizar contratos com particulares obedecendo a formalidades que possibilitem a preservação dos princípios da administração pública, tais como legalidade, moralidade, impessoalidade, razoabilidade e proporcionalidade, publicidade, eficiência, interesse público. A Constituição Federal abriga o princípio da Dignidade Humana, ao qual se contrapõe o contrato nulo quando nega a isonomia de direitos a contratados por essa forma, em relação às demais formas contratuais.

Ao definir este tema, considerou-se sua importância no sentido de colaborar com a justiça social, assim como para que trabalhadores tenham direitos iguais, em especial isonomia no tocante à remuneração. No contexto jurídico do Brasil, há uma legislação trabalhista específica, no entanto sempre surgem denúncias de crimes como o trabalho análogo à escravidão e desrespeito às formalidades contratuais entre a administração pública e particulares.

Proposto o tema, o trabalho tem como objetivo analisar o contrato nulo em relação aos demais contratos de trabalho, aprofundar esta análise identificando onde o contrato nulo fere princípios constitucionais; mostrando a falta de isonomia que fere o princípio da igualdade; e demonstrando a tendência das decisões jurisprudenciais quando uma parte (o trabalhador) recorre à justiça.

A pesquisa científica surge da construção de um objeto, a partir de um tema definido ou específico. O tema deste trabalho é o contrato nulo, que será estudado por meio de uma abordagem qualitativa, cujo objetivo é investigar o fenômeno como ele ocorre no seu local, que trabalha com um universo de realidade que não pode ser quantificado, mas que se preocupa com as aspirações, crenças, motivações e valores desse universo (MINAYO, 2014).

A coleta de dados será feita em publicações anteriores sobre o assunto como livros, artigos, monografias e outras publicações que discorram sobre o tema e ainda em instrumentos jurídicos que o rejam, como a Constituição Federal de 88, a CLT, decretos, leis e súmulas e sobre a Jurisprudência.

2. FUNDAMENTAÇÃO

2.1 Concepções do trabalho

As concepções de trabalho não resultaram do pensamento de um único estudioso, nem surgiram do nada, mas de um processo que envolveu várias correntes de pensamento, que tiveram propagação e desenvolvimento ao mesmo tempo que evoluíam os modos e relações de produção, da organização da sociedade e das formas de conhecimento (BORGES, 2009).

Sobre a origem do trabalho, Leal (2014) destaca que o ser humano buscou satisfazer suas necessidades biológicas de sobrevivência e no processo de subsistência o trabalhador decidia o que produzir, a forma de produzir e ainda o tempo e seu ritmo. No decorrer do tempo, novas relações foram criadas e passaram a determinar a condição histórica do trabalho e suas capacidades físicas e mentais, por meio da qual busca satisfazer diversas necessidades, que essa atividade vem desde a pré-história, quando o homem inventou seus primeiros instrumentos de trabalho, com a prática da pesca, caça, coleta e agricultura.

Cunha (2022) considera que o homem trabalha com a finalidade de obter bens materiais que supram suas necessidades básicas como moradia, alimentação e proteção; culturais e psicológicas como arte, lazer, educação etc.

O trabalho é a integração entre o homem e a natureza, uma necessidade eterna do mundo humano, com uma essência ontológica que tira o homem de condição meramente biológica. O trabalho se constitui como o primeiro ato histórico do homem, com o propósito de satisfazer suas necessidades materiais e assim manter a reprodução social. O trabalho sempre existirá como uma condição do homem de suprir suas necessidades principais de vida. Dessa forma, em qualquer organização social o trabalho vai estar presente e permitindo ao homem sua integração com a natureza, transformando-a e transformando a si próprio, com a aquisição de novas habilidades (GOIS, 2015).

2.2 Evolução e tipos de trabalho

O trabalho humano trabalho passa por transformações no tempo e no espaço, até que



a Revolução Industrial criou condições de vida e mudanças nas relações entre trabalhadores e os proprietários dos meios de produção. O fim da escravidão oficial traz a contratação por tarefas em países colonizados e no século XXI, na Europa, a atividade industrial provoca um intenso processo de urbanização, consumo e produção em massa (CUNHA, 2022).

Numa classificação mais atual, Torres (2022) aponta os seguintes tipos de trabalho: formal ou assalariado; profissionais liberais; autônomo e freelancer; trabalhador eventual; trabalho voluntário; empregado doméstico; estágio profissional; trabalho informal; e trabalho forçado ou escravizado.

Entende Torres (2022) que:

- a) trabalho formal ou assalariado é aquele em que existe uma relação de emprego, no qual empregador e empregado formalizam contrato que estabelece direitos e deveres de ambas as partes; sob a égide da CLT;
- b) trabalho do profissional liberal, quando alguém exerce uma profissão de nível técnico ou superior em que o trabalhador exerce uma função específica, de acordo com sua formação, podendo ser empregado ou exercer de forma livre seu trabalho como liberal e recolhendo diretamente seus impostos;
- c) autônomo é o trabalhador de qualquer qualificação que trabalha com liberdade, sem vínculo empregatício, que não estão subordinados a ninguém e que organizam seu horário e escala de trabalho e prestam serviços de forma eventual para outras pessoas ou mesmo empresas, decidem em que período devem intensificar seus serviços.

Dos tipos de trabalho apresentados pelo autor, destacam-se essas três como os mais utilizados no sistema de produção, sendo que a primeira, ou seja, trabalho formal ou assalariado, é aquela que se aproxima do contrato nulo, isto é, tem características similares.

Torres (2022) destaca ainda as relações de trabalho que se concretizam em formas de vínculos que uma pessoa física ou jurídica estabelece para contratar os serviços de outra pessoa. O autor ensina que:

Há relações de trabalho de diversos tipos: é preciso ressaltar, no entanto, que nem todos os tipos de relações de trabalho são relações de emprego – você pode ter uma relação de trabalho autônomo, eventual ou avulso, e em nenhuma destas opções será uma relação de emprego (TORRES, 2022, p.1).

Entende-se assim, conforme o autor, que a relação de emprego se dá por meio da formalização de contrato entre as partes.

A partir da teoria social de Marx, Gois (2015) apresenta duas concepções para trabalho: produtivo e improdutivo. O trabalho produtivo se apresenta de forma peculiar e socialmente determinado sob a visão do capitalismo.

Do ponto de vista do *processo de trabalho* em geral, apresentava-se como *produtivo* aquele trabalho que se realizava num *produto*, mais concretamente numa *mercadoria*. Do ponto de vista do processo capitalista de produção, junta-se uma determinação mais precisa: é produtivo aquele trabalho que valoriza diretamente o capital, o que produz mais-valia, ou seja, que se *realiza* – sem equivalente para o operário, para o executante – numa *mais-valia* (MARX, 2010, p. 109 apud GOIS, 2015).

Partindo dessa visão marxista, a autora afirma que o trabalho produtivo só existe no modo de produção capitalista, ressaltando que para Marx somente “é produtivo o trabalho que gera mais-valia, isto é, que valoriza o capital”, que resulta em produto e mercadoria que tenham valor de uso, além de também valorizar o capital, pois o sistema capitalista tem como base fundamental a produção da mais-valia (GOIS, 2015).

O trabalho improdutivo também tem sua forma própria dentro do sistema capitalista, Marx não o considera sem utilidade social, mas como possuidor de uma função social no funcionamento do capitalismo. Nesse caso, sua explicação se dá pela categoria serviços, que não se reveste em produção, mas em uma atividade. Os serviços são usados como valor de uso, não criam valor, mas são necessários para a manutenção do modo de produção capitalista. Mas há caso em que o serviço pode se reverter em atividade produtiva quando o trabalhador converte seu trabalho em capital para o dono de um estabelecimento como restaurante. No entanto, assim será improdutivo:

Quando se compra o trabalho para consumir como valor de uso, como serviço, não para colocar como fator vivo no lugar do capital variável e o incorporar ao processo capitalista de produção, o trabalho não é produtivo eo trabalhador assalariado não é trabalhador produtivo. O seu trabalho é consumido por causa de seu valor de uso, não como trabalho que gera valores de troca; é consumido improdutivamente. [...] (MARX, 2010, p.111 apud GOIS, 2015).

Entende-se assim que o trabalho por meio da prestação de serviço é considerado improdutivo quando o consumidor o paga com sua própria renda. Os serviços, quando comprados para consumo em seu valor de uso, não resultam em fator do capital.

Os elementos aqui expostos levam a defender que o trabalho dos trabalhadores improdutivos é trocado por renda e o dos trabalhadores produtivos por capital, ainda que ambos estejam organizados sob o modo de produção capitalista e baseados numa relação de assalariamento. Consideradas as diferenças mencionadas, há duas semelhanças entre o trabalhador produtivo e o trabalhador improdutivo. A primeira diz respeito ao fato da força de trabalho dos dois ser uma mercadoria. Esta mercadoria é vendida ao capitalista por um determinado valor, que é o salário A segunda semelhança reside no valor da força de trabalho, tanto de um como do outro, que é determinado de modo igual; pelo que custa para sustentá-lo, pelo que o trabalhador necessita para reproduzir a sua força de trabalho (DIAS, 2006, p.34 apud GOIS, 2015).

2.2.1 Salário e remuneração

Toda essa consideração sobre o trabalho e o objeto desse estudo, o contrato nulo, possui relação com o salário, pelo qual trabalhadores ofertam sua mão de obra. Martins (2005) ensina que a Revolução Industrial transformou o trabalho em emprego, fazendo com que uma nova cultura fosse apreendida e a antiga fosse desconsiderada.

A palavra salário tem sua origem do latim *salarium*, vinda do antigo Império Romano, com um significado totalmente diferente do que se concebe hoje. O salário é uma forma de remuneração oferecida ao trabalhador em pagamento de sua prestação de serviço, no entanto nem sempre existiu da forma que existe hoje. Surgiu com a mudança no sistema de produção e consumo com a Revolução Industrial. Antes, quando o homem trabalhava de forma servil, somente tinha direito ao alimento, não tinham dinheiro para comprar bens. Foi o Capitalismo que modificou essa engrenagem pela necessidade de que as pes-

soas consumissem os bens produzidos e para tanto as pessoas precisavam de dinheiro, que viria por meio de um salário acertado entre o trabalhador e a classe patronal (MACEDO, 2020).

O salário é a contraprestação ou vantagem que o trabalhador recebe em dinheiro ou utilidade concedida ao empregado pelo empregador, conforme estabelecido em contrato pelas partes, cujo pagamento se faz pelo serviço e pelo tempo do trabalhador à disposição do patrão (ARAÚJO, 2016).

A remuneração se acrescenta ao salário por pagamento de terceiros, como exemplo se tem a gorjeta. Portanto, a remuneração é o total dos ganhos do trabalhador, e o salário apenas o que paga o empregador (ARAÚJO, 2016).

Na categoria em análise, o contrato nulo, somente o salário devido e o depósito do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) sem o acréscimo da multa de 40%, são pagos ao contratado pelo ente público.

No Brasil, a adoção do salário se inicia sem uma padronização, com empregadores pagando muito pouco pelo serviço prestado, o que causava problemas sociais e econômicos. Foi com a intervenção do governo de Getúlio Vargas que houve a instituição de um salário padrão, o salário-mínimo, por meio da Lei 185. Todavia, existiam quatorze salários-mínimos no país, com valores diferentes para cada região. Com o avanço nas Leis Trabalhistas foi adotado um salário-mínimo padrão para todo país (MACEDO, 2020).

2.3 O trabalho no sistema jurídico brasileiro

No âmbito Constitucional, foi a Carta de 1934 que primeiro tratou especificamente sobre o direito do trabalho, disciplinando sobre a organização dos sindicatos, o caráter racional do trabalho, isonomia salarial, salário-mínimo, estabeleceu a jornada de oito horas, a proteção ao trabalho das mulheres e dos menores, previsão de repouso semanal e de férias anuais remuneradas, acidentes de trabalho, as convenções coletivas e ainda versou sobre a Justiça do Trabalho (SILVA, 2013).

As relações humanas e de trabalho evoluem, assim como os direitos, que em sua amplitude maior são estabelecidos com mais ênfase na Constituição de 1988, que trouxe uma ampla proteção ao trabalho, evidenciada pelo grande número de dispositivos referentes à matéria trabalhista. Complementando e alterando o sistema de proteção, a CF (88) prevê férias remuneradas com um terço a mais, direitos dos empregados domésticos, licença paternidade, Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), aumento do prazo prescricional para cobrança de créditos trabalhistas para cinco anos (ZAINAGHI, 2001, p.7).

A Constituição de 1988 assegurou avanços nos direitos sociais, individuais e trabalhistas, ampliando garantias existentes e criando outras, como igualdade de direitos para trabalhadores rurais e urbanos (art.7º, caput).

No sistema jurídica brasileiro, os direitos trabalhistas estão disciplinados na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), que foi instituída pelo decreto-lei nº 5.452, de 1 de janeiro de 1943, no governo de Getúlio Vargas, que compilou todas as leis relativas ao trabalho no Brasil. A CLT tem como principal objetivo regulamentar as relações individuais e coletivas do trabalho nela previstas, que se estabelecem tanto no ambiente urbano como no rural, traz como principais assuntos registro do trabalhador, jornada de trabalho e período de descanso (BRASIL, 1943; ANDREATTA, 2020).

A maioria dos países, inclusive o Brasil, possui instrumentos que regem as relações

de emprego, todavia no âmbito trabalhista muitas dessas relações ocorrem de forma irregular, ignorando direitos e ferindo o disposto na Constituição Federal com relação a isonomia, trata-se do contrato nulo, forma pela qual os trabalhadores têm alguns dos seus direitos suprimidos, não recebendo os direitos que as categorias celetistas e dos servidores têm garantidos.

3. O CONTRATO NULO

Nas relações empregatícias, algumas empresas públicas contratam tanto pelo regime celetista como pelo estatutário, no entanto muitas contratam sem obedecer a essas duas formas, sem a observância do artigo 37 da Constituição Federal, configurando-se como contrato nulo. Em ações levadas à justiça, as decisões são de que sem concurso público, processo seletivo ou regime celetista não existe o contrato com o ente público (BRASIL, 1988; VILAÇA, 2018).

No período anterior à vigência da atual constituição havia a contratação pela administração para cargo público e emprego público, após este período, a admissão somente se faz por concurso público ou processo seletivo. Fora desse âmbito, os contratos são considerados nulos. Não observam a isonomia quanto aos direitos trabalhistas porque seus efeitos se refletem apenas ao pagamento de salário pelo trabalho prestado e saque dos depósitos realizados na conta do FGTS, sem ensejar efeitos previdenciários, pagamento de férias, décimo terceiro e outros direitos garantidos aos servidores e empregados públicos e aos de regime celetista (AMORIM, 2022).

Em caso de contratos sem concurso público ou por seletivo firmados antes da vigência da Constituição de 88, neste não existe irregularidade, visto que vigia a Constituição de 1967, que alterada pela Emenda Constitucional de 1969 exigia o concurso público somente para admissão em cargo público, deixando o emprego público sem esta exigência. O artigo fala de cargo público, como se vê:

Art. 97. Os cargos públicos serão acessíveis a todos os brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei.

§ 1º A primeira investidura em cargo público dependerá de aprovação prévia, em concurso público de provas ou de provas e títulos, salvo os casos indicados em lei (BRASIL, 1967).

Para os contratos efetivados a partir da vigência da atual Constituição Federal, o entendimento é outro, ensejando que sejam considerados contratos nulos, art. 37, II e § 2º, da Constituição Federal. A declaração de nulidade implica na invalidação do ato ou do negócio jurídico e, conseqüentemente, não produz os efeitos pretendidos pelas partes contratantes (AMORIM, 2020).

Ainda que o contrato nulo enseje a nulidade dos efeitos do contrato firmado há uma violação do interesse público e desfeito o contrato não existe possibilidade de voltar à condição anterior, pois o trabalhador já dispensou seu trabalho. Para esses casos, o Tribunal Superior do Trabalho vem adotando a aplicabilidade parcial da teoria trabalhista das nulidades, e assim decreta a nulidade do contrato de trabalho, mas assegura ao empregado admitido de forma irregular o pagamento das horas trabalhadas e das verbas rescisórias do FGTS, sem a aplicação da multa de 40% (AMORIM, 2022).

A Súmula 363 assim reporta ao contrato entre uma pessoa com o ente público:



A contratação de servidor público, após a CF/1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo art. 37, II e § 2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário-mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS.

O enunciado deixa bem claro a pouca abrangência de direitos trabalhistas, pois o empregado não recebe nenhuma verba a mais que o saldo de salário e o depósito do FGTS.

A Súmula 363, no sistema normativo brasileiro, funciona como fonte hermenêutica de direito, não possuindo caráter vinculante, sendo assim não se reveste de absolutismo com relação a questionamento na Justiça do Trabalho. Zavarella (2006) ensina que mesmo com essa flexibilidade a ser usada pelo juiz, o Tribunal Superior do Trabalho mantém suas decisões sob este aspecto, conforme o abaixo ilustrado:

Agravo de instrumento recurso de revista

Decorre do acórdão regional, o entendimento sobre a invalidade do contrato por prazo determinado celebrado em razão de os serviços a eles atinentes serem objeto das atribuições de cargo efetivo e finalidade permanente do reclamado. Assim, é nula a primeira contratação em razão do seu objeto e sua prorrogação se ressentir da ausência de concurso público. Aplicação da Súmula 363 do TST: “A contratação de servidor público, após a Constituição de 1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no seu art. 37, II, e § 2º, somente conferindo-lhe direito ao pagamento da contraprestação pactuada em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário-mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS.” Agravo de instrumento desprovido. (TST - AIRR 432/2002-071-09-40.3 - 1ª T. - Relª Juíza Conv. Maria do Perpétuo Socorro Wanderley de Castro - DJU 1/7/2005).

Da decisão pode se entender que a doutrina da Súmula 363 prevalece para as decisões judiciais. No entanto seu teor provoca muita controvérsia quando se observa que se contrapõe ao regime jurídico específico e ao princípio da boa-fé e outros princípios constitucionais.

Maximiliano e Oliveira (2016) propuseram análise da referida Súmula partindo da premissa de que colide com os direitos fundamentais sociais e o princípio da boa-fé. As autoras analisam a Constituição anterior à atual que não pedia a obrigatoriedade de concurso. Para as autoras, a cidadania relacionada apenas à participação dos indivíduos na política teve seu espectro ampliado, se for que hoje se expressa no reconhecimento e desenvolvimento dos direitos e garantias fundamentais e que, por esse viés, o não pagamento integral das verbas devidas, de cunho alimentar, contrapõe-se ao princípio da boa-fé.

Estudando os fundamentos da Súmula 363, as supraditas autoras explicam que a declaração de nulidade foi admitida a partir do código civil de 1916, quando o parâmetro deveria ser o atual, ou seja, o Código Civil de 2002. “A redação originária da Súmula 363, a então Orientação Jurisprudencial 85, do TST, construída na vigência do Código Civil de 1916, tinha por fundamento o art. 158, atual art. 182.”

Art. 158. Anulado o ato, restituir-se-ão as partes ao estado, em que antes dele se achavam, e não sendo possível restituí-las, serão indenizadas com o equivalente (BRASIL, 1916)

Art. 182. Anulado o negócio jurídico, restituir-se-ão as partes ao estado em que

antes dele se achavam, e, não sendo possível restituí-las, serão indenizadas com o equivalente (BRASIL, 2002).

De acordo com Jusbrasil (2022), a doutrina assim explica:

1 Correspondência legislativa (parcial). CC/1916 158. • 2. Restituição ao estado anterior. A eficácia da sentença que anula o negócio jurídico é ex nunc, ou seja, produz efeitos apenas para o futuro. Com isso, todos os atos praticados como decorrência do ato anulável, o foram legitimamente [...]

Em sua análise, Maximiliano e Oliveira (2016) entendem que o Direito do Trabalho possui princípios informativos, gerados a partir do princípio de proteção ao empregado, que se refletem sobre todo sistema, inclusive no das nulidades, que não visa somente a tutela do trabalhador, enquanto parte hipossuficiente, mas se estende ao seu contrato e salário, conforme dispõem os artigos 1.º, III, e IV, 170 e 193, da CR-88. Dessa forma, sem a observância do requisito essencial concurso público e declarado o contrato nulo, isto não pode causar prejuízo ao trabalhador, pois “os princípios de proteção e da continuidade do contrato de trabalho apontam para um máximo de aproveitamento dos efeitos dimanados da relação de emprego” (DALLEGRAVE NETO, 2003, p.103 apud MAXILIANO; OLIVEIRA, 2016).

Partindo dessas premissas, Maximiliano e Oliveira (2016) consideram que o expresso na Súmula 363 do TST, com caráter eminentemente civilista, colide com o Direito do Trabalho, domínio em que o equivalente ao trabalho prestado não deve ser pago apenas pelas horas trabalhadas, sem as devidas garantias sociais, mas que sejam pagas todas as verbas decorrentes do trabalho prestado, em observância ao artigo 3º da CLT, que são anotação em Carteira do Trabalho e Previdência Social (CTPS), recolhimento para previdência com a correspondente contagem de tempo visando à aposentadoria e verbas rescisórias.

As autoras reforçam seu pensamento acrescentando que:

Muito embora a teoria das nulidades tenha origem no Direito Civil, a sua aplicação no Direito do Trabalho, conforme o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho, expresso na Súmula 363, implica para o trabalhador prejuízo, por ter subtraídas verbas de natureza alimentar decorrentes do seu trabalho e garantidas constitucionalmente (MAXIMILIANO; OLIVEIRA, 2016, p.1).

Discorrendo sobre a proteção ao trabalhador e suas garantias e direitos fundamentais, no âmbito constitucional, Silva (2013) enfatiza que o Direito do Trabalho individual está disposto a partir do artigo 7º até o artigo 11º da Constituição Federal de 1988, dos quais faz uma análise para ao final ressaltar o reconhecimento desses direitos trabalhistas em sua eficácia na norma constitucional.

Silva (2013) recorre a José Afonso da Silva para melhor explicar sua assertiva:

São direitos dos trabalhadores os enumerados nos incisos do art. 7º além de outros que visem à melhoria de sua condição social. Temos, assim, direitos expressamente enumerados e direitos simplesmente previstos. Dos enumerados, uns são imediatamente aplicáveis, outros dependem de lei para sua efetivação prática [...] (SILVA, 2003, p. 288 apud SILVA, 2013).

Ressalta ainda que:

O mesmo autor destaca o caráter imperativo das referidas normas ao escrever: “As normas que os definem, com eficácia imediata ou não, importam em obrigações estatais no sentido de proporcionar aos trabalhadores os direitos assegurados e programados. Toda atuação em outro sentido infringe-as” (SILVA, 2003, p. 288 apud SILVA, 2013).

Por este vértice, entende-se que todos os direitos trabalhistas expressos na Constituição vigente devem ser observados em uma relação de emprego, pois do contrário fere o referido ordenamento jurídico. Essa análise sob o viés constitucional se alinha à análise da Súmula 363 feita por Maximiliano e Oliveira (2016).

3.1 Princípios e direitos trabalhistas

Os princípios constitucionais também são paradigmas no âmbito do Direito Trabalhista e são de grande importância na solução das lides de uma forma geral. Em consonância com este estudo identificamos três que se considera devam ser fonte para fundamentar a questão do contrato nulo, são o princípio da isonomia, o princípio da boa-fé e o princípio da proteção.

Princípio é a postura mental, ou enunciado, que ajuda o intérprete a se posicionar desta ou daquela forma. Fundamenta diretrizes, o arcabouço, dá o direcionamento para que o estudioso faça sua interpretação. Possui três funções no arcabouço jurídico: informativa, interpretativa e normativa (FELIPE, 2016).

- **Princípio da proteção.** O Direito do trabalho não considera as partes iguais na relação de emprego, prevalece a proteção do empregado, financeiramente a parte mais fraca, para qual a ordem jurídica pretende buscar igualdade, com a proteção do obreiro, com a finalidade de suprir sua condição econômica menos favorável em relação ao patrão. A ordem jurídica protege além do empregado como parte mais fraca, as condições de trabalho com regras de segurança e condições de trabalho, a dignidade da pessoa do obreiro e o valor do seu trabalho, este representado pelo salário. Este princípio visa a equilibrar a relação empregatícia entre o empregado e o empregador (MANSUR, 2004).
- **Princípio da boa-fé.** Utilizado em todos os ramos do direito, em especial no âmbito contratual, dispõe sobre a norma de ordem moral e exige das partes uma relação ética e de honestidade em suas ações. A boa-fé diz respeito à consciência das pessoas, levando a que uma parte não aja de forma a prejudicar a outra na relação contratual

[...] a boa-fé poderá também atuar como limite ao exercício dos direitos fundamentais quando se identifica com direito de terceiro, no caso, do empregador. A boa fé obriga a evitar excessos, no exercício desses direitos, capaz de configurar abuso de direito (BARROS, 2007 apud FELIPE, 2016).

- **Princípio da isonomia.** O princípio da isonomia (da igualdade é um dos principais na sustentação do Estado Democrático de Direito, que tem como fundamento o combate aos privilégios e distinções desiguais. No Brasil, a Carta Constitucional de 1934 foi a primeira a adotá-lo, sendo mantido nas Cartas subsequentes com algumas alterações. Proibia a diferença salarial para um mesmo trabalho em virtude de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil (MADRIGAL, 2022).

A atual Constituição Federal consagra o princípio da isonomia em seu artigo 5º, caput, inciso I, que se refere aos direitos e deveres individuais e coletivos, como princípio geral, e particularizado no artigo 39, § 1º do mesmo instrumento jurídico (BRASIL, 1988).

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por mais que o homem e a sociedade avancem nas conquistas de direitos, sempre há uma situação que não foi alcançada. Vendo a evolução dos direitos fundamentais, sua origem, e as garantias para com o cidadão percebe-se quanta injustiça já foi praticada. A positivação dos direitos nas Constituições vem trazendo modificações. No entanto, há situações colocadas nesses instrumentos, como na do Brasil, pela qual o Estado só pode contratar mediante concurso público ou seletivo, que são desrespeitadas com uma certa anuência dos poderes constituídos. Trata-se dos contratos formalizados pela administração pública nos níveis estadual e municipal, o chamado contrato nulo.

Por meio desse estudo, constatou-se que há um impasse, pois se há a proibição pela Constituição, quando a administração pública demite um contratado sem lhes pagar as verbas previstas em lei, também fere princípios constitucionais, em especial os da isonomia e da dignidade da pessoa humana. Essa situação urge em uma solução por meio do Estado.

Referências

AMORIM, Juliana Barreto de Cavalho. **Uma análise dos efeitos previdenciários decorrentes dos contratos de trabalho nulos firmados pela Administração Pública**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 06 abr 2022, 04:27. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/58197/uma-analise-dos-efeitos-previdenciarios-decorrentes-dos-contratos-de-trabalho-nulos-firmados-pela-administracao-pblica>. Acesso em: 27/08/2022.

ANDREATTA, Filipe. **CLT garante direitos como 13º e férias; entenda o que é e quem tem acesso**. Guia de Economia/UOL. São Paulo, 04/03/2020. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2020/03/04/clt-consolidacao-leis-trabalhistas-celetista-emprego-trabalho-direitos.htm>. Acesso em 05/03/2022.

ARAÚJO, Adriano Alves de. **Qual a diferença entre salário e remuneração?** 2016. Disponível em: <https://alvesaraujoadv.jusbrasil.com.br/artigos/395844466/qual-a-diferenca-entre-salario-e-remuneracao>. Acesso em 08/09/2022.

BORGES, Livia de Oliveira. **As concepções do trabalho**: um estudo de análise de conteúdo de dois periódicos de circulação nacional. 2009. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rac/a/cpQKTgFDHjshGRNzszNH7d-f/?lang=pt#>. Acesso em 12/05/2022.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm Acesso em 22/04/2022.

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

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília-DF, 1967.

BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm. Acesso/ 20/03/2022.

BRASIL. Súmula 363 do Superior Tribunal do Trabalho (TST)

COSTA NETO, Antônio Cavalcante de. **Contrato de trabalho nulo e seus efeitos jurídicos**. 1997. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/79070826.pdf>. Acesso em 04/04/2022.

CUNHA, Carolina. **Trabalho** – O conceito e a relação com o tempo livre ao longo da história. 2022. Disponível em: <https://vestibular.uol.com.br/resumo-das-disciplinas/atualidades/trabalho-o-conceito-e-a-relacao-com-o-tempo-livre-ao-longo-da-historia.htm#:~:text=O%20trabalho%20e%20o%20tempo,na%20conviv%20>



C3%AAncia%20com%20a%20comunidade.> Acesso 20/03/2022

FELIPE, Juliana Raquel de Oliveira. **Princípios constitucionais trabalhistas e sua eficácia na relação de emprego.** 2016. Disponível em:<<https://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/princliopos-constitucionais-trabalhistas-sua-eficacia-na-relacao.htm>>. Acesso em 12/08/2022.

GOIS, Juliana Carla da Silva **Os fundamentos do trabalho em Marx:** considerações acerca do trabalho produtivo e do trabalho improdutivo. 2015. Disponível em:<<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/180604>> Acesso em 23/08/2022.

LEAL, Priscila de Oliveira Ribeiro. **A evolução do trabalho humano e o surgimento do direito do trabalho.** 2014. Disponível em:<<https://jus.com.br/artigos/32198/a-evolucao-do-trabalho-humano-e-o-surgimento-do-direito-do-trabalho>> Acesso em 12/04/2022.

MACEDO, Ana Clara. **A origem da palavra salário:** significado e evolução desse conceito. 2020. Disponível em:< <https://betterfly.com/pt-br/blog/origem-da-palavra-salario/>>. Acesso em 04/09/2022.

MADRIGAL, Alexis Gabriel. **O princípio da isonomia salarial nas relações trabalhistas. 2022. Disponível em:< <https://alexismadrival.jusbrasil.com.br/artigos/1635589059/o-principio-da-isonomia-salarial-nas-relacoes-trabalhistas>>.** Acesso em 07/10/2022.

MANSUR, Juliano Martins. **Teoria das nulidades do contrato de trabalho.** 2004. Disponível em:< VCMF® 2020 TODOS <https://vcmf.com.br/teoria-das-nulidades-do-contrato-de-trabalho/>>. Acesso em 06/08/2022

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho.** São Paulo: Atlas, 2005Parte superior do formulário

MAXIMILIANO, Ana Maria; OLIVEIRA, Emilia Daniela Chuery Martins. **A súmula 363 do Tribunal Superior do Trabalho:** os fundamentos para a proposta de revisão a partir do reconhecimento dos direitos fundamentais sociais e da boa-fé contratual. 2016.

MINAYO, M. C. de S. (Org.). **O desafio do conhecimento:** pesquisa qualitativa em saúde. 14^a ed. Rio de Janeiro: Hucitec, 2014. 408 p.

MINAYO, Maria Cecília de Souza. **Análise qualitativa:** teoria, passos e fidedignidade. 2012. Disponível em < file:///C:/Users/SamSung/Documents/antonio%20centro/download.pdf>. Acesso em 08/08/2022.

SILVA, Cássia Cristina Moretto da. **A proteção ao trabalho na Constituição Federal de 1988 e a adoção do permissivo flexibilizante da legislação trabalhista no Brasil.** 2013. Disponível em:< <https://www.abdconst.com.br/revista8/protecaoCassia.pdf>>. Acesso em 22/05/2022.

TORRES, Victor. **Tipos de trabalho:** Tipos de trabalho: formal, informal, autônomo, liberal. 2022. Disponível em:< <https://www.contabilizei.com.br/contabilidade-online/tipos-de-trabalho-e-contratos/>>. Acesso em 22/08/2022.

VILAÇA, Thais. **O que é contrato nulo?.** 2018. Disponível em:<<https://thaisvilaca.jusbrasil.com.br/artigos/700283590/o-que-e-contrato-nulo>>. Acesso em 12/08/2022.

ZAINAGHI, Domingos Sávio. **Curso de Legislação social:** direito do trabalho. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2001.



10

**VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER NA
PANDEMIA DO COVID-19: ANÁLISE DE CASOS
OCORRIDOS DURANTE O PERÍODO DE ISOLAMENTO
SOCIAL NA ÁREA ITAQUI-BACANGA NO MUNICÍPIO DE
SÃO LUÍS- MA**

*DOMESTIC VIOLENCE AGAINST WOMEN IN THE COVID-19
PANDEMIC: ANALYSIS OF CASES THAT OCCURRED DURING
THE PERIOD OF SOCIAL ISOLATION IN THE ITAQUI-BACANGA
AREA IN THE MUNICIPALITY OF SÃO LUÍS-MA*

Kennyston Silva Marques

Resumo

O presente estudo tem como objetivo analisar a violência doméstica praticada contra a mulher no espaço intrafamiliar durante o isolamento da covid-19 na área Itaquí- Bacanga no município de São Luís- MA. O isolamento social trouxe um aumento significativo da violência contra as mulheres, essas que foram sujeitadas a todo tipo de agressões no ambiente doméstico, que em geral tem como agente agressor seu companheiro, marido ou namorado. As Leis, juntamente com os órgãos de combate à violência doméstica, representam um grande avanço na proteção às mulheres, pois agora possuem instrumentos jurídicos e diversos meios para denunciar e pedir a punição de seus agressores. Para alcançar o objetivo proposto, optou-se pela pesquisa descritiva-exploratória, que utilizará da metodologia qualitativa, procurando identificar a natureza dos problemas partindo-se do geral para o específico. Utilizando das ferramentas de análise de coletas de dados primários, secundários e bibliográficos. Conclui-se que, a violência doméstica contra a mulher deve ser vista como um ponto central da agenda política do Estado em todos os níveis, com políticas públicas e recursos compatíveis para programas de apoio às mulheres em situação de violência, fazendo valer os Planos Nacionais de Políticas para Mulheres.

Palavras-Chave: Violência doméstica, Covid19 (SARS-COV-19), Isolamento. Agressão.

Abstract

The present study aims to analyze the domestic violence practiced against women in the intra-family space during the isolation of COVID-19 in the Itaquí- Bacanga area, localized in São Luís- MA. Social isolation has brought about a significant increase in violence against women, those who have been subjected to all types of aggression in the domestic environment, which in general have their partner, husband or boyfriend as the aggressor. The Laws, together with the agencies that combat domestic violence, represent a great advance in the protection of women, as they now have legal instruments and multiple ways to denounce and ask for the punishment of their aggressors. In order to reach the proposed objective, a descriptive-exploratory research was chosen, which will use the qualitative methodology, seeking to identify the nature of the problems starting from the general to the specific. Using the analysis tools of primary, secondary and bibliographic data collection. It is concluded that domestic violence against women should be seen as a central point of the State's political agenda at all levels, with public policies and compatible resources for support programs for women in situations of violence, enforcing the National Plans of Policies for Women.

Keywords: Domestic violence, Covid19 (SARS-COV-19), Isolation. Aggression.

1. INTRODUÇÃO

Violência, em seu significado mais frequente, quer dizer uso da força física, psicológica ou intelectual para obrigar outra pessoa a fazer algo que não está com vontade, é constranger, tolher a liberdade, incomodar, é impedir a outra pessoa de manifestar seu desejo e sua vontade, sob pena de viver gravemente ameaçada ou até mesmo ser espancada, lesionada ou morta. É um meio de coagir, de submeter outrem ao seu domínio, é uma violação dos direitos essenciais do ser humano. (TELES, 2006)

Segundo estudo da Organização das Nações Unidas (ONU) de 2006, “violência contra a mulher” é todo ato de violência praticado por motivos de gênero, dirigido contra uma mulher. De acordo com o art. 5º da Lei Maria da Penha, violência doméstica e familiar contra a mulher é “qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial”. Define cinco formas de violência doméstica e familiar, são elas: violência física, violência psicológica, violência sexual, violência patrimonial, violência moral. (INSTITUTO MARIA DA PENHA).

Apesar da Violência Doméstica ser um tema muito discutido e estudado atualmente, a mesma está longe de ser um problema com origens recentes. Durante vários anos a prática deste tipo de violência fez parte de muitas famílias regidas pelos valores patriarcais, onde a mulher era considerada uma propriedade do homem. Assim, inicialmente a violência doméstica era vista como um problema da esfera privada e justificado por tradições e costumes, não sendo alvo de discussão pública nem de intervenção por parte de terceiros (HANADA, 2007).

A Pandemia do SARS-COV-19, desencadeou um grande problema pertinente a violência contra as mulheres, pois as medidas que foram adotadas pelos Governantes que é o isolamento tem a justificativa para conter a disseminação do novo vírus, toda via o lar se tornou o maior inimigo das vítimas, tendo em vista o contato contínuo e rotineiro com os próprios agressores (MIRANDA, 2021).

Diante disso, pelo fato de estarem isoladas dentro de casa, as mulheres ficaram e ficaram sob o controle dos agressores, impedidas de manter o convívio social, o que pode dar margem para a violência psicológica. O poder sobre o financeiro se torna mais frequente e, com a figura do homem de modo permanente no ambiente doméstico, gerou e gera conflito, tendo em vista que é mais comum ser coordenado pela figura feminina, servindo de influência para atos agressivos. (VIEIRA et al., 2020).

O Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (MMFDH) relatou que o grupo mais afetado de denúncias devido ao isolamento se concentra em mulheres e somaram mais de 105 (cento e cinco mil) casos de violência doméstica no ano de 2020. Verificou-se um aumento nos registros de violência doméstica no Brasil devido ao isolamento social pela Covid-19. De acordo com os dados do MMFDH, os casos de violência obtiveram um impacto crescente no mês de março de 2020 e foi registrado um aumento de 165,6% nas denúncias no período da pandemia (BRASIL, 2021).

O atual cenário acarretou consequências diretas na violência doméstica contra a mulher. Conforme recomendado pela OMS, a melhor forma de prevenir a devastação do vírus foi o isolamento social. Ocorre que, refletindo sobre essa problemática, a maioria dos acontecimentos de agressão ocorrem no domicílio da vítima, com isso, o lar se tornou um ambiente inseguro, pelo contato contínuo das vítimas com o próprio agressor, chegando até a dificultar na formalização da denúncia (VIEIRA et al., 2020).



Diante de tais fatos, faz necessário colocar em prática as estratégias de enfrentamento da violência contra a mulher, a fim de garantir uma atuação conjunta dos órgãos para assegurar a integridade física e psicológica das vítimas, bem como garantir medidas para o atendimento a essas mulheres, buscando apoio e criando ações que visem a prevenção e garantia dos direitos. Portanto, os projetos políticos são de extrema importância, uma vez que podem criar redes de atendimento como delegacias especializadas, casas de apoio e ampliar os canais de serviços de atendimento com objetivo de dar segurança a mulheres em situação de vulnerabilidade. A organização, juntamente com o monitoramento e a manutenção podem fazer com que essas mulheres tenham mais segurança (VIEIRA et al., 2020).

O presente estudo abordará a violência doméstica em tempos de pandemia no município de São Luís Maranhão, diante desse contexto formula-se o seguinte problema de pesquisa: o isolamento social ocasionado pela pandemia do covid-19 influenciou para o aumento de casos de violência doméstica contra a mulher na área Itaqui-Bacanga no município de São Luís- MA?

Tem como objetivo geral analisar a violência doméstica praticada contra a mulher no espaço intrafamiliar durante o isolamento da covid-19 na área Itaqui- Bacanga no município de São Luís- MA. Os objetivos específicos foram: O que é violência doméstica e a sua evolução histórica do patriarcado; A violência doméstica contra a mulher no período pandêmico e quais bairros da área Itaqui-Bacanga são mais abrangentes a esse tipo de violência; quais medidas abordadas pelo Poder Público do Estado do Maranhão para combater à violência doméstica em meio ao contexto pandêmico vivenciado. O presente estudo caracteriza-se como uma pesquisa descritiva-exploratória, que utilizará da metodologia qualitativa, procurando identificar a natureza dos problemas partindo-se do geral para o específico. Utilizando das ferramentas de análise de coletas de dados primários, secundários e bibliográficos.

A violência doméstica é um problema social de extrema gravidade, que prejudica não só a família, como também impede o pleno desenvolvimento social, moral, ético e que coloca em risco mais da metade da população de um país. No recente cenário da pandemia da covid-19 exigiu uma série de medidas e cuidados. Um dos principais indicadores para proteção e prevenção à doença foi o isolamento domiciliar. Entretanto, essa medida intensificou problemas que ecoam entre nós a muito tempo, como a violência doméstica contra as mulheres. (FIOCRUZ, 2020)

A partir deste contexto e de revisão literárias sobre o problema visivelmente existente faz necessário trabalhar o tema na área Itaqui-Bacanga no município de São Luís no estado do Maranhão, indo além da bibliografia, procurando identificar os maiores problemas desse tipo de violência contra mulher no período pandêmico, e contribuir de forma favorável para o despertar de um novo olhar dos poderes públicos sobre esse público vulnerável. Diante disso, é fundamental que pesquisas científicas lancem um olhar ampliado sobre este cenário, abordando as implicações desta crise como violência doméstica contra a mulher, sobretudo, em populações vulneráveis, onde as ressonâncias podem ser nocivas.

2. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO PATRIARCADO

A palavra violência doméstica remete ao uso de força física, ou seja, tem similitude com o excesso de força sobre um terceiro. A violência é um crime que infringe os direitos fundamentais e garantias, bem como a integridade física e psicológica das vítimas, cujo ato de violência pode estar relacionado a diversos aspectos, como cultura, padrões políticos e econômicos da sociedade, bem como preconceito, rejeição e instabilidade, sendo

considerado um crime praticado com a necessidade de submeter a mulher a determinados comportamentos constrangedores (COSTA, 2019).

Além disso, são elementos contribuintes para gerar a violência: o isolamento, a fragmentação, o poder, o domínio e a influência moral, bem como situações de stress, momentos de frustrações, dependência do álcool, uso de entorpecentes, perturbações mentais, dentre outros. É importante ressaltar que, de acordo com a Conferência dos Direitos Humanos, a violência doméstica é considerada como a maior violação contra a humanidade (ALVES, 2005; MIRANDA, 2021).

Segundo a Lei 11.340/2006 (art. 5º. e 7º.) em sua conformidade, denomina violência Doméstica como, qualquer espécie de agressão (ação ou omissão) contra a mulher (vítima certa), baseada no gênero, independentemente de orientação sexual, que acarreta morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial, no âmbito da unidade doméstica (espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas), familiar (comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa) ou em qualquer relação íntima de afeto (na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação), com fim específico de objetá-la (retirar direitos), dada a sua hipossuficiência (CUNHA, 2006; BALBINO, 2020).

Das formas de violência doméstica e familiar contra a mulher segundo a lei Lei 11.340/2006, no Art. 7º são formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras (TJDFT, 2017):

- I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;
- II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da auto-estima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação;
- III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;
- IV - a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades;
- V - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.

Primitivamente a mulher exercia uma função social igual à do homem, enquanto este ia caçar e pescar a mulher desempenhava as atividades agrícolas e as tarefas domésticas, sendo as comunidades primitivas desprovidas de matérias jurídicas, prevalecendo o direi-

to repressivo (TABOSA, 2005; PONTES et al., 2007).

Com a evolução da sociedade e sua complexidade, o direito como efeito das mudanças também evoluiu, porém em relação a mulher o desenvolvimento se dá muito lentamente, visto que com o aumento da riqueza individual do homem, a monopolização política e a queda do direito materno ocorreu uma enorme desigualdade jurídico-social, entre homens e mulheres, visto desde o Direito Romano, que desprovia a mulher de capacidade jurídica, com exemplo de que a mulher solteira, vivia sob o pátrio poder do pai e se casada vivia sob o poder do marido (TABOSA, 2003; PONTES et al., 2007)

A mulher foi vítima de discriminação, sendo esta tratada como um objeto, tendo seus direitos limitados e suas vontades e liberdades tolhidas, resultados de uma discriminação sócio-cultural envolta ao machismo exacerbado, havendo uma dominação dos homens que de alguma forma ocupam patamares mais elevados, econômica e politicamente, bem como perante a família, criando assim pólos de dominação e submissão (PONTES et al., 2007).

Segundo Waiselfisz destaca que a ideologia patriarcal, que definida como as relações de poder entre homens e mulheres na sociedade e que permeia a cultura, as instituições e o próprio sistema de justiça criminal, tem constituído um forte obstáculo para os avanços em direção à garantia de igualdade de direitos para as mulheres. (WASELFISZ; CASTRO, 2017).

Na história do Brasil-Colônia essa ideologia era bem perceptível, as mulheres sofriam diferenciação quanto a educação feminina, em que a igreja dominante deu início a educação não incluindo as mulheres, tendo estes dois motivos para viver, quais sejam, o lar e a igreja, submissas ao pai, ao marido e a religião. Esta submissão se dava ao fato do desejo de mantê-las alienadas quanto aos conhecimentos que lhes permitissem pensar em igualdade de direitos, não permitindo a elas, estudar e aprender (PONTES et al., 2007).

Ao homem não era imputado pena quanto a aplicação de castigos corporais à mulher e aos filhos, o pátrio poder era de exclusividade do marido, não podendo a mulher, praticar quase nenhum ato sem autorização do mesmo, sendo este o período das Ordenações Filipinas que vigeu por mais de trezentos anos, até o ano de 1916 (PONTES et al., 2007).

A promulgação do Código Civil de 1916 manteve os princípios conservadores do homem como chefe da sociedade conjugal, deixando sem dúvida a nítida colocação da mulher em segundo plano. Com o Código Eleitoral em 1932, surgiram avanços, ao ser permitido o voto feminino às mulheres maiores de 21 anos, que após a constituição de 1934 foi reduzida a idade exigida para 18 anos (PONTES et al., 2007).

Discussões voltadas para o enfrentamento da violência contra a mulher são recentes no país. Até a década de 1970, a tese de legítima defesa da honra era aceita nos tribunais para inocentar maridos que assassinavam suas mulheres, como o famoso caso Doca Street, de 1977, que gerou uma forte reação do movimento feminista. Nesse mesmo período, debatia-se no meio jurídico se o marido poderia ser sujeito ativo do crime de estupro contra sua esposa, uma vez que era dever dos cônjuges manter relações sexuais (CERQUEIRA et al., 2013; CASTRO et al., 2017).

Como resultado das reivindicações oriundas do movimento feminista brasileiro, o Programa de Assistência Integral à Saúde da Mulher (PAISM) foi criado em 1983 com o objetivo de atender à mulher em sua integralidade, especialmente quando em situações de violência doméstica. No ano de 1985, foi institucionalizado o Conselho Nacional dos Direitos da Mulher (CNDM), oportunidade em que foram criadas as primeiras Delegacias Especializadas no Atendimento à Mulher (DEAMs). No ano seguinte, registrou-se a criação da primeira Casa Abrigo para mulheres, instituída pela Secretaria de Segurança Pública de São Paulo com a finalidade de abrigar as mulheres em situação de risco de morte (BRASIL, 2011).

Apesar de a Constituição de 1988 ter igualado as funções familiares entre homens e mulheres, apenas em 1995, a Lei n.º. 9.520 revogou o Artigo 35 do Código de Processo Penal, que estabelecia que a mulher casada não poderia exercer o direito de queixa sem a autorização do marido, salvo quando fosse contra ele, ou que esta estivesse separada. Em 2000, a Lei n.º. 2.372, que propunha medidas protetivas para a mulher vítima de violência doméstica - com o afastamento do agressor da habitação foi totalmente vetada pelo então Presidente da República (CASTRO et al., 2017).

No ano de 2003, para coordenar os serviços de atendimento à mulher em situação de violência, a Lei n.º. 10.683/03 transformou a Secretaria de Estado dos Direitos da Mulher, órgão integrante do Ministério da Justiça, em Secretaria Especial de Políticas para Mulheres, órgão integrante da Presidência da República, o que representou mais um passo em direção à constituição de uma Rede de Enfrentamento à Violência contra a Mulher, tendo em vista que foram garantidos recursos para a criação de serviços e implementação de políticas públicas que supostamente deveriam atuar integradas (CASTRO et al., 2017).

O conceito de rede de enfrentamento à violência contra as mulheres diz respeito à atuação articulada entre as instituições/serviços governamentais, não governamentais e a comunidade, visando ao desenvolvimento de estratégias efetivas de prevenção e de políticas que garantam o empoderamento e a construção da autonomia das mulheres, os seus direitos humanos, a responsabilização dos agressores e a assistência qualificada às mulheres em situação de violência (CASTRO et al., 2017).

O maior marco legislativo do combate à violência contra a mulher no Brasil foi a sanção da Lei 11.340/06, conhecida popularmente como Lei Maria da Penha. Essa lei surgiu como importante instrumento infraconstitucional de concretização dos preceitos constitucionais por meio da criação de mecanismos destinados a coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. O mencionado dispositivo legal estabeleceu a articulação de uma política pública concretizada por meio de ações integradas dos entes federativos e organizações não governamentais, de forma a fomentar um atendimento especializado para a mulher em situação de violência (BRASIL, 2006; CASTRO et al., 2017).

Nesse contexto, a atuação governamental passou a assumir, não somente o apoio a serviços emergenciais e a campanhas isoladas, mas também uma atuação ampla que contempla ações, como a capacitação de agentes públicos para prevenção e atendimento das vítimas; a criação de normas e padrões de atendimento; o aperfeiçoamento da legislação; o incentivo à constituição de redes de serviços; o apoio a projetos educativos e culturais de prevenção à violência e a ampliação do acesso das mulheres à justiça e aos serviços de Segurança Pública. Nesse aspecto, a atuação integrada dos entes federativos tornou-se imprescindível para o fortalecimento de uma rede de enfrentamento da violência contra a mulher no Brasil (CASTRO et al., 2017).

Também a Central de Atendimento à Mulher – Ligue 180- constitui outro instrumento importante para o aperfeiçoamento da rede de proteção à mulher em situação de violência. O serviço foi criado pela Secretaria de Políticas para Mulheres com o escopo de promover a orientação de mulheres em situação de violência sobre seus direitos e sobre os serviços de proteção correspondente, além de auxiliar no monitoramento da rede, por meio da reunião de dados que compõem o diagnóstico da violência no país. Funciona por meio da disponibilização de um número de utilidade pública, que pode ser acessado gratuitamente por mulheres de todo o território nacional (CASTRO et al., 2017).

3. A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER NO PERÍODO PANDÊMICO DO CORONAVÍRUS E QUAIS BAIRROS DA ÁREA ITAQUI-BACANGA SÃO MAIS ABRANGENTES A ESSE TIPO DE VIOLÊNCIA

A Organização Mundial de Saúde, em janeiro de 2020, declarou emergência de saúde pública de importância internacional. A pandemia de COVID-19, posteriormente, foi declarada em 11 de março, e, no Brasil, aos 20 de março deste mesmo ano, foi reconhecida a existência de estado de calamidade pública em razão do novo coronavírus (BALBINO, 2020).

O Coronavírus- Covid-19 faz parte de um grupo vírus que ficou conhecido por esse nome pelo fato de ter um aspecto semelhante a uma coroa, que, na origem latina, significa coroa. O vírus surgiu na China, no final de dezembro de 2019, em uma cidade chamada Wuhan, em um mercado que vendia pescados e animais selvagens. Em fevereiro de 2020, o Brasil registrou o primeiro caso de Coronavírus, uma doença invisível e perigosa que ataca pelas vias respiratórias e vem causando uma grande devastação de infectados e mortes no mundo inteiro. Vivenciamos um período bastante preocupante. A chegada da pandemia despertou insegurança e aflição profunda no meio social e individual. Mudou os projetos e fez com a sociedade se adaptasse a um novo estilo de vida, a do “isolamento social” (GRASSIOLLI, 2020).

O isolamento social foi considerado o método mais eficaz para controlar a proliferação do vírus, no entanto, para algumas pessoas, o isolamento pode ser considerado uma situação de risco, como no contexto da violência doméstica.

Uma a cada três mulheres em idade reprodutiva sofreu violência física ou violência sexual perpetrada por um parceiro íntimo durante a vida, e mais de um terço dos homicídios de mulheres são perpetrados por um parceiro íntimo. O isolamento social imposto pela pandemia da COVID-19 traz à tona, de forma potencializada, alguns indicadores preocupantes acerca da violência doméstica e familiar contra a mulher. As organizações voltadas ao enfrentamento da violência doméstica observaram aumento por causa da coexistência forçada, do estresse econômico e de temores sobre o coronavírus (VIEIRA, 2020).

O Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (MMFDH) relatou que o grupo mais afetado de denúncias devido ao isolamento se concentra em mulheres e somaram mais de 105 (cento e cinco mil) casos de violência doméstica no ano de 2020. De acordo com o Ministério de Segurança Pública, que é responsável por sistematizar a operação de combate à violência contra a mulher no Brasil, que atualmente conta com 5 (cinco) mil policiais em 26 (vinte e seis) Estados e no Distrito Federal, apresentou que foram apontados mais de 9,1 presos em flagrante e mandados de prisão expedidos pela Justiça e foram fixadas cerca de 56 mil medidas protetivas e 168 mil vítimas receberam a assistência, além de conter com 1.226 armas apreendidas e 70 mil visitas realizadas pela Polícia Civil e todas as denúncias foram realizadas pelo disque 180 (BRASIL, 2021).

No isolamento, com maior frequência, as mulheres são vigiadas e impedidas de conversar com familiares e amigos, o que amplia a margem de ação para a manipulação psicológica. O controle das finanças domésticas também se torna mais acirrado, com a presença mais próxima do homem em um ambiente que é mais comumente dominado pela mulher. A perspectiva da perda de poder masculino fere diretamente a figura do macho provedor, servindo de gatilho para comportamentos violentos (VIEIRA, 2020).

Na dimensão individual, são estopins para o agravamento da violência: o aumento do nível de estresse do agressor gerado pelo medo de adoecer, a incerteza sobre o futuro, a impossibilidade de convívio social, a iminência de redução de renda, especialmente nas classes menos favorecidas em que há grande parcela que sobrevive às custas do trabalho

informal, além do consumo de bebidas alcoólicas ou outras substâncias psicoativas. A sobrecarga feminina com o trabalho doméstico e o cuidado com os filhos, idosos e doentes também pode reduzir sua capacidade de evitar o conflito com o agressor, além de torná-la mais vulnerável à violência psicológica e à coerção sexual. O medo da violência também atingiu seus filhos, restritos ao domicílio, é mais um fator paralisante que dificultou a busca de ajuda. Por fim, a dependência financeira com relação ao companheiro em função da estagnação econômica e da impossibilidade do trabalho informal em função do período de quarentena é outro aspecto que reduz a possibilidade de rompimento da situação (MARQUES, 2020).

Entretanto ocorreu diminuição das denúncias no período pandêmico, uma vez que em função do isolamento muitas mulheres não têm conseguido sair de casa para fazê-la ou têm medo de realizá-la pela aproximação do parceiro. A ONU, inclusive, por meio do seu secretário geral António Guterres, recomendou aos países uma série de medidas para combater e prevenir a violência doméstica durante a pandemia. Entre as propostas, destacam-se maiores investimentos em serviços de atendimento online, estabelecimento de serviços de alerta de emergência em farmácias e supermercados e criação de abrigos temporários para vítimas de violência de gênero (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2020).

No Maranhão 21 mulheres não conseguiram salvar suas vidas. Esse foi o número de feminicídio registrados no estado no primeiro quadrimestre de 2020. Um aumento de 31% em relação aos 16 casos ocorridos no mesmo período do ano passado, segundo o Departamento de Feminicídio, órgão ligado à Superintendência de Homicídio e Proteção a Pessoas do Maranhão. Considerando apenas os meses de março e abril, o aumento de feminicídio no Maranhão foi de 133% passando de 6 casos de feminicídio em 2019 para 14 em 2020, o que levou o estado para as primeiras posições do ranking dos mais violentos do Brasil (RIBEIRO, 2020).

Com todos esses dados alarmantes em todo o estado, não foi diferente na área Itaqui-Bacanga no município de São Luís – MA; onde ocorreu um aumento de 18,9% no crime de ameaça, que passou de 374 casos no ano de 2020 para 445 no ano de 2021, aumento de 45,08% no crime de violência doméstica contra a mulher, que passou de 173 casos em 2020 para 251 em 2021, e um aumento de 24,5% no crime de lesão corporal passando de 167 casos no ano de 2020 para 208 no ano de 2021 (e-SIC – SISTEMA ELETRÔNICO DO SERVIÇO DE INFORMAÇÃO AO CIDADÃO, 2022).

Dentre os 58 bairros que compõem a área Itaqui Bacanga, os mais propícios a violência doméstica contra a mulher no período pandêmico foram; os bairros do Anjo da guarda, Vila Embratel, Vila Nova, Vila Maranhão, Sá Viana, Vila Nova República, Vila Bacanga, Gapara e Vila Isabel. Dados extraídos da Secretária de Segurança Pública do Maranhão, setor de estatísticas. Como observado nos gráficos abaixo.

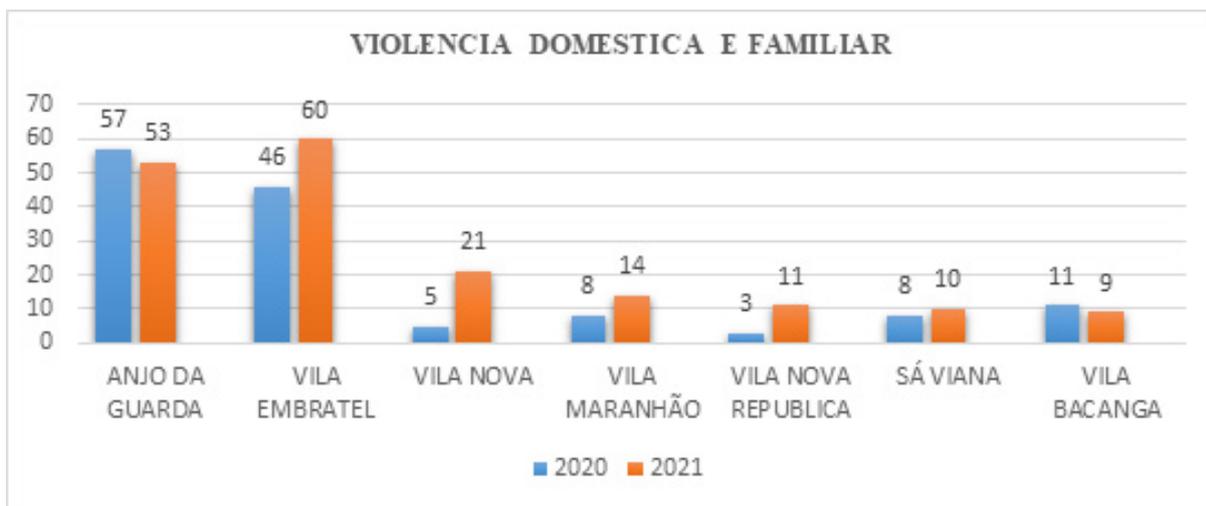


Figura 1. Bairros com maiores índices de violência doméstica na área Itaqui-Bacanga, São Luís – MA, 2020-2021

Fonte: Autor (2022)

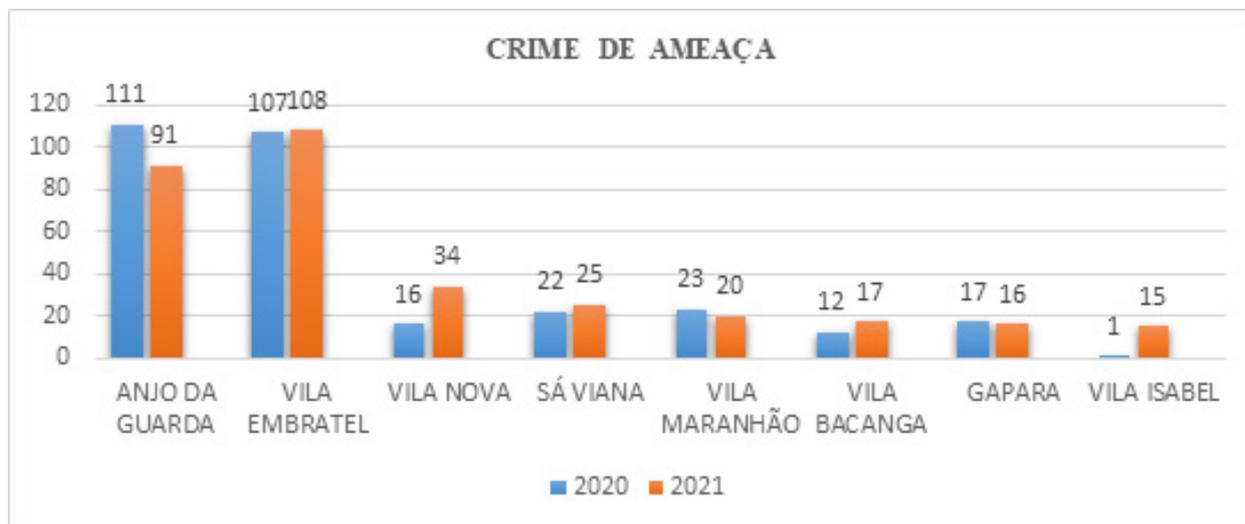


Figura 2. Bairros com maiores índices de crime de ameaça na área Itaqui-Bacanga, São Luís – MA, 2020-2021

Fonte: Autor (2022)

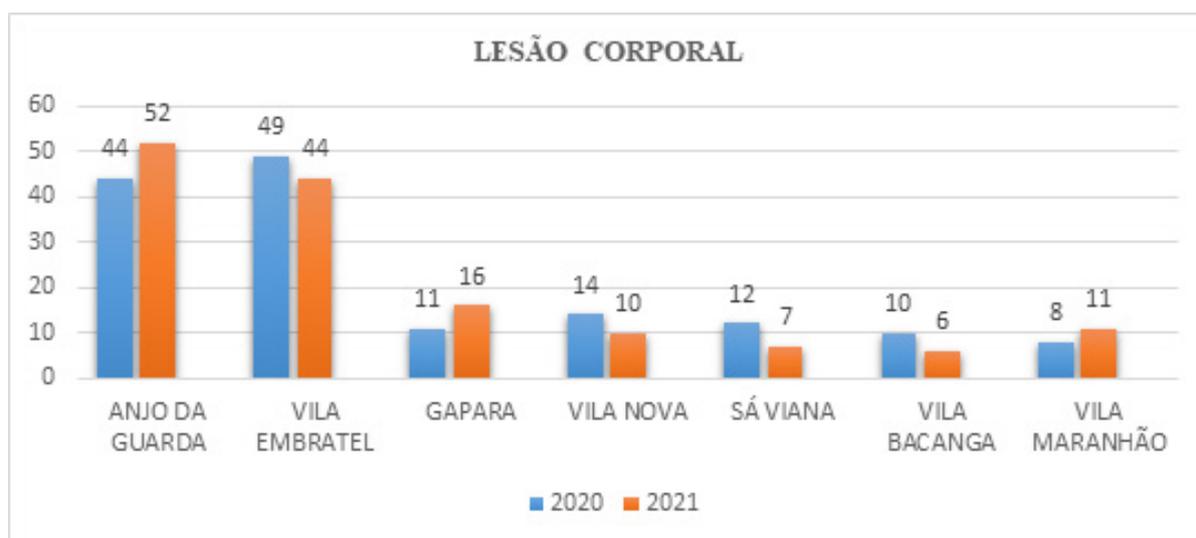


Figura 3. Bairros com maiores índices de lesão corporal na área Itaqui-Bacanga, São Luís – MA, 2020- 2021

Fonte: Autor (2022)

4. QUAIS MEDIDAS ABORDADAS PELO PODER PÚBLICO DO ESTADO DO MARANHÃO PARA COMBATER À VIOLÊNCIA DOMÉSTICA EM MEIO AO CONTEXTO PANDÊMICO VIVENCIADO

No contexto da pandemia da covid- 19, a violência contra a mulher aumentou drasticamente no Brasil e no mundo. No maranhão, para garantir o atendimento às vítimas de violência doméstica e familiar, além de estimular as denúncias, durante o período de distanciamento social, a rede amiga da mulher de São Luís – MA (RAM), órgão que reúne organizações governamentais e não governamentais com a missão de pensar, monitorar e articular políticas públicas para o atendimento integral de mulheres em situação de violência divulgou importantes contatos telefônicos para atendimento dessas mulheres.

Centro de Referência de Atendimento à Mulher em Situação de Violência (CRAMSV) de São Luís-MA	(98) 98198-2120
Emergência	190
Central de Atendimento à Mulher	180
Patrulha Maria da Penha (PM/MA)	(98) 2106-8480/ 99219-3671
Promotoria da Mulher	(98) 99100-7491
Defensoria Pública	(98) 9241-9770/ 99181-2373
SAEM/ Socorrão II	(98) 98732-2181/ 98349-0205
2ª Vara Especial da Violência Doméstica (TJ/MA) (Mulheres com Medidas Protetivas de Urgência)	(98) 99112-3366/ 98873-6506

Figura 4. Rede de atendimento à mulher em situação de violência doméstica e familiar durante a pandemia da covid-19

Fonte: Conselho Regional de Serviço Social do Maranhão CRESS 2ª Região

A SEMU (Secretária de estado da mulher) do Maranhão localizado na capital, na pessoa da senhora Nayra Mayara Monteiro Sousa, realizou uma articulação para que as mulheres com acesso à internet pudessem fazer tudo virtualmente – da denúncia a solicitação de medidas protetivas. O grande problema foi que no resto do Estado o acesso à internet é

mais precário ou inexistente. Para o interior foram elaboradas ações e campanhas via rádio e com as nossas gestoras para que as secretarias pudessem ofertar o serviço de registro de boletim de ocorrência, para que a mulher não tenha que ir até a delegacia.”

Outra medida utilizada foi a campanha “Sinal Vermelho contra a Violência Doméstica” que teve como objetivo impedir o crescimento da violência contra a mulher em tempos de distanciamento social, devido à pandemia da covid-19. Promovida pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e pelo Conselho Regional de Serviço Social do Maranhão – 2ª região, que nas figuras das assistentes sociais Vanessa Nathalia e Brenda Soares, conselheiras estaduais do Conselho Estadual da Mulher do Maranhão (CEM) e representantes do CRESS-MA neste espaço formalizaram a adesão da atual gestão “Nosso Nome é Resistência” (2020-2023). A ideia central dessa campanha é incentivar a mulher, em situação de violência doméstica e familiar, a desenhar um “X” na mão e se dirigir à farmácia credenciada mais próxima, onde a equipe estará apta a fazer o acolhimento e acionar as autoridades competentes imediatamente (Conselho Regional de Serviço Social do Maranhão - CRESS 2ª Região, 2020).

5. CONCLUSÃO

Inicialmente, esse Trabalho de Conclusão de Curso abordou sobre a violência doméstica contra a mulher em meio ao isolamento social do SARS-COV-19-Covid-19 nos bairros que compunha a área Itaquí Bacanga, localizado no município de São Luís no estado do Maranhão; procurou-se identificar os maiores problemas desse tipo de violência contra mulher nessa região periférica, que em sua grande maioria é desassistida pelo poder público. Contudo, houve uma grande dificuldade em obter dados específico dessa região, por falta de pesquisas científicas sobre temática abordada.

Os dados analisados neste estudo convergem ao indicarem um aumento nos crimes de violência contra a mulher, principalmente no tocante à violência doméstica, pois o isolamento social, apesar de ter sido a principal medida de combate à propagação do novo coronavírus, foi também a medida que mais afetou a segurança das mulheres nos casos de violência doméstica contra a mulher no período pandêmico do covid-19 na área Itaquí Bacanga.

Contudo essa nova medida, tornou-se um obstáculo para as mulheres que são vítimas de violência doméstica, por estarem de maneira contínua com os próprios agressores, diante desse contexto, verificou a necessidade de inovar e buscar sempre o avanço para garantir a segurança da mulher sob qualquer perspectiva e em qualquer situação.

A análise dos dados conclui-se que a pandemia trouxe como efeito uma oscilação significativa nos indicadores que contabilizam os casos de violência doméstica, a saber: Lesão Corporal, números de mulheres assassinadas, registro de ameaças e números de mulheres que sofreram violência doméstica e familiar. O contexto da pandemia tornou visíveis os casos de violência contra a mulher no espaço doméstico, ocorrendo em meio as tentativas de denúncias por parte da vítima, mesmo em meio a coação marcada dos agressores.

Através dessa pesquisa, foi possível verificar a importância das políticas públicas para a eficácia da Lei 11.340/2006, pois a própria norma frisa a necessidade de um trabalho em conjunto no âmbito Estadual, Municipal e Federal. O trabalho em rede deve ser algo fundamental para garantir a efetividade da Lei, todos os órgãos de apoio devem sempre estar capacitados para trabalharem de forma adequada.

Se evidenciou que um trabalho multidisciplinar como os profissionais da área de as-

sistência social, psicologia e orientação jurídica são mecanismos que necessitam estarem interligados com a área jurídica, para proporcionar um melhor acolhimento e resguardar os direitos e garantias das vítimas de violência doméstica.

Notamos que a tecnologia se tornou uma forma bem relevante para ajudar as vítimas, através delas apontamos vários métodos que foram implementados pelo governo do estado, para contribuir na prevenção desses crimes, e números telefônicos que foram divulgados especialmente as mulheres que estavam impossibilitadas de se descolar para formalizar a denúncia, possa pedir ajuda através desse sistema. À vista disso, novos métodos foram introduzidos para prevenir os delitos contra as mulheres, durante a Pandemia do SARS-COV-19.

Por fim, diante do exposto, podemos concluir que, para garantirmos a eficácia da Lei 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha e erradicar com esse triste problema social, necessita-se de melhorias nas ações preventivas, de investimentos significativos em equipamentos de trabalho em rede, de aumentar a acessibilidade de informações através dos métodos tecnológicos e os meios de comunicação; sustentar a manutenção dos direitos e garantias já existentes que protegem as mulheres; investir em pesquisas científicas que lancem um olhar ampliado sobre este cenário, abordando as implicações desta crise como violência doméstica contra a mulher, ou seja, investir cada vez mais em políticas públicas para conscientizar a sociedade em favor da igualdade entre todos.

Referências

BRASIL. Presidência da República. Secretaria de Políticas para Mulheres. **Política nacional de enfrentamento à violência contra as mulheres**. Brasília: Ideal, 2011.

BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. **Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm. Acesso em: 26 de abril de 2022.

BALBINO, ANA PAULA LAMEGO. **Violência Doméstica Na Pandemia E Políticas Públicas De Enfrentamento**. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/4886>. 2020. Acesso em: 27 de abril de 2022

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência doméstica (Lei Maria da Penha): Lei 11.340/2006**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007

CASTRO, Bruno D.V, SILVA, Artenira da S. **Atuação da Autoridade Policial e do Poder Judiciário no Combate à Violência Doméstica Contra a Mulher na Cidade de São Luís/MA1**. Disponível em: <https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/758>. 20217. Acesso em: 25 de abril de 2022.

COSTA, Ana Carolina Fernandes; MARCATO, Fernando Tagliatti; CHAVES, Gabriela Ludgero Pereira; LONGO, Nicole da Silva; REZENDE, Rayssa Souza. **Violência doméstica: do perceptível ao imperceptível**. Jornal Eletrônico: Faculdades Integradas Vianna Júnior. Disponível em: <https://jornaleletronicofivj.com.br/jefvj/article/view/670/670>. 2019

CONSELHO REGIONAL DE SERVIÇO SOCIAL DO MARANHÃO - CRESS 2ª Região. **CRESS-MA adere à campanha “Sinal Vermelho contra a Violência Doméstica”**. Disponível em: <http://www.cressma.org.br/2020/06/25/cress-ma-adere-a-campanha-sinal-vermelho-contra-a-violencia-domestica/>. 25 de julho de 2020

CONSELHO REGIONAL DE SERVIÇO SOCIAL DO MARANHÃO CRESS 2ª Região. **Confira a rede de atendimento à mulher em situação de violência doméstica e familiar durante a pandemia da covid-19 no Maranhão**. Disponível em: <http://www.cressma.org.br/2020/05/13/13510/>. 2020

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência Doméstica – Lei Maria da Penha (Lei 11340/2006)** Comentado artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007.

MARANHÃO. **e-SIC – Sistema Eletrônico do Serviço de Informação ao Cidadão, 2022**. Disponível em: <http://www.e-sic.ma.gov.br/sistema/site/index.aspx?ReturnUrl=%2fsistema%2f>.



FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Violência doméstica durante a pandemia de Covid-19.** Disponível em: < <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2018/05/violencia-domestica-covid-19-v3.pdf>>. 2020. Acesso em 30 de abril de 2022.

GRASSIOLLI, Sabrina. **Sobre a pandemia da covid 19.** Revista Varia Scientia. Volume 6 Paraná, jan. 2020. Disponível em: <http://erevista.unioeste.br/index.php/variasaude/article/viewFile/25516/16035>. Acesso em: 26 de abril de 2022.

HANADA, H. **Os psicólogos e a assistência a mulheres em situação de violência** (Tese de Mestrado, Universidade de São Paulo). Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/central-de-conteudo/segurancapublica/monografias/dissertacao-heloisa-hanada.pdf>>2007.

MIRANDA, Bárbara Rodrigues. **A violência doméstica em tempos de pandemia e a aplicabilidade das Políticas Públicas.** Disponível em: https://dspace.uniceplac.edu.br/bitstream/123456789/1050/1/Bianka%20Melyssa%20Lopes%20Paulino_0006794.pdf. 2021. Acesso em: 26 de abril de 2022.

MARQUES. Emanuele Souza et al. **A violência contra mulheres, crianças e adolescentes em tempos de pandemia pela COVID-19: panorama, motivações e formas de enfrentamento. 2020.** Disponível em: < <https://www.scielo.br/j/csp/a/SCYZFVKpRGpq6sxJsX6Sftx/?lang=pt>> Acesso em: 29 de abril de 2022.

RIBEIRO, Maria F. **No lockdown, violência contra mulher dispara no Maranhão.** Disponível em: < <https://amazoniareal.com.br/no-lockdown-violencia-contramulher-dispara-no-maranhao/>>. Amazonia Real. 18/06/2020.

VIEIRA. Pâmela R. et al. **Isolamento social e o aumento da violência doméstica: o que isso nos revela?.** Disponível em: < <https://www.scielo.br/j/rbepid/a/tqcyvQhqQyjtQM3hXRywsTn/abstract/?lang=pt>>. 2020. Acesso em: 29 de abril de 2022.

VIEIRA, Pâmela VIEIRA; GARCIA, Leila Posenato; MACIEL, Ethel Leonor Noia. **Isolamento social e o aumento da violência doméstica: o que isso nos revela? Universidade Federal do Espírito Santo – Vitória.** Brasil, 2020. Disponível em: <http://repositorio.ufes.br/handle/10/11470>.

TABOSA, Agerson. **Direito Romano.** 2 ed., Fortaleza: FA7 – Faculdade 7 de Setembro, 2003.

TABOSA, Agerson. **Sociologia Jurídica.** Fortaleza: Qvalygraf, 2005.

TELES, Maria Amélia de Almeida. **O que são os direitos humanos das mulheres.** São Paulo: Brasiliense, 2006.

VIEIRA. Pâmela R. et al. **Isolamento social e o aumento da violência doméstica: o que isso nos revela?.** Disponível em: < <https://www.scielo.br/j/rbepid/a/tqcyvQhqQyjtQM3hXRywsTn/abstract/?lang=pt>>. 2020. Acesso em: 29 de abril de 2022.

VIEIRA, Pâmela VIEIRA; GARCIA, Leila Posenato; MACIEL, Ethel Leonor Noia. **Isolamento social e o aumento da violência doméstica: o que isso nos revela? Universidade Federal do Espírito Santo – Vitória.** Brasil, 2020. Disponível em: <http://repositorio.ufes.br/handle/10/11470>.

WASELFISZ, Julio Jacobo. **Mapa da violência 2015: homicídio de mulheres no Brasil.** Rio de Janeiro: FLAC-SO Brasil, 2015. Disponível em: Acesso em: 25 de abril de 2022.



11

O DIREITO DO CONSUMIDOR NAS COMPRAS REALIZADAS PELA INTERNET

*CONSUMER RIGHTS IN PURCHASES MADE ON THE
INTERNET*

Gleiciany Costa Sousa

Resumo

O presente trabalho tem como objetivo apresentar os direitos do consumidor nas compras e contratos firmados via internet, através do comércio eletrônico, como o direito de arrependimento, previsto no art. 49 do Código de Defesa do Consumidor (CDC). A metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica. Após a realização desta pesquisa foi possível concluir que o direito de arrependimento é um direito básico do consumidor em suas relações de consumo *online*, pois nesta categoria peculiar de transação comercial os consumidores não têm acesso imediato ao produto ou serviço adquirido, confiando plenamente na oferta divulgada pelos fornecedores. Urge, portanto, que os fornecedores de produtos e serviços atuantes no segmento do comércio eletrônico se adequem às normas do CDC para assegurar o equilíbrio das relações de consumo, de acordo com o princípio da confiança e da boa-fé.

Palavras-chave: Consumidor. Comércio Eletrônico. Direitos.

Abstract

The present work aims to present the rights of the consumer in purchases and contracts signed via the internet, through electronic commerce, such as the right of repentance, provided for in art. 49 of the Consumer Protection Code (CDC). The methodology used was bibliographical research. After carrying out this research, it was possible to conclude that the right of repentance is a basic consumer right in their online consumer relations, as in this peculiar category of commercial transaction consumers do not have immediate access to the product or service purchased, fully trusting the offer. disclosed by suppliers. Therefore, it is urgent that suppliers of products and services operating in the e-commerce segment comply with the CDC rules to ensure the balance of consumer relations, in accordance with the principle of trust and good faith.

Keywords: Consumer. E-commerce. Rights.

1. INTRODUÇÃO

O Comércio Eletrônico está presente e tem apresentado expressivo crescimento no cotidiano da sociedade brasileira. A tecnologia moderna tornou-se a ferramenta dessa prática. A evolução dos meios de comunicação levou à globalização e acarretou a necessidade de adequação às relações eletrônicas.

No Brasil pode-se perceber que o crescimento do comércio eletrônico também gerou o aumento dos conflitos entre o fornecedor e o consumidor. A Constituição Federal de 1988 expressa, em alguns artigos, uma inovação quanto à proteção do consumidor, tratando de forma específica as relações de consumo, anteriormente conduzidas por leis civis e comerciais. É louvável a pretensão constitucional de proteger o consumidor contra eventuais abusos, os quais podem causar mesmo abalo moral ou psicológico, haja vista a sua vulnerabilidade na relação de consumo.

A problemática que suscitou a elaboração do presente estudo está associada aos direitos do consumidor nas compras realizadas via “*e-commerce*” e visa responder ao seguinte questionamento: até que ponto as normas legais são suficientes para garantir os direitos dos consumidores nas compras *online*?

Assim, o objetivo geral deste estudo é analisar o comércio eletrônico brasileiro à luz do Código de Defesa do Consumidor. Como objetivos específicos pode-se citar:

- Apresentar os princípios gerais do CDC e os direitos básicos do consumidor;
- Verificar as estatísticas acerca do volume e pujança do comércio eletrônico no país;
- Analisar o Direito do consumidor no âmbito das relações comerciais virtuais.

A justificativa para a realização deste estudo repousa no impacto que a evolução do comércio eletrônico pode causar à sociedade brasileira, o que torna imprescindível aprofundar os conhecimentos acerca das transformações geradas por este fenômeno e também sobre os direitos dos consumidores nesta modalidade de compras, notadamente o direito de arrependimento. A metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica.

2. PRINCÍPIOS GERAIS DO CDC E DIREITOS BÁSICOS DO CONSUMIDOR

Conforme Soares (2010) a proteção dos consumidores foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro através da Constituição Federal de 1988, que prevê em seu artigo 5º, inciso XXXII, a promoção pelo Estado, na forma da lei, da defesa do consumidor. Tão importante é o tema para o desenvolvimento do Estado democrático de Direito que a Carta Magna nacional, em seu artigo 170, inciso V, destaca a defesa do consumidor como um princípio basilar de justiça social.

Nada mais justo, considerando que todos os cidadãos são consumidores em potencial e que o consumidor é o elo mais fraco e vulnerável da relação de consumo. Com a finalidade de equilibrar esta desigual relação jurídica e atendendo a uma determinação constitucional (art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT), foi editado o Código de Defesa do Consumidor - CDC, sob a égide da Lei 8078/90, que introduziu no ordenamento nacional diversos instrumentos para assegurar a proteção dos consumidores. Segundo Carvalho (2013, p. 2):

Não foi por acaso que a Constituição impôs a elaboração de um Código. A verdade

é que o Código de Defesa do Consumidor, tal como elaborado, é uma verdadeira Lei especial. Trata-se...de um microsistema de proteção e defesa do consumidor, com regras e princípios próprios, ...que será aplicado sempre que se estiver diante de uma relação jurídica de consumo, não importando o seu conteúdo, qualquer que seja o ramo do direito [...]

Para Melo (2015), um princípio é o mandamento nuclear de um sistema, seu alicerce, servindo de critério para sua precisa compreensão. Já para Junior (2010), somente através dos princípios é possível obter respostas adequadas ao caso concreto. Os princípios do CDC estão elencados em seu art. 4º, a saber:

- Reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;
- Ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor;
- Harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico;
- Educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres;
- Incentivo à criação, pelos fornecedores, de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo;
- Coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo;
- Racionalização e melhoria dos serviços públicos;
- Estudo constante das modificações do mercado de consumo.

A seguir são apresentados alguns princípios fundamentais decorrentes do CDC: Princípio da Vulnerabilidade; Princípio do Dever governamental; Princípio da Garantia de Adequação; Princípio da Boa-fé nas relações de consumo; Princípio da Informação e Princípio do Acesso à Justiça.

2.1 Princípio da Vulnerabilidade

Este princípio é fundamental para as relações de consumo pois demonstra a vulnerabilidade do consumidor frente ao fornecedor. Todas as demais garantias asseguradas ao consumidor derivam desta fragilidade. Por não controlar diretamente a produção da imensa maioria dos bens e produtos que adquire, o consumidor precisa submeter-se aos ditames dos detentores dos meios de produção, o que exigiu a adoção de uma legislação específica para minimizar a desigualdade das relações de consumo.

O consumidor é facilmente seduzido pela miríade de produtos ofertados e para consegui-los colocar-se em uma situação de submissão ou subordinação ao mercado. Neste âmbito é que se dá a intervenção do Estado visando equilibrar as desiguais relações entre consumidores e fornecedores. Para Alvin et al (1995, p. 45): “A vulnerabilidade do consumidor é incindível no contexto das relações de consumo e independentemente do seu grau de cultura ou econômico, não admitindo prova ao contrário, por não se tratar de mera presunção legal”. Nunes (2012) defende a existência de dois tipos de vulnerabilidade:

- A vulnerabilidade de ordem técnica: representada pela ausência de conhecimento e informação quanto ao produto e sua produção;

- A vulnerabilidade de ordem econômica: acarretada pelo maior poderio econômico e, muitas vezes, pelo monopólio exercido pelo fornecedor.

Benjamin et al. (2008) acrescenta ainda a vulnerabilidade jurídica ou científica representada pela falta de conhecimentos jurídicos específicos, conhecimentos de contabilidade ou de economia. Como se percebe, o principal objetivo da aplicação do princípio da vulnerabilidade na seara consumerista garante o equilíbrio nas prestações entre consumidor e fornecedor, fazendo com que as relações comerciais de consumo sejam mais harmônicas, através da preservação de valores fundamentais de direito.

2.2 Princípio do Dever Governamental

Este princípio encontra-se elencado nos incisos II, VI e VII do art. 4º do Código de Defesa do Consumidor. Uma vez reconhecida a vulnerabilidade do consumidor frente ao fornecedor não basta ao Estado meramente editar leis. É preciso que o ente estatal aja de forma efetiva para assegurar a proteção do consumidor através da fiscalização rigorosa dos produtos e serviços colocados à sua disposição no mercado visando garantir padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho, seja diretamente, por meio de incentivos à criação de associações representativas ou pela presença do Estado no mercado de consumo.

Segundo Barbosa (2009), a participação do Estado é fundamental para o equilíbrio das relações entre o fornecedor e o consumidor. Para isto, inicialmente, o Estado deve elaborar para atender aos interesses da coletividade e, posteriormente, efetivar a prestação jurisdicional. Para Sodré (2007) este princípio abrange a criação, pelo estado, de mecanismos como: Promotorias de Justiça de Defesa do Consumidor; criação de delegacias de polícia especializadas para atender consumidores vítimas de infrações penais de consumo; criação de Juizados Especiais de Pequenas Causas e Varas Especializadas para solucionar litígios de consumo e estímulos à criação e desenvolvimento de Associações de Defesa do Consumidor.

Esta obrigação governamental de intervir do Estado não é, naturalmente, para inviabilizar a relação de consumo entre as partes, mas para assegurar condições mútuas de respeitabilidade.

2.3 Princípio da Garantia de Adequação

Este princípio resulta de necessidade de atendimento, dos produtos e serviços, a critérios mínimos de qualidade e segurança, para evitar riscos ou danos à saúde dos consumidores ou a seus interesses econômicos. Está amparado pelo art. 8º do CDC.

Art. 8º Os produtos e serviços no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição, obrigando-se os fornecedores, em qualquer hipótese, a dar informações necessárias e adequadas a seu respeito.

O art. 10º do mesmo diploma legal também trata do assunto: “O fornecedor não poderá colocar no mercado de consumo produto ou serviço que sabe ou deveria saber apresentar alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou segurança.

Segundo Pinto (2004), para atender a este princípio várias empresas criaram serviços de atendimento ao consumidor com a função de receber reclamações quanto aos produtos ou serviços e também sugestões de como melhor servi-los, favorecendo o desenvolvimento das atividades empresariais.

2.4 Princípio da Boa-fé nas relações de consumo

O CDC revitalizou o princípio da boa-fé objetiva, um dos princípios gerais do direito, valorizando a ética das partes contratantes e transformando-a em objetivo primordial de conduta, que deve prevalecer desde o início da relação de consumo. A Boa-fé limita práticas abusivas e impõe o respeito a comportamentos indispensáveis, mesmo que não previstos explicitamente no contrato, a fim de que não se frustrem as justas expectativas decorrentes do pacto celebrado.

Conforme Nunes Junior e Matos (2009, p. 23) a boa-fé consagrou seu caráter objetivo com o Código de Defesa do Consumidor de 1990, tornando-se: “um dever genérico de lealdade e transparência nas relações de consumo, devendo ser observada não apenas pelos fornecedores, como também pelos consumidores”.

Para Gonçalves (2011) a boa-fé objetiva consiste no dever dos contratantes em agir honestamente, levando em consideração os interesses da outra parte, notadamente quanto à não omissão de informações relevantes sobre o objeto e conteúdo do negócio.

2.5 Princípio da Informação

Para Carvalho (2002, p. 256), no atual mundo globalizado, com a revolução tecnológica, a informação é difundida com velocidade inimaginável pelos mais variados meios, o que ao ativo informacional uma “...uma relevância jurídica antes não reconhecida”.

Conforme Garcia (2013) o tratamento do consumidor como ente vulnerável e merecedor de especial proteção, previsto no art. 5º, XXXII, da CF/88, estabelece o direito da informação ao consumidor como um direito fundamental, pois somente com ampla informação o consumidor poderá reduzir o desequilíbrio frente ao fornecedor e alcançar, efetivamente, a proteção constitucional almejada.

Ainda conforme Garcia (2013) a principal fonte do direito à informação do consumidor é a boa-fé objetiva, já vista anteriormente, e o princípio da transparência, segundo o qual a relação contratual deve despontar claramente para as partes, através da descrição fidedigna do produto ou serviço prestado. O princípio da transparência está expresso no caput do art. 4.º do CDC, manifestando a obrigação do fornecedor de possibilitar ao consumidor conhecer os produtos e serviços oferecidos. O consumidor não pode obter a informação adequada se não houver transparência na relação jurídica. De forma sucinta o princípio da informação exige que o consumidor seja devidamente informado acerca de todos os aspectos da compra ou serviço, para que não corra o risco de ser lesado ao adquiri-los.

De acordo com Correa e Correa (2007), no Brasil, o fornecedor é obrigado a agir com transparência não somente ao firmar um contrato, mas também ao realizar publicidade, devendo ser claro a respeito das características e qualidade do produto oferecido.

2.6 Princípio do acesso à Justiça

O acesso à justiça é um direito fundamental do cidadão, insculpido no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal de 1988: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Quanto a este direito o CDC trouxe grandes inovações como a possibilidade de a defesa dos direitos dos consumidores poder ser exercida de forma individual ou coletiva nos casos, por exemplo, de publicidade abusiva (art. 81, caput), nos quais geralmente são prejudicadas inúmeras pessoas.

Em seu art. 6º o CDC igualmente versa sobre o acesso à justiça e a inversão do ônus da prova em favor da parte mais vulnerável, ou seja, o consumidor.

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos;

II - a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações;

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;

IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;

V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;

VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

VII - o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados;

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.

O art. 28 cuida da desconsideração da personalidade jurídica da sociedade, enquanto o art. 47 estabelece que a interpretação dos contratos deve ocorrer da maneira mais favorável ao consumidor. O art. 83 permite ajuizar todas as categorias de lide e os arts. 12 e 14, preveem a responsabilidade civil objetiva dos fornecedores em casos danos causados aos consumidores.

3. O COMÉRCIO ELETRÔNICO NO BRASIL

De acordo com o EBIT (2020) o comércio eletrônico registrou crescimento no Brasil mesmo em períodos de retração econômica acentuada, como o experimentado após a recessão que o país vivenciou a partir de 2014. Conforme estudo da Ebit/Nielsen (2020) o “e-commerce” atingiu a marca histórica de mais de R\$ 87 Bilhões em vendas em 2020 no país (ver figura 1).



Vendas do e-commerce

Evolução do comércio eletrônico brasileiro

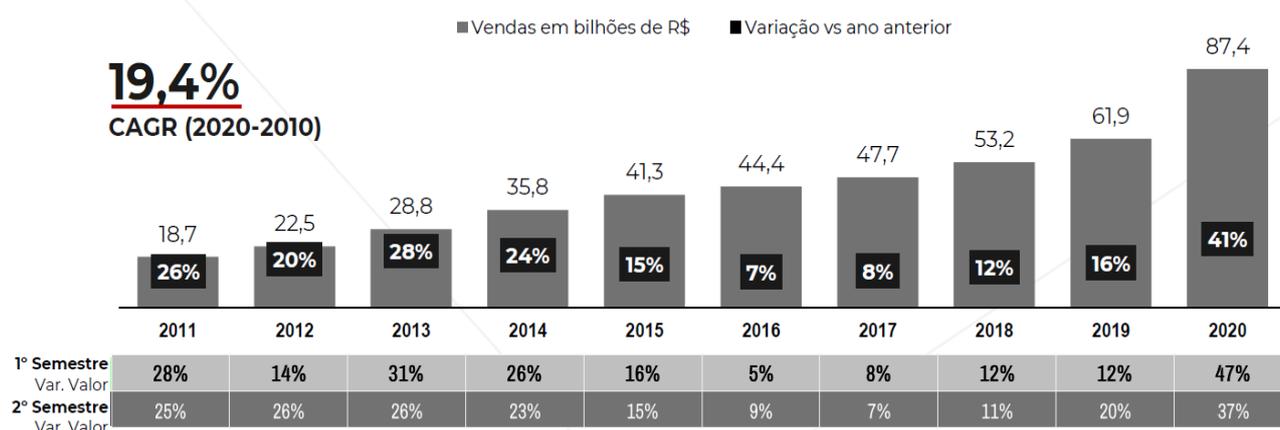


Figura 1 – Evolução do comércio eletrônico no Brasil na última década.

Fonte: Ebit/Nielsen (2020).

Segundo o estudo supracitado este resultado pode ser atribuído ao aumento no quantitativo de consumidores do e-commerce, que cresceu 23% em relação ao ano anterior, totalizando 13,2 milhões de novos consumidores ou 17% de todos os consumidores do ano.

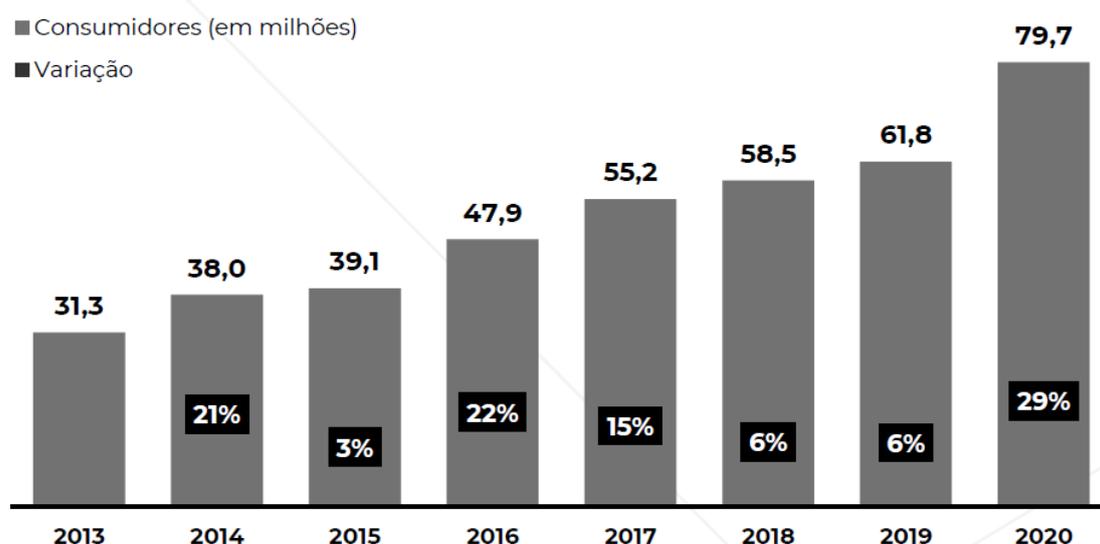


Figura 2 – Evolução da quantidade de consumidores do e-commerce.

Fonte: Ebit/Nielsen (2020).

Além disso o ticket médio também apresentou crescimento, sendo que tanto os novos consumidores quanto os consumidores recorrentes apresentaram um ticket médio superior ao ano de 2019.

valor médio gasto por pedido



Figura 3 – Evolução do Ticket Médio R\$.

Fonte: Ebit/Nielsen (2020).

Os segmentos que tiveram crescimento mais significativo foram: petshop, alimentos, casa e decoração, farmácia, perfumaria, informática, esportivo, roupas e calçados, autoserviço e lojas de departamento. Apenas os setores de bebidas e automotivo apresentaram retração no período (ver tabela 1).

Segmento	Varição da Quantidade de Pedidos (%)	Varição do Faturamento (%)
Lojas de departamento	43	55
Autoserviço	29	11
Roupas e calçados	22	15
Esportivo	34	33
Informática	1	41
Perfumaria	23	44
Farmácia	19	11
Casa e decoração	24	53
Alimentos	30	22
Automotivo	-46	-37
Bebidas	-27	-21

Tabela 1 – Variação percentual do número de pedidos e faturamento por segmento de loja 2020x2019.

Fonte: Ebit/Nielsen (2020).

A pesquisa também revelou que as redes sociais e sites de busca são as principais ferramentas utilizadas para se chegar às lojas de interesse.

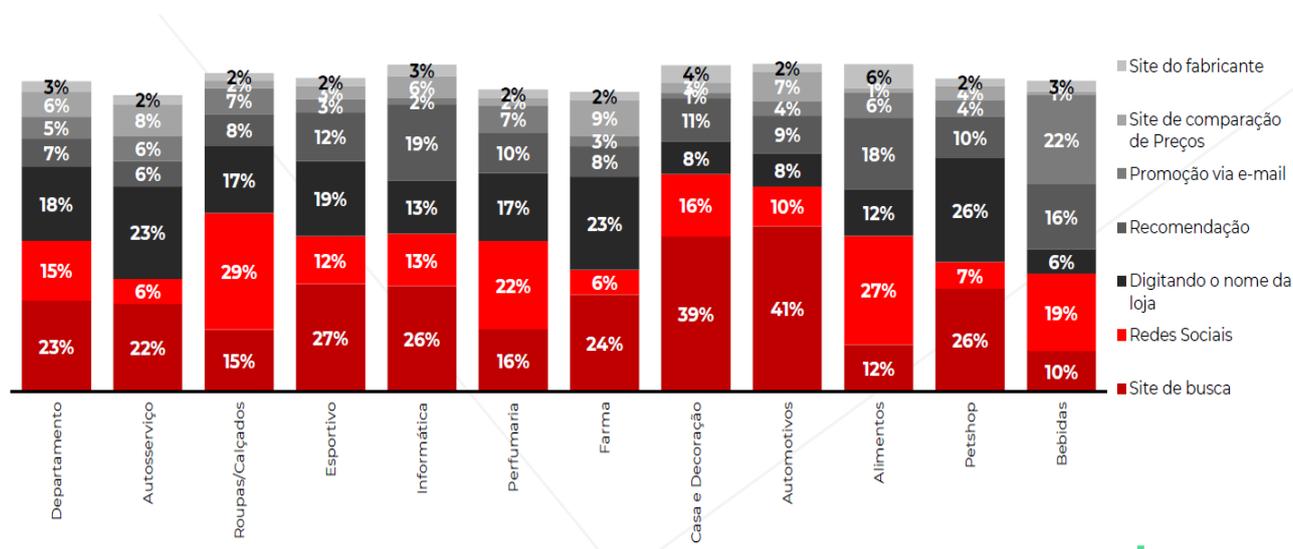


Figura 4 – Caminhos utilizados para se chegar às lojas.

Fonte: Ebit/Nielsen (2020).

É importante ressaltar a relevância das datas sazonais, ou comemorativas, para incrementar as vendas do e-commerce, principalmente neste período de pandemia. Os principais dias considerados datas sazonais são apresentadas no quadro 1.

Data	Período	Duração
Sampa Week	23 a 31/jan/2020	9 dias
Dia do consumidor	09 a 15/mar/2020	7 dias
Dias das mães	25/abr a 09/mai/2020	15 dias
Dia dos namorados	28/mai a 11/jun/2020	15 dias
Dia dos pais	25/jul a 08/ago/2020	15 dias
Semana do Brasil	04 a 13 set/2020	10 dias
Dia das crianças	27/set a 11/out/2020	15 dias
Single Day	01 a 11/nov/2020	11 dias
Black Friday	26 e 27/nov/2020	2 dias
Cyber Monday	30 nov/2020	1 dia
Natal	10 a 24 dez/2020	15

Quadro 1 – Datas comemorativas.

Fonte: Ebit/Nielsen (2020).

Conforme o estudo da Ebit/Nielsen (2020) estas datas comemorativas foram responsáveis, em 2020, por 34% do faturamento total do e-commerce no país, com destaque para o Dia dos Namorados, que apresentou um aumento de 91% em relação ao ano anterior, e Dia das Mães, com aumento de 64% em pedidos em comparação com o ano de 2019.

É importante destacar a influência da pandemia da Covid-19 no crescimento do comércio eletrônico no país. Com o fechamento das lojas físicas e sem poder sair de casa muitos consumidores viram no e-commerce o meio perfeito para realizarem suas compras. Desta forma o comércio eletrônico no Brasil apresentou a maior alta das últimas duas décadas, com um incremento de vendas de 47% somente no primeiro de 2020, segundo pesquisa da Ebit/Nielsen (2020). Conforme o referido estudo o pico de compras online se deu entre o começo de abril e o final de junho de 2020, auge do isolamento social no país, com um aumento de 70% no número de pedidos em relação ao mesmo período de 2019.

4. O DIREITO DO CONSUMIDOR NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES COMERCIAIS VIRTUAIS

Conforme Maia e Damasceno (2013) o comércio eletrônico no Brasil se expandiu de forma exponencial nos últimos anos, aumentando os conflitos entre vendedores e consumidores, o que gerou a necessidade de regulamentação das relações de consumo firmadas por meio eletrônico. Para as autoras:

Não há dúvidas quanto à aplicação do CDC, Lei 8.078/90, nas vendas pela internet realizadas à pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Ocorre que, apesar da existência da referida legislação, que pode, sim, ser aplicada às relações de consumo, foi criado um debate acerca do correto emprego das normas já previstas no CDC e da necessidade de criação de regras que melhor se adequassem ao ambiente virtual (MAIA e DAMASCENO, 2013, on line).

De acordo com Neves (2014) a não observância do CDC pelos fornecedores que atuam no comércio eletrônico pode ensejar diversas consequências, a saber:

- Se as informações estiverem incompletas ou obscuras prevalece a condição mais favorável ao consumidor (art. 47 do CDC);
- Caso as informações presentes no site sejam inverídicas, configura-se o vício do produto (art. 18 do CDC) ou serviço (art. 20 do CDC);
- Se o site eletrônico não destacar, de forma clara, as cláusulas que limitam os direitos do consumidor, estas são consideradas como não escritas (art. 46 do CDC).

Outra questão relevante trata da propaganda nos sítios eletrônicos disponíveis na rede mundial de computadores:

Nesses casos, é o anunciante que responde por propagandas enganosas ou abusivas, nos termos do art. 36 e 37 do CDC. Frise-se: a responsabilidade é exclusiva do anunciante. Então, caso a propaganda tenha sido veiculada em outro site, que não o do fornecedor anunciante, aquele que hospedou a propaganda não responde pelo seu conteúdo, haja vista que ele é apenas o veículo, e não o fornecedor do produto. Aplica-se aqui o mesmo entendimento de emissoras de rádio e televisão por propagandas de anunciantes (NEVES, 2014, p. 158).

Neste sentido é pacífica a jurisprudência pátria, como se pode comprovar pelo julgado abaixo:

CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE COBRANÇA, CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. CONTRATAÇÃO DE EMPRÉSTIMO JUNTO A INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. DEPÓSITO DE IMPORTÂNCIA A TÍTULO DE PRIMEIRA PRESTAÇÃO. CRÉDITO MUTUADO NÃO CONCEDIDO. ATRIBUIÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL AO PRESTADOR DO SERVIÇO E À REDE DE TELEVISÃO QUE, EM PROGRAMA SEU, APRESENTAR A PROPAGANDA DO PRODUTO E SERVIÇO. "PUBLICIDADE DE PALCO". CARACTERÍSTICAS. FINALIDADE. AUSÊNCIA DE GARANTIA, PELA EMISSORA, DA QUALIDADE DO BEM OU SERVIÇO ANUNCIADO. MERA VEICULAÇÃO PUBLICITÁRIA. EXCLUSÃO DA LIDE. MULTA PROCRASTINATÓRIA APLICADA PELA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. PROPÓSITO DE PREQUESTIONAMENTO. EXCLUSÃO. SÚMULA N.98-STJ. CDC, ARTS. 3º, 12, 14, 18, 20, 36, PARÁGRAFO ÚNICO, E 38; CPC, ART. 267, VI.

I. A responsabilidade pela qualidade do produto ou serviço anunciado ao consumidor é do fornecedor respectivo, assim conceituado nos termos do art. 3º da Lei n. 8.078/1990, não se estendendo à empresa de comunicação que veicula a propaganda por meio de apresentador durante programa de televisão, denominada “publicidade de palco”. II. Destarte, é de se excluir da lide, por ilegitimidade passiva ad causam, a emissora de televisão, por não se lhe puder atribuir corresponsabilidade por apresentar publicidade de empresa financeira, também ré na ação, que teria deixado de fornecer o empréstimo ao telespectador nas condições prometidas no anúncio. III. “Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não tem caráter protelatório” (Súmula n. 98/STJ). IV. Recurso especial conhecido e provido. (Resp. 1157228 RS 2009/0188460-8, Relator(a): Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, Julgamento: 03/02/2011, Órgão Julgador:T4 - QUARTA TURMA - Publicação: DJe 27/04/2011).

Neves (2014) explana que, para resolver algumas questões abrangidas pelas modernas relações virtuais foi sancionado, em 15 de março de 2013, o Decreto nº 7.962, que regulamenta o Código de Defesa do Consumidor, dispondo sobre a contratação no comércio eletrônico. Este decreto incluiu algumas obrigações às empresas que atuam no segmento do comércio eletrônico e ratificou a garantia de direitos básicos do consumidor já previstos no CDC, como:

- Informação: o nome empresarial, CNPJ, endereço, características essenciais do produto, riscos à saúde e segurança, modalidades de pagamento, forma e prazo para entrega devem ser informados ao consumidor;
- Compras coletivas: é necessário informar a quantidade mínima de consumidores para efetivar o contrato e o prazo de utilização da oferta;
- Atendimento: o consumidor deve ter acesso a um resumo do contrato antes de qualquer contratação, confirmar o recebimento da aceitação do produto ou serviço e as empresas precisam criar um Sistema de Atendimento ao Cliente (SAC) em meio eletrônico para resolver questões que devem ser respondidas em até cinco dias.

Um de seus pontos mais polêmicos está relacionado ao direito de arrependimento do consumidor, previsto em seu art. 5º, abaixo transcrito:

Art. 5o O fornecedor deve informar, de forma clara e ostensiva, os meios adequados e eficazes para o exercício do direito de arrependimento pelo consumidor. § 1o O consumidor poderá exercer seu direito de arrependimento pela mesma ferramenta utilizada para a contratação, sem prejuízo de outros meios disponibilizados. § 2o O exercício do direito de arrependimento implica a rescisão dos contratos acessórios, sem qualquer ônus para o consumidor. § 3o O exercício do direito de arrependimento será comunicado imediatamente pelo fornecedor à instituição financeira ou à administradora do cartão de crédito ou similar, para que: I - a transação não seja lançada na fatura do consumidor; ou II - seja efetivado o estorno do valor, caso o lançamento na fatura já tenha sido realizado. § 4o O fornecedor deve enviar ao consumidor confirmação imediata do recebimento da manifestação de arrependimento.

Como se constata o cancelamento da compra, a partir do arrependimento do consumidor, deve ser imediato. Caso a compra seja realizada através de um cartão de crédito a administradora do cartão deve ser imediatamente notificada para não realizar o lançamento do valor na fatura do cartão ou proceder ao seu estorno, caso já realizado. Este

direito é de suma importância contra práticas abusivas ou propagandas enganosas e será mais bem analisado no tópico a seguir.

4.1 O Direito de Arrependimento do Consumidor

De acordo com Andressa (2020, p. 3):

Dentre os direitos garantidos pelo CDC, é passível de destaque aquele apresentado no artigo 49. O artigo 49 deste diploma legal trata do que, comumente, usou se chamar de Direito de Arrependimento. O Direito de Arrependimento garante que todo consumidor pode arrepender-se de compras realizadas fora do estabelecimento comercial, no prazo de 7 (sete) dias, a contar da assinatura do contrato ou do recebimento do produto ou serviço. Restando garantido ao consumidor ainda, a restituição de qualquer valor eventualmente pago, a qualquer título, durante o prazo utilizado para reflexão.

Para falar sobre direito de arrependimento, é necessário considerar que as compras online, como visto anteriormente, cresceram muito no Brasil nos últimos anos, tornando o artigo 49 do CDC ainda mais evidente. Todo consumidor tem direito de reflexão, de pensar e de se arrepender da compra que fez. Para Neto (2020, p. 15):

O consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final, conforme expresso no artigo 2º do CDC [...]. É importante destacar, que a lei traz consigo um cuidado em não tratar com diferença a pessoa física da jurídica, considerando as duas como consumidoras, o que é certo, desde que seja destinatário final do produto ou serviço prestado.

Importante frisar que as compras realizadas pela internet muitas vezes se dão por impulso, devido às ofertas, formas de pagamento, propostas e expressões de marketing que buscam seduzir o consumidor de forma integral. Neste cenário, somente quando o cliente se vê com o produto em mãos ele passa a refletir sobre a compra realizada, e é nesse momento que, eventualmente, nasce o arrependimento.

O direito de arrependimento, previsto no artigo 49 do Código de Defesa do Consumidor, possui certas limitações: as compras devem se dar em ambientes externos (em relação a ambientes comerciais) e os meios mais comuns são os telefones e internet. Toniazzi (2020, p. 319) discorre que:

Percebe-se que a intenção do legislador foi dar proteção ao consumidor quando da realização da compra sem ver o produto in loco, confiando na boa fé e lisura do negócio, protegendo a vulnerabilidade do comprador, contrapondo a força econômica do fornecedor. O direito ao arrependimento, também conhecido como período de reflexão, é potestativo¹ e admitido por lei, não exigindo justificativas por parte do consumidor, podendo ser exercido do mesmo modo pelo qual a compra foi realizada, ou seja, via internet, por força do Decreto nº 7.962/2013.

¹ Devido aos impactos da pandemia nas relações privadas, no dia 12 de junho de 2020, entrou em vigor a Lei nº 14.010/2020, estabelecendo o denominado Regime Jurídico Emergencial e Transitório da Matéria de Direito Privado, com vigência até o dia 30 de outubro de 2020, apresentando a suspensão transitória do artigo 49 do Código de Defesa do Consumidor, referente a produtos perecíveis ou de consumo imediato e de medicamentos, na hipótese de entrega domiciliar. O objetivo central foi dar segurança jurídica aos fornecedores desses produtos durante o período de excepcionalidade, protegendo, assim, a economia.

Assim, se a pessoa está no estabelecimento presencialmente e formaliza uma compra, o artigo 49 não se aplica. Nas situações aplicáveis, contudo, a devolução deve funcionar de forma simples, os prestadores devem agir de forma imediata e simples, o preço principal deve retornar de forma corrigida e imediata.

Dos Santos (2018) explana que assegurar um tempo de reflexão e prever a faculdade de desistência a posteriori da contratação realizada por meio eletrônico não se caracteriza como medida estatal excessivamente interventiva, pois é compatível com o processo racional de tomada de decisão do consumidor. Para Araújo (2019, p. 36):

O hiato de tempo sem que o Código de Defesa do Consumidor disciplinasse de forma expressa as relações comerciais praticadas por meio do comércio eletrônico, sobretudo quanto ao direito de arrependimento, causou, e ainda causa tremenda insegurança jurídica aos consumidores, que muitas vezes se vêem obrigados a acionar o poder judiciário a fim de garantir o exercício regular de seus direitos.

Não há necessidade de justificar o motivo, só é necessário a comunicação e a expressão do direito de arrependimento. Acerca desta peculiaridade Moreira e Santos Silva (2022, p. 1790) pontuam:

Existem alguns projetos de lei em andamento no Senado Federal com o objetivo de adaptar a Lei 8.078/90(CDC) ao comércio eletrônico. Analisaremos o Projeto de Lei do Senado de número 281 de 2012 (CT - Modernização do Código de Defesa do Consumidor -PLS 281, 282 e 283/2012 (Art. 374-RISF). Na discussão do projeto, foi realizada a emenda 25, defendida pelo senador Antônio Carlos Rodrigues, que dispõe que a aplicação irrestrita do direito ao arrependimento ao comércio eletrônico deveria ser deixada “à jurisprudência e às práticas comerciais hoje possíveis de limite temporal e de vezes de utilização destes produtos e serviços, para que façam a adaptação desse direito de arrependimento à realidade brasileira”. A emenda 26, também abordada pelo senador Antônio Carlos Rodrigues, foi parcialmente acolhida quanto a limitação ao direito de arrependimento em bilhetes aéreos.

Naturalmente a proteção assegurada ao consumidor que adquire bens e serviços pela internet não pode se dar sem critérios, pois a falta de motivação não pode favorecer o abuso da prática. Deste modo o fornecedor, ao constatar que tal direito está sendo exercido de forma irregular, poderá negar-se a rescindir o contrato ou devolver os valores pagos.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A utilização de computadores, tablets e smartphones se tornou, nas últimas décadas, indissociável da sociedade globalizada, cada vez mais virtualizada, favorecendo o aparecimento de novas interações sociais. O Comércio eletrônico, por exemplo, nasceu com a revolução tecnológica e a evolução dos meios de comunicação, notadamente a internet, e abriu muitas possibilidades para a realização de transações comerciais de forma célere e cômoda, mas igualmente possibilitou o desenvolvimento de novas formas de fraude, sem falar das práticas abusivas tão comuns no segmento consumerista.

Para amparar o consumidor, parte mais vulnerável da relação de consumo, o Código de Defesa do Consumidor prevê que a tutela dos seus interesses é obrigatória e pode

ser aplicada em qualquer setor da economia, inclusive no setor do varejo digital, também denominado comércio eletrônico ou *e-commerce*. Em decorrência das inúmeras infrações aos direitos dos consumidores que utilizam a rede mundial de computadores para realizarem uma compra ou contratarem um serviço, o legislador achou por bem elaborar uma legislação mais afeita ao tema, trazendo à lume o Decreto nº 7.962/2013, cujo principal objetivo foi facilitar a defesa do consumidor.

O novo decreto trouxe grandes inovações para as vendas *on line* no país: obrigou os sites a disponibilizarem, em local de destaque, o nome empresarial e o CNPJ da empresa; exigiu a indicação de um endereço físico e eletrônico do fornecedor; elencou regras específicas para ofertas em sites de compras coletiva; determinou a apresentação de um sumário do contrato antes de sua celebração e reforçou o exercício do direito de arrependimento pelo consumidor.

A reforma no diploma legal veio atender aos anseios da sociedade, pois o segmento do comércio eletrônico há muito demandava especial atenção dos juristas, doutrinadores e das casas legislativas, por ser um campo especialmente fértil aos abusos a direitos alheios. Como as negociações comerciais via internet tendem a aumentar nos anos vindouros (mesmo após o fim da pandemia os consumidores deverão continuar comprando *on line*) é imprescindível maior controle sobre a atividade a fim de preservar os interesses do elo mais frágil da relação, o consumidor.

Após a realização desta pesquisa foi possível concluir também que o direito de arrependimento é um direito básico do consumidor, especialmente nas relações do comércio eletrônico, pois nesta categoria peculiar de transação comercial os consumidores não têm acesso imediato ao produto ou serviço adquirido, confiando plenamente na oferta divulgada pelos fornecedores. Portanto, o direito de arrependimento precisa ser respeitado, de modo que consumidor possa avaliar a compra realizada e decidir se exerce, ou não, este direito no prazo legal.

Referências

- ANDRESSA, Carvalho de Gonçalves Janhsen; ANDRÉA, Fabri Queiroz. **Limites da aplicabilidade do art. 49 do Código de Defesa do Consumidor**. 2020.
- BARBOSA, Hugo Leonardo Penna. **Princípio da Vulnerabilidade do Consumidor**. Disponível: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/p/buscalegis/viewFile/24263/23826>. Acesso em: 15 nov. 2022.
- BENJAMIN, Antônio Herman. V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2008.
- BRASIL. **Lei 8.078**, de 11 de Setembro de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em: 15 nov. 2022.
- CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de. A informação como bem de consumo. **Revista Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor**. Vol. 41, 2002.
- CORRÊA, Luís Fernando Nigro; CORRÊA, Osiris Leite. **Código de Defesa do Consumidor: aspectos relevantes**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- GARCIA, Leonardo de Medeiros. **O Princípio da Informação na Pós-Modernidade: Direito Fundamental do Consumidor para o equilíbrio nas relações de consumo**. 2013. Disponível: <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/3466/2482>. Acesso em: 16 nov. 2022.
- EBIT/NIELSEN. **Webshoppers 42ª edição**. 2020. <https://company.ebit.com.br/webshoppers/webshoppers-free>. Acesso em: 16 nov. 2022.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: contratos e atos unilaterais**. v.3. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MAIA, Juliana Flávia Schweitzer; DAMASCENO, Larissa Ancora da Luz Damasceno. **As novas regras para o comércio eletrônico**. 2013. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/11049As+novas+regras+para+o+comercio+eletronico>>. Acesso em: 16 nov. 2022.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 32ª ed., São Paulo: Malheiros, 2015

NEVES, Thiago Ferreira Cardoso Neves. O Comércio Eletrônico e o Direito do Consumidor. **Revista EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 17, n. 64, p. 154- 163, jan. - abr. 2014.

NETO, Raul Ribeiro Dos Santos. **O Direito Arrependimento previsto no art. 49 do CDC e a Lei 14.010/2020**. 2020.

NUNES, Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 7ª ed. São Paulo. Ed. Saraiva, 2012.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano; MATOS, Yolanda Alves Pinto Serrano de. **Código de Defesa do Consumidor interpretado**: doutrina e jurisprudência. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PINTO, Henrique Alves. **Princípios nucleares do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor e sua extensão como princípio constitucional**. 2004. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/4792/principios-nucleares-do-codigo-dedefesadoconsumidor>>. Acesso em 16 nov. 2022.

SOARES, Whelison Cerqueira. **Princípios atinentes ao direito do consumidor**. 2010. Disponível: http://www.ambitojuridico.com.br/site/?nlink=revista_artigos_leitura_id. Acesso em: 16 set. 2022.

SODRÉ, Marcelo Gomes. **Formação do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007



12

VIOLÊNCIA CONTRA MULHER NAS REDES SOCIAIS
VIOLENCE AGAINST WOMEN ON SOCIAL MEDIA

Bianca Sanny Silveira Anchieta

Resumo

A presente pesquisa tem como título: “Violência contra mulher nas Redes Sociais.” Tem-se como problema compreende-se por que o índice de violência contra mulher ainda é alto ou o que fazer para que não existam outros níveis de violência contra mulher. Tem-se como objetivo geral compreender-se que a violência contra mulher nas redes sociais encontra-se numa situação alarmante que proporcionam causas e consequências para a vítima. No entanto, tem como objetivos específicos apresentar os tipos de violência cibernética contra a mulher; Compreender as legislações vigentes ao combate à violência à mulher; Expor os canais de atendimento para realizar o combate à violência contra mulher. No decorrer da pesquisa, foi adotada a metodologia de Revisão bibliográfica a busca bibliográfica foi realizada através de base de dados como google acadêmico, com suporte em artigos, dissertação, demais publicações da internet que esteada na elaboração do trabalho. Apresenta a estrutura do Trabalho conclusão de curso está dividida em três capítulos. No primeiro aborda-se a evolução no contexto histórico da mulher, como o avanço da tecnologia como foram averiguadas. No segundo, discute-se sobre tipos de violência cibernética a mulher elencada a pornografia de vingança, sextorsão, estupro virtual e perseguição on-line destaca os danos causados. No terceiro disserta-se o entendimento das legislações para que saiba haja como deve ser combatida a violência a mulher.

Palavras-chave: Violência Contra Mulher nas Redes Sociais. Vítima. Violência Cibernética. Legislações Vigentes. Canais de Atendimento.

Abstract

The present research is entitled: “Violence against women in social networks.” The problem is to understand why the rate of violence against women is still high or what to do to prevent other levels of violence against women. The general objective is to understand that violence against women in social networks is in an alarming situation that provides causes and consequences for the victim. However, it has the specific objectives of presenting the types of cyber violence against women; understand the legislation in force to combat violence against women; Expose the service channels to carry out the fight against violence against women. During the research, the methodology of Bibliographic Review was adopted, the bibliography search was carried out through a database such as google academic, as support in articles, dissertation, other internet publications that supported in the elaboration of the work. It presents the structure of the Course Completion Work is divided into three chapters. The first addresses the evolution in the historical context of women, such as the advancement of technology as they were verified. In the second, types of cyber violence against women are discussed, including revenge pornography, sextortion, virtual rape and online stalking, highlighting the damage caused. The third discusses the understanding of legislation so that you know how violence against women should be combated.

Keywords: Violence Against Women on Social Media. Victim . Cyber Violence. Current Legislation. Service Charnnels.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo vem abordar sobre a violência contra mulher nas redes sociais mencionando acerca como existem de forma crescente casos de mulheres quem vem sofrendo violência ocasionada pelo avanço tecnológico, através do compartilhamento de fotos, vídeos e prints feitos pelos parceiros e parceiras que não aceitam o fim do relacionamento sendo assim temática deve ser discutida com a finalidade de evidenciar como a mulher deve ser assegurada a proteção à vida.

Analisando esses aspectos, o problema que surge é da seguinte forma: Por que o índice de violência contra mulher ainda é alto ou o que fazer para que não existam outros níveis de violência contra mulher?

Em razão disso, o objetivo geral pretendeu compreender que a violência contra mulher nas redes sociais encontra-se em uma situação alarmante que proporcionam causas e consequências para a vítima.

Portanto, tem como objetivos específicos: Apresentar os tipos de violência cibernética contra a mulher; Compreender as legislações vigentes ao combate à violência à mulher; Expor os canais de atendimento para realizar o combate à violência contra mulher.

Em relação a metodologia, foi realizada uma pesquisa de revisão bibliográfica, incluindo artigos científicos, dissertação, jurisprudência e demais publicações da internet o que possibilitou o fundamento para a elaboração do trabalho.

2. VIOLÊNCIA CONTRA MULHER NA INTERNET

Preliminarmente a partir das civilizações antigas até a moderna, a mulher possui seu papel atuado na sociedade, fundamentado numa definição machista, por causa da forte existência patriarcal. Além disso, mantendo então predisposto o processo de divisão de trabalho, nos quais homens realizavam as ocupações braçais, que demandavam força para sua execução, desde a caça até a pesca. Desse modo, surgido a efetivar culturalmente que as mulheres tutelavam da prole no vínculo familiar e atuavam tarefas domésticas.

A divisão do trabalho baseava-se em atividades que permitissem a mulher poder cuidar dos filhos, o trabalho era exercido em lugares onde pudesse levar as crianças para alimentá-las e educá-las, assim cultivava hortaliças e cuidava da domesticação de animais (SILVA, 2008, p.02).

Sucedeu a eventualidade da divisão sexual do trabalho desde em que foi atribuída à mulher o dever de cuidado dos filhos, ao mesmo tempo com a função de realizar outras atividades. A prática de cuidado desenvolvido pela mulher refere-se um sistema de trabalho o qual é capaz de ser refletido acerca de inúmeras tarefas visto que cuidar do marido e permanecer o zelo do lar, isto é, sendo ocupações envolvidas como trabalhos domésticos. A segmentação de trabalho aparece como o modelo familiar na sociedade, portanto estava apenas a colocação da mulher desempenhar os serviços domésticos, quando seu marido por meio do trabalho assalariado, representavam como a máquina de sobrevivência familiar. Deste modo, via-se na mulher uma depreciação a partir do interior do lar até mesmo no englobamento de um contexto social como um todo.

Com o apontar do Capitalismo, a mulher excedeu as portas do próprio lar e se in-



corporou no mercado de trabalho, todavia, representando ainda na sociedade com valor muito a quem no momento em que equiparado à posição do homem. Perante nesse cenário, a mulher recorreu no seu aprimoramento no que concerne à educação, proporcionando situações de melhorias por meio de cursos profissionalizantes para que estivesse em pé de igualdade com o sexo masculino.

Hodiernamente a mulher é observada com distinção nas relações de trabalho, em que ao exercerem as mesmas incumbências, tendo em vista, podendo igualar-se ao público masculino, apesar disso, não adquire equiparação salarial com o mesmo. O público feminino há gradativamente mais em ascensão social, procurando a própria independência e emancipação financeira, contudo ainda hoje, há indícios existentes do patriarcalismo nas vinculações de gênero em que a mulher sucede sendo observada com fragilidade, apresentada em vários pressupostos como incapaz para efetivar e consumir tarefas, de modo geral, cometidas por homens.

Dessa forma demorada os direitos da mulher ocorreram a ser reconhecido, o gênero feminino culminou em meio a sociedade, portando as mulheres como grandes influenciadores na evolução histórico brasileiro, com o advento de movimentos feministas gradativamente fortalecidos, atendendo de ferramenta de mudança, pretendendo regularmente o respeito diante da sociedade. Contudo, a classe feminina segue sendo desprestigiada e sendo exposta ao preconceito, além disso como mero objeto sexual e com capacidade somente para nomear serviços domésticos.

Em decorrência, ainda predomina a submissão da mulher para com o homem. Hoje em dia a existência do patriarcado é um fato triste, ficar sempre reconhecida pela sociedade. Perante o exposto, alude Maciel (2006, p.24-25):

O patriarcado é a estrutura familiar básica de todas as sociedades contemporâneas. Caracteriza-se pela autoridade, imposta pelas instituições, dos homens sobre as mulheres e seus filhos na unidade familiar. Para que os homens possam exercer essa autoridade, o patriarcado deve dominar toda a organização da sociedade, a produção e consumo, a política e o direito à cultura. As relações entre as pessoas também estão marcadas pela dominação e a violência que se originam na cultura e nas instituições.

Portanto, permanece entendido que o patriarcado habilitou o homem a praticar sua autoridade em ampliadas medidas. Em consequência, se compreende que todo o histórico da submissão feminina ocorreu a partir dos padrões da criação familiar até as relações sociais, colaborando com que a dominação empregada pelo gênero masculino seja preceito permissivo de toda a sociedade.

O poder, a partir das civilizações mais antigas até na atualidade, vinda como símbolo na organização da sociedade sendo produzido desde divisão social do trabalho. De acordo com o dicionário de Silveira Bueno (2000, p.605), poder permanece entendido como:

v.t. Ter a faculdade de; ter possibilidade; dispor de força ou autoridade; conseguir; possuir força física ou moral; ter influência, validade. S.m. faculdade. Possibilidade; vigor; potência; autoridade; soberania; domínio; influência; posse; governo de Estado (BRASIL, 2000).

Dessa forma a citação, o que se compreende por poder é a atividade determinada de estabelecer que se haja algo a alguns indivíduos. É a deliberação de um supremo ao seu subordinado. Nessa direção, Bourdieu (2009) afirma as relações de poder se apresentam

por meio de “símbolos” que prosperam aquele que rege, tais como o capital, a economia e a ciência. Portanto, quem imagem como detentor dessa autoridade numa vinculação, ora referida, emprega-se do poder simbólico para realizar tal posição. O domínio é o mecanismo ao qual se verifica a um ser decidido, em que este dispõe a capacidade de desempenhá-lo na presença de outrem ou até mesmo de decidido grupo de indivíduos. Desse modo, o poder é utilizado por meio de demonstração oriundo entre integrantes da sociedade. Assim, Weber (2001, p.139) apresenta a definição de dominação:

Deve-se entender por “dominação,” [...] a probabilidade de encontrar obediência dentro de um grupo determinado para mandatos específicos [...] No caso concreto, está dominação (“autoridade”), no sentido indicado, pode descansar nos mais diversos motivos de submissão: desde o hábito inconsciente até o que são considerações puramente racionais segundo fins determinados.

Perante o exposto Weber sobre da dominação, realizando desta um vínculo as relações de gênero, pode-se afirmar relação que a mulher sempre foi enxergada e conceituada como ser de submissão às vontades do homem, princípio este, conceituado por um modelo de sociedade patriarcal. No mesmo sentido, Boudiuer assevera que a sociedade dá totais situações para que o homem desempenha seu poder e domínio, porque ao efetuar alusão do “poder simbólico,” expressa na relação de gênero há a cooperação do resignado, no caso a mulher.

A elucidação que Foucault (2007), apresenta em relação que a submissão é intrínseca do ser humano procurar priorizar-se ao semelhante, formando como consequência sua autoridade do associar-se no meio social. Diante o autor, o poder se tinha em diversos lugares, onde o homem tanto influencia, quanto retrata sua dominação e autoridade. Concepção também pertence a sexualidade.

Todos os dois (sexualidade e poder) partem de um estado originário em que todos os homens são iguais, e depois, o que acontece? Invasão histórica para um, acontecimento mítico-jurídico para outro, mas sempre aparece a ideia de que, a partir de um momento, as pessoas não tiveram mais direitos e surgiu o poder.

Segundo Bourdieu (2010), o ambiente é determinado de acordo com o sexo, tornando-se que o homem tem sua presença melhor relacionada a lugares públicos, enquanto a mulher tem o seu raio de ato limitado ao local privado, ou seja, o âmbito familiar. Para o autor, isso se sucede por causa de prosseguimento molde de uma ordem social, tornando-se esta, aspecto definitivo para a presença da dominação de gênero masculino, visto que é ela quem menciona as atividades que via de regra precisam ser realizadas por homens e mulheres. O autor difunde ainda a consciência por parte da mulher de que é instrumento de domínio. No tocante Bourdieu (2010, p.22):

Quando os dominados aplicam àquilo que os domina esquemas que são produtos da dominação ou, em outros termos, quando seus pensamentos e suas percepções estão estruturados de conformidade com as estruturas mesmas da relação da dominação que lhes é imposta seus atos de conhecimento são inevitavelmente, atos de reconhecimento, de submissão.

3. TIPOS DE VIOLÊNCIA CIBERNÉTICA A MULHER

Ao se referir sobre os tipos de violência cibernética a mulher em decorrência dos avanços da tecnologia, as práticas criminosas no passado descoberto somente em locais físico, foram desafiar as dificuldades da vida real muito na dependência das formas de comportamentos sociais empregados hoje em dia. A virtualidade é o mecanismo aplicado para comunicação, trabalho, diversão e também, para a realização de crimes.

3.1 Pornografia de Vingança

A pornografia de Vingança, ou “revenge porn” consiste na divulgação através da internet de fotos, vídeos, áudios de caráter íntimos, geralmente obtidos no decorrer de um relacionamento afetivo ou vínculo emocional presente o autor e a vítima. O compartilhamento ocorre depois a ruptura da relação, podendo ser motivado pelo inconformismo de uma parte quanto relação ao rompimento da união ou, meramente, movido pela vontade de expor a intimidade da ex-parceira, para deixá-la constrangida com vergonha e humilhada (STOCO; BACH,2017).

Segundo o conceito do advogado Crespo (2015) onde:

É exatamente nesse contexto que temos verificado cada vez mais em nossa sociedade a prática do chamado *revenge porn*, ou pornografia, que é uma forma de violência moral (com cunho sexual) que envolve a publicação na internet (principalmente nas redes sociais) e distribuição com o auxílio da tecnologia (especialmente com smartphones), sem consentimento, de fotos e/ou vídeos de conteúdo sexual explícito ou com nudez. As vítimas quase sempre são mulheres e os agressores, quase sempre são ex-amantes, ex-namorados, ex-maridos ou pessoas que, de qualquer forma tiveram algum relacionamento afetivo com a vítima, ainda que por curto espaço de tempo.

No que concerne ao crime de pornografia de vingança, há pouco tempo, o legislador pátrio, mediante a lei de nº 13.718/2018, caracterizou o crime de divulgação de fotos íntimas, previsto no artigo 218-C do Código Penal, que caracteriza também a divulgação de fotos e vídeos de estupro e estupro de vulnerável:

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

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

Aumento de pena

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

Portanto, entende-se que para além de defender o vulnerável, este dispositivo incluindo, que se apresenta no Título dos crimes contra a Dignidade sexual do Código Penal,

procura enquadrar a pornografia de vingança ao coibir o compartilhamento não consensual de cena de sexo ou nudez.

A mesma lei introduziu na Lei Maria da Penha nº11.340 de 2006, conforme o artigo 7º, II, que conceitua a violência psicológica, já observada nesta pesquisa, pensando o tipo de lesão sofrida por meio da Pornografia de vingança. Essa mudança destinada a tal atuação, de acordo com Risério (2019, p.77) desencadeia o cuidado social como à divulgação do material íntimo.

Em 2018, entrou em vigor a lei nº 13.772 no dia 19 de dezembro, que incluiu no Código Penal o artigo 216-B, com o objetivo de criminalizar o documento não permitido de qualquer intimidade sexual, como estabelecido.

Art. 216-B. Produzir, fotografar, filmar ou registrar, por qualquer meio, conteúdo com cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo e privado sem autorização dos participantes: Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e multa.

Parágrafo único. “Na mesma pena incorre quem realiza montagem em fotografia, vídeo, áudio ou qualquer outro registro com o fim de incluir pessoa em cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo.”

Destaca que a mencionada previsão legal também procura induzir diretamente na limitação da pornografia de vingança, tendo em consideração que por meio dos registros não consentido da intimidade sexual, tanto pode haver difusão posterior no ambiente virtual, bem como o instrumento de chantagem para advertir a manifestação da vítima.

No tocante o artigo 216-B do Código Penal, para o autor Risério (2019, p.80) observa que a pena determinada de seus meses a um ano caracteriza um crime de menor ofensivo, o que permitida a aplicação dos institutos despenalizados da lei nº 9.099/95, mas contendo-se definição de violência psicológica do campo da Lei Maria da Penha, como institutos não podem ser empregados neste cenário coibição prevista do artigo 41 da mencionada lei.

Em comparação aos artigos 216-B e 218-C do Código Penal, Risério (2019, p.81) observa que o legislador teve a atuação de divulgar, estabelecido no artigo 218-C como mais gravoso do que a de apontar do artigo 216-B, diante da distinção da pena imposta para ambas.

3.2 Sextorsão

A “sextorsão” é uma modalidade do crime de extorsão em que a vítima é ameaçada de divulgação de informações confidenciais como imagens ou vídeos de conteúdos íntimos.

Sydow e De castro (2017, p.34) pioneiros em tratar do assunto da doutrina brasileira mencionam que na “sextorsão” o “perpetrador exige que a vítima envie imagens ou preste favores sexuais, sob ameaça de distribuir informações pessoais e/ou imagens pornográficas ou sexualmente explícitas.”

Na sextorsão há a ligação dos costumes específicos de ameaça e de extorsão: labora-se com a coação psicológica da vítima através de ameaças referentes à divulgação de mídias íntimas ou pornográficas. A finalidade é extorqui-la a criar mais elementos eróticos e nudez ou também manter relações sexuais com o agressor, que pode realizá-lo por contentamento pessoal, para humilhação da vítima, vingança ou em ocasião seguinte, extorsão financeira (SAFERNET, 2018).

A sextorsão pode emanar desde um relacionamento pré-existente entre a vítima e o agressor, ou seja, real ou virtual momento que o objeto íntimo é dividido espontaneamente através de conversas sexuais, no qual há um vínculo de confiança e credibilidade acerca de confiança daquele conteúdo. Nessas circunstâncias e também comuns contextos que o agressor intencionalmente cria perfis falsos para adentrar em redes sociais ou aplicativos de relacionamento para assimilação de possíveis vítimas (SAFERNET, 2018a).

Sob enfoque concerne o cenário em que o objeto dividido espontaneamente pela vítima, em virtude de oferta de trabalho relacionado a moda, em que se impõe envio de fotos, vídeos sensuais perante o pretexto de análise de seu perfil (SAFERNET, 2018a). Outras situações em que as agressões possuem componentes mais aprimorado de tecnologia, o elemento pode vir a ser alcançado através de contas e dispositivos pessoais da vítima, ou ainda, da instalação de dispositivos de acesso remoto para tomada de imagens, vídeos e sons. (DE CASTRO; SYDOW, 2019, p.36).

Não obstante, muitos relatos representam situações em que o agressor nunca engloba qualquer espécie de objeto da vítima, mas encontram sucesso em suas ameaças por motivo de manipulação psicológica maliciosa, ao conduzir a vítima admitir a chance de haver imagens ou vídeos íntimos e que estes possam sido indevidamente compartilhados. Para essa finalidade, elucida Sydow (2018, p.03) que o agressor remete conversas eróticas e e imagens de difícil reconhecimento, que assevera ser da vítima e sob a ameaça de remetê-las aos seus amigos, familiares ou colegas de trabalho, impõe que novas fotos eróticas e de nudez sejam encaminhadas.

Todavia, o encaminhamento do objeto não faz com que as ameaças findem, ao oposto, há uma tendência para que as exigências se regressem cada vez mais criadas e constantes. O poder daquele que procede a sextorsão é situacional (DE CASTRO; SYDOW, 2019, p.38-39), quanto maior o acervo que consegue sob ameaça, maior seu poder de coerção em relação a vítima, em uma performance cíclica de violência moral e psicológica.

3.3 Estrupro Virtual

Com o surgimento da lei nº 12.015/09, houve a ligação pelo legislador de dois crimes em um só. A nova redação do artigo 213 não menciona o “estupro virtual”, mas passou a qualificar o estupro como o ato de “constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso.” Portanto, o “estupro virtual” pode suceder, por exemplo: quando uma pessoa por meio virtual venha coagir a mulher a despir-se em uma chamada de vídeo.

Segundo Moura e Silva Neto (2022, p.327) o estupro virtual conceitua-se como “[...] a conduta em que o agente ativo sem a presença física da vítima, a constrange, mediante grave ameaça, a praticar ou permitir que com ela se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal, usando [...] meios tecnológicos.”

Diante do exposto, o estupro virtual é resultado de uma interpretação abrangente do artigo 213 do CP/40. Não tem uma legislação específica que caracterize a conduta de modo expresso. Portanto determinados doutrinadores apresentam que a conduta uma vez imputada ao agente descumpriria o princípio da legalidade por falta de expressa previsão legal. Contudo, ratificando com Silva Neto (2021, p.582) é cediço ter que “[...] é plenamente típica a prática do estupro virtual uma vez que a conduta criminal ocorre no mundo dos fatos sendo o ambiente virtual apenas um meio para a prática do crime.”

Outrossim, no que concerne a inexistência de previsão apresenta em lei não inibe a

identificação da conduta criminosa, visto que, o meio virtual é considerado o método pelo qual a realização do estupro é descoberta, sendo que a conduta já está anteriormente caracterizada no artigo 213 do CP/40, impedindo o descumprimento do princípio da legalidade (MOURA; SILVA NETO, 2022).

Da mesma forma, também é válido evidenciar o entendimento de Cezar Roberto Bitencourt acerca do estupro virtual, senão observa-se:

Constranger tem o mesmo sentido do analisado em relação à conjunção carnal. A finalidade, no entanto, nesta segunda figura, é a prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal, como refere o atual texto legal, “ou outro ato libidinoso” (para diferencia-lo da conjunção carnal). Esta segunda modalidade pode ser praticada de duas formas (praticar ou permitir). Na 43 forma praticar é a própria vítima obrigada a realizar o ato, isto é, deve adotar uma posição ativa; na forma permitir, aquela é submetida à violência de forma passiva (BITENCOURT, 2011, p. 52).

3.4 Perseguição Online (*Stalking*)

A lei 14.132/2021 foi sancionada no dia 31 de Março de 2021 que insere o artigo 147-A no Código Penal, criminalizando a conduta de perseguição (*stalking* em inglês). No dia 1º de Abril de 2021 a nova lei entrou em vigor, depois da sua publicação no diário oficial da União.

A palavra inglesa *stalking* pode ser traduzida como “perseguição,” conforme o conceito estabelecido por Castro e Sydow (2017, p. 53) “trata-se de curso de conduta de importunação, caracterizado pela insistência, impertinência e habitualidade desenvolvido por qualquer meio de contato, vigilância, perseguição ou assédio.”

É uma forma de comportamento humano realizado por assédio, em que a vida íntima é invadida constantemente e pode ser feito por vários meios, sendo estes: virtual, físico, psicológico e de modos diretas e indiretas. O bem jurídico infringido com a perseguição é a liberdade individual da vítima. É especificado doutrinariamente como crime habitual e crime de ação penal pública condicionada a representação do ofendido ou de seu representante legal (BARROS, 2021, online).

No tocante é indispensável corroborar a presença de três significativos componentes para classificar o *stalking* como crime: o *stalker*, a vítima e o dano. O *stalker* é denominado como aquele que persegue empenhadamente alguém, seja por recursos virtuais ou presenciais, contra a vontade da vítima e impactando a sua tranquilidade. Estudos apresentam que a maior parte dos perseguidores é considerada das vítimas e proveniente de um relacionamento amoroso em que a vítima resolveu colocar um fim e o parceiro não concorda esta decisão (GERBOVIC, 2016).

4. EVOLUÇÕES LEGISLATIVAS NO COMBATE À VIOLÊNCIA A MULHER

Há registros que só em 2020 foram registrados 648 casos de feminicídio no primeiro semestre no Brasil. Nesse período houve um crescimento da violência contra mulher no ceio familiar, em razão da quarentena que intensificou a presença dos casais nos lares. Portanto, esse é o maior motivo identificado para o aumento dos casos de violência contra mulher, uma vez que a vítima ficou em isolamento social; além da dificuldade da mulher em registrar a ocorrência por ter que deslocar-se até as delegacias.

Vejam os 5 (cinco) entre as legislações vigentes de proteção à mulher.

4.1 Lei Maria da Penha, 11.340, de 26 de agosto de 2006

A lei Maria da Penha foi sancionada em 7 de agosto de 2006 pelo presidente Luís Inácio Lula da Silva. Possui 7 títulos com 46 artigos e tem como objetivo criar mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher de forma a prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, através de medidas protetivas. Além de configurar os espaços em que as agressões são qualificadas como violência doméstica, a legislação abrange as definições de todas as suas formas: física, psicológica, sexual, patrimonial e moral.

Maria da Penha foi casada com Marco Antônio Heredia Viveros e tiveram três filhas. O ambiente familiar era totalmente tenso e violento, até que no ano de 1983, o marido tentou duplo homicídio contra a esposa. Marco aproveitou que estava em uma posição vulnerável e proferiu um disparo nas costas da mesma enquanto ela dormia, como seqüela do tiro Maria da Penha sofreu lesões irreversíveis ficando paraplégica e com traumas psicológicos (PENHA, 2012).

Marco Antônio mentiu em seu relato a polícia e disse que o episódio foi ocasionado por uma tentativa de assalto. A vítima permaneceu internada no hospital se recuperando por quatro meses e quando voltou para casa foi mantida em cárcere privada em um período de 15 dias. Neste período o marido tentou a eletrocutar durante o banho (PENHA, 2012).

Contudo Maria esgotada das violências decidiu buscar ajuda e com assistência da família saiu de casa, recorrendo ao judiciário na procura do agressor fosse responsabilizado pelos crimes e foi a partir desse período que iniciou a luta já que na época não tinha uma lei que especifica contra a violência doméstica.

4.2 Lei Carolina Dieckmann

A lei nº 12.737/2012, que ficou designada como Lei Carolina Dieckmann, foi aprovada em 2 de dezembro de 2012 objetivando a promoção de mudanças no Código Penal Brasileiro, para elaborar uma especificação própria para os delitos e crimes de informática (BORGES, 2014). A legislação foi efeito do projeto de lei 2.793 evidenciado em 29 de novembro de 2011, foi tramitado em regime de urgência Congresso Nacional (BORGES, 2014).

O projeto de Lei que resultou na “Lei Carolina Dieckmann” foi proposto em referência e diante de situação específica experimentada pela atriz, em maio de 2011 que supostamente teve copiadas de seu computador pessoal, 36 (trinta e seis) fotos em situação íntima, que acabaram divulgadas na Internet (ONG VERDE, 2015, p.1).

A lei, contudo, tem recebido críticas de especialistas em crimes de internet e peritos, juristas e profissionais mais segurança da informação, levando em conta a dimensão de seus dispositivos que podem ser transtornados e também provocar interpretações divergentes ou também serem observados com subjetividade.

Perante o exposto, compreende-se que a legislação tratada é ainda frágil, uma vez que sua aplicação pode delimitar condutas triviais de forma criminal, ou fundamentar a composição da defesa com amparo para infratores cibernéticos, o que poderia ficá-la uma

lei injusta e ineficaz (BORGES, 2014).

Há precisão de uma revisão ainda das penas, que se apresentam pouco intimidadoras, tendo inclusive fatos que podem ser delimitáveis para métodos dos Juizados Especiais, e que ainda podem ajudar para que não se alcance a desejada capacidade para um combate válido a realização dos crimes cibernéticos no Brasil. Segundo Diwan (2015, p.1), são crimes estabelecido pela Lei Carolina Dieckmann:

Art.154-A Invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita:

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.

Art. 266 - Interromper ou perturbar serviço telegráfico, radiotelegráfico ou telefônico, impedir ou dificultar-lhe o restabelecimento:

Pena - detenção, de um a três anos, e multa.

Art. 298 - Falsificar, no todo ou em parte, documento particular ou alterar documento particular verdadeiro:

Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa.

4.3 Lei do Minuto Seguinte

A lei nº 12.845/2013 ou também conhecida Lei do Minuto Seguinte foi sancionada pela presidente da república Dilma Rousseff tem como finalidade de oferece algumas garantias a vítimas de violência sexual, como atendimento imediato pelo SUS, amparo médico, psicológico e social, exames preventivos e o fornecimento de informações sobre os direitos legais da vítima.

Conforme o artigo 1º da lei nº 12.845/2013:

Art. 1º Os hospitais devem oferecer às vítimas de violência sexual atendimento emergencial, integral e multidisciplinar, visando ao controle e ao tratamento dos agravos físicos e psíquicos decorrentes de violência sexual, e encaminhamento, se for o caso, aos serviços de assistência social.

4.4 Lei Joana Maranhão

A lei nº 12.650 de 2012, alterou os prazos quanto à prescrição (prazo) contra abusos sexuais cometidos contra criança e adolescentes, de forma que a prescrição só passou a valer após a vítima completar 18 anos, e o prazo para denúncia aumentou para 20 anos. O nome mencionado da nadadora à lei, é em razão da mesma ter feito denúncias de abusos sexuais sofridos quando tinha 9(nove) anos, pelo seu treinador. Em razão da denúncia feita por ela, resultou na lei que garante às vítimas mais tempo para denunciar e punir seus infratores.

4.5 Lei do Feminicídio

A presente lei nº 13.104 foi sancionada em 2015. Quando uma mulher é morta em decorrência de violência doméstica e familiar, menosprezo ou discriminação à condição de mulher, fica caracterizado o feminicídio, sendo considerado um crime hediondo em que a pena pode chegar a 30 anos de reclusão. A legislação altera o Código Penal e estabelece o feminicídio como circunstância que qualifica o crime de homicídio. Ademais, ela também o inclui na lista de crimes hediondos. Portanto, um crime de homicídio simples tem pena de 6 a 20 anos, já o feminicídio – um homicídio qualificado – pode chegar até 30 anos.

Referências

BARROS, Francisco Dirceu. **Estudo doutrinário do stalking (crime de perseguição persistente, novo artigo 147 – A do Código Penal)**. GenJurídico.IN: <http://genjuridico.com.br/2021/04/05/estudo-doutrinario-dos-talking/>. Acesso em: 16 de nov.2021.

BITENCOURT, C. R.. **Tratado de direito penal - parte especial (arts. 213 a 311- a)** – crimes contra a dignidade sexual. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BORGES, Abymael. **Lei Carolina Dieckmann-Lei nº 12.737/12, art. 154-a do Código Penal**. Disponível: <https://abimaelborges.jusbrasil.com.br/artigos/111823710/lei-carolina-dieckmann-lei-n-12737-12-art-154-a-do-codigo-penal>

BOURDIEU, Pierre. **Dominação Masculina**. 8. ed. Rio de Janeiro: Editora Bertrand Brasil, 2010.

BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. 12. ed. Rio de Janeiro: Editora Bertrand Brasil, 2009.

BRASIL ESCOLA: <https://monografais.brasilecola.uol.com.br/direito/violencia-contramulher-crime-feminicidio.htm>. Acesso em: 18/10/2022

BRASIL, **Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de Dezembro de 1940**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm Acesso: 01/11/2022.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 01/11/2022.

Consentida. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora D'PLÁCIDO, 2019.

DIWAN, Alberto. **O crime de invasão de dispositivo de informática-Art. 154-A do Código Penal**. Disponível: <https://albertodiwan.jusbrasil.com.br/artigos/199631200/o-crime-de-invasao-de-dispositivo-de-informatica-art-154-a-do-codigo-penal>. Acesso em: 3 de novembro de 2022.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. 23. ed. Rio de Janeiro: Ed. Graal, 2007

GERBOVIC, Luciana. **stalking**. - São Paulo: Editora Almedina Brasil, 2016.

MACIEL, Gilkéa. **Abusos e Violência Doméstica: das cavernas ao computador, nada mudou**. Recife: Editora Gilkéa Maciel, 2006.

MOURA, G. B.; SILVA NETO, L. G.. O valor probatório da palavra da vítima no crime de estupro e o risco da condenação de inocentes. **Facit Business Technology Journal –JNT**. Fluxo contínuo, v. 2, p. 320-343, maio/2022. Disponível em: o valor probatório da palavra da vítima no crime de estupro e o risco da condenação de inocentes | moura | facit business and technology journal (faculdefacit.edu.br). Acesso em: 01 nov. 2022.

O que é sextorsão? 2018a. Disponível em: <http://new.safernet.org.br/contente/o-que-%C3%A9-sextors%C3%A3o>. Acesso em:30/10/2022.

PENHA, Maria da. Sobrevivi... **posso contar. 2ª edição**. - Fortaleza: Armazém da Cultura, 2012.

SYDOW, Spencer; CASTRO, Ana Lara Camargo. **Cybercrimes: a sextorsão chega ao Brasil**. Boletim IBC-CRIM, São Paulo, v.26, n.312, p.2-4, nov.2018. Disponível: http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=146831. Acesso em: 30/10/2022.

SYDOW, Spencer; CASTRO, Ana Lara Camargo. **Exposição Pornográfica não**

WEBER, Max. et al. **Introdução ao Pensamento Sociológicos**. São Paulo: Ed. Centauro, 2001.



13

**OS AVANÇOS E DESAFIOS DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA
NO ENFRENTAMENTO DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER**

*THE ADVANCES AND CHALLENGES OF BRAZILIAN
LEGISLATION IN THE FIGHT AGAINST VIOLENCE AGAINST
WOMEN*

Priscylla Hellen Abreu Corrêa

Resumo

A violência contra as mulheres é um tema bastante discutido na contemporaneidade. As diversas violências e crimes contra a mulher estão marcadas na história, são atos violentos sustentados pela cultura social machista e pelo modelo patriarcal. Em vista disso, a pesquisa teve como problemática: De que forma as leis e seus instrumentos estão atuando no combate à violência contra a mulher? E para responder a esse questionamento foi definido como objetivo geral compreender sobre as leis e seus instrumentos de efetivação para o combate da violência contra a mulher. Para alcançar tais objetivos foi realizada uma Revisão de Literatura baseada em livros e artigos das bases de dados *Scielo* e Google acadêmico. Muitos foram os avanços para coibir essa violência, tais como a Lei Maria da Penha, a Lei da Importunação Sexual e a Lei do Femicídio. Embora com todos esses avanços o país ainda se encontra em um cenário brasileiro machista e ainda com pensamentos patriarcais, esta lei objetiva uma forma de enfrentar e regulamentar sob penalizações uma prática violenta caracterizada como das piores, que é o crime contra a vida das mulheres.

Palavras-chave: Violência contra a mulher. Femicídio. Aplicabilidade das leis.

Abstract

Violence against women is a topic widely discussed in contemporary times, it was historically characterized as a term to define homicide against women, for reasons of the condition of the female sex and its fragility. The various forms of violence and crimes against women are marked in history, they are violent acts sustained by the sexist social culture and the patriarchal model. Given the context presented, the following question was raised: How are laws and their instruments working to combat violence against women? And to answer this question, the general objective was defined to understand the laws and their instruments of effectiveness to combat violence against women and as specific objectives to address the scenario of violence against women, describe the laws that support women victims of violence and discuss the main challenges faced in the implementation of legal norms that curb violence against women. To achieve these objectives, a Literature Review was carried out based on books and articles from the *Scielo* and Google academic databases. There were many advances to curb this violence, such as the Maria da Penha Law, the Sexual Harassment Law and the Femicide Law. Although with all these advances the country is still in a sexist Brazilian scenario and still with patriarchal thoughts, this law aims to face and regulate under penalties a violent practice characterized as one of the worst, which is the crime against women's lives.

Keywords: Article, Standards, Formatting

1. INTRODUÇÃO

A violência contra a mulher tem sido presente no cotidiano de várias mulheres ao longo dos anos. Há muitos casos registrados em delegacias, vistos no judiciário, apontados por instituto de pesquisas e estatísticas e estampados com frequência em noticiários e sites jornalísticos. Na pandemia, especificamente, elevou-se o número de casos de violência em âmbito doméstico e familiar.

Diante de números crescentes de violência contra mulher, chama atenção o fato de haver uma legislação brasileira que foi evoluindo ao longo do tempo, na medida em que mulheres lutaram pela conquista de direitos e penalização do indivíduo que as violentam, culminando em leis que instrumentalizaram o processo de prevenção e punição destes indivíduos, tais como a Lei Maria da Penha e a importante tipificação da qualificadora do feminicídio, entretanto, aumentam o número de casos de violência contra mulher.

Faz mister ressaltar que o tema abordado neste trabalho foi de fundamental importância para o mundo jurídico e social, pois, apesar de produzir-se inúmeros estudos, análises, artigos com o tema violência contra a mulher, tal assunto nunca se esgota visto que a luta por respeito, por liberdade, por igualdade e pelo mais importante, a vida da mulher, nunca tem fim, uma vez que os casos de violência estão sempre estampados em jornais, internet, redes sociais e presente nas comunidades.

Diante do contexto apresentado, chegou-se ao seguinte questionamento: De que forma as leis e seus instrumentos estão atuando no combate à violência contra a mulher? E para responder a esse questionamento foi definido como objetivo geral compreender sobre as leis e seus instrumentos de efetivação para o combate da violência contra a mulher e como objetivos específicos abordar o cenário da violência contra a mulher, descrever as leis que amparam as mulheres vítimas de violência e dissertar os principais desafios enfrentados na efetivação das normas jurídicas que coíbam a violência contra a mulher.

Para a elaboração da pesquisa foi realizada uma revisão literária, baseada em livros físicos e virtuais das Bibliotecas 3.0 e Minha Biblioteca, artigos científicos das Bases de dados SciELO, Google Acadêmico, revistas especializadas e as leis que envolvem a temática, obedecendo a data de publicação entre os anos de 2012 a 2021, buscados através das palavras-chaves violência contra a mulher, feminicídio e aplicabilidade das leis.

2. VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

A constituição da família remete a própria criação do homem que para sobreviver entre os seus adquiriam habilidades e formatos que os tornavam representante do seu clã. Dessa forma, as famílias eram guiadas por ele, e assim, foram nomeadas de famílias patriarcais, onde o líder exercia a soberania sobre os demais na sua casa (SILVA, 2010). As mulheres e filhos dessa construção não possuíam direitos, já que não atuavam na força de trabalho e renda, em vista disso, eram tratados sem a mínima consideração e os que não se submetessem a soberania do líder da família sofriam as punições até que mudassem de ideia ou morressem.

Sob esse ponto de vista, Mansur (2018) aborda que o trabalho exercido pela mulher dentro de casa era desconsiderado e desvalorizado. Desde então a mulher vem sofrendo discriminação pela sua condição de ser mulher, pois as suas atividades com a casa e cuidados com os filhos é que permitem aos homens ir aos seus trabalhos, porém, no sistema

capitalista, as atividades de mãe e dona de casa são vistas como trabalho reprodutivo social e não um trabalho devido ao fato de não gerar renda.

Nesse sentido, a violência contra as mulheres é conhecida como um dos fenômenos sociais mais denunciados e com alta visibilidade nas últimas décadas em todo o mundo (MEDEIROS, 2016). Trata-se de um problema de alta complexidade, e para ser enfrentado necessita da composição de serviços de naturezas diversas, demandando grande esforço de trabalho em rede e a integração entre os serviços existentes dirigidos ao problema, entretanto, é difícil e pouco conhecida.

Para uma melhor compreensão, Jesus (2015) conceitua violência contra a mulher como qualquer conduta, de ação ou omissão, baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, no âmbito público ou privado. A violência contra a mulher é um fenômeno que atinge todas as classes sociais e faz parte do cotidiano de mulheres no mundo e no Brasil desde os tempos mais remotos e a alta incidência dessa violência gera graves violações dos direitos humanos que são perpetradas contra as vítimas pelo simples fato de pertencerem ao sexo feminino.

Segundo dados da Agência Brasil (2020) foi divulgado um relatório com base nos dados dos órgãos de segurança mostrando que no primeiro semestre de 2020, houve 648 feminicídios no Brasil. Tal fato justifica-se devido ao isolamento social durante a pandemia da Covid-19. Embora a quarentena seja a medida mais segura, necessária e eficaz para minimizar os efeitos diretos da Covid-19, o regime de isolamento fez com que as mulheres permanecessem mais tempo com seus agressores, o que aumentou o número de casos de violência contra a mulher nesse período.

Dados do IPEA, Atlas da violência de 2021, revela que em 2019, foram registrados 1.246 homicídios de mulheres nas residências, o que representa 33,3% do total de mortes violentas de mulheres registradas (ATLAS DA VIOLÊNCIA, 2021). O Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2020 também aponta que, 35,5% das mulheres que sofreram homicídios dolosos em 2019 foram vítimas de feminicídios (FBSP, 2020) a mesma pesquisa aponta que, entre 2018 e 2019, a taxa de feminicídios por 100 mil mulheres cresceu 7,1%.

De acordo com Britto (2020) os dados do Ministério dos Direitos Humanos (MDH), órgão que é responsável pela Central de Atendimento à Mulher em Situação de Violência, o Ligue 180, no ano de 2020 foram registradas 105.821 denúncias. Esses registros eram para ser em números mais elevados, visto que uma das consequências diretas do isolamento das famílias, foi que pelo fato das mulheres que sofrem violência estarem em contato direto com seus agressores, torna-se mais difícil o ato de denunciar.

Cabe ressaltar que o Brasil é considerado um dos países mais violentos do mundo para as mulheres. De acordo com estudo divulgado em novembro de 2018 pelo UNODC (Escritório das Nações Unidas para Crime e Drogas), a taxa de homicídios femininos global foi de 2,3 mortes para cada 100 mil mulheres em 2017. Já em 2018, foi divulgado pelo Monitor da Violência, uma taxa correspondente a 4 mulheres mortas para cada grupo de 100 mil mulheres, ou seja, 74% superior à média mundial.

No ano de 2018, segundo o mapa da violência entre os meses de janeiro a novembro de 2018, foram noticiados na imprensa brasileira de acordo com o quadro abaixo, 14.796 casos de violência doméstica contra mulheres nas unidades federativas do país (BRASIL, 2018). Em relação as unidades federativas, São Paulo teve mais casos com 8,5% do total, Distrito Federal, Rondônia, Alagoas, Rio de Janeiro e Goiás corresponderam a 5%, Paraná, Minas Gerais, Amazonas e Pernambuco 4%, Ceará, Tocantins, Piauí 3%, Rio Grande do Sul.

Observa-se que no Brasil no ano de 2018 foram notificados 32.816 casos de estupro,

sendo que o estado de São Paulo foi o estado com mais casos noticiados com o total de 5.285 casos e o Amapá o com menos, sendo 64 casos. O Maranhão encontrou-se na 19ª posição com 511 casos. Assim, a tabela abaixo retrata os casos de estupro notificados por cada estado da federação, de janeiro a novembro de 2018.

São Paulo	5.285	Ceará	789
Mato Grosso	3.448	Rio Grande do Sul	665
Rio de Janeiro	1.994	Pará	653
Alagoas	1.913	Santa Catarina	537
Bahia	1.673	Maranhão	511
Distrito Federal	1.617	Espírito Santo	476
Minas Gerais	1.575	Paraíba	392
Amazonas	1.533	Acre	337
Paraná	1.426	Sergipe	314
Pernambuco	1.289	Roraima	204
Rondônia	1.286	Rio Grande do Norte	84
Mato Grosso do Sul	1.155	Amapá	64
Piauí	929		
Tocantins	804		

Tabela 1

Fonte: Brasil (2018)

Os dados mostram que o maior número de abusadores sexuais compartilha laços sanguíneos ou de confiança com a família da vítima. Em relação a idade 43% tem menos de 14 anos, 18% entre 15 e 18 anos, 35% entre 18 e 59 anos e 4% mais de 60 anos.

Quanto à violência doméstica, a análise dos últimos onze anos indica que, enquanto os homicídios de mulheres nas residências cresceram 10,6% entre 2009 e 2019, os assassinatos fora das residências apresentaram redução de 20,6% no mesmo período, indicando um provável crescimento da violência doméstica. E o que dizer sobre o número de casos de violência doméstica ocorridos na pandemia, onde praticamente metade dos casos de violência aconteceu dentro de casa, e 73% dos agressores eram íntimos das vítimas, segundo dados Fórum Brasileiro de Segurança Pública.

Isso apenas demonstra que qual seja a realidade, mulheres são violentadas e ainda são um grupo bastante vulnerável, mesmo com as conquistas de direitos consolidadas na legislação brasileira. Assim, no capítulo a seguir foi realizado levantamento das principais leis que amparam as vítimas de violência, bem como seus mecanismos de efetivação dessas leis, a fim de que seja possível identificar quais desafios a serem superados no enfrentamento da violência contra mulher, seja na prevenção ou na punição de tais crimes.

3. LEGISLAÇÃO BRASILEIRA PARA OS CASOS DE VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

A legislação brasileira obteve muitos avanços no que diz respeito a defesa dos direitos das mulheres, especificamente no enfrentamento da violência contra a mulher nas suas mais variadas formas, seja nos casos de violência doméstica ou feminicídios tão ainda tão

frequentes no cotidiano.

Com fatos históricos e atuais, o nosso ordenamento jurídico visou a necessidade de compor mecanismos para repressão dessas atitudes criminosas contra o sexo feminino, com alusão também a ordenamentos jurídicos estrangeiros, o Brasil criou leis que defendem diretamente a causa das mulheres, que no marco da história foram oprimidas e exploradas, e rotuladas como sexo frágil.

Uma das conquistas mais importantes e principal legislação brasileira que tutela os direitos da mulher nos casos de violência doméstica é a Lei nº 11.340/2006, a chamada Lei Maria da Penha, que estabeleceu punições para quem pratica violência doméstica e medidas protetivas para amparar as vítimas desses agressores, com o intuito de prevenir futuras novas agressões e fornecer condições para que a mulher preserve sua integridade física, protegendo-a de todas as formas de violência. Sobre este ponto, a Lei nº 11.340/2006 estabeleceu diversas formas de violência além da violência física, que é mais perceptível que as outras:

“Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

I - A violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;

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

III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;

IV - A violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades;

“V - A violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.” (BRASIL, 2006).

Percebe-se que foi um grande avanço da legislação brasileira registrar outras formas de violência além daquelas que o senso comum entende como tal, isso reforça o compromisso de dar assistência e coibir práticas de violência que são comuns no cotidiano das mulheres e não tinham visibilidade ou não eram reconhecidas como violência, tais como a violência psicológica ou patrimonial. As alterações realizadas nesta lei, que já conta com 15 anos, revelam a preocupação em efetivar o amparo jurídico e assistencial, visto que os casos de violência aparecem em grande número e eram tratados com certa relativização por parte de autoridades policiais e judiciárias. Outra alteração recente fundamental, foi a

inclusão o art. 12-C e seus incisos e parágrafos, os quais determinam o afastamento imediato do agressor do lar da vítima.

Interessante abordar que antes da Lei Maria da Penha entrar em vigor, a taxa de homicídios envolvendo as mulheres, era de 7,6% ao ano. Após a vigência da lei, do ano de 2006 a 2013, houve uma redução significativamente dos homicídios, numa taxa de 2,6 % ao ano, e em seguida para 1,7% ao ano (FONSECA, 2018).

Além dela, foi implantada a Lei do Feminicídio (Lei 13.104/15) que foi uma referência na luta ao combate à violência contra a mulher. Os dispositivos dessa lei regulamentam os crimes contra a mulher e repreendem qualquer concepção discriminatória e qualquer tipo de crime que seja motivado por motivos de ódio em decorrência de a vítima ser do gênero feminino. Esta lei foi editada com a proposta de punir os infratores e diminuir a quantidade de crimes cometidos levando em consideração a violência de gênero, ou seja, os delitos praticados contra a mulher. Trata-se de um crime de alta gravidade, uma vez que pode ocasionar a morte da mulher vítima (BRASIL, 2015).

Os autores Melo (2016, p.131), relacionam os tipos existentes de feminicídio no contexto psicossocial, abrindo várias possibilidades de tipos de feminicídio presente na nossa sociedade:

- a) feminicídio familiar o qual é praticado por um homem com laços de parentesco; b) feminicídio infantil que seria o assassinato de meninas praticado tanto por homens quanto mulheres que tenham relação de confiança com a criança; c) feminicídio por ocupações estigmatizadas seria aquele praticado contra mulheres que trabalham na noite, em bares e casas noturnas, como bailarinas, strippers, garçonetes e prostitutas; d) feminicídio sexual sistêmico desorganizado envolve sequestro, tortura, violação e descarte do cadáver, sendo que os assassinos podem ser conhecidos ou desconhecidos e matam de uma só vez e em período determinado; e) feminicídio sexual sistêmico organizado também envolve sequestro, tortura, violação e descarte do cadáver, porém é praticado por redes organizadas, com métodos específicos, de forma sistemática.

Com essa quantidade extensiva de tipos de feminicídio, foi realmente necessária a criação de uma legislação específica e com um efeito mais punitivo para tais condutas, a fim de suprir a extensão dos crimes praticados e que são originados de diversas formas, tais como os homicídios mencionados praticados contra mulheres em uma sociedade desigual, conturbada, machista e sexual.

Em que pese a insuficiência protetiva da aplicação da contravenção penal, o Senado Federal no mês de agosto de 2018, aprovou o substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei nº 5.452-B, transformado na Lei Ordinária 13.718/2018 o qual tipificou, além do crime de Importunação Sexual, a de Divulgação de Cenas do Crime de Estupro, de Sexo ou Pornografia e do crime de Induzimento ou Instigação a Crime Contra a Dignidade Sexual (BRASIL, 2018). Como consequência do advento da referida lei, tem-se a revogação expressa do art. 61 da Lei nº 9.099/96, que definia a contravenção penal de Importunação Ofensiva ao Pudor.

O fato que deu origem a lei correu em agosto de 2017, na cidade de São Paulo/SP dentro de um ônibus. O caso gerou grande revolta social, diante do anseio por justiça, e pela insuficiência de punibilidade pela lei brasileira. No dia do acontecido, a vítima que se encontrava dentro de um ônibus, se surpreendeu com um homem que estava ejaculando em seu pescoço. Logo após a realização do ato, o agressor tentou sair do local, mas foi im-

pedido pelo motorista, cobrador e outras pessoas que estavam lá dentro, em seguida ele foi preso pela polícia e conduzido até a delegacia, bem como fora acusado pela prática de estupro. Contudo, o magistrado que analisou o caso entendeu que não houve violência, e nem conjunção carnal para a caracterização do tipo penal. Vale mencionar ainda que na ocasião, foi possível identificar que o agressor era reincidente na prática de crimes sexuais.

Vale ressaltar também a Lei do Minuto Seguinte (12.845/2013) (BRASIL, 2013), que ampara vítima de violência sexual; Lei Joana Maranhão (12.650/2012) que alterou os prazos quanto a prescrição de crimes de abusos sexuais de crianças e adolescentes, após a vítima completar 18 anos (BRASIL, 2015). Além da inclusão do art 147-A no Código Penal, prevendo o crime de perseguição, precisamente no inciso II que trata de perseguição contra a mulher, o que infelizmente acontece com frequência.

4. DESAFIOS ENFRENTADOS NA EFETIVAÇÃO DAS NORMAS JURÍDICAS QUE COÍBAM A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

Sabe-se que um dos grandes entraves para o enfrentamento da violência contra as mulheres é a falta dessas vítimas denunciarem seus agressores pelo medo e falta de confiança nas leis e judiciário, ou ainda por acreditar na mudança do agressor. Deste modo, é preciso que se efetive a proteção contra as mulheres com acertos no julgamento de casos judiciais e políticas públicas, que oferecem os mais tipos de serviços como a Operação Ronda Maria da Penha, que impede que o agressor tenha acesso a vítima.

Diante disso, surgem desafios com relação ao enfrentamento da violência contra a mulher, uma vez que os maiores casos acontecem dentro de casa, visto os dados da pandemia. Assim, a mudança tem que se dar de forma abrangente, mostrando que a violência contra a mulher é um problema de segurança pública, educação, cultura e assistência social e sociedade como um todo, promovendo campanhas de conscientização sobre as formas de violência, garantindo a essa mulher o acolhimento certo e o acesso à justiça, a humanização no atendimento as vítimas, bem como ações institucionais que promovam a independência da mulher, seja financeira ou de cunho cultural, impedindo que discursos machistas ganhem voz e sirvam de base para reforçar os casos de violência contra a mulher.

Não se pode deixar de mencionar os serviços que atendem as mulheres, como as Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher (DEAM), presentes em todos os estados, como a Casa da Mulher Brasileira, que oferece atendimento humanizado a mulheres, os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher presente em alguns estados e o Serviço de Atendimento às Mulheres Vítimas de Violência Sexual (SAMVVIS) que oferece acolhimento integral às vítimas de estupro, completamente gratuito, pelo SUS.

Desta forma, percebe-se que há um esforço por parte do poder público para coibir a violência, mas é preciso que essas denúncias cheguem até estas unidades e que se conscientize mulheres e estimule as mesmas a procurar tais serviços.

Do ponto de vista legal, há grandes avanços; o questionamento a ser respondido no decorrer é como tais legislações estão sendo aplicadas e por quais razões ainda ocorrem casos de violência, visto que há punições para tais situações.

Outro ponto que carece de atenção é o art. 10-A da Lei Maria da Penha, pois refere-se ao atendimento policial e pericial especializado, que deve ser ininterrupto e prestado preferencialmente por servidores do sexo feminino capacitados (BRASIL, 2006). Vale frisar que muitas vezes as mulheres vítimas de violência além de não serem atendidas por servidores

do mesmo sexo, há falta de capacitação na forma de recebê-las.

O autor Coelho (2019), ressalta que deve ter mais rigor nas leis que combatem a violência contra a mulher e o feminicídio. Ele salienta que esta modalidade do crime é uma das formas de agressão ou violação mais severa que a mulher pode sofrer, pois lesa a honra, o amor-próprio, a autoestima e seus direitos fundamentais, não trazendo só vestígio de uma violência física, mas sim atingindo a dignidade da mulher, como ser humana, que devia receber um tratamento igualitário e justo por sua condição de mulher.

É importante destacar a resolução da Lei 14.188, de 28 de julho de 2021 (BRASIL, 2015), que entrou em vigor recentemente, visando modificar a modalidade de lesão corporal simples por razões do gênero feminino, assim como, também enquadrar a modalidade violência psicológica contra a mulher no nosso ordenamento jurídico, como novo tipo penal vigente, atribuindo a conduta de quem causar dano emocional que prejudique e/ou perturbe o pleno desenvolvimento, que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões das mulheres, será penalizado de acordo com a Lei 14.188, de 28 de julho de 2021.

Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: Pena - detenção, de três meses a um ano. § 13. Se a lesão for praticada contra a mulher, por razões da condição do sexo feminino, nos termos do § 2º-A do art. 121 deste Código: (Incluído pela Lei nº 14.188, de 2021) 22 Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro anos) (BRASIL,2015).

No entanto, mesmo com o sucesso da Lei 13.104/15, ainda se percebe altos índices dos crimes de feminicídio no Brasil. Assim “a criminalização do feminicídio é importante socialmente e judicialmente” (MOREIRA FILHO, 2021, p.3).

Portanto, reforçar as leis já presentes é de extrema importância para que se consiga diminuir os índices dessa forma de violência contra as mulheres. Seguindo essa analogia, é preciso desmitificar e alertar sobre o pensamento de que o crime do feminicídio ocorre apenas no âmbito doméstico e familiar, pois pode ocorrer em outros locais, como no ambiente de trabalho, ou em locais públicos. Assim, as mulheres devem sempre estar alertas e buscar os meios de prevenção (PEREIRA, 2019).

Além desse alerta, Pereira (2019), ainda ressalta que por consequência dessas condutas criminosas, a mulher também pode sofrer agressões psicológicas, que podem provocar o ato de suicídio pelo fato de ser desrespeitada, por se encontrar em uma posição desigual, passar por humilhações no ambiente familiar entre outras condutas maliciosas envolvendo o psicológico da vítima, que resultaria também em um quadro de depressão devido a esses sentimentos de inferioridade, tristeza e ansiedade. Em consideração a isso, é inegável que a sociedade precisa de Leis com caráter efetivo, que não busque somente a preservação daquela determinada pessoa incapacitada ou por se encontrar em uma posição mais fraca, mas sim, procurar evitar o abuso de pessoas que se encontram em posições privilegiadas nas relações de influência cultural (ANGELIN; MARTINS, 2019).

Lira e Viana (2015) lecionam que os principais meios voltados ao enfrentamento da violência no Brasil, surgiram na década de 1980, como o Conselho Nacional de Direitos da Mulher (CNDM), a primeira Delegacia de Direitos da Mulher (DDM) e o Programa de Assistência Integral a Saúde da Mulher (PAISM). Dentre esses mecanismos, o que mais se destacou foi as delegacias especializadas da mulher, que tinha como objetivo em fornecer um tratamento especial as mulheres contra essa causa.

Helia e Viana (2019) também lecionam a importância dessas delegacias especializa-

das, e enfatizam a criação da primeira Delegacia de Defesa da Mulher, que surgiu em 1985. Surgiram também os Juizados Especiais, criados em 1995 para solucionar os conflitos de menor complexidade de maneira mais célere e simples, com a intenção de possibilitar ao cidadão o acesso ao Poder Judiciário.

Em relação as políticas públicas, Lira e Viana (2015) afirmam que o surgimento e o fortalecimento dessas instituições específicas para o combate de enfrentamento a violência em prol das mulheres surgiu a partir da criação da Secretaria Especial de Políticas Públicas para as Mulheres (SPM) no ano de 2003, que teve como objetivo o fortalecimento através da elaboração de conceitos, diretrizes, normas e da definição de ações e estratégias de gestão e monitoramento relativas à temática.

Assim, as políticas públicas são então ampliadas e passam a incluir ações integradas, com a “criação de normas e padrões de atendimento, aperfeiçoamento da legislação, incentivo à constituição de redes de serviços, apoio a projetos educativos e culturais de prevenção à violência e ampliação do acesso das mulheres à justiça e aos serviços de segurança pública” (BRASIL, 2011, p.7).

Em sequência, de acordo com Helal e Viana (2019), houve em 2004 conferências e a elaboração do Plano Nacional de Políticas para Mulheres (PNPM), que tinha como interesse tornar a temática da violência contra mulher uma categoria transversal mediante as políticas públicas abordadas pelo governo. Então em 2005, ressalta que o Governo federal juntamente com a Organização das Nações Unidas (ONU) deu início a Política Nacional de Enfrentamento à Violência contra a Mulher (PNPM), que traz em seu bojo “o conceito de enfrentamento à violência contra as mulheres baseado na necessidade de implementação de políticas amplas e articuladas, que abarquem a complexidade da violência contra as mulheres em todas as suas expressões” (BRASIL, 2018, p.8).

Durante este processo, seguindo o mesmo conceito do Plano Nacional de Políticas para Mulheres, houve o aprimoramento com o surgimento do Pacto Nacional de luta pelo Enfrentamento à Violência contra as Mulheres, que iniciou, assim então em 2007, “a estratégia de integrar a sua causa diante ao governo federal, estadual e municipal por meio de um acordo federativo que objetivava a transversalidade de gênero, a intersectorialidade e a capilaridade das ações referentes à temática” (BRASIL, 2011, p.17).

Com a criação da Lei nº 11.340/2006, é notório a importância e o avanço de métodos e recursos, que foram criados com interesse em confrontar a violência contra mulher, como a Secretaria de Políticas para as Mulheres. Os serviços e instituições incluem Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (JVDCM), Varas Adaptadas de Violência Doméstica e Familiar, Promotorias Especializadas e Núcleos de Gênero do Ministério Público e Núcleos/Defensorias Especializados de Atendimento à Mulher – e de Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher (DEAMs), os Centros de Referências de Atendimento as Mulheres (CRAMs), os Centros de Referência de Assistência Social (CRAS), Casas Abrigo, ONGs e outros serviços (HELAL; VIANA, 2019).

Apesar da criação de diversos institutos em prol da causa, ainda existem grandes problemas relacionados à insuficiência de delegacias especializadas da Mulher, seja por motivos de ausência de tais delegacias, infraestrutura e/ou inconsistências nas redes de apoio e serviços. Assim, sem recursos necessários para sanar todas as ocorrências, a denúncia do crime de violência contra a mulher não é recebido conforme deveria ser por delegacias não especializadas, resultando na insegurança das mulheres, pois além de banalizarem a denúncia, não possuem técnicas e sensibilidade diante das vítimas, o que gera o desencorajamento das vítimas em prosseguir com a denúncia contra o agressor ou agressores.

Com isso os serviços que integram a rede de atenção e os programas oriundos de

políticas públicas para mulheres, solicitam que ações e intervenções sejam implementadas a respeito dessa problemática. Uma das ferramentas públicas para o alcance desses fins que foi instituída, foi a Patrulha Maria da Penha, presentes em alguns estados do país. (HELAL; VIANA, 2019). Em relação a sua aceitação, por ser considerada uma ação pública recentemente implantada nas respectivas capitais e municípios brasileiros, Meneghel e Portella (2017, p.3084-5), explanam a respeito da intervenção da Patrulha Maria da Penha no estado do Rio Grande do Sul especificamente, afirmando que a patrulha teve ampla aceitação pela população e pelos setores policial e jurídico devido ao impacto positivo que alcançou, evitando reincidências e efetuando a prisão de agressores que descumpriam as medidas protetivas.

Porém, a mudança de governo e as restrições que seguiram, como a extinção da Secretaria de Políticas para Mulheres, tanto no âmbito do estado quanto do país, indicam que o projeto permanecesse apenas “no papel”. Isso significa que, a despeito da adoção de mecanismos e políticas para a erradicação da violência contra as mulheres, alguns estados ainda não foram capazes de cumprir adequadamente as obrigações no tocante à prevenção, investigação, julgamento e punição dos assassinatos de mulheres.

Helal e Viana (2019), relatam que o objetivo da Patrulha Maria da Penha, está principalmente na prevenção do agravamento da violência doméstica e familiar e o seu propósito consiste na redução dos índices de violação das medidas protetivas. Há ainda o acompanhamento e assistência à vítima do crime de violência, precavendo uma futura possibilidade de um crime de feminicídio.

Em um panorama geral, pode-se observar que entre os maiores desafios estão a ausência de vontade política para confrontar os crimes; os obstáculos existentes para as investigações, incluindo omissões, erros e negligências; a falta de evidências para julgamento dos acusados; a revitimização da vítima; a ausência de acesso à Justiça e de assistência aos membros da família na busca do julgamento dos perpetradores de modo a eliminar a impunidade característica da violência contra as mulheres.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A violência doméstica e familiar contra a mulher está intrinsecamente ligada a um contexto de violação dos direitos humanos, que atinge diretamente a vida, a saúde, a integridade física das mulheres, transcorrendo pelas diferentes classes sociais, gerações e etnias, não se atendo a uma determinada religião, tampouco ao estado civil ou a escolaridade.

Ela está em todos os lugares, sempre com muita força porque ainda é sustentada por boa parcela da população que se consideram maior e melhor que os seus semelhantes. Para reduzir a violência contra o gênero feminino, criaram-se vários mecanismos, mas ainda precisa se robustecer mais, sendo reforçado com novas estratégias e mais leis que sejam eficazes e punitivas. Nesse sentido tem-se a Lei Maria da Penha, a qual deu início a uma Rede de Proteção da Mulher, criando mecanismos importantes visando assegurar uma intervenção preventiva e repressiva do Estado a fim de evitar a ocorrência de delitos mais graves contra a mulher e caminha em prol de respostas mais efetivas ao agressor e à sociedade, almejando garantir a proteção integral da mulher.

Posteriormente surgiu a Lei do Feminicídio, que veio dar mais força, uma vez que a partir dessa lei passou a ser considerado crime hediondo, isto é, é inafiançável e insuscetível de graça, indulto ou anistia, fiança e liberdade provisória. Mesmo o Brasil possuindo

um arcabouço normativo voltado ao amparo da mulher brasileira, com a chegada da pandemia da Covid-19, isso não foi suficiente para assegurar os direitos, principalmente em se tratando de homicídios e feminicídios que tiraram a vida de milhares de mulheres em menos de dois anos.

Na sociedade brasileira, se está muito aquém de ter adquirido um estado perfeito (ou pelo menos de boa convivência) de eficaz proteção ao gênero feminino. O que pode ser verificado é que a cada dia a violência contra a mulher está criando raízes mais profundas provavelmente, esse cenário será alterado se houver mais políticas públicas diretamente voltadas à violência doméstica e familiar, e que tenham penas mais severas aos agressores visando melhor eficácia. As políticas públicas devem estar em sintonia com a todas as partes da sociedade, e não serem pensadas unicamente para um fenômeno social, mas sim, que envolvam a cidadania como um todo, podendo todo indivíduo, assim, estar assegurado para exercer seus direitos em sua plenitude.

Em nenhum momento teve-se a intenção de finalizar a discussão abordada, considerando que a temática é de suma importância e tem muito ainda para se investigar sobre a violência sofrida pela mulher e a busca de maior igualdade quanto ao gênero nessa sociedade sexista que infelizmente teve graves agravos no decorrer do período de 2020 e 2021 durante a pandemia da Covid-19.

Para finalizar, a realidade apresentada faz considerar que, infelizmente, mesmo com políticas públicas e leis voltadas à proteção de mulheres vítimas de violência, a maldade contra elas não terá um término, mas já é um começo (uma luz no fim do túnel) para que se reconheça a condição de ser mulher, visando o progresso da humanidade. Por isso deixa-se aqui o desejo que cada leitor deste estudo, faça uma reflexão e siga adiante lutando contra todo tipo de violência, em especial a cometida contra as mulheres, pois a agressividade é e sempre será uma grande derrota da razão humana.

Referências

AGÊNCIA BRASIL. **SP: violência contra mulher aumenta 44,9% durante pandemia.** 2020. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2020-04/sp-violencia-contra-mulher-aumentada-449-durante-pandemia>. Acesso em: 07.out. 2022.

ANGELIN, R.; MARTINS, P. A. M. Se te agarro com outro te mato: Reflexões sociojurídicas sobre o feminicídio no Brasil. *Coisas do Gênero: Revista de Estudos Feministas em Teologia e Religião*, v. 5, n. 2, p. 6–20, 2019. Disponível em: <http://periodicos.est.edu.br/index.php/genero/article/view/3872>. Acesso em: 24.out.2022.

BRASIL. **Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006.** Brasília, DF, 7 ago. 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm Acesso em: 24.out.2022.

BRASIL. Lei nº 12.845, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre o atendimento obrigatório e integral de pessoas em situação de violência sexual. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12845.htm. Acesso em: 24.out.2022.

BRASIL. **Lei Nº13.718, de 24 de setembro de 2018.** Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para tipificar os crimes de importunação sexual e de divulgação de cena de estupro [...]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13718.htm. Acesso em. 25 abr. 2022.

BRASIL. **Lei Nº 14.132 de 31 de março de 2021.** Acrescenta o art. 147-A ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para prever o crime de perseguição [...]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14132.htm. Acesso em. 25 abr. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.104, de 09 de março de 2015.** Altera o art. 121 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 -Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos. Brasília, DF, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13104.htm. Acesso em:

24.out.2022.

BRASIL. **Lei nº 14.188, de 28 de julho de 2021.** Disponível em: [HTTPS://WWW.IN.GOV.BR/EN/WEB/DOU/-/LEI-N-14.188-DE-28-DE-JULHO-DE-2021-334902612](https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-14.188-de-28-de-julho-de-2021-334902612). Acesso em: 24.out.2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Mapa da Violência Contra Mulher.** 2018. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/comissao-de-defesa-dos-direitos-da-mulher-cmulher/arquivos-de-audio-e-video/MapadaViolenciaatualizado200219.pdf>. Acesso em: 10 out. 2022.

BRITTO, Cristiane. **Denúncias registradas pelo Ligue 180 aumentam nos quatro primeiros meses de 2020.** 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2020-2/maio/denuncias-registradas-pelo-ligue-180-aumentam-nos-quatro-primeiros-meses-de-2020>. Acesso em: 07.out.2022.

COELHO, E. C. A possibilidade de reconhecimento da qualificadora do feminicídio em face da presença de outra qualificadora subjetiva no crime de homicídio. **Revista da ESMESC**, v. 26, n. 32, p. 59–84, 2019. Disponível em: <https://revista.esmesc.org.br/re/article/view/205>. Acesso em: 24.out.2022.

FORUM DE SEGURANÇA PÚBLICA. **A Vitimização de Mulheres no Brasil.** Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/02/relatorio-pesquisa-2019-v6.pdf>. Acesso em: 26 abr. 2022.

FONSECA, M. F. S. et al. O feminicídio como uma manifestação das relações de poder entre os gêneros. **JURIS - Revista da Faculdade de Direito**, v. 28, n. 1, p. 49–66, 2018. Disponível em: <https://periodicos.furg.br/juris/article/view/7680>. Acesso em: 24.out.2022.

IPEA. **Atlas da Violência 2021.** Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/arquivos/artigos/1375atlas-daviolencia2021completo.pdf>. Acesso em: 26. ago. 2022

HELAL, Ana Cecília Carvalho Sousa Moraes; VIANA, Masilene Rocha. Patrulha maria da penha no enfrentamento à violência contra a mulher. 2019.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). **Pesquisa de violência contra a mulher – feminicídios no Brasil em 2013.** 2019. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_2179.pdf. Acesso em: 07.out.2022.

JESUS, Damásio de. **Violência contra a mulher: aspectos criminais da Lei n.11.340/2006.** 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 2015.

LIRA, M. A. L; VIANA, M. R., Medidas Protetivas de Urgência e o Enfrentamento a Violência Doméstica em Teresina-Piauí. **Sodebras**, v. 10, n. 117, p. 12-17, Set. 2015.

MANSUR, Gabriela Prado. **Ministério Público no debate: violência doméstica e autonomia financeira das mulheres.** 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-out-30/mp-debate-violencia-domestica-autonomia-financeira-mulheres>. Acesso em: 11 out. 2020.

MEDEIROS, Monalisa. **A violência conta mulher na sociedade contemporânea brasileira.** 2016. Disponível em: <https://monalysamedeiros.jusbrasil.com.br/artigos/303302196/a-violencia-contra-mulher-na-sociedade-contemporanea-brasileira?ref=serp>. Acesso em: 07.out. 2022.

MELLO, Adriana Ramos de. **Feminicídio: Uma Análise sociojurídica da violência contra a mulher no Brasil.** 1.ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2016.

MENEGHEL, S. N; PORTELLA, A. P. Feminicídios: conceitos, tipos e cenários. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 22, n. 9, p. 3077–3086, 2017.

MOREIRA FILHO, Guaracy. **Código Penal comentado.** 7. Ed- São Paulo: Rideel, 2021.

PEREIRA, B. M. **A violência contra a mulher: Um estudo histórico sobre a importância da implantação da Lei do Feminicídio no Brasil.** 2019. Trabalho de Conclusão de Curso. Universidade Federal Fluminense, Departamento Interdisciplinar de Rio das Ostras Curso de Serviço Social. 2019.

SILVA, S. G. Preconceito e discriminação: as bases da violência contra a mulher. **Psicologia Ciência e Profissão**, Brasília, v. 30, n. 3, p. 56-57, 2010.





14

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E A EFICÁCIA DA LEI MARIA DA PENHA

DOMESTIC VIOLENCE AND THE EFFECTIVENESS OF THE MARIA DA PENHA LAW

Ravyla Danndara Santana Gonçalves

Resumo

O presente artigo apresenta um estudo sobre o tema voltado a violência doméstica contra a mulher com base nos parâmetros e execução da Lei Maria da Penha nesse envolvimento, sendo esse, um importante mecanismo no combate e prevenção da violência de gênero, além de um grande avanço contra essa prática e das dificuldades enfrentadas pela mulher nesse cenário, bem como, muitos direitos que no decorrer da história, que estas vem conquistando com sucesso. Mas que, infelizmente, continuam sendo alvo de muitas ações e acometimentos contra sua pessoa, e ainda, em pleno século contemporâneo, vistas com discriminações e vítimas de violência. Realidade que levou a criação da lei número 11.340/2006 conhecida como Maria da Penha, fonte constitucional surgida em prol desse público, a qual foi criada e sancionada na finalidade de combater e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, de modo a protegê-las e garantir-lhe o bem-estar e a vida, buscando uma mudança cultural, social e jurídica no combate de tal situação. Assim, o objetivo deste trabalho é realizar um estudo acerca da eficácia da Lei Maria da Penha no combate à violência doméstica e familiar contra a mulher, bem como entender alguns dos serviços existentes e o acesso à justiça e proteção das vítimas, que em lei é uma obrigação do Estado, independentemente de classe social, religião, idade e alguns outros fatores.

Palavras-chave: Violência doméstica, Lei Maria da Penha, Eficácia da Lei Maria da Penha.

Abstract

This article presents a study on the subject of domestic violence against women based on the parameters and execution of the Maria da Penha Law in this context, which is an important mechanism in the fight and prevention of gender violence, in addition to a great advance against this practice and the difficulties faced by women in this scenario, as well as many rights that throughout history, which they have been successfully conquering. But that, unfortunately, continue to be the target of many actions and attacks against their person, and still, in the middle of the contemporary century, seen with discrimination and victims of violence. Reality that led to the creation of law number 11,340/2006 known as Maria da Penha, a constitutional source that emerged in favor of this public, which was created and sanctioned in order to combat and prevent domestic and family violence against women, in order to protect them and guarantee their well-being and life, seeking a cultural, social and legal change in the fight against this situation. Thus, the objective of this work is to carry out a study on the effectiveness of the Maria da Penha Law in the fight against domestic and family violence against women, as well as to understand some of the existing services and the access to justice and protection of victims, which in law is an obligation of the State, irrespective of social class, religion, age and some other factors.

Keywords: Domestic violence, Maria da Penha Law, Effectiveness of the Maria da Penha Law.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho irá tratar acerca da eficácia da Lei Maria da Penha no combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. A escolha do tema justifica-se tanto quanto pela identificação de gênero, quanto por uma questão de interesse e curiosidade quando surge quaisquer informações sobre o assunto.

A pesquisa utilizará alguns métodos na construção, formulação de ideias e informações acerca do tema escolhido, que se baseia na pesquisa bibliográfica, que para Marconi e Lakatos (2007), sua finalidade é colocar o pesquisador em contato direto, contudo que foi escrito, dito ou filmado sobre determinado assunto.

Este trabalho estrutura-se em três capítulos, a citar: o primeiro traz a abordagem histórica e conceituais acerca da Lei nº 11.340/2006 e da violência doméstica contra a mulher, dando ênfase a aspectos relevantes que nortearão os objetos.

No segundo capítulo, abordar-se-á os princípios jurídicos e leis de amparo às mulheres, focando na lei maria da penha, que tem foco principal em mulheres que sofreram violência no âmbito familiar, assim buscou-se levantar informações jurídicas que fundamentassem o estudo.

O terceiro capítulo apresentará casos de repercussão social sobre a violência contra a mulher no contexto doméstico e de que forma a Lei Maria da Penha pode ser aplicada e eficaz.

De acordo com o cenário brasileiro da violência contra a mulher, a princípio, comenta-se que este tem sido um assunto, de modo geral, bastante discutido e com grande repercussão no Brasil, talvez, no mundo. Algo que vem atingindo não só o público feminino, mas toda uma sociedade devido à gravidade dos atos que envolve o contexto da violência acometida sobretudo contra a mulher.

Essa prática é um fenômeno histórico e social arraigado, sofrido por mulheres, em que seu papel na sociedade era visto como secundário, pois é algo que foi construído e concretizado ao longo da história e que se impregnou na sociedade como uma cultura do machismo, reflexo do patriarcalismo vivenciado séculos atrás, em que condicionava a mulher à submissão ao homem, sem a possibilidade de autonomia e controle de sua vida.

O estudo tem relevância, no que se refere a um tema bastante contemporâneo, a violência doméstica contra a mulher e eficácia da Lei Maria da Penha, pelo aumento no número de casos de feminicídio e atos de violência de toda a natureza. Sendo assim, de modo geral analisou-se que apesar da lei Maria da penha, cumprir com todas as normas postas pela legislação se faz necessário um aumento efetivo dos profissionais que atuam nesse fim, pois observa-se que é pequeno diante da demanda diária recebida nos setores que atendem casos dessa natureza.

Desse modo, verifica-se que a lei em si é sim eficaz, no entanto, os meios de executá-las não são, sendo preciso a disponibilização de mais recursos, ferramentas, e expansão dos meios que atuam nesse contexto para outras localidades.

Diante dessa inquietação e do crescente número de casos de violência contra a mulher, o projeto será desenvolvido em torno da seguinte indagação “qual a eficácia da Lei Maria da Penha frente aos casos de violência doméstica contra a mulher”, tendo como base compreender quais os fatores desencadeantes da violência contra a mulher e a eficácia da Lei criada para garantir seus direitos como pessoa.

2. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

A violência contra a mulher é um fenômeno global. Uma a cada três mulheres em idade reprodutiva sofreu violência física ou violência sexual perpetrada por um parceiro íntimo durante a vida, e mais de um terço dos homicídios de mulheres são perpetrados por um parceiro íntimo (STÖCKL, 2013).

A violência foi definida pela Organização Mundial da Saúde (OMS, 2002) como o “uso intencional da força ou poder em uma forma de ameaça ou efetivamente, contra si mesmo, outra pessoa ou grupo ou comunidade, que ocasiona ou tem grandes probabilidades de ocasionar lesão, morte, dano psíquico, alterações do desenvolvimento ou privações” (SACRAMENTO, 2006).

O termo violência doméstica contra a mulher foi adotado pela Organização das Nações Unidas (ONU) desde a Assembleia Geral realizada em 1993. Embora muitos autores utilizem termos como “violência do parceiro íntimo” e “violência familiar contra a mulher”, para adoção do termo “violência doméstica contra a mulher” levou-se em consideração os inúmeros estudos realizados, sendo este o escolhido por tratar-se de uma aceção mais comum entre os trabalhos procedentes dos Estados Unidos. A sua definição mais ampla ficou desde então estabelecida e a violência contra a mulher passou a ser definida como: qualquer ato de violência baseada no gênero que produza ou possa produzir danos ou sofrimentos físicos, sexuais ou mentais na mulher, incluídas ameaças de tais atos, a coerção ou privação arbitrária da liberdade, tanto na vida pública quanto na privada (LUCENA, 2016).

A Violência Contra a Mulher pode ser explicada como um fenômeno que se constitui a partir da naturalização da desigualdade entre os sexos. Esta se assenta nas categorias hierárquicas, historicamente construídas, como um dos mecanismos ideológicos capazes de legitimar o status quo, entre os quais se encontram as classificações sociais e nesta a classificação sexual (GUEDES, 2009).

A violência doméstica é definida por atos cometidos por familiares, companheiros ou ex-companheiros que vivam ou não no mesmo ambiente, podendo ser cometida dentro deste ou não. Ela ocorre, predominantemente, no interior do domicílio, porém, é comum que o agressor persiga sua vítima no ambiente de trabalho, não descaracterizando, com isso, a violência doméstica (SCHRAIBER; D’OLIVEIRA, 2008).

2.1 Histórico e definição de violência doméstica

A recorrência e crescimento de casos de violência contra a mulher no Brasil tem chamado a atenção da sociedade, para que esse grupo tenha mais proteção dos órgãos competentes, haja vista que a ausência de eficácia da lei, no sentido de imprimir maior punibilidade e amparo social e psicológico das mulheres que sofrem abusos e agressões.

Violência significa agressividade, hostilidade, coação, constrangimento, cerceamento, ameaça, imposição, intimidação. Assim, baseia-se intimamente em negar a existência do outro, negar suas convicções, seus direitos, bem como em subjugar-lo. Manifesta-se através da opressão, da tirania e inclusive, pelo abuso da força, ou seja, ocorre sempre quando é exercido o constrangimento sobre uma pessoa a fim de que a obrigue a fazer ou deixar de fazer um ato qualquer (GERHARD, 2014).

Desde os primórdios da humanidade, há uma forte cultura patriarcal em várias sociedades que privilegia os homens, colocando-os nos espaços de poder. Essa desigualdade de gênero estrutural, essa cultura que trata com desigualdade, que subjuga as mulheres

por seu gênero, é a principal causa da violência.

Em comento, quando fala do espaço doméstico e privado, é perceptível a gravidade dele, que justamente por acontecer dentro de casa, exatamente no âmbito familiar, o qual se tem a imagem de um lugar seguro e harmônico, torna-se bem mais triste a situação. Principalmente no que se refere ao fato de os autores dessas ações serem pessoas próximas, membros de um mesmo grupo.

A violência doméstica existiu ao longo da história humana, e só é reconhecido pelo OMS, como problema de saúde pública, desde a década de 1990 (JONG, 2008). É um problema grave que assola a sociedade, em sua totalidade, independente de classe ou grau social, educação, idade, raça e religião.

A violência constitui-se no:

“ [...] uso da força física, O poder mental ou intelectual de forçar alguém a fazer algo que não quer fazer é um obstáculo Liberdade, impedir a outra pessoa de expressar seus desejos e vontades é uma violação direitos fundamentais do homem” (TELES; MELO, 2003, p. 12).

Com o tempo, muitas mulheres foram tomando coragem para se libertar dessa situação e assim vieram as lutas com iniciativas de mudar essa história de sujeitos passivos e receptores de dominação e atitudes que lhes fizessem mal. Surgindo os movimentos feministas, dos quais houve uma conquista relevante com relação as leis, sendo esse público incluído na Constituição Federal com mais atenção e seriedade em defesa dos direitos da mulher.

Sobre essa conquista grifa-se o parágrafo 8º do artigo 226, que prescreve que “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] § 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações” (BRASIL, 2006). Segundo a lei nº 11.340/2006, existem vários tipos de violência elencados no art. 7º dessa lei, como a física, moral, psicológica, sexual e patrimonial.

2.2 Formas de violência doméstica

A Lei Maria da Penha reconhece como violência doméstica e familiar cinco formas de violência, quais sejam: a violência física, a psicológica, a sexual, a patrimonial e a moral. Estas formas podem ser cometidas conjunta ou isoladamente.

Desta maneira, considera-se violência física, mesmo que esta agressão não tenha deixado marcas aparentes, o uso da força física que ofenda a saúde ou o corpo da mulher. Caracteriza-se por ser uma espécie de contato físico, o qual provoque dor, podendo ou não resultar em lesão ou causar marcas no corpo. Têm-se como exemplos desta violência: beliscões, mordidas, puxões de cabelo, tapas, cortes, chutes, queimaduras, socos, entre outros.

Ainda, devido ao artigo 129 do Código Penal, a integridade física e a saúde corporal são objetos de proteção jurídica. Conforme Dias (2007, p. 47) “não só a lesão dolosa, também a lesão culposa constitui violência física, pois nenhuma distinção é feita pela lei sobre a intenção do agressor”.

Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras: I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;

A violência psicológica foi incorporada através da Convenção de Belém do Pará, também conhecida como Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Doméstica. Está tipificada no artigo 7º, inciso II, da Lei nº 11.340/06:

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 da agressão emocional, podendo esta ser através de ameaças, humilhações ou discriminações, bem como, do momento em que o agente sente prazer em ver a vítima sentindo-se amedrontada, aterrorizada, diminuída e inferiorizada.

No tocante à violência sexual, está também foi reconhecida pela Convenção de Belém do Pará. No entanto, houve uma certa resistência da jurisprudência e da doutrina em reconhecer que poderia haver, nos vínculos familiares, ocorrência de violência sexual. Conforme Dias (2007, p. 49), “a tendência sempre foi identificar o exercício da sexualidade como um dos deveres do casamento, a legitimar a insistência do homem, como se estivesse ele a exercer um direito”. Verifica-se no artigo 7º, III da Lei nº 11.340/06:

III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;

Portanto, violência sexual é qualquer conduta que force a vítima a manter, presenciar ou participar de uma relação sexual não desejada; que impeça a vítima de utilizar métodos contraceptivos ou que a force à gravidez, à prostituição, ao casamento, ao aborto, seja mediante chantagem, ameaças, manipulação ou até mesmo suborno; ou também, que possa limitar ou anular o exercício de seus direitos reprodutivos ou sexuais.

Sendo assim, quanto à violência patrimonial, considera-se o ato de “subtrair” objetos da mulher. Desta maneira, no caso de delito de furto, tendo em vista que o agente subtrai para si coisa alheia móvel prevalecendo-se de uma relação de afeto com a vítima, não há o que se falar em possibilidade de isenção da pena. Nesse mesmo sentido, afirma Dias (2007, p. 52, grifo do autor):

o mesmo se diga com relação à apropriação indébita e ao delito de dano. É violência patrimonial “apropriar-se” e “destruir”, os mesmo verbos utilizados pela lei penal para configurar tais crimes. Perpetrados contra a mulher, dentro de um contexto de ordem familiar, o crime não desaparece nem fica sujeito à representação.

Acerca da violência moral, dispõe o artigo 7º, V, da Lei nº 11.340/06: “a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria”.

A violência moral encontra proteção penal nos delitos contra honra: calúnia, difamação e injúria. São denominados delitos que protegem a honra, mas, cometidos em decorrência de vínculo de natureza familiar ou afetiva, configuram violência moral. Na calúnia, fato atribuído pelo ofensor à vítima é definido como crime; na injúria não há atribuição de fato determinado. A calúnia e a difamação atingem a honra objetiva; a injúria atinge a honra subjetiva. A calúnia e a difamação consumam-se quando terceiros tomam conhecimento da imputação; a injúria consuma-se quando o próprio ofendido toma conhecimento da imputação (DIAS, 2007, p. 54).

Posto isso, ocorre a violência moral quando a mulher é caluniada, injuriada ou difamada. A injúria ocorre nos casos em que o agressor ofende a honra subjetiva da mulher, como por exemplo, chamá-la de idiota, de safada, imbecil, entre outras. Já a calúnia se configura sempre que o agressor afirma falsamente que a vítima praticou um crime que não cometeu, como dizer que a vítima faz programas ou que furtou o seu carro.

3. LEI MARIA DA PENHA

A violência entre os gêneros é um fenômeno produzido historicamente e ocorre quando existem relações de poder assimétricas, constituindo hierarquias, visíveis ou não. Porém, incluir as hierarquias de gênero no entendimento da gênese das violências encontra imensas resistências nas práticas e nos saberes que compõem o campo da aplicação e efetividade das leis (DEBERTT; GREGORI, 2008).

Nessa perspectiva, a violência de gênero é passada de geração para geração, configurando modelos patriarcais de família, onde o homem detém o poder sobre a mulher, dominando a e oprimindo a. Dessa forma, vem permanecendo e se perpetuando nas relações, pois conforme destaca Rocha (2010, p. 5): “Nessa sociedade o que não vem descartável é a violência. Porque a marca dela não se retira com a facilidade com que ela entra”.

A elaboração de uma lei específica para a violência de gênero foi resultado do trabalho e da mobilização dos movimentos de mulheres nos grandes movimentos feministas, influenciado pela criação da Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres da Presidência da República (MENEGBEL et al., 2013).

A Lei 11.340/20062, denominada de Lei Maria da Penha fundamenta-se em normas e diretivas consagradas na Constituição Federal, na Convenção da ONU sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher e na Convenção Interamericana para Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (MENEGBEL et al., 2013).

A Lei afirma que toda mulher, independentemente, de classe, raça, etnia ou orientação sexual goza dos direitos fundamentais e pretende assegurar a todas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar a saúde física e mental e o aperfeiçoamento moral, intelectual e social, assim como as condições para o exercício efetivo dos direitos à vida, à segurança e à saúde (BRASIL, 1998).

Um dos objetivos do movimento de mulheres foi caracterizar a violência de gênero como violação dos direitos humanos e elaborar uma lei que garantisse proteção e procedimentos humanizados para as vítimas.

Desta forma, a Lei visa transformar a relação entre vítimas e agressores, assim como o processamento desses crimes, o atendimento policial e a assistência do ministério público nos processos judiciais (QUEIROZ, 2008).

A Lei enfrenta a violência enraizada em uma cultura sexista secular que mantém a desigualdade de poder presente nas relações entre os gêneros, cuja origem não está na vida familiar, mas faz parte das estruturas sociais mais amplas (BANDEIRA, 2009).

Os casos de violência contra a mulher no Brasil têm crescido significativamente e de forma alarmante, chamando a atenção dos poderes públicos para a aplicação mais enérgica das leis. Considerando essa discrepância, vale apontar que a Lei 11.340 de 2006 é a representatividade da figura Maria da Penha, vítima de violência doméstica de longa duração que, com muita bravura, audácia e coragem, denunciou a violência que sofria de seu agressor. A partir dessa ação e da exposição midiática de incentivo à denúncia de agressão doméstica, outras mulheres encorajaram-se e passaram a denunciar (LEITE; GUASSÚ, 2014).

Maria da Penha é uma resistente da dor, oriunda da agressão física e psicológica sofrida durante seu casamento. Destaca-se, em 1983, duas tentativas de assassinato, vários danos corporais, o que a deixou com sequelas permanentes no corpo, como a paralisia, provocada por tamanha violência. Vale lembrar que nesse período não existia uma lei específica para tratar casos dessa natureza contra a mulher, em razão disso, o esperou 15 anos pela sentença e não se conformou, recorrendo à Corte Interamericana de Direitos Humanos, que solicitou o relatório do Brasil do caso e diante da inércia do Brasil, a Corte tornou público o conteúdo de seu protesto. (LEITE; GUASSÚ, 2014).

Dessa forma, surgiu a proposta de uma Lei específica para combater e prevenir a violência doméstica e familiar contra as mulheres elaborada por um grupo interministerial, a partir de um projeto de organizações não governamentais. Assim, o Governo Federal enviou referida proposta ao Congresso Nacional onde foi transformado em projeto de Lei, e posteriormente transformou-se na Lei 11.340/06, conhecida popularmente como Lei Maria da Penha, a qual foi sancionada em 07 de agosto de 2006 pelo presidente Luís Inácio Lula da Silva.

Em detrimento disso, no ano de 2006, as defensoras da mulher e de seus direitos viabilizaram a aprovação da lei 11.340 de 2006, no dia 8 de maio - dia internacional da mulher – promulgada pelo presidente do Brasil, Luís Inácio Lula da Silva. No entanto somente no dia posterior que a lei chamada Maria da Penha foi sancionada e solicitada pelas organizações de defesa dos direitos das mulheres (SOUZA, 2009). Sob esse rito, observa-se que a violência doméstica historicamente e culturalmente é muito presente na sociedade. Porém crimes dessa natureza agora estão previstos por uma lei específica, a lei nº 11.340/2006.

4. EFICÁCIA DA LEI MARIA DA PENHA

Apesar da demora estatal em promulgar uma lei de proteção às mulheres, a lei Maria da Penha trouxe inúmeros avanços. Em primeiro lugar, pode-se dizer que houve, após a publicação da lei, uma maior conscientização da população de que a violência doméstica necessitava da ajuda de toda a sociedade para ser combatida e não poderia mais ser encarada apenas como um assunto de casal, como acontecia antes. O autor Côrrea, (2010) explica que:

A Lei Maria da Penha marca o início de um novo tempo, pois essa norma jurídica transformou os casos envolvendo mulheres vítimas de violência, uma vez



que antes eram tratados pelo direito penal como irrelevantes, pois se enquadravam em crimes de menor potencial ofensivo. Para a mesma autora, esse marco caracteriza uma mudança de um tempo em que as mulheres eram oprimidas por toda a ordem de violência para, a partir dessa lei, recuperar sua dignidade, por meio da conquista do respeito e consideração pelos operadores jurídicos.

A lei Maria da Penha é considerada pela organização das nações unidas (ONU), a terceira melhor Lei do mundo de enfrentamento à violência contra a mulher. Como descreve Nascimento (2013, p. 1):

Reconhecida pela ONU como uma das três melhores legislações de proteção às mulheres do mundo, segundo relatório bianual do UNIFEM (fundo de desenvolvimento das Nações Unidas para a mulher) publicado no ano de 2009, a Lei Maria da Penha, segundo sua ementa, “cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher”, sob a forma de políticas públicas e atuação específica do judiciário, com a intenção de proteger e assistir as suas vítimas.

Em segundo lugar, é importante destacar que a Lei 11.340 (Lei Maria da Penha) traz em seu contexto cinco tipos de violência doméstica praticadas contra as mulheres, quais sejam - violência física, psicológica, sexual, patrimonial e moral. Essas violências receberão a proteção da lei Maria da penha quando se tratar de violência doméstica ou familiar, entendida como:

Art. 5º- Para os efeitos desta lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação e omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial: I- no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas; II- no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa; III- em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação. Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual (BRASIL, 2006).

Anteriormente à criação da Lei 11.340/06, os crimes que culminavam na prática dessas violências trazidas no contexto desse diploma legal eram considerados crimes de menor potencial ofensivo, nos quais se aplica a Lei 9.099/95, Lei do Juizado Especial Criminal (criada para crimes de menor potencial ofensivo), que possui diversas medidas despenalizadoras, como a transação penal e a suspensão condicional do processo, conhecida como *sursis processual*.

A lei 11.340/06 trouxe ainda motivação para que as mulheres denunciasses os companheiros agressores, pois muitas não o faziam por dependência psicológica, econômica e, na maioria das vezes emocional. Em razão de tais condutas serem consideradas crimes de menor potencial ofensivo, as mulheres procuravam menos as delegacias, pois tinham certeza da impunidade dos agressores que, quando eram punidos, se sujeitavam ao pagamento de cestas básicas ou prestações de serviços a comunidade.

A supramencionada lei trouxe um grande avanço no combate aos crimes contra as mulheres, além de trazer medidas protetivas para que o agressor não se aproxime da mu-

lher e dos filhos, trouxe a possibilidade da decretação da prisão preventiva do agressor, conforme o disposto no art. 20 da lei. Essa medida foi possível de ser adotada porque o art. 42 da Lei Maria da Penha modificou o Código de Processo Penal.

Outro grande avanço, foi publicada no Diário Oficial da União, em 4 de abril de 2018, a Lei 13.641/2018, que incluiu uma seção (IV) ao Capítulo II do Título IV da Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006), nesta nova seção foi criado o artigo 24-A que tipifica o descumprimento de Medidas Protetivas de Urgência, cuja pena é de detenção de 3 meses a 2 anos. Como se verifica abaixo:

Art. 24-A. Descumprir decisão judicial que defere medidas protetivas de urgência previstas em lei: Pena – detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos. § 1º A configuração do crime independe da competência civil ou criminal do juiz que deferiu as medidas. § 2º Na hipótese de prisão em flagrante, apenas a autoridade policial poderá conceder a fiança; § 3º O disposto neste artigo não exclui a aplicação de outras sanções cabíveis (BRASIL, 2006).

Como instância judicial própria para a aplicação da Lei 11.340/2006, sua especialização é definida por pelo menos dois elementos. Primeiro, pela dupla competência que é dada ao magistrado no julgamento de causas cíveis (de família) e criminais. Com esta medida, o legislador procurou reduzir os obstáculos que as mulheres enfrentam no acesso à justiça, unificando no mesmo espaço físico (juizado) e temporal (a audiência) o acesso às medidas de proteção, de assistência e a garantia de seus direitos e de seus filhos (IZUMINO, 2003).

Um dos pontos a serem considerados no contexto da eficácia da Lei Maria da Penha é a redução das violações dos direitos das mulheres e combate à violência doméstica com a promulgação de políticas públicas voltadas para essa questão. Segundo Bucci (2002), política pública é entendida como um conjunto de ações coletivas, assegurando direitos sociais, tanto os exigidos pela sociedade quanto os prescritos por lei. Por intermédio deles, os recursos e bens públicos são distribuídos e redistribuídos. Os direitos coletivos sustentam as políticas públicas, pois é de responsabilidade do Estado exercer a função de punir juntamente com a colaboração e efetivação dos três poderes.

Assim, bens e serviços públicos, por meio de programas desenvolvidos por políticas públicas são compartilhados com a sociedade, de acordo com suas necessidades, tendo o Estado como administrador, apresentando um bom planejamento, para que as ações sejam mais concretas e eficientes, especialmente nas questões relacionadas à situação da mulher.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A violência doméstica é considerada um sinônimo de agressividade em todas as suas formas ocorridos no âmbito domiciliar ou familiar. Neste sentido, é constatado que a violência doméstica não está presente somente no Brasil, mas também presente em lares de diversos países estrangeiros.

A história feminina na sociedade é marcada pelo seu processo de estigmatização, pois existe uma grande desigualdade de gêneros, sendo enfatizado que a mulher é considerada inferior ao homem, tal fato é resultado da cultura patriarcal inserida na cultura brasileira. A Violência acabou sendo aceita historicamente pela sociedade, na qual a mulher mantinha uma relação de submissão com para o homem e passou despercebida durante um longo tempo.



Com tal cultura prevalecendo na família e sociedade brasileira as legislações vigentes na época que tinham como objetivo a proteção da mulher vítima de violência doméstica, tiveram uma pequena evolução. Considerando que as legislações não protegiam a mulher contra a violência, os órgãos internacionais impuseram grande pressão ao Brasil para que fosse adotada medidas necessárias para simplificar os procedimentos judiciais, bem como alcançar o objetivo esperado em um tempo processual reduzido.

Influenciado pela grande pressão internacional, em especial da Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos. O Brasil cumpriu os compromissos legislativos assumidos nas convenções internacionais, então no dia e então, no dia 07 de agosto de 2006, foi sancionada pelo Presidente da República a Lei nº 11.340/06, mais conhecida como Lei Maria da Penha. A presente lei recebeu a nomenclatura em virtude da biofarmacêutica Maria da Penha Maia Fernandes, tendo em vista que o seu marido Marco Antônio tentou matá-la duas vezes. A Lei Maria da Penha trouxe diversas inovações, dentre elas a inaplicabilidade da Lei nº 9.099/95, ao excluir a Lei nº 11.340/06 do âmbito dos Juizados Especiais Criminais, pois a violência doméstica cometida por homens a mulheres não era constituída crime de menor potencial ofensivo.

Sendo assim, todo o avanço legislativo e maior ações dos estados, como a patrulha maria da penha, que é uma brigada que presta todo o auxílio e amparo as vítimas de violência doméstica, visando à garantia dos direitos das mulheres vítimas de violência, além das delegacias de proteção da mulher. Todos os mecanismos adotados são adequados para assegurar a proteção da mulher, bem como que seja garantida a igualdade de gêneros, tendo em vista que os mecanismos adotados atualmente pela Rede de Atendimento da Segurança Pública estão mostrando resultados realmente efetivos e eficazes.

Referências

- BANDEIRA L. **Três décadas de resistência feminista contra o sexismo e a violência feminina no Brasil: 1976 a 2006.** Rev Sociedade e Estado 2009; 24(2):401- 438.
- BRASIL. **Constituição de 05 de outubro de 1988.** Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: . Acesso em: 28 out. 2022.
- _____. **Lei n. 11.340 de 07 de agosto de 2006. Lei Maria da Penha.** Disponível em: . Acesso em: 28 out. 2022.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. **Políticas públicas e direito administrativo.** São Paulo: Saraiva, 2002.
- CAMARGO, Climene Laura de.; BURALLI, Keiko Ogura. **Violência familiar contra crianças e adolescentes.** Salvador: Ultragraph, 1998.
- CAMPOS, A. H. **Violência institucional de gênero e a novel ordem normativa: inovações processuais na Lei Maria da Penha.** In: LIMA, Fausto R.; SANTOS, Claudiene (Coords.). *Violência doméstica: vulnerabilidades e desafios na intervenção criminal e multidisciplinar.* 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- CORRÊA, L. R. **A necessidade da intervenção estatal nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher.** In: LIMA, Fausto R.; SANTOS, Claudiene (Coords.). *Violência doméstica: vulnerabilidades e desafios na intervenção criminal e multidisciplinar.* 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- DEBERT, G.G, GREGORI, M.F. **Violência e Gênero - Novas propostas, velhos dilemas.** Rev Bras Ciências Sociais 2008; 23(66):165-185.
- DIAS, Maria Berenice. **A lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- GERHARD, Nadia. **Patrulha Maria da Penha.** 1. ed. Porto Alegre: Age Editora, 2014.
- Guedes RN, Silva ATMC, Fonseca RMGS. **A violência de gênero e processo saúde-doença das mulheres.** Rev Enferm Esc Anna Nery. 2009;13(3):625-31.
- IZUMINO, Wânia Pasinato. **Justiça para Todos: Juizados Especiais Criminais e a Violência de Gênero.** Tese

de doutorado, Universidade de São Paulo, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, São Paulo. FFLCH/USP, tese de doutorado. 2003. Versão eletrônica disponível em: www.nevusp.org.br/publicacoes.

JESUS, Damásio de. *Violência Contra à Mulher*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LEITE, Karina Balduino; GUASSÚ, Rivadavio Anadão de Oliveira. **Lei Maria da Penha: uma evolução histórica. 2014.** Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI198444,81042Lei+Maria+da+Penha+uma+evolucao+historica>. Acesso em: 20 mai 2022.

Lucena, Kerle Dayana Tavares de, Deininger, Layza de Souza Chaves, Coelho, Hemílio Fernandes Campos, Monteiro, Alisson Cleiton Cunha, Vianna, Rodrigo Pinheiro de Toledo, & Nascimento, João Agnaldo do. (2016). **Análise do ciclo da violência doméstica contra a mulher.** *Journal of Human Growth and Development*, 26(2), 139-146.

MENEGHEL, S. N. et al. **Repercussões da Lei Maria da Penha no enfrentamento da violência de gênero.** *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 18, n. 3, p. 691-700, mar. 2013.

MINAYO, Maria Cecília de Souza (org). **Pesquisa Social: teoria, método e criatividade**. 26. Ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2007.

OLIVEIRA, A.L; ONUMA, F. **O “Paradoxo da Pandemia” no registro de casos de Violência Doméstica contra Mulheres nas quatro cidades mais populosas do Sul de Minas Gerais.** Disponível em: <https://www.unifal-mg.edu.br/portal/2020/06/05/o-paradoxo-da-pandemia-no-registro-de-casos-de-violencia-domestica-contramulheres-nas-quatro-cidades-mais-populosas-do-sul-de-minas-gerais/>. Acesso em: 15/11/2022.

PARODI, Ana Cecília; Gama, Ricardo Rodrigues. **Lei Maria da Penha – Comentários à Lei nº 11.340/2006 – 1ª ed.** Campinas: Russell Editores, 2009.

QUEIROZ FM. **Lei Maria da Penha: Conquista legal, desafios à sua implementação.** Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina; 2008. (Fazendo Gênero, n. 8).

ROCHA, C. L. A. **O direito a uma vida sem violência.** In: LIMA, Fausto R.; SANTOS, Claudiene (Coords.). *Violência doméstica: vulnerabilidades e desafios na intervenção criminal e multidisciplinar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SACRAMENTO, Lívia de Tartari e; REZENDE, Manuel Morgado. **Violências: lembrando alguns conceitos.** *Aletheia*, Canoas, n. 24, p. 95-104, dez. 2006. Disponível em <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-03942006000300009&lng=pt&nrm=iso>. acessos em 03 dez. 2022.

Schraiber LB, D’Oliveira AFPL. **Romper com a violência contra a mulher: como lidar desde a perspectiva do campo da saúde.** *Athenea Digital*. 2008;(14):229-36.

SILVEIRA, R.S, Nardi HC, BARBEDO, C.G. *Violências contra as mulheres e a Lei Maria da Penha: problematizações sobre as articulações entre gênero e raça.* Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina; 2010. (Fazendo gênero, n. 9).

SOUZA, Sérgio Ricardo de. **Comentários à Lei de Combate à violência contra a mulher.** Curitiba: Juruá, 2007.

Stöckl H, Devries K, Rotstein A, Abrahams N, Campbell J, Watts C, et al. **The global prevalence of intimate partner homicide: a systematic review.** *Lancet* 2013; 382(9895): 859-65.

TELES, Maria Amélia de Almeida, MELO, Mônica de. **O que é violência contra a mulher.** São Paulo: Brasiliense, 2003. p. 33. ZANATTA, M. C.; SCHNEIDER, V. M. *Violência contra as mulheres: a submissão do gênero, do corpo e da alma.* In: BAGGENSTOSS, Grazielly Alessandra (org.). *Direito das Mulheres.* Florianópolis: Lumen Juris Direito, 2017. p. 73-97.



15

ABANDONO AFETIVO
AFFECTIVE ABANDONMENT

Myrlla Costa Soares

Resumo

O presente artigo tem como objetivo demonstrar a importância da responsabilidade civil consequente do abandono afetivo em relação a monetização do afeto parteno - filiais. Para demonstrar a importância do afeto pelo ordenamento jurídico, como mostrar também as consequências psicológicas causadas pelo abandono. Pretende -se, abordar a importância do afeto nas relações parentais, representando o dever e a obrigação de amar alguém. Compreende – se que o abandono afetivo consiste no dever de cuidado, em conclusão será analisado as teses necessárias para a responsabilização dos pais em virtude do abandono afetivo do filho

Palavras-chave: Família. Abandono Afetivo. Responsabilidade Civil. Poder. Obrigação.

Abstract

This article aims to show the importance of civil liability resulting from affective abandonment in relation to the monetization of parteno - subsidiaries. To show the importance of affection for the legal system, how to also show the psychological consequences caused by abandonment. It is intended to address the importance of affection in parental relationships, representing the duty and obligation to love someone. It is understood – that affective abandonment consists of the duty of care, in conclusion will be analyzed the theses necessary for the responsibility of parents due to the affective abandonment of the child.

Keywords: Family. Affective Abandonment. Liability. Power. Obligation.

1. INTRODUÇÃO

O abandono afetivo tem por conceito o abandono aos filhos por parte do pai, é o ato de deixar de dar cuidado e afeto e assistência social, moral e psíquica, o abandono afetivo causa clara violação aos direitos da personalidade dos filhos que dependem não só do aspecto material, mas, principalmente, do aspecto afetivo em relação aos pais. Atualmente mais de 320 mil crianças foram registradas sem o nome do pai entre 2020 e 2021. Ao todo, foram 160.407 bebês registrados somente com o nome da mãe na certidão.

Sobre essa pesquisa, o intuito é mostrar os amparos jurídicos para a responsabilidade civil do abandono afetivo pelo pai, é de suma importância para a sociedade saber sobre quais amparos e reparação por danos. É uma oportunidade de conhecimento e conhecer os danos e os traumas que o abandono afetivo causa, na tentativa de mensurar a dor sofrida pelo indivíduo e os prejuízos que de fato vem causando as pessoas desde muitos anos, mas que somente com a evolução jurídica, está sendo discutida somente agora nos dias atuais.

Vamos sodar os amparos jurídicos para responsabilização do pai por abandono afetivo, os benefícios que esse estudo pode nos proporcionar, são os conhecimentos sobre os direitos dos filhos, pois a convivência dos filhos com o pai não é uma obrigação e sim um dever. Já que a ideologia jurídica também dar proteção aos direitos dos filhos neste tipo de relação, buscando responsabilizar aquele que falharam na criação e no dever de cuidar dos filhos.

Essa pesquisa teve como objetivo de analisar a importância dos amparos jurídicos para a responsabilização do pai por abandono afetivo, e mais importante analisar as consequências jurídicas e psicológicas que o abandono afetivo pode ter causado.

O estudo foi utilizado o modelo biográfico, analisando, interpretando e descrevendo os dados coletados, buscando expor o problema a partir de referências, classificando a pesquisa como descritiva uma vez que se buscam maiores informações acerca da.

2. CONCEITO FAMILIAR

Antes de adentrarmos sobre as consequências do abandono afetivo, é fundamental a conceituação de alguns seguimentos, assim sendo começaremos pelo conceito e o poder familiar.

A família é formada por indivíduos, unidos por laço de sangue e de afinidade. Com um passar do tempo a família sofreu profundas mudanças, e diante disso a sociedade familiar sentiu necessidade de criar leis para se organizar e com isso, surgiu o Direito de Família, regulando as relações familiares e tentando solucionar os conflitos dela, através do Direito, vem regulando e legislando, sempre com intuito de ajudar a manter a família para que o indivíduo possa inclusive existir como cidadão.

Houve uma evolução marcante no direito de família, uma época que no direito romano a família tinha sua organização absolutamente fundada na autoridade do pater famílias, onde era exercido o poder sobre o direito à vida e morte dos filhos, ainda, a mulher era totalmente submissa à autoridade marital. Os valores e os princípios estão inconstante transformação, bem como a própria sociedade.

A Revolução Industrial, permitiu que as normas sofressem um processo de desconstrução. A nova condição a caracterizada pelo capitalismo e pela necessidade comercial e mer-

cantis, possibilitou a reformulação do conceito familiar, que passou a considerar mulheres decididas a abandonar as tarefas domésticas e ocupar espaço no mercado de trabalho.

A evolução pela qual passou a família acabou atuando sucessivas alterações legislativas. A mais relevante foi o Estatuto da Mulher Casada, que devolveu a capacidade à mulher casada e deferiu-lhe bens reservados a garantir a propriedade exclusiva dos bens adquiridos com o fruto de seu trabalho.

Essa causa aos poucos rompeu a figura da mulher submissa, que começou a conquistar sua própria Independência, anulando a ideia de desprovemento, e de casamento no interesse patrimonial. Esta circunstância permitiu a dominância das relações afetivas do amor.

O Brasil sofreu fortes atuação do Código Napoleônico, que muito se apoiou no Direito Romano. A família era considerada uma pessoa jurídica, instituída na autoridade de um chefe, sendo possuidor de direitos extrapatrimoniais, representando o pátrio poder. Hoje com a chegada do Código Civil, denomina-se poder familiar, na atualidade, foram surgindo novas formações familiares como divórcio, uniões estáveis e homoafetivas, multiparentalidade e as monoparentais, redefinindo os costumes dentro do grupo familiar, visando a realização pessoal de cada indivíduo.

2.1 Poder Familiar

O poder familiar é uma união de direitos e deveres que são atribuídos aos pais, em conformidade de posições, ao sustento, guarda, educação em relação à pessoa dos filhos menores de 18 anos, bem como dos seus bens. É regulamentado no Código Civil brasileiro nos artigos 1.630 e pode ser descrito como o dever de ambos dos pais. Não basta aos genitores somente dar a vida e alimentá-los, é de suma importância que eles sejam responsáveis pela proteção, afeto, educação e cuidado dos seus filhos menores até que eles completem a maior idade.

Conforme Maria Berenice Dias:

O conceito atual de família, centrado no afeto como elemento agregador, exige dos pais o dever de criar e educar os filhos sem lhe omitir carinho para formação plena de sua personalidade, com atribuição do exercício do poder familiar[...]. Assim a convivência dos filhos com os pais não é direito do pai, mas direito do filho. Com isto, quem detém a guarda tem o dever de conviver com ele. Não é direito de visitá-lo, é obrigação de visitá-lo. O distanciamento entre pais e filhos produz sequelas de ordem emocional e reflexos no seu sadio desenvolvimento. O sentimento de dor e de abandono pode deixar reflexão permanente em sua vida (DIAS, 2015, p. 98.).

O poder familiar detém como características: Irrenunciabilidade; que significa que jamais os pais poderão renunciar. Porém, há casos em que essa irrenunciabilidade não é absoluta, podendo ser o poder familiar renunciado, estão elencadas tais hipóteses do artigo 166 do ECA, que trata a possibilidade de a criança ser colocado em uma família substituta, essa substituição acontece a transferência da criança para família substituta, partir do momento em que a criança ou adolescente se encontra em uma situação humilhante ou de vulnerabilidade, na qual se torna impossível que continue sobre o domínio dos pais.

Para efetivar a colocação do menor em uma família substituta, devem-se ser esgotadas todas as medidas expostas, sendo estas relacionadas a reeducação dos pais e na ten-



tativa de solução para que a criança não perca a família de origem. Diferente característica do poder familiar é a imprescritibilidade, caracterizando que os genitores não perderão a responsabilidade sob os filhos por deixar de cuidar e

cumprir com seu papel. Sobre a correção dos direitos dos pais com seus filhos, não deveram estes ser feitos de maneira excessiva, como castigando com violência e agressões físicas, fato que coloque o menor em situação de risco. Necessita que os genitores corrijam seus filhos, porém que seja uma correção moderada.

A extinção o do poder familiar se dão pelas normas elencadas no artigo 1.635 do Código Civil:

Art. 1.635. Extingue-se o poder familiar: I - Pela morte dos pais ou do filho; II - Pela emancipação, nos termos do art. 5º, parágrafo único; III - pela maioridade; IV - Pela adoção; V - Por decisão judicial, na forma do artigo 1.638.

A primeira eventualidade como exposto no inciso I, é sobre o falecimento de um dos genitores, que passa automaticamente ao genitor sobrevivente. Já no inciso II, a extinção ocorrerá pela emancipação, ou, quando o filho menor adquirir a capacidade civil antes da idade legal. O inciso III, acontecerá quando o menor completar dezoito anos e adquirir de forma natural a maioridade civil e penal. No inciso IV, a adoção citada ocorrera à transferência do pátrio poder, para o adotante de forma irrevogável e definitiva, não falando nesse caso de extinção.

Já a suspensão é apenas suspensa o poder familiar, é uma punição aplicada aos pais, por não cumpri com as normas que protege a criança aos deveres paternos, porém quando suspenso às causas que ocorreram o motivo dessa suspensão, acontecerá que o Magistrado poderá autorizar que o menor volte ao seu lar e assim será passado o poder familiar.

Quando o genitor agir com abuso de autoridade ou cometeu algum ato infrator por sentença por tempo superior a dois anos, em conformidade com o artigo 1.637 do Código Civil:

Art. 1.637. Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar à medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha.

Associado ao alinhamento na nossa legislação, existe um instituto que caracteriza o mau uso que ocorre com uma frequência definida nos núcleos familiares, requerendo o destaque do atual artigo: Sobre o abandono afetivo.

3. A CARACTERIZAÇÃO DO ABANDONO AFETIVO

3.1 Conceito

O abando afetivo, tem por conceito o abandono aos filhos por parte do pai, é o ato de deixar de dar cuidado e afeto e assistência social, moral e psíquica, o abandono afetivo causa clara violação aos direitos da personalidade dos filhos que dependem não só do aspecto material, mas, principalmente, do aspecto afetivo em relação aos pais. O abandono afetivo acontece em vários cenários, acontece em relação casual, na qual não tinha uma relação

afetiva, quando o casal se separa e o pai pensa que se separa dos filhos também e acaba construindo uma nova família, e quando o filho nasce com problemas de saúde.

Então para que a criança cresça e desenvolva de forma adequada é necessário que haja o vínculo afetivo dentro do seu ambiente familiar, a convivência familiar de forma digna é um direito de toda a criança e do adolescente. A função dos pais no desenvolvimento dos filhos é determinante, tendo os pais o papel de socializar e educar os filhos a partir de uma relação construída com respeito, afeto e solidariedade.

Atualmente mais de 320 mil crianças foram registradas sem o nome do pai entre 2020 e 2021. Ao todo, foram 160.407 bebês registrados somente com o nome da mãe na certidão (PORTAL G1, 23/03/2022).

A doutrinadora Maria Berenice Dias expõe em seu livro “Manual do Direito das Famílias” a importância da relação de afeto entre criança e pais:

O conceito atual de família é centrado no afeto como elemento agregador, e exige dos pais o dever de criar e educar os filhos sem lhes omitir o carinho necessário para a formação plena de sua personalidade. A grande evolução das ciências que estudam o psiquismo humano acabou por escancarar a decisiva influência do contexto familiar para o desenvolvimento sadio de pessoas em formação. Não se pode mais ignorar essa realidade, tanto que se passou a falar em paternidade responsável. Assim, a convivência dos filhos com os pais não é um direito, é um dever. Não há direito de visitá-los, há obrigação de conviver com ele. O distanciamento entre pais e filhos produz sequelas de ordem emocional e pode comprometer o seu sadiodesenvolvimento. O sentimento de dor e de abandono pode deixar reflexos permanentes em sua vida.” (DIAS, pág. 47, 2015) – Grifamos.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1º, preceitua a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito, *in verbis*:

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

[...]

III - a dignidade da pessoa humana (BRASIL, 1988).

3.2 Efeitos decorrentes do abandono afetivo

A omissão de convívio entre pais e filhos, em caso de separação pode provocar sequelas psicológicas e comprometer a evolução saudável da criança. A falta do genitor em realizar as obrigações em decorrente ao poder familiar ausentando-se de amparar ao dever do filho em sua presença, causa danos emocionais que merece reparos psicológicos. Enquanto lhe faltar referência do genitor o filho será prejudicado, decerto para o resto de sua vida. Desta forma a ausência do pai abala os filhos tornando-se inseguros, infeliz, debilitados e sem rumo de vida.

Foi comprovado que a falta de convívio é capaz de causar danos e comprometer a evolução saudável do filho, a falta do pai gera danos afetivos e que precisão de ajudar para

reparar esses danos.

As crianças desenvolvem conforme as inspirações ambientais que convivem, as habilidades emocionais ou morais e intelectual aparecem dentro do relacionamento familiar, é daí que surgem as relações sociais. Assim as crianças que crescem na companhia de seus pais têm o melhor Desenvolvimento, e tende a apresentar menores sinais de depressão e ansiedade. A ausência de cuidados com o filho, como abandono moral, social afeta a integridade psicofísica da criança, a lei obriga os pais a se responsabilizar por esses danos causados, esses danos causados conhecemos pelo nome de dano moral, quem causa danos é obrigado a indenizar. A indenização é uma forma de indenizar aquela pessoa que sofreu o dano através de quantia, a indenização vai ser um valor que seja suficiente para reparar as despesas necessárias que o filho teve, para que o reparo amenize as sequelas psicológicas.

Há possibilidade também, que a obrigação não se limita apenas aquele que abandonou a efetividade, também sendo responsabilizados aqueles genitores que complicam a convivência dos filhos com o outro genitor.

3.3 Princípio da afetividade

Com o objetivo de falar sobre o tema referente ao princípio da afetividade é necessário, destacar o Código Civil em seu artigo 1.638, inciso II, que considera, mesmo que por modo reflexa, o princípio da afetividade, quando dispõe:

“Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que deixar o filho em abandono” (BRASIL,1988).

O princípio da afetividade embora não esteja na Constituição Federal, acontece o acompanhamento de um vínculo familiar fundamentado na afetividade, constitui uma entidade familiar, que é merecedora de abrigo constituído pelo Direito de família, realizando – se um instituto, que é previsto no código 226 da Constituição Federal, que aprova a regra da inclusão de entidades que preenchem as condições fundamentais que existam a afetividade, a estabilidade e a ostensividade. Então existindo uma entidade familiar, que merece proteção e tutela de Estado, havendo regras fundamentais o vínculo de afetivo, conforme entende Rodrigo da Cunha Pereira afeto não se pode dizer que há família.

A doutrina contemporânea, afirmar que o afeto tem valor jurídico ou, mais do que isso, caminhou à condição de verdadeiro princípio geral, de acordo com Groeninga:

O papel dado à subjetividade e à afetividade tem sido crescente no Direito de Família, que não mais pode excluir de suas considerações a qualidade dos vínculos existentes entre os membros de uma família, de forma que possa buscar a necessária objetividade na subjetividade inerente às relações. Cada vez mais se dá importância ao afeto nas considerações das relações familiares; aliás, um outro princípio do Direito de Família é o da afetividade (GROENINGA, 2008).

Acerca desse tema, conforme Lobô:

a afetividade é dever imposto aos pais em relação aos filhos e destes em relação àqueles, ainda que haja desamor ou desafeição entre eles (LOBÔ, 2009).

Perante esse quadro essencial, podemos concluir que o afeto é um integrante fun-

damental de qualquer foco familiar, pertencente a todo e qualquer família conjugal ou parental.

Sendo assim, os pais omissos não podem ficar impunes diante de uma grave ação com as crianças, uma indenização não irá apagar o dano sofrido, mas fará com que nunca se cometa o mesmo erro e possa sentir um pouco da dor que causou.

4. RESPONSABILIDADE CIVIL

4.1 Conceito De Responsabilidade

A responsabilidade civil é uma responsabilidade jurídica que surge para recuperar os danos causado a outra pessoa, é a obrigação de reparar um dano causado pela omissão ou ação, pelo meio da indenização. Fixa que a responsabilidade civil há três elementos que são eles: dano, fato, subjetivos, nexos de causalidade, culpa.

A responsabilização civil através de atos ilícitos da pelo fato de elemento subjetivo. Se caracteriza na responsabilidade civil subjetiva, não havendo a exigência de provar a culpa para ocasionar a obrigação de reparar ou indenizar o dano causado, bastando encontra – se no presente no nexos de causalidade entre a ação ou omissão.

A reponsabilidade cível tem o intuito de recuperar a estabilidade que foi causada pelo dano, a Constituição Federal teve uma importância na construção de novos conceitos e características, incluindo o afeto, que se trata do direito de família. Entende-se que ela é formada por um elemento de laços essencialmente afetivos, respeitando as particularidades cada pessoa e resguardando a dignidade de todos. Sendo assim, entende-se que o abandono é a omissão do dever que vem do poder de família, ou seja, que auxiliar, orientar, da assistência e afeto.

A reponsabilidade civil passou por várias evoluções ao logo do tempo, o insultado passou a ter capacidade de substituir a retaliação ao intermediário por uma compensação de ordem econômica. O lesado passou a perceber as vantagens que veio desta mudança de conduta junto ao causador do dano. Responsabilidade, para o direito, nada mais é, portanto, que uma obrigação derivada- um dever jurídico sucessivo- de assumir as consequências essas que podem variar (reparação dos danos e/ou punição pessoal do agente lesionante) de acordo com os interesses lesados (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO 2013, p.27).

A responsabilidade civil fica em torno de um dano sofrido, que não pode ser analisado na dimensão do dano em amplo sentido. Recomenda – se analisar cada caso, quando o dano é material alcança -se estipular o valor do dano, mas no referente do dano moral fica criterioso analisar, por que somente a vítima sabe o tamanho do dano que sofreu.

O campo moral é mais amplo do que o do direito, pois só se cogita da responsabilidade jurídica quando há prejuízo. Esta só se revela quando ocorre infração da norma jurídica que acarrete dano ao indivíduo ou à coletividade. Neste caso, o autor da lesão será obrigado a recompor o direito atingido, reparando em espécie ou em pecúnia o mal causado (GONÇALVES, 2014, p.20).



4.2 Outros modelos de responsabilidade civil

O Código Civil de 1916, do ordenamento jurídico prevê duas importantes responsabilidades: a contratual e a extracontratual, ambas regidas por princípios e leis. São regulamentadas principalmente pelos artigos 389 e seguintes do Código Civil, enquanto àquela é regida em especial pelos artigos 186, 187 e 927 do mesmo diploma legal. O tema exposto nesse trabalho, refere-se, acerca da responsabilidade extracontratual, em vista a inexistência de ato unilateral negocial e de um contrato moral entre pai e filho, sobre deveres e direitos, os quais decorrem da lei, bem como do simples fato natural de se ter gerado um filho.

A responsabilidade extracontratual, é que recai, nos casos de abandono moral ou por desamor, havendo em vista que procede de um dever de conduta, de uma desobediência de comportamento, sendo ainda subjetiva, à medida que nessas relações familiares a discussão da culpa é fundamental.

Na responsabilidade contratual, já existe um liame ou um vínculo previamente estabelecido. As partes celebram uma relação, em torno de um bem, com a especificação de obrigações e direitos. Sendo extracontratual a responsabilidade, não existe alguma ligação entre o autor do dano e o ofendido. A partir da prática do ato ilícito nasce a relação obrigacional. Realmente o dever de indenizar, que aparece com ofensa, cria a relação entre o obrigado e o titular de direito. (RIZZADO, 2011, p.42)

4.3 Princípio da dignidade da pessoa humana

O princípio visa a proteger e buscar o desenvolvimento de todas as formas de família existentes na atualidade, inclusive as famílias ditas unipessoais. Sendo assim, todos os casos que não respeitarem a pessoa humana, nesse sentido, devem ser repensados, por não estarem em acordo com a ordem constitucional.

Conforme Maria Berenice Dias:

“O princípio da dignidade humana é o mais universal de todos os princípios. É um macro princípio do qual se irradiam todos os demais: liberdade, autonomia privada, cidadania, igualdade, uma coleção de princípios éticos” (DIAS, 2011, p. 62).

É do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana que os diversos elementos familiares, podem desenvolver suas qualidades mais relevantes proporcionando um desenvolvimento social para cada um que ali pertence.

A proteção à dignidade da pessoa humana revela-se interesse metaindividual, como garantia do pleno desenvolvimento de cada membro da comunidade, devendo ser já respeitada no seio familiar e daí expandindo-se às demais áreas de atuação do indivíduo na sociedade (VENOSA, 2003, p. 44).

4.4 Obrigação de indenizar

A obrigação de indenizar é destacada nos artigos 927 a 943 do Código Civil, sendo está de ordem jurídica, mas não deixa de constar seu caráter moral, pois tanto por dolo ou

culpa o dano deverá ser indenizado.

Conforme a autora Valéria:

Para que haja a responsabilidade civil e, conseqüente reparação por dano moral, é necessário que estejam presentes os fatos geradores do dever de indenizar, desta forma, o nexo de causalidade entre o dano sofrido e a ação ou omissão do agente, que encontra subsídio legal na Constituição Federal em seu art. 5º, incisos V e X, bem como no Código Civil em seu art. 186, estabelecendo de forma genérica no que se refere à liquidação dos danos morais que a indenização mede se pela extensão do dano nos termos do art. 944 (CARDIN, 2017, págs. 51 e 52).

Não podemos obrigar os pais a amar seus filhos, portanto, não pode deixar de cumprir suas responsabilidades e obrigações, os genitores dever ter a obrigação de cuidar de seus filhos e se não fazer, pode ser responsabilizado juridicamente por sua negligência. Sendo assim, os pais omissos não podem ficar impunes diante de uma grave ação com as crianças, uma indenização não irá apagar o dano sofrido, mas fará com que nunca se cometa o mesmo erro e possa sentir um pouco da dor que causou.

As causas jurídicas que podem gerar a obrigação de indenizar são múltiplas. [...] violação de deveres especiais impostas pela lei àquele que se encontra numa determinada relação jurídica com outra pessoa (casos de responsabilidade indireta), como os pais em relação aos filhos menores, tutores e curadores em relação aos pupilos e curatelados (CAVALIERI, 2012, p.5,6).

O que ocorre nos últimos anos é que cada vez mais crianças e adolescentes estão entrando no meio jurídico a procura de uma reparação de um dano causado dentro de seu próprio lar e os julgadores estão sentenciando os pais a pagar indenizações para tentar amenizar o tamanho do dano que eles causaram. É necessário que os pais fiquem atentos aos danos causados por suas ações e atitudes e que os filhos não busquem o no mundo jurídico somente para se vingar de algo que seus genitores fizeram na sua infância, querendo as indenizações por dano moral nas relações familiares.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, concluímos que é possível reparar o dano causado pelo abandono afetivo através da indenização, que se faz por meio do dano moral envolvendo o Direito de Família, a indenização embora não é capaz de supera o desafeto, será usada como uma forma de punição, e assim impossibilitar a renovação dos comportamentos por parte dos pais.

A paternidade é um direito do filho, e é um direito garantido na Constituição Federal que obriga os pais a administrarem a educação e a criação das crianças e tê-los sua guarda em sua companhia. Ficou evidenciado que quando umas das partes dos genitores não assumir sua responsabilidade na vida das crianças ele estará ocasionando o princípio da dignidade da pessoa humana, afligindo também o direito da personalidade, rompendo o poder familiar e assim praticando ato ilícito.

Para conceder a reparação pela indenização, é preciso preencher alguns requisitos, como o dano causado efetivamente comprovado por perícia técnica que vai analisar a profundidade do dano, na dignidade humana da vítima, capaz de impossibilitar sua vida;



omissão voluntária; e o resultado dano psicológico, de acordo com os artigos 186 e 927 do Código Civil, devendo todos restar comprovados.

Concluiu-se que responsabilizar os pais civilmente não é apenas para receber a indenização, mas tentar reparar aquele dano que foi causado pelo abandono dos genitores, que é os deveriam zelar e cuidar da criança, o afeto não é um sentimento obrigatório, mas os genitores assim que tem seus filhos devem cuidar, zelar e amar eles.

Referências

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988** in Vade Mecum. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

CARDIN, Valéria Silva; VIEIRA, Tereza Rodrigues; BRUNINI, Bárbara Cissettin Costa. **Famílias, Psicologia e Direito. Brasília**, 1. Ed, 2017.

CRESCER, **Mais de 320 mil bebês foram registrados sem o nome do pai no Brasil durante a pandemia**, **Revista Globo**, 14 MAR 2022. Disponível em <https://revistacrescer.globo.com/Educacao-Comportamento/noticia/2022/03/mais-de-320-mil-bebes-foram-registrados-sem-o-nome-do-pai-no-brasil-durante-pandemia.html>

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10 ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: Responsabilidade civil**, 9. Ed. São Paulo 2014.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: Responsabilidade civil**. 11. Ed. São Paulo: Saraiva 2013.

GROENINGA, Giselle Câmara. **Direito Civil. Volume 7**. São Paulo: 2008, p. 28.

LÔBO, Paulo. **DIREITO CIVIL: Famílias**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**. 8. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011

VENOSA, Silvo de Salvo. **Direito civil. Ed. 13**, São Paulo. Atlas, 2003.



16

INCLUSÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO MERCADO DE TRABALHO

INCLUSION OF PEOPLE WITH DISABILITIES IN THE MARKET WORK

Thaynara Oliveira Mesquita

Resumo

O presente trabalho abordou de maneira ampla sobre a inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho e a necessidade da qualificação para a inserção no mercado profissional, por meio de revisão bibliográfica, com a utilização de livros, artigos, leis e decretos. A educação especial, é voltada para o atendimento e educação de pessoas com alguma deficiência. A qualificação dos PcD (pessoa com deficiência) é essencial para sua participação no mercado de trabalho e valorização quanto profissional. A importância da criação da Lei de Cotas, mostrando como foi essencial na luta contra o preconceito e na possibilidade de trabalho para a pessoa com deficiência, garantindo o seu direito de trabalhar, a lei impõe as empresas que contratarem determinada porcentagem de pessoas com deficiência conforme a quantidade de empregados que a empresa possui. As garantias trazidas pela Constituição Federal do Brasil de 1988, a qual assegura o direito de igualdade entre todos os indivíduos e protege os direitos das pessoas com deficiência. Assim, tentou expor as dificuldades enfrentadas no mercado de trabalho, tais como os desafios a serem vencidos como: a adaptação ao mercado de trabalho, a locomoção (dentro e fora das empresas) e até mesmo ao preconceito sofrido por conta de suas limitações.

Palavras-chave: Inclusão, Mercado de Trabalho, Pessoa com Deficiência.

Abstract

The present work addressed broadly about the inclusion of people with disabilities in the labor market and the need for qualification for insertion in the professional market, through bibliographic review, with the use of books, articles, laws and decrees. Special education is focused on the care and education of people with some disabilities. The qualification of PCD (disabled person) is essential for their participation in the labor market and valorization as a professional. The importance of the creation of the Quota Law, showing how essential it was in the fight against prejudice and in the possibility of work for people with disabilities, guaranteeing their right to work, the law imposes companies that hire a certain percentage of people with disabilities according to the number of employees that the company has. The guarantees are brought by the Federal Constitution of Brazil of 1988, which guarantees the right of equality among all individuals and protects the rights of persons with disabilities. Thus, he tried to expose the difficulties faced in the labor market, such as the challenges to be overcome, such as: adaptation to the labor market, locomotion (inside and outside companies) and even prejudice suffered due to its limitations.

Keywords: Inclusion, Labor Market, Disabled Person.

1. INTRODUÇÃO

O direito ao trabalho é um direito fundamental, garantido a todos, onde os PcD conforme os dados divulgados pelo IBGE (Instituto Brasileiro Geografia e Estatística.) representam uma participação de 28,3% e de formalização 34,3% no mercado de trabalho, os dados são da publicação Pessoas com deficiência e as desigualdades sociais no Brasil (PNS 2019). Para usufruir de seus devidos direitos, acabam passando por diversas dificuldades como a falha na execução das leis existentes, pois apesar da lei está sancionada, muitas das vezes não possui o efeito esperado, e dentro mercado de trabalho, as dificuldades começam desde acessibilidade para chegar ao local e as vezes até no próprio ambiente de trabalho (com a falta de rampa ou alto relevo no chão), e a pouca aceitação por parte da sociedade.

Dentre as leis existentes, pode-se destacar a Lei de Cotas, a qual a determina aos empregadores que contratarem determinada porcentagem de pessoas com deficiência. Grande parte das contratações de PcD ocorrem devido a imposição da lei, assim demonstrando que as empresas veem somente como uma obrigação legal, por isso a importância de conscientizar a sociedade, o que exatamente será exposto por este trabalho ressaltando a importância do acesso a um trabalho digno e em condições iguais, para que ocorra uma efetiva inclusão da pessoa com deficiência ao mercado de trabalho.

O primeiro capítulo abordou o conceito de deficiência e quanto aos tipos, dando ênfase a lei de cotas, e em seguida sobre as garantias previstas na Constituição Federal, destacando a importância de uma educação de qualidade e por fim, no terceiro capítulo foi discorrido sobre a pessoa com deficiência no mercado de trabalho.

A metodologia utilizada para este trabalho foi de revisão bibliográfica, com base em pesquisas de livros, artigos, leis, decretos e revistas, que venham a contribuir com presente assunto abordado.

2. DEFICIÊNCIA

A deficiência foi vista de diferentes formas pela a sociedade ao longo dos tempos, no entanto sempre com traços em comum como: o preconceito, a exclusão, a invisibilidade e a rejeição social, no entanto a partir do século XX, na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência ,foi conceituado que as pessoas com deficiência são : “aquelas que possuem impedimentos de longo prazo de natureza física, mental ou sensorial (visão e audição) os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições comas demais pessoas”.

A lei n °13.146 de 06 de julho de 2015 institui a Lei de Inclusão da Pessoa com Deficiência, denominando o Estatuto da Pessoa com Deficiência, veio dessa forma confirmar esse novo conceito.

2.1 Lei de Cotas

Prevista no artigo 93 da a Lei de Cotas, lei federal 8.213/1991 que passou a ter eficácia somente em 1999, quando foi publicado o decreto n° 3.298, assim dando validade na obrigatoriedade de empresas contratarem pessoas que possuem deficiência, dessa for-



ma buscando garantir o acesso ao trabalho. A legislação determina que as empresas com mais de 100 empregados devem contratar PcD, seguindo a seguinte proporção:

Art. 93 - a empresa com 100 ou mais funcionários está obrigada a preencher de dois a cinco por cento dos seus cargos com beneficiários reabilitados, ou pessoas portadoras de deficiência, na seguinte proporção:

- até 200 funcionários..... 2%,
- de 201 a 500 funcionários..... 3%,
- de 501 a 1000 funcionários..... 4%,
- de 1001 em diante funcionários... 5% (BRASIL, 1991).

§ 1º A dispensa de trabalhador reabilitado ou de deficiente habilitado ao final de contrato por prazo determinado de mais de 90 (noventa) dias, e a imotivada, no contrato por prazo indeterminado, só poderá ocorrer após a contratação de substituto de condição semelhante. (BRASIL, 1991)

§ 2º O Ministério do Trabalho e da Previdência Social deverá gerar estatísticas sobre o total de empregados e as vagas preenchidas por reabilitados e deficientes habilitados, fornecendo-as, quando solicitadas, aos sindicatos ou entidades representativas dos empregados (BRASIL, 1991).

A empresa que se encaixa no artigo acima será obrigada a reservar vagas e contratar, sob o regime da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), ou seja, terá que respeitar todas as suas determinações, como vínculo empregatício, contrato de trabalho, e todas as demais garantias dos trabalhadores: - beneficiários do sistema de cotas - A lei estipulou que as pessoas contempladas pelo sistema de cotas são as com deficiência habilitadas e os trabalhadores reabilitados. Desta forma, são incluídos todos os tipos de deficiência, desde que habilitadas para realizar o trabalho e que o tipo de deficiência seja compatível com o tipo de trabalho, a exemplo da impossibilidade de um cego ser candidato a vaga de motorista. As pessoas incluídas estão delimitadas pelo Decreto 3.298, de 20 de dezembro de 1999, com redação alterada pelo Decreto 5.296, de 02 de dezembro de 2004, que apresenta em seu artigo 4º um rol taxativo de possibilidades.

Segundo o Art. 16, da Lei 13.146, de 06 de julho de 2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência) os programas e serviços de habilitação e de reabilitação para a pessoa com deficiência, são garantidos:

- I - Organização, serviços, métodos, técnicas e recursos para atender às características de cada pessoa com deficiência;
- II - Acessibilidade em todos os ambientes e serviços;
- III - tecnologia assistiva, tecnologia de reabilitação, materiais e equipamentos adequados e apoio técnico profissional, de acordo com as especificidades de cada pessoa com deficiência;
- IV - Capacitação continuada de todos os profissionais que participem dos programas e serviços.

As doenças que se enquadram na Lei de Cotas são de 2 tipos: pessoas com Deficiência (PcD) e/ou beneficiários reabilitados pela Previdência Social. Sendo essas deficiências divididas nas seguintes categorias: Física (entre elas, alterações articulares, nanismo, amputações e paralisia cerebral); Auditiva; Visual e a Intelectual e mental/psicossocial (entre elas, transtorno do espectro autista, síndromes epiléticas) fazem parte do segundo grupo

as pessoas que passaram por processos de reintegração ao mercado de trabalho.

O Ministério do Trabalho regulamenta que cotas para PcD podem ser reservadas em diferentes estabelecimentos da mesma empresa; isso significa que as contratações podem acontecer em várias unidades, ou na matriz e na filial. A lei desconsiderou aspectos importantes de uma empresa, tais como a receita bruta anual, o número de trabalhadores indiretos, e a atividade empresarial, deixando um grande número de empresas fora do alcance da Lei de Cotas, e, conseqüentemente, deixando de gerar inúmeras vagas de emprego para as pessoas com deficiência.

No entanto, mesmo com a lei vigente não existe sua devida efetivação, a Lei de Cotas foi muito importante para a inserção da pessoa com deficiência no mercado de trabalho, porém ainda se encontra distante de ser considerada uma lei efetiva e garantir o pleno emprego. Ela tem sua parcela de contribuição na criação de vagas preenchidas por pessoas com deficiência, no entanto esse percentual ainda é pequeno, se levado em consideração à quantidade de pessoas com deficiência desempregadas. Existe, ainda, o problema de que muitas empresas não cumprem a Lei de Cotas, diminuindo consideravelmente o número de vagas ofertadas, mesmo isso acarretando multa

3. GARANTIAS

O Brasil tem uma legislação sobre o direito das pessoas com deficiência mais avançada do mundo, pois ratificou quase todos os tratados e convenções internacionais sobre o assunto. A Constituição Federal prevê a igualdade de direitos entre todos os indivíduos, assim incorporou garantias para as pessoas com deficiência, tais como a proibição da discriminação de salários e de critérios de admissão, assumindo como responsabilidade do Estado, a saúde, a assistência social e o atendimento educacional especializado, além de garantir a reserva de um percentual de cargos públicos.

A Constituição é baseada no princípio da igualdade, da autonomia e na dignidade da pessoa humana, protegendo às pessoas com deficiência colocando como princípio fundamental a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa:

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

- I - a soberania;
- II - a cidadania
- III - a dignidade da pessoa humana;
- IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
- V - o pluralismo político (BRASIL, 1988).

Desta forma a pessoa com deficiência tem o livre acesso e livre escolha sobre qual trabalho quer realizar, e o não atendimento deste direito fere a Lei maior. Existem outros inúmeros artigos que defendem a igualdade de todos perante a lei, tais como, o art. 7º traz bem especificamente a questão da não discriminação salarial e da admissão das pessoas com deficiência, que devem ter as mesmas condições de concorrer a um cargo de emprego com qualquer outra pessoa, em conformidade com o art.5º da Constituição, que trata sobre o princípio da igualdade. Os arts. 23 e 24 tratam da competência legislativa para questões relacionadas a pessoas com deficiência, sendo o art. 23 direcionado à competên-

cia material e o art. 24 à competência concorrente entre os entes federativos, *in verbis*:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: [...].

II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: [...].

XIV - proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência (BRASIL, 1988).

Vemos, então, que cabe a todos os entes federativos o cuidado e a proteção da pessoa com deficiência, cabendo ao Legislativo a criação das leis; e à União, aos Estados e ao Distrito Federal, a competência administrativa, ou execução dessas leis. No que tange a aposentadoria e previdência social, fica claro a intenção da igualdade de tratamentos entre todas as pessoas pela Constituição nos artigos:

Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo. [...].

§ 4º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados, nos termos definidos em leis complementares, os casos de servidores: I – portadores de deficiência; [...].

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: [...] § 1º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos beneficiários do regime geral de previdência social, ressalvados os casos de atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física e quando se tratar de segurados portadores de deficiência, nos termos definidos em lei complementar (BRASIL, 1988).

Segundo a Lei. 8.213/91, Art. 1º A Previdência Social, mediante contribuição, tem por fim assegurar aos seus beneficiários meios indispensáveis de manutenção, por motivo de incapacidade, desemprego involuntário, idade avançada, tempo de serviço, encargos familiares e prisão ou morte daqueles de quem dependiam economicamente, à mesma que obriga as empresas a contratarem profissionais com deficiência. Mas, o país não garante à essas pessoas oportunidades de formação profissional satisfatória, a evidente ausência de políticas públicas de qualidade voltada para esta questão

4. EDUCAÇÃO

A resolução N° 2, DE 11 DE SETEMBRO DE 2001, traz em seu texto acerca da educação especial, conforme os seguintes artigos:

Art. 1º A presente Resolução institui as Diretrizes Nacionais para a educação de alunos que apresentem necessidades educacionais especiais, na Educação Básica, em todas as suas etapas e modalidades. Parágrafo único. O atendimento escolar desses alunos terá início na educação infantil, nas creches e pré-escolas, assegurando-lhes os serviços de educação especial sempre que se evidencie, mediante avaliação e interação com a família e a comunidade, a necessidade de atendimento educacional especializado.

Art. 2º Os sistemas de ensino devem matricular todos os alunos, cabendo às escolas organizar-se para o atendimento aos educandos com necessidades educacionais especiais, assegurando as condições necessárias para uma educação de qualidade para todos. Parágrafo único. Os sistemas de ensino devem conhecer a demanda real de atendimento a alunos com necessidades educacionais especiais, mediante a criação de sistemas de informação e o estabelecimento de interface com os órgãos governamentais responsáveis pelo Censo Escolar e pelo Censo Demográfico, para atender a todas as variáveis implícitas à qualidade do processo formativo desses alunos.

A lei n.º 9394 de 20 de dezembro de 1996, Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, traz em seu artigo 59, IV, uma tentativa de preparar as crianças e adolescentes para o mercado de trabalho, descobrindo desde cedo as suas habilidades para poder canalizar os recursos e investir em uma futura carreira, inclusive nas áreas artísticas.

Art.59: Os sistemas de ensino assegurarão aos educandos com necessidades especiais: [...] IV - educação especial para o trabalho, visando a sua efetiva integração na vida em sociedade, inclusive condições adequadas para os que não revelarem capacidade de inserção no trabalho competitivo, mediante articulação com os órgãos oficiais afins, bem como para aqueles que apresentam uma habilidade superior nas áreas artística, intelectual ou psicomotora.

A Constituição Federal (1988) institui que a educação é um direito de todos, independentemente de condição física, intelectual, social e religiosa. Segundo o art. 58 da Lei de diretrizes e bases da educação nacional, n° 9394 de 20 de dezembro de 1996; “entende-se por educação especial, para os efeitos desta Lei, a modalidade de Educação escolar, oferecida preferencialmente na rede regular de ensino, para educandos portadores de necessidades especiais.”

A educação especial defende o direito de acesso a todos uma educação de qualidade, pressupondo a igualdade de oportunidades incluindo o acesso, a participação e a aprendizagem, sendo um o ramo da educação voltado para o atendimento e educação de pessoas com alguma deficiência. Ela se dá preferencialmente em instituições de ensino regulares ou ambientes especializados, por exemplo, as escolas para surdos. Os objetivos da educação especial são os mesmos da educação em geral, o que difere é o atendimento, que passa ser de acordo com as diferenças individuais do educando.

Art. 27. A educação constitui direito da pessoa com deficiência, assegurados sistema educacional inclusivo em todos os níveis e aprendizado ao longo de toda a vida, de forma a alcançar o máximo desenvolvimento possível de seus



talentos e habilidades físicas, sensoriais, intelectuais e sociais, segundo suas características, interesses e necessidades de aprendizagem. Parágrafo único. É dever do Estado, da família, da comunidade escolar e da sociedade assegurar educação de qualidade à pessoa com deficiência, colocando-a a salvo de toda forma de violência, negligência e discriminação.

Em estudo feito pelo Instituto Alana, em parceria com a ABT Associates, mostra os benefícios da educação especial, tanto para os alunos com necessidades especiais, quanto aos demais. São eles:

Dependendo das condições que caracterizam suas necessidades — são mais propensos a fazer amizades, realizar um curso superior, encontrar um emprego e viver de forma independente;

Conseguem aperfeiçoamento mais notável de habilidades de leitura e matemática e estão menos propensos a ter problemas comportamentais;

Pessoas sem necessidades especiais que frequentam escolas inclusivas tendem a ter menos opiniões preconceituosas e mais facilidade de lidar com as diferenças; O desenvolvimento socioemocional dos alunos, independentemente se com ou sem deficiência, é potencializado por meio da convivência inclusiva.

Assim, mostrando a importância e necessidade de instituições com a educação especial, visto que ainda existem dificuldades enfrentadas pelos PcD ao âmbito educacional, mas as mudanças relativas à essa problematização já são bem nítidas. O Governo pode investir desde a educação básica, criando programas para a inclusão de crianças com deficiência nas escolas, oferecendo às escolas incentivos tributários e, ou financeiros, de modo que não sofram com os pesados custos de uma adaptação do ambiente, ou na contratação de pessoas especializadas para acompanhar a criança com deficiência.

A qualificação dos PcD é essencial para sua participação no mercado de trabalho e quanto a sua valorização profissional. O acesso das pessoas com deficiência ao mercado de trabalho, é difícil encontrar pessoas capacitadas, várias organizações privadas e sem fins lucrativos têm atuado no processo de recrutamento e seleção e, às vezes, até mesmo no treinamento das pessoas com deficiência e na reposição desses funcionários por outros também com deficiência (GIL, 2002; TEODÓSIO et al., 2004), (SHIMONO, 2008), esse trecho enfatiza a importância da qualificação, pois pode ser decisiva para a contratação, os PcD que não possuem a qualificação formal acabam tendo uma desvantagem dupla na busca de um trabalho: a própria deficiência e a falta de qualificação. Algumas das vantagens do treinamento para a PcD são as qualificações formais uma vez que são utilizadas como critério de seleção, contribuindo também na autoestima uma vez que a pessoa treinada se sente competente.

5. MERCADO DE TRABALHO

O trabalho pode ser considerado como toda atividade humana de transformação da natureza em algo útil ou em produto. O trabalho é toda atividade prática que visa suprir às necessidades, subsistência humana. A Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência) no seu capítulo VI trata do direito ao trabalho e, dentre outras coisas, sobre haver um ambiente inclusivo e acessível, além da capacitação. Também fala sobre questões como a integração ao ambiente e o auxílio para superar bar-

reiras.

Art. 34. A pessoa com deficiência tem direito ao trabalho de sua livre escolha e aceitação, em ambiente acessível e inclusivo, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas. Art. 35. É finalidade primordial das políticas públicas de trabalho e emprego promover e garantir condições de acesso e de permanência da pessoa com deficiência no campo de trabalho.

Quanto à discriminação, afirma não ser permitido vetar trabalho ou promoção a uma pessoa com deficiência em razão desse fato. Não é possível, por exemplo, demitir ou deixar de contratar alguém simplesmente por causa de sua deficiência. Em caso de ação contrária, a punição pode ser reclusão de 2 a 5 anos e multa compatível. Além de prejuízos ao não cumprir a lei de cotas para deficientes, como multa para empresas que não cumprem a Lei de Cotas, com valores que varia de R\$ 2.519,31 a R\$ 251.929,36. Falta de diversidade e, se recrutadores e gestores não se atentam a isso, podem perder chance de apostar em agentes de transformação da cultura empresarial e em candidatos que têm muito a contribuir com a empresa.

Além de favorecer a acessibilidade em si, também é necessário investir em garantir a total inclusão ao ambiente de trabalho e às funções, de maneira geral, isso garante que o profissional se engaje intensamente e ofereça mais resultados. Além de tudo, vai favorecer a própria atuação.

5.1 Dificuldades

Uma das alegações mais recorrentes feitas pelos empregadores é a falta de qualificação profissional dos PcD, o que dificulta na sua contratação. Outro ponto é a carência do sistema de habilitação e reabilitação e a falta de incentivo econômico que deveria ser oferecida para as empresas, de modo que essas pudessem aumentar o número de vagas ofertadas. A respeito da qualificação profissional, o governo não proporciona às pessoas com deficiência oportunidades de estudo e de cursos profissionalizantes, o que prejudica a sua qualificação profissional. Entretanto, também fica constatado que as empresas exigem maior capacitação deles, conforme dispõe Ercílio Brito (2008, p. 44): "O presidente da Associação dos Deficientes físicos do Ceará diz que a falta de qualificação dos trabalhadores com deficiência ainda é um problema grave. Às vezes as empresas não preenchem as vagas porque exigem muito e não tem gente qualificada."

Algumas empresas fazem usos de argumentos para não cumprir a lei, alegando a existência de trabalho com riscos que são proibitivos para as pessoas com deficiência, em outros casos mencionam que não tem PcD suficientes para preencher as vagas ou que optam pelo Benefício de Prestação Continuada da Assistência Social e também fazem exigências que desnecessárias para o preenchimento das vagas ou rejeitam o candidato dependendo da sua deficiência. A falta de qualificação profissional é um problema que atinge grande parte da população brasileira, inclusive para os que não tem nenhum tipo de limitação física, mental ou sensorial. Nota-se que a negação a contratação das pessoas com deficiência vai muito além da falta de qualificação profissional, ficando evidente que o maior dos empecilhos ainda é o preconceito, a falta de informação e a ignorância, acreditam que os PcDs serão um peso para a empresa, não serão capazes de acompanhar o ritmo de trabalho, ou capazes de realizar o trabalho sozinhas, e trarão prejuízos de produção e conseqüentemente financeiros ao estabelecimento.



Além das dificuldades acima relatada existem diversos outros, que são mais recorrentes no dia a dia da pessoa com deficiência, tais como a dificuldade de acessibilidade - os meios de transporte, principalmente os públicos, carecem de adaptações específicas, que atendam aos mais variados tipos de deficiência, o que dificulta a locomoção das pessoas com deficiência, muitas vezes ficando inviável aceitar algum emprego. A proteção excessiva por parte de famílias também pode se tornar um empecilho visto que esses acabam interferindo no processo de independência da pessoa com deficiência e o preconceito por colegas de trabalho.

6. CONCLUSÃO

Durante muito tempo as pessoas com deficiência foram tratadas pela sociedade como pessoas incapazes, mas ao longo das últimas décadas a mentalidade da comunidade foi sendo modificada sobre a deficiência e a responsabilidade que a sociedade possui na inclusão dessas pessoas, seja no mercado de trabalho, ou no ambiente em que participam.

Organismos Internacionais buscam, juntamente com as próprias pessoas com deficiência, disseminar que direitos devem ser proporcionados a essas pessoas de modo que estas possam usufruir das mesmas oportunidades. No Brasil, apesar das grandes dificuldades enfrentadas para proporcionar às pessoas com deficiência o pleno exercício de seus direitos, também devesse relatar, que país possui uma das legislações mais avançadas sobre o direito das pessoas com deficiência.

A lei n.º 9394 de 20 de dezembro de 1996, Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, traz que sistemas de ensino devem assegurar a tentativa de preparar crianças e adolescentes para o mercado de trabalho canalizando suas habilidades para que possam investir em carreiras profissionais. Embora existam significativos avanços em relação à empregabilidade das pessoas com deficiência no Brasil, e o Estatuto da Pessoa com Deficiência, traz que o número de pessoas com deficiência empregadas em relação à quantidade de pessoas com deficiência existentes no Brasil ainda é pequeno.

Para diminuir essa diferença entre a quantidade de pessoas com deficiência e as que estão empregadas, o governo pode debater sobre o assunto com a população, disseminando programas contra o preconceito, cursos profissionalizantes para capacitação das pessoas com deficiência e palestras para os empregadores, a fim de desmistificar os rótulos que pairam sobre as pessoas com deficiência. Deve-se incentivar a contratação pela capacidade e potencial das pessoas com deficiência, e não apenas por uma imposição da lei ou por caridade.

As pessoas com deficiência possuem alta organização, um rendimento elevado, pontualidade exemplar, assiduidade no trabalho, bem como companheirismo com os colegas de trabalho, além de serem muito criativos, desmistificando a imagem de pessoas frágeis e sem capacidade. Espera-se que em um futuro próximo não haja mais a necessidade de se lutar para pôr em prática esses direitos; esperamos que eles já tenham a sua aplicabilidade imediata, sem qualquer tipo de resistência à sua prática. O trabalho teve por objetivo apresentar sobre as dificuldades e necessidades dos PcD expostas o que foi discorrido ao longo do trabalho.

Referências

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 30.out.2022.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. (Org.). **Características do Emprego**.

BRITO, Ercílio Xavier. **A inserção da pessoa com deficiência no mercado formal de trabalho no Ceará**. 2008. 100 fls. TCC (Graduação em Direito). Universidade Federal do Ceará. Faculdade de Direito, Fortaleza, 2008. Disponível em: Acesso em: 05/10/ 2022

NERI, Marcelo.Cortes. As empresas e as cotas para pessoas com deficiência. **Revista Conjuntura Econômica**, Rio de Janeiro, v. 57, p. 58 - 61, 01 set. 2003.

SIMÃO, Antoniette & SIMÃO, Flavia. **Inclusão: Educação Especial** – educação essencial. São Paulo: Livro pronto, 2004.

SHIMONO, S.O. **Educação e trabalho: caminhos da inclusão na perspectiva da pessoa com deficiência**. 2008.Dissertação (Mestrado em Educação) - Faculdade de Educação da Universidade de São Paulo,Brasil, 2008.

TEODÓSIO, A.S.S.; GONÇALVES,G.; SILVEIRIA, C.M.; FROTA, J.G.; SANTOS, S.;ALVES, M.H.; SILVA, L.D.A. A inclusão de pessoas com deficiência no trabalho: desafios para gestão socialmente responsável. In: SEMINARIO INTERNACIONAL SOCIEDADE INCLUSIVA: AÇÕES INCLUSIVAS DE SUCESSO, 3,2004, Belo Horizonte. **Anais...** Minas Gerais: Pontifica Universidade Católica de Minas Gerais, 2004.





17

**ISONOMIA E IGUALDADE: O SEU DESENVOLVIMENTO EM
FACE A FAVOR DOS GRUPOS MINORITÁRIOS**

*EQUALITY AND EQUALITY: ITS DEVELOPMENT IN FAVOR OF
MINORITY GROUPS*

Celiane Pereira dos Santos

Resumo

É possível identificar essa evolução do pensamento social-institucional a partir da década de 1990 por meio do Relatório de Desenvolvimento Humano do PNUD, que desloca o foco de análise da pobreza para o enfoque do desenvolvimento humano. Entretanto, ocorreram melhorias no Brasil com a implantação de programas de distribuição de renda como o Bolsa Família criado pelo governo federal, tirou milhões de pessoas da linha da pobreza extrema sendo um dos responsáveis pela redução do índice de miséria no Brasil. A problemática que norteou a pesquisa foi: O princípio da isonomia e o princípio da igualdade não devem ser aplicados de forma restritiva, mas em sentido amplo, porque igualdade ou isonomia só existe quando os iguais são tratados de forma igual. Por outro lado, se oferecermos tratamento igual a pessoas desiguais, haverá um flagrante da desigualdade? E o objetivo geral foi: Compreender sobre a igualdade sob dois primas: o formal e o material. A isonomia de forma como tratamento de todos de forma igual. Portanto, não basta que a lei trate de forma desigual pessoas em situações desiguais e igualmente pessoas em situações iguais. Tornando necessário que esse tratamento seja razoável, proporcional e justificado. E os objetivos específicos foram: estudar sobre os marcos históricos do direito das minorias; caracterizar as minorias diante da constituição federal; descrever os princípios da igualdade e isonomia como um direito social. A metodologia será por meio de uma revisão bibliográfica e uma metodologia em que a pesquisa utilizada para descrever e fazer interpretações dos conteúdos, documentos e textos – portanto, é possível fazer uso de qualquer material do qual provenha comunicação, verbal ou não verbal.

Palavras-chave: Minorias. Isonomia. Igualdade

Abstract

It is possible to identify this evolution of socio-institutional thinking from the 1990s onwards through the UNDP Human Development Report, which shifts the focus from the analysis of poverty to the focus of human development. However, there were improvements in Brazil with the implementation of income distribution programs such as Bolsa Família created by the federal government, which took millions of people out of the extreme poverty line and was one of those responsible for reducing the poverty rate in Brazil. . The problem that guided the research was: The principle of isonomy and the principle of equality should not be applied in a restrictive way, but in a broad sense, because equality or isonomy only exists when equals are treated equally. On the other hand, if we offer equal treatment to unequal people, will there be blatant inequality? And the general objective was: To understand about equality under two primes: the formal and the material. Isonomy of form and treatment of all equally. Therefore, it is not enough for the law to treat unequally people in unequal situations and equally people in equal situations. Making it necessary for this treatment to be reasonable, proportionate and justified. And the specific objectives were: to study the historical landmarks of minority rights; to characterize minorities in the face of the federal constitution; describe the principles of equality and isonomy as a social right. The methodology will be through a bibliographic review and a methodology in which the research used to describe and make interpretations of the contents, documents and texts - therefore, it is possible to make use of any material from which communication, verbal or non-verbal, he comes.

Keywords: Minorities. Isonomy. Equality



1. INTRODUÇÃO

A preocupação com a democracia e o Estado de Direito, especialmente após a Segunda Guerra Mundial, está centrada na máxima da dignidade humana, que é o cerne da teorização dos direitos fundamentais, para o que pressupõe a valorização do ser humano é um personagem concreto e individual, as pessoas transformadas, com seus sonhos e projetos de vida, estão longe do conceito abstrato de ser humano que já deveria ter se superado.

As ações afirmativas realizadas por sua excelência fazem parte do cotidiano do povo brasileiro e da luta pela igualdade de tratamento com pessoas que são consideradas diferentes, mas a falta de fiscalização administrativa dessa estratégia acaba levando ao desvio de algumas finalidades. As pessoas vivenciam a vida de maneiras diferentes, mas, geralmente, ou quase sempre, esses planos de realização pessoal são restringidos ou completamente eliminados por comportamentos padronizados, que na verdade são causados por outras pessoas reunidas na coluna da “maioria”. Isso vem até de quem deve prezar pela manutenção desse pluralismo, o que exige tomadas de decisão.

A regra constitucional da isonomia tem como destinatário não só o legislador, no qual não deverá criar normas discriminatórias, mas também o magistrado, que na condução do processo, deverá assegurar as partes de igualdade de tratamento.

Portanto, no que diz respeito à isonomia e à igualdade, embora tenham conceitos diferentes, o diálogo pode ser alcançado, desde que incorporem em seu discurso as leis que visam a igualdade. Ambos os princípios são baseados nas normas do sistema jurídico e são a base de muitos regulamentos legais nos dias atuais.

A problemática que norteou a pesquisa foi: O princípio da isonomia e o princípio da igualdade não devem ser aplicados de forma restritiva, mas em sentido amplo, porque igualdade ou isonomia só existe quando os iguais são tratados de forma igual. Por outro lado, se oferecermos tratamento igual a pessoas desiguais, haverá um flagrante da desigualdade?

E o objetivo geral foi: Compreender sobre a igualdade sob dois primas: o formal e o material. A isonomia de forma como tratamento de todos de forma igual. Portanto, não basta que a lei trate de forma desigual pessoas em situações desiguais e igualmente pessoas em situações iguais. Tornando necessário que esse tratamento seja razoável, proporcional e justificado. E os objetivos específicos foram: estudar sobre os marcos históricos do direito das minorias; caracterizar as minorias diante da constituição federal; descrever os princípios da igualdade e isonomia como um direito social.

A metodologia será por meio de uma revisão bibliográfica e uma metodologia em que a pesquisa utilizada para descrever e fazer interpretações dos conteúdos, documentos e textos – portanto, é possível fazer uso de qualquer material do qual provenha comunicação, verbal ou não verbal. A busca está sendo feita, por meios uni termos “desigualdades”, “minorias”, “isonomia” e “igualdade”, presentes nos artigos encontrados. Selecionou alguns artigos e um livro que tivesse os conhecimentos sobre o assunto.

2. MARCOS HISTÓRICOS DO DIREITO DAS MINORIAS

No que diz respeito aos Direito das Minorias, é um assunto do qual possui relatos his-

tóricos, desde por volta do século XVII. Tendo como contexto, um caráter ligado meramente a liberdade religiosa.

O surgimento do princípio da autodeterminação nacional, veio do advento histórico, que foi um marco, o fim da primeira Guerra Mundial onde ocorreu a queda do Império Otomano e dos Habsburgo. No que resultou a criação de um novo bloco de eventos jurídicos, que no projeto havia a ideia de favorecer as minorias.

Por outro lado, após a Segunda Guerra Mundial, com base nos dois princípios relacionados de igualdade e não discriminação, as ferramentas para proteger os direitos humanos individuais e a liberdade mudaram a proteção das minorias étnicas. A Segunda Guerra Mundial também marcou o fim dos regimes minoritários na Europa Central, que foi superado pelo sistema ideológico de integração operária dos bolchevistas.

No final do século 20, algumas ferramentas internacionais ousadas destacaram uma promoção das questões das minorias para a agenda de direitos humanos. Em particular, o epicentro era proteger os interesses e as preocupações das minorias por meio de leis. Atualmente, os direitos das minorias são uma parte muito importante do direito internacional, com base em regulamentações destinada a ajudar e promover as minorias, levando em consideração sua cultura e tradições.

No Brasil, não é diferente as leis que protegem as minorias também têm uma história. Vale ressaltar que, embora o Brasil seja reconhecido como um país de maior número de miscigenados em todo o mundo, a discriminação sempre existiu em sua história e tem resistido ao tempo, de maneira que o Brasil tem sido um pouco mais lento Direitos das minorias no ambiente interno.

Diante dessa afirmação, temos como o exemplo a abolição da escravatura. Onde o Brasil, foi um dos últimos países a aderir a abolição, e foi diante de um cenário no qual apenas 5% da população negra, se encontrava, ainda, em regime de escravidão.

Por sua vez, as mulheres só conquistaram o direito à educação em século XIX, o que destacam que elas podem receber educação básica porque somente os homens podem obter títulos superiores. Quanto ao direito ao voto feminino, ele só foi permitido em 1932, quando o presidente Getúlio Vargas promulgou uma nova lei eleitoral e destacou que, em 1928, o governador do Rio Grande Norte alterou uma estrutura jurídica da lei eleitoral para permitir a participação feminina na política. A votação, no entanto, todos os votos das mulheres foram cancelados. O Estatuto da Mulher Casada foi promulgada na década de 1960, que deu às mulheres novos direitos, especialmente algumas liberdades para as mulheres casadas, permitindo-lhes trabalhar e receber sem a permissão do marido, podendo também pedir, no caso de divórcio, a guarda dos filhos.

Sobre o homossexualismo, houve uma significativa mudança, o Supremo Tribunal Federal - STF em maio de 2011, julgou conjuntamente a Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº 4.277, o casamento homoafetivo sendo semelhante à união estável, como na entidade familiar.

Em relação ao Brasil, é claro que um dos grandes marcos na história da proteção dos direitos das minorias é, naturalmente, a promulgação da Constituição Federal em 1988, que também é considerada a Constituição Cidadã. Considerada, até os dias atuais, como a Constituição moderna e revolucionária.

A construção do Estado Democrático de Direito, teve a positividade jurídica às minorias no perpassar da conquista de direitos fundamentais e garantias da pessoa humana, instituído na Constituição Federal de 1988.



Portanto, considerando que a aceitação da cultura e do ordenamento jurídico específico de cada pessoa é uma das principais características de um país democrático de direito, a realidade essa retrata o respeito ao direito do povo à autodeterminação. Villares (2009, p. 24) enfatiza que:

O próprio Estado Democrático, ao aceitar a cultura e os sistemas jurídicos particulares de cada povo que vive sob sua proteção, ganha legitimidade, não pela força, mas pela consciência dos cidadãos de se organizarem por regras que promovam o desenvolvimento e o progresso de todos, num processo de coesão e unificação do povo.

Acontece que, os sistemas jurídicos particulares de cada povo, nem sempre houve anuência de sistemas jurídicos no Estado nacional. Os países modernos avançam a avançada do Cristianismo, almejam alcançar a unidade da humanidade e se esforçam para a mesma cultura, religião e educação para a integração dos povos no mesmo território.

Desta forma, “o Estado moderno e suas legislações sempre declinaram a possibilidade de concomitância de distintos sistemas jurídicos em um mesmo território, e acreditar que como leis nacionais sob a competência constitucional é único e ubíquo” (SOUZA FILHO, 2009, p. 71)

Nesse sentido, Silveira (2010, p. 31) acrescentou: “Comprimidos numa base territorial única, à mercê de um número étnico dominante e desprezados pelo estado que não enxerga as coletividades, essas minorias invisíveis sequer conseguem exercer o direito à autodeterminação de modo pacífico”.

Portanto, as pessoas que são consideradas como minorias imperceptíveis, têm direito à autodeterminação, porque as pessoas com diferentes línguas, crenças, costumes, tradições e culturas coexistem no mesmo território estadual, sendo importante reconhecer a pluralidade de culturas que sempre estiveram presentes no interior de estado essencial.

Cabe destacar que a identificação das desigualdades e dos direitos das minorias coopera para a formação efetiva de uma sociedade brasileira democrática e pluricultural.

Machado (2010, p. 159) entende que o multiculturalismo, como movimento social voltado para a defesa dos direitos das minorias, “[...] orienta-se no sentido de gerar mudanças nas sociedades culturalmente plurais que se representam como homogêneas e uniculturais, construindo as subjetividades dos grupos culturalmente dominados”.

Sob o favorecimento de um país democrático de Direito que tenta reavaliar o valor da Lei, é necessária uma nova ordem jurídica que leve em consideração como necessidade das minorias étnicas e, ao mesmo tempo, considerada como necessidades sociais inerentes e os conflitos de heterogêneos e países multiétnicos.

Em relação aos direitos culturais, Souza Filho (2009, p. 158-159) fez críticas relevantes sobre o alcance desses direitos e acredita que “os direitos culturais não são apenas direitos relacionados ao exercício de suas tradições, partidos políticos e alimentação, mas também é correto. As informações sobre o povo não serão ocultadas por preconceitos, desprezo e mentiras”.

Dessa forma, a Constituição Federal de 1988 reconheceu a orientação do multiculturalismo e, assim, reconheceu a diversidade cultural dos diferentes grupos sociais e étnicos que formavam a sociedade brasileira (SANTILLI, 2005).

Assim, o multiculturalismo existente nos diversos sistemas constitucionais que envolvem a proteção cultural refere-se à avaliação da forte diversidade cultural dos diferentes grupos sociais e raciais, e ao reconhecimento do papel das expressões culturais desses grupos, com o intuito de formar uma identidade cultural brasileira. Esse importante reco-

nhecimento do multiculturalismo, se almeja não só admitir as diferenças raciais, mas a superação das injustiças desinente de um Estado unilateral e homogêneo. (ALBUQUERQUE 2008, p.211)

Portanto, é uma sociedade brasileira democrática e pluralista, comprometida com o enfrentamento das diferenças das minorias étnicas, multiculturalismo, dignidade humana, liberdade e igualdade.

A importância e o significado dos direitos e garantias básicos da democracia legal em sua constituição são óbvios. Em qualquer interpretação constitucional, a indestrutibilidade passou a ser uma análise a partir do ordenamento jurídico dos direitos fundamentais como forma de protegê-lo.

Logo, pode-se perceber que os direitos humanos básicos foram além do escopo da proteção do status pessoal, alcançando assim o status normativo de filtrar os valores básicos da sociedade política e entremear todos os direitos positivos. Portanto, eles são a base do sistema jurídico de um país democrático (MENDES, 2006, p.33).

Os direitos humanos básicos são tidos como o oxigênio da constituição democrática, e sua teorização é de importância vital para apontar os rumos do país e orientar a jurisprudência em seus trabalhos de interpretação (BONAVIDES, p.340). Porque existe uma relação inerente entre direitos fundamentais e direitos humanos. O poder político pode usar o famoso conceito de democracia de Lincoln. A democracia é governo do povo, governo do povo e governo do povo (SILVA, p.126). Aqui, é entendido como um grupo de pessoas que anteriores um país. Portanto, pode-se inferir que o sistema político democrático consiste em um governo popular em benefício dos detentores de direitos básicos.

No Brasil, isso pode ser visto claramente no próprio prefácio e na arte. O artigo 1.º da Constituição da República prevê a constituição de um Estado democrático e jurídico, tendo como principal objetivo garantir o exercício dos direitos básicos, sociais e pessoais, tais como liberdade, segurança, bem-estar, desenvolvimento, igualdade e justiça com base na soberania, cidadania, dignidade humana e trabalho os valores sociais da liberdade, os irmãos da livre empresa e do pluralismo político, os valores mais elevados do pluralismo e da sociedade imparcial.

3. PRINCÍPIO DA IGUALDADE E ISONOMIA COMO UM DIREITO SOCIAL

Para Canotilho, a Constituição é um sistema normativo aberto, porém formado por duas peculiaridades: os princípios e as regras; que são laias da norma constitucional, que possuem a mesma dignidade e do mesmo arroubo de lei. Portanto, com a mesma força normativa, entretanto, manifestando nelas graus diferentes de concretização.

De acordo com Bobbio, “Embora o direito à liberdade tenha nascido contra a superpoder do Estado, está, portanto, relacionado com o propósito de limitar os direitos sociais que precisa ser realizado na prática, ou seja, de uma declaração puramente oral a uma transformação de sua proteção eficaz, pelo contrário, ou seja, a expansão dos poderes do Estado.”

Não há diferença no tratamento atualmente aplicado à igualdade de direitos no ordenamento jurídico brasileiro. Portanto, a característica de promoção da igualdade está incorporada em todo o texto da Constituição atual. Entretanto, o comportamento positivo do estado é transformar a igualdade formal em igualdade de oportunidade e tratamento. Insistimos que isso é diferente em qualidade e não discriminado. Em outras palavras, o Estado tem a obrigação de trabalhar duro para promover a criação de condições para que

todos possam se beneficiar da igualdade de oportunidades e eliminar quaisquer fontes de discriminação direta ou indireta. Isso é chamado de ação afirmativa e é entendido como uma ação positiva de ação comparado com atitudes negativas, passiva, o estado é limitado a intenções não discriminatórias.

Sobre o assunto que chamou de “Igualdade de Oportunidades”, Bobbio ensinou: “O que torna esse princípio novamente inovador nos países sociais e economicamente desenvolvidos é que esse princípio foi amplamente difundido devido à ampla divulgação do mesmo. Um conceito global de conflito social, segundo o qual toda a vida social é vista como uma grande competição por bens escassos. Essa propagação ocorre em pelo menos em duas direções:

- a) O ponto de partida deve ser preparado igualmente a todos os membros de um grupo social, e nenhuma distinção deve ser feita entre religião, raça, gênero, classe, etc.
- b) No âmbito de aplicação das regras, inclui as condições económicas e sociais mais importantes do que os jogos ou competições. (...) Em outras palavras, quando o princípio da igualdade de oportunidades é promovido a um princípio geral, visa tornar todos os membros sociedade em particular em condições de participar da vida ou conquistar uma competição é mais importante do que igualdade de status. “

O juiz italiano continuou: “Para trazer pessoas desiguais às condições iniciais no nascimento, pode ser necessário beneficiar os mais pobres e desajudar os ricos, ou seja, introduzindo artificial ou indispensavelmente, discriminações que de outra forma não existiriam. Além disso, ocorre em certas competições esportivas em que competidores menos experientes têm vantagem sobre competidores experientes. Desse modo, a desigualdade se torna uma ferramenta de igualdade pela razão simples de que corrige a desigualdade anterior: a nova igualdade é o resultado da paridade da desigualdade.

Faria não se desviou desse entendimento: “Como disse Aristóteles uma vez, os homens são iguais, mas só gozam dos mesmos direitos nas mesmas condições (...) Se a lei trata os homens em situações diferentes, não violaria a segundo expressões modernas, e mesmo salvo aqueles que são “economicamente fracos”, é completamente diferente.

Diante disso, embora este direito ainda se mantenha na primeira geração de direitos, o direito à igualdade apresenta gradativamente um contorno dos direitos sociais, ao Estado para fornecer benefícios positivos.

Quando se trata de igualdade, o elemento indispensável é justiça. Nesse sentido, as melhores doutrinas têm uma conexão inquebrável com o assunto, até o ponto de reconhecer a igualdade ou a justiça igual. Essa conexão não é estranha ao pensamento jurídico ou filosófico. A título de exemplo, é necessário lembrar-se de que Aristóteles defendeu essa forma de raciocínio. Afirmar esta ligação ideológica entre igualdade e justiça e mobilizar a expressão de Lúcia Amaral e é de bom tom analisar o pensamento de Aristóteles (ética e Nicômaco), ele inferiu que para os filósofos citados, toda justiça é igual, portanto, dois tipos de igualdade devem ser diferenciados (RAPOSO, 2004, p.242).

Portanto, existem equações absolutas, valores numéricos ou aritméticos, que impõem compensação e regularidade no processo de aquisição e troca (por exemplo, determinar o valor do preço na relação de compra e venda). Igualdade proporcional ou igual a forma geométrica, que determina a distribuição dos bens entre as pessoas, é diretamente proporcional ao valor de cada mercadoria. Aristóteles apresentou o conceito de justiça para ambos os tipos de igualdade. A igualdade chamada “aritmética” será uma característica

da justiça relativa a troca. A chamada igualdade “geométrica” ou “proporcional” em si é justiça distributiva (AMARAL, 2005, p. 170-171).

Não se deve esquecer que a valorização da igualdade requer uma análise de seus antônimos, ou seja, como as pessoas não podem falar em igualdade esquecendo as diferenças. Em relação às diferenças, vale lembrar a doutrina de Luigi Ferrajoli, para ele existem quatro maneiras em que o mundo jurídico trata das diferenças (FERRAJOLI, 199, p. 73-96).

O primeiro é ignorar a desigualdade, ou em outras palavras, seria um tratamento indiferente das diferenças. A principal crítica a esse modelo é o fato de não haver medidas de proteção a favor das minorias étnicas. Neste protótipo, as diferenças não são avaliadas nem desvalorizadas, e não são protegidas nem protegidas. Eles reprimiram, eles não se protegeram e eles não violaram, eles foram simplesmente ignorados. Além disso, o destino da divergência parece estar dotado de relações de poder. No que diz respeito à crença religiosa, as crenças dos grupos minoritários não serão protegidas por lei (MELO, 2004, p. 244/245).

A segunda forma é oposta à anterior, pois existem diferenças jurídicas em casos e circunstâncias desiguais, o que fará com que algumas pessoas sejam tratadas melhor que outras. A tendência é o reconhecimento legal das diferenças, o que parece sufocar a noção de multiculturalismo e sociedade multifacetada. Finalmente, a quarta forma é caracterizada pela igual valoração legal das diferenças. O argumento para a mobilização é que o princípio do livre desenvolvimento da personalidade deve ser respeitado. Portanto, somente quando os direitos fundamentais são conhecidos e todos os direitos fundamentais. Respeite as diferenças.

Com efeito, nas aulas de Mônica de Melo, no quarto e último modelo, as diferenças são igualmente avaliadas no direito. Este modelo baseia-se no princípio normativo da igualdade dos direitos básicos e num sistema de garantias que assegure a sua eficácia. Portanto, não podemos ser indiferentes ou simplesmente tolerar as diferenças como o primeiro modelo, todos devem garantir sua livre afirmação e desenvolvimento. O que por outro lado, é diferente do segundo modelo porque não privilegia nem distingue quaisquer diferenças, mas assume que têm o mesmo valor e pressupõe que são iguais. Finalmente, terceiro modelo separa-se na proporção em que não desatende as diferenças (MELO, 2007, p.161).

A isonomia nos direitos básicos, é o mesmo direito do proprietário de manter a identidade própria. É o valor igual associado a todas as diferenças que tornam cada pessoa diferente de todas as outras e todos iguais a todas as outras.

Por fim, ainda dentro da lógica da igualdade, com o surgimento das condições sociais, o conceito material de igualdade começa a se efetivar. Como resultado, as diferenças entre os indivíduos tornaram-se fatores relevantes para a igualdade. Portanto, as diferenças são levadas em consideração para que as pessoas possam buscar diferentes normas e tratamentos administrativos para diferentes situações específicas, sem esquecer a diversidade inerente de uma sociedade pluralista e multifacetada. Essa é a consolidação do ideal de igualdade, o que em outras palavras, em essência, esta é a primeira condição para um tratamento justo das pessoas, o que é prejudicial para a igualdade de tratamento (RAPOSO, 2005, P.574).

Se você não considerar todos os fatores acima, não pode entender o princípio da igualdade. Por outro lado, não se deve esquecer que existem muitas fórmulas para a igualdade e, em um sentido complementar, essas fórmulas podem ser utilizadas para proteger a igualdade de forma mais estrita (NAGEL, 2004, p. 33-61).



4. O DIREITO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO UM DIREITO AOS MENORES INFRATORES

A conduta da criança e do adolescente, quando coberta de ilicitude, reflete obrigatoriamente no contexto social em que vive. E, a despeito de sua maior incidência nos dias atuais, tal fato não constitui ocorrência apenas deste século, mas é nesta quadra da história da Humanidade que o mesmo assume proporções alarmantes, principalmente nos grandes centros urbanos, não só pelas dificuldades de sobrevivência como, também, pela ausência do Estado nas áreas da educação, da saúde, da habitação e, ainda, da assistência social (AMARANTE, 2002, p. 324).

Por outra parte, a falta de uma política séria em termos de ocupação racional dos espaços geográficos, a ensejar migração desordenada, produtora de favelas periféricas nas capitais dos Estados, ou até mesmo nas médias cidades, está permitindo e vai permitir, mais ainda, pela precariedade de vida de seus habitantes, o aumento, também, da delinquência infanto-juvenil (AMARANTE, 2002, p. 324).

O Ato infracional é “ação condenável, de desrespeito às leis, à ordem pública, aos direitos dos cidadãos ou ao patrimônio, cometido por crianças ou adolescentes”. Somente haverá o ato infracional se a conduta for correspondente a uma hipótese prevista em lei que determine sanções ao seu autor (AQUINO, 2012).

O Estatuto da Criança e do Adolescente conceitua em seu art. 103 o ato infracional: “Art. 103. Considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal”. Desta forma, considera-se ato infracional todo fato típico, descrito como crime ou contravenção penal (AQUINO, 2012).

Tal definição decorre do princípio constitucional da legalidade. É preciso por tanto para a caracterização do ato infracional que este seja típico antijurídico e culpável garantindo ao adolescente por um lado, um sistema compatível com o seu grau de responsabilização e por outro a coerência com os requisitos normativos provenientes da seara criminal. Assim, João Batista Costa Saraiva esclarece: “Não pode o adolescente ser punido onde não o seria o adulto” (SARAIVA 2002).

Ainda, João Batista Costa Saraiva explica:

O garantismo penal impregna a normativa relativa ao adolescente infrator como forma de proteção desta em face de ação do Estado. A ação do Estado autorizando-se a sancionar o adolescente e infligir-lhe uma medida socioeducativa fica condicionada a apuração dentro do devido processo legal que este agir típico se faz antijurídico e reprovável - daí culpável (SARAIVA 2002, p.66).

O Estatuto ao definir o ato infracional adotou um conteúdo certo e determinado, abandonando as expressões como ato antissocial, desvio de conduta e outros, de significado jurídico impreciso, afastando-se qualquer subjetivismo do intérprete quando da análise da ação ou omissão (PAULA, 2002).

Crianças e adolescentes podem praticar ações ilícitas ao preceito legal e são nomeados atos infracionais, desta forma, recebem tratamento distintos, como o disposto no art. 105 do ECA, estes somente obedecerão às medidas exclusivas previstas no art. 101 do mesmo diploma. Toda criança e adolescente recebem tratamento individualizado e especial, mesmo quando praticam condutas que sejam tipificadas no Código Penal (RAMIDOFF, 2008, 74).

Para Ramidoff:

A prática de ato infracional não se constitui numa conduta delituosa, precisamente por inexistir nas ações/omissões infracionais um dos elementos constitutivos e estruturantes do fato punível, isto é, a culpabilidade – a qual, por sua vez, não se encontra regularmente composta, precisamente por lhe faltar a imputabilidade, isto é, um elemento seu constitutivo e que representa a capacidade psíquica para regular a válida prática da conduta dita delituosa, enquanto decorrência mesmo da opção política do Constituinte de 1987/1988. Esta consignou a idade de maioridade penal em 18 (dezoito) anos, alinhando-se, assim, à diretriz internacional dos Direitos Humanos, como alternativa válida e legítima que reflete a soberania popular e a autodeterminação do povo brasileiro (RAMIDOFF, 2008, p. 75).

De acordo com o referido acima, o adolescente que praticar um ato infracional estará submetido à aplicação de uma medida socioeducativa. Veja-se a fase procedimental para apuração do ato infracional.

a) Fase Policial Conforme previsto pelo ECA em seus artigos 171 e 172, o adolescente só pode ser apreendido em duas hipóteses: por força de ordem judicial, devendo, desde logo, ser encaminhado à autoridade judiciária, ou em flagrante de ato infracional, devendo ser encaminhado à autoridade policial competente.

Em caso de flagrante de ato infracional mediante violência ou grave ameaça à pessoa, a autoridade policial deverá lavrar o auto de apreensão, ouvir as testemunhas e o adolescente, apreender o produto e os instrumentos do ato infracional e solicitar os exames ou perícias necessárias para a comprovação da materialidade e autoria da infração (art. 173 do ECA).

Para a liberação do adolescente, de acordo com o artigo 174 do ECA, deverá comparecer à Delegacia qualquer dos pais ou responsável pelo menor. O adolescente deverá assinar um termo de compromisso e responsabilidade de sua apresentação ao representante do Ministério Público no mesmo dia, ou, sendo impossível, no primeiro dia útil imediato. Porém, para os atos infracionais mais graves, o adolescente deverá permanecer sob interdição com o intuito de garantir sua segurança pessoal ou manutenção de ordem pública.

b) Atuação do Ministério Público Vide o previsto no artigo 179 do ECA, após a apresentação do adolescente, o representante do Ministério Público deverá proceder imediata e informalmente a oitiva do adolescente e, sendo possível, de seus pais ou responsável, vítima e testemunhas.

A partir disso, o representante do Ministério Público poderá promover o arquivamento dos autos, concederem a remissão, ou representar a autoridade judiciária para aplicação de medida socioeducativa (art. 180 do ECA).

c) Notificação dos Responsáveis Legais Em caso de não apresentação do jovem, o representante do Ministério Público notificará os pais ou responsável para apresentação do adolescente, podendo requisitar o concurso das polícias civil e militar (art. 179, p.º, do ECA).

d) Oitiva Informal O representante do Ministério Público é quem realiza a oitiva informal do adolescente, na presença dos pais ou responsável, podendo também estar presentes, nessa ocasião, se possível, testemunhas e a vítima

e) Fase Judicial De acordo com o artigo 184 do ECA:

Oferecida a representação, a autoridade judiciária designará audiência de apresentação do adolescente, decidindo, desde logo, sobre a decretação ou



manutenção da internação, observado o disposto no art. 108 e parágrafo. § 1º O adolescente e seus pais ou responsável serão cientificados do teor da representação, e notificados a comparecer à audiência, acompanhados de advogado. § 2º Se os pais ou responsável não forem localizados, a autoridade judiciária dará curador especial ao adolescente. § 3º Não sendo localizado o adolescente, a autoridade judiciária expedirá mandado de busca e apreensão, determinando o sobrestamento do feito, até a efetiva apresentação. § 4º Estando o adolescente internado, será requisitada a sua apresentação, sem prejuízo da notificação dos pais ou responsável.

Conforme o artigo 183 do Estatuto pode ser de quarenta e cinco dias o prazo máximo e improrrogável para a conclusão do procedimento, estando o adolescente internado provisoriamente.

Caso o adolescente resida em uma cidade onde não há estabelecimentos de internação, deverá ficar na Delegacia, em local separado dos demais presos, pelo prazo máximo de cinco dias. A defesa prévia e o rol de testemunhas deverão ser apresentados em três dias pelo advogado de defesa do adolescente (art. 186, parágrafo 3º, do ECA).

De acordo com De Plácido Silva, conceitua proteção como:

Do latim *protectio*, de *protegere* (cobrir, amparar, abrigar), entende-se toda espécie de assistência ou de auxílio, prestado às coisas ou às pessoas, a fim de que se resguardem contra os males que lhes possam advir. Em certas circunstâncias, a prostituição revela-se o favor ou o benefício, tomando, assim, o caráter de privilégio ou de regalia. Desta acepção é que se deriva o conceito de protecionismo, na linguagem econômica e tributária (SILVA, 1999, p. 1121).

Com base no conceito retro, pode-se dizer que as medidas de proteção que estão previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente são aplicadas pela autoridade competente, sejam juízes, promotores, conselheiros tutelares, às crianças e adolescentes que tiveram seus direitos fundamentais ameaçados ou violados (ZAINAGHI, 2002).

O art. 98 do ECA estabelece que:

Art. 98. As medidas de proteção à criança e ao adolescente serão aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos, nesta Lei forem ameaçados ou violados:

- I – Por ação ou omissão da sociedade ou Estado;
- II – Por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsáveis;
- III – em razão de sua conduta (BRASIL. Lei n. 8.069/90).

Na aplicação das medidas de proteção será levado em conta de acordo com o art. 100 do ECA, as necessidades pedagógicas, preferindo as que visam o fortalecimento dos vínculos familiares e sociais.

As medidas de proteção a serem aplicadas estão dispostas no art. 101 do referido Estatuto:

Art. 101. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas:

- I – Encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade;

- II – orientação, apoio e acompanhamento temporários;
- III – matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental;
- IV – Inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente;
- V – Requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial;
- VI – Inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos;
- VII – acolhimento institucional;
- VIII – inclusão em programa de acolhimento familiar (BRASIL. Lei n. 8.069/90).

Observa-se que no disposto artigo, o legislador teve a preocupação em tocar tanto na criança quando na família, pois quando uma criança/adolescente comete ato infracional, entende-se que a base familiar não está bem, não conseguindo sustentar a criança dentro da sociedade (CASSANDRE, 2008, 34).

4. CONCLUSÃO

A desigualdade social é um dos grandes problemas que afetam o desenvolvimento humano e social do nosso país. Pois ela, se torna um empecilho para se construir uma sociedade justa e igualitária, no sentido de direitos e oportunidades. Não podemos pensar uma sociedade equilibrada e que garanta uma condição de cidadania ampla, sem que se tenha a educação como uma prioridade.

A história do Brasil nos mostra que a educação não teve a atenção devida o que gerou um grande déficit e uma desigualdade absurda no que diz respeito a oportunidades e acessos, negando a grande parte da população um direito vital. Os agentes políticos, preocupados com os dilemas e lutas sociais e com o rumo político do país, como os sindicatos, os movimentos sociais e os movimentos de estudantes, acompanham as crises de perto. Tentam participar das decisões políticas acirrando antigas tensões entre o campo e a cidade, os ricos e os pobres, aguçando os conflitos não resolvidos pelo pacto social brasileiro.

Referências

- AMARAL, Maria Lúcia. **A forma da República**: uma introdução ao estudo do direito constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 170-171.
- ARISTÓTELES. **Política**. Tradução de Mário de Gama Kury. 3ª ed. Brasília: Ed. UNB, 1997.
- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7547>. Acesso em: 25 de abril 2021.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002.
- BARROSO, Luis Roberto. **Igualdade Perante a Lei**. *Revista de Direito Público*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v.19, n.78, 1986.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História Constitucional do Brasil**. 8 ed. Brasília: OAB Editora, 2006.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Aspectos da teoria geral dos direitos fundamentais**. Material da 1ª aula da

Disciplina Direitos e Garantias Fundamentais, ministrada no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Direito Constitucional – UNISUL-IDP-REDE LFG.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Habeas Corpus nº 82424/RS. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, DF, 17 de setembro de 2003. DJU em 19-03-2004. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000296878&base=baseAcordaos>. Acesso em: 24 março 2021.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1998.

COELHO, Inocêncio Mártires. **O novo constitucionalismo e interpretação constitucional**. Material da 5ª aula da Disciplina Teoria da Constituição e Hermenêutica Constitucional, ministrada no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Direito Constitucional – UNISUL-IDP-REDE LFG.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **O direito à diferença. As ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência**. 2ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

FERNANDES, Diego. **Fala sério? É proibido ser diferente?** 11ª ed. São Paulo: Canção Nova, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón – Teoría del Garantismo Penal*. 2. ed. Madrid: Trotta, 1997.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Mini Aurélio: o dicionário da língua portuguesa**. 6ª ed. Curitiba: Positivo, 2004.

MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3ª ed. 15ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MORAES, Alexandre de. **Curso de Direito Constitucional**. 15ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.

PASSOS, J. J. Calmon de. **O princípio de não discriminação**, Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 57, jul. 2002. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2990>. Acesso em: 10 abril 2021.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 2.ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Max Limonad, 2003.

PIOVESAN, Flávia. **Ações afirmativas no Brasil. Desafios e perspectivas**. In: Revista Jurídica do Ministério Público de Mato Grosso. Organização de João Batista de Almeida. Cuiabá: Entrelinhas, ano 2, v.2, nº 2, jan./jun., 2007.

RIOS, Roger Raupp. **O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual**. São Paulo: RT, 2002.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O princípio constitucional da igualdade**. Belo Horizonte: Lê, 1990.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

STEINMETZ, Wilson. **A Vinculação de Particulares a Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004.



18

**A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO
IDOSO: UMA ANÁLISE ACERCA DO CENÁRIO DA
VIOLÊNCIA CONTRA O IDOSO**

*THE REALIZATION OF THE FUNDAMENTAL RIGHTS OF THE
ELDERLY: AN ANALYSIS OF THE SCENARIO OF VIOLENCE
AGAINST THE ELDERLY*

Karoline Kelly Mota de Almeida

Resumo

Já não é de hoje que se vê o quando a pessoa idosa vem sendo maltratada, seja na forma de agressão física ou por agressões verbais. Pelos indicadores percebe-se que a cada dia esses maus-tratos aumentam, levando boa parte dos idosos a estados deploráveis de depressão e abandono, principalmente devido as violações ocorrem dentro da sua própria casa. Diante desse contexto a pergunta norteadora da pesquisa foi: Como é tratado a violência contra o idoso no âmbito jurídico? Portanto, a pesquisa teve como objetivo geral compreender a violência contra os idosos sob a luz do ordenamento jurídico e como objetivos específicos destacar os aspectos gerais sobre a população idosa, apresentando o cenário atual da violência contra os idosos, abordar o tratamento da violência contra os idosos no ordenamento jurídico brasileiro e identificar os meios de controle da violência contra os idosos. Para alcançar os objetivos propostos foi realizada uma Revisão de Literatura baseada em livros e artigos das bases de dados *Scielo* e Google acadêmico. Tem-se como principais resultados que os índices de violência contra o idoso é assustador e a maioria deles apresentam as violações de negligência, abandono, física, psicológica, sexual e financeira como as mais praticadas sobre essa faixa etária. É preciso que os idosos tenham seus direitos garantidos para poderem ser reconhecidos como pessoas, deixando apenas de existir na sociedade, mas começar a vivenciar sua plena cidadania.

Palavras-chave: Violência Contra os idosos. Ordenamento Jurídico. Enfrentamento.

Abstract

It is no longer new to see how the elderly person has been mistreated, whether in the form of physical aggression or verbal aggression. Based on the indicators, it can be seen that this abuse increases every day, leading a large part of the elderly to deplorable states of depression and abandonment, mainly due to the violations occurring within their own home. Given this context, the guiding question of the research was: How is violence against the elderly treated in the legal context? Therefore, the research had as general objective. To understand violence against the elderly in the light of the legal system and as specific objectives to highlight the general aspects of the elderly population, presenting the current scenario of violence against the elderly, to address the treatment of violence against elderly people in the Brazilian legal system and identify the means of controlling violence against the elderly. To achieve the proposed objectives, a Literature Review was carried out based on books and articles from the *Scielo* and Google academic databases. The main results are that the rates of violence against the elderly are frightening and most of them present the violations of neglect, abandonment, physical, psychological, sexual and financial as the most practiced in this age group. It is necessary that the elderly have their rights guaranteed so that they can be recognized as people, leaving only to exist in society, but starting to experience their full citizenship.

Keywords: Violence against the elderly. Legal Order. confrontation.

1. INTRODUÇÃO

O envelhecimento se dá por um processo constante de transformações ao longo do tempo. Esse processo depende de três classes de fatores principais: fisiológicos, psíquicos e sociais. São esses fatores que podem preconizar a velhice, acelerando ou retardando o surgimento e a instalação de enfermidades características da idade madura.

Em consequência desse envelhecimento populacional, o idoso tornar-se alvo da violência e a agressão a população acima de 60 anos apresenta-se de múltiplas formas, bem como na ausência de carinho, atenção, pressão psicológica, descaso e a agressão física propriamente dita. Nesse interim, ressalta-se que a violência contra os idosos é um problema social de grande proporção e a pessoa idosa torna-se mais suscetível a violência na medida em que apresenta maior dependência física ou mental.

A escolha da temática deve-se pela violência ser um problema social e jurídico de grande proporção que atinge toda a sociedade, afetando, especialmente e de forma continuada as pessoas idosas, que se tornam mais suscetível a violência na medida em que apresenta maior dependência física ou mental. Diante desse contexto, chegou-se ao seguinte questionamento: Como é tratado a violência contra o idoso no âmbito jurídico?

Para tanto, estabeleceu-se como objetivo geral compreender a violência contra os idosos sob a luz do ordenamento jurídico e como objetivos específicos destacar os aspectos gerais sobre a população idosa, apresentando o cenário atual da violência contra os idosos, abordar o tratamento da violência contra os idosos no ordenamento jurídico brasileiro e identificar os meios de controle da violência contra os idosos.

Para alcançar tais objetivos, foi realizada uma revisão de literatura baseada em livros físicos e virtuais, artigos científicos das Bases de dados SciELO, Google Acadêmico, leis e revistas especializadas do período de 2012 a 2022 que foram buscados através das palavras chaves direitos fundamentais, violência e idosos.

2. O ENVELHECIMENTO

O envelhecimento é considerado um processo biológico universal. Na maior parte dos seres vivos, e em particular nos seres humanos, este processo não permite definições fáceis, não se resumindo a um simples transcurso de tempo ou em alterações orgânicas e funcionais. Podendo, portanto, ser definido como um fenômeno natural, dinâmico, progressivo, complexo e irreversível, caracterizado por diversas manifestações nos campos biológico, psíquico, social, econômico etc. (PERRACINI; FLÓ, 2019). E essas transformações ocorrem ao longo da vida de forma diferenciada e particular a cada indivíduo.

Baseado nessa afirmação, o autor supracitado, acredita que há necessidade de se conhecer as causas determinantes das atuais condições de saúde e de vida dos idosos e das múltiplas facetas que envolvem o processo de envelhecimento, para que esse novo desafio da sociedade moderna seja conquistado por meio de ações planejadas e adequadas. Entretanto, as pessoas podem encarar o envelhecimento de várias formas. Há quem o reconheça como algo inevitável, aceitando-o como o destino da maioria das coisas com as quais estão familiarizadas e como uma consequência normal da passagem do tempo (BARSANO; GONÇALVES; BARBOSA, 2014, p. 65).

Na definição da população idosa são utilizadas algumas terminologias. A terminolo-

gia mais comum baseia-se numa abordagem cronológica pelo limite da idade, como é o caso, por exemplo, da definição da Política Nacional do Idoso (PNI) (Lei nº 8.842, de 4 de janeiro de 1994) que, no seu artigo 2º, relata: Considera-se idoso, para os efeitos desta Lei, a pessoa maior de sessenta anos de idade, ou seja, a idade de 60 anos marca o início do período convencionalizado como terceira idade (BRASIL, 1994). Já a Organização Mundial da Saúde (OMS) considera como pessoa idosa aquele habitante de país em desenvolvimento com 60 anos ou mais e, no caso do habitante de um país desenvolvido, com 65 anos ou mais (OMS, 2015).

O quantitativo de idosos no Brasil, segundo os dados mais recentes do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística IBGE (2018) são aproximadamente 21 milhões de pessoas na faixa 60 anos ou mais, representando assim 11% da população total. Dessa forma, os estudos indicam que em 2025 teremos uma população de 32 milhões de pessoas na terceira idade, isto é, com 60 anos ou mais, pontuando no *ranking* mundial a sexta posição de país com mais pessoas na longevidade. A estimativa do IBGE é de que para cada grupo de 100 jovens abaixo de 15 anos teremos 50 pessoas em idade de 65 anos ou mais.

Durante o envelhecimento, o idoso se torna mais vulnerável e a violência é um fator agravante que se vivencia na atual conjuntura, é agente de estrago de milhares de lares pelo mundo inteiro, de múltiplos problemas sociais, e de gastos sem precedência realizados pelos órgãos responsáveis pelo controle e prevenção desse fenômeno. Dessa forma, Silva e Lacerda (2015) aborda que a violência contra o idoso é uma das mais severas e desiguais formas de agressão contra um ser humano, devido uma extensa relação de desigualdade do ponto de vista físico e psicológico. Esses maus tratos ocorrem devido aos problemas auditivos, visuais, sensório motor e cognitivo, fazendo do idoso um ser totalmente indefeso diante do seu agressor.

Ressalta-se nesse interim, que atualmente existe na sociedade um jogo de interesses cuja característica é pautada por uma visão utilitarista do ser humano. Nesse contexto as pessoas são valorizadas pelo critério de ter ou de poder, mais do que pelo de ser, ou seja, o cidadão vale aquilo que possui (ROCHA; NASCIMENTO; CARVALHO, 2022). E nesse jogo de interesses, o idoso é visto como improdutivo materialmente e intelectualmente diminuído pode ser considerado uma pessoa sem utilidade, portanto, menos digno, pela sociedade e passa por situações de violência.

A violência contra o idoso não é simples de caracterizar, pois sua descrição depende de vários fatores, incluindo o contexto de ocorrência, proximidade entre vítima e agressor e várias formas de agressão (ROCHA; NASCIMENTO; CARVALHO, 2022). Por esse motivo, geralmente não há consenso quanto aos termos a serem utilizados, com uma diversidade de conceitos empregados, como “maus-tratos”, “violência” ou “abuso” e caracteriza-se por ser intencional ou não, inclui atos de omissão.

Entende-se então que a violência é um fator agravante que vivencia-se na atual conjuntura, é agente de estrago de milhares de lares pelo mundo inteiro, de múltiplos problemas sociais, e de gastos sem precedência realizados pelos órgãos responsáveis pelo controle e prevenção desse fenômeno.

Dessa forma, Silva e Lacerda (2015) aborda que a violência contra o idoso é uma das mais severas e desiguais formas de agressão contra um ser humano, devido uma extensa relação de desigualdade do ponto de vista físico e psicológico. Esses maus tratos ocorrem devido aos problemas auditivos, visuais, sensório motor e cognitivo, fazendo do idoso um ser totalmente indefeso diante do seu agressor.

Ressalta-se nesse interim, que atualmente existe na sociedade um jogo de interesses cuja característica é pautada por uma visão utilitarista do ser humano. Nesse contexto as

pessoas são valorizadas pelo critério de ter ou de poder, mais do que pelo de ser, ou seja, o cidadão vale aquilo que possui (ROCHA; NASCIMENTO; CARVALHO, 2022). E nesse jogo de interesses, o idoso é visto como improdutivo materialmente e intelectualmente diminuído pode ser considerado uma pessoa sem utilidade, portanto, menos digno, pela sociedade.

De acordo com dados disponibilizados pelo Disque 100, de 2019 para 2020 o número de chamadas para reportar algum tipo de violência contra o idoso foi de 48,5 mil para cerca de 77 mil denúncias e até o primeiro semestre de 2021, o número de denúncias registradas ultrapassou 30 mil (JORNAL DA USP, 2021).

Segundo o IBGE (apud PORTAL DO ENVELHECIMENTO, 2020, p. 01), “a violência contra idosos chega anualmente a 120 mil agressões [...]”. O Portal também destaca para todo o Brasil que: “No Correio Braziliense saiu a notícia intitulada “Agredidos dentro de casa”, a qual narrava os tipos de violência: ameaças, intimidações, tapas e empurrões [...] tudo feito pela própria família.” No momento histórico em que se vive, a quantidade crescente de idosos oferece um clima de publicação e de politização das informações sobre maus-tratos contra as pessoas idosas.

Quanto às formas, a violência contra a pessoa idosa podem exibir formas diferentes, tais como a violência física, que de acordo com Pinto, Barham e Albuquerque (2012) é a violência marcada pelo uso da força física para obrigar os idosos a fazerem o que não desejam, forçando-os ao ponto de machucá-los, em algumas vezes levando-os a morte. Esse tipo de violência pode ser manifestado de várias formas: tapas, empurrões, socos, mordidas, chutes, queimaduras, cortes, estrangulamento, lesões por arma ou objetos, obrigar a tomar medicações ou outras substâncias (álcool ou drogas) desnecessárias ou inadequadas, tirar de casa a força, amarrar, arrastar, arrancar a roupa, abandonar em lugares desconhecidos.

Outra forma é a violência psicológica ou emocional, que corresponde às agressões verbais ou gestuais, com o objetivo de causar medo e insegurança ao idoso (MASCARENHAS *et al.*, 2010). Incluem-se como exemplos: insultos constantes, terror, humilhações, desvalorização, chantagem, isolamento de amigos e familiares, ridicularização, rechaço, manipulação afetiva, exploração, ameaças, privação arbitrária da liberdade (impedimento de trabalhar, cuidar da aparência pessoal).

Já a violência sexual ou abuso sexual, refere-se a ações voltadas à excitação, relações sexuais ou práticas eróticas através da higiene, violência ou ameaças (CARVALHO, 2011). Esses abusos visam obter excitação, relação sexual ou práticas eróticas por meio de aliciamento, violência física ou ameaças.

Por sua vez, a violência econômico-financeira, baseia-se na exploração ilegal com ou sem o consentimento da pessoa idosa em visão de recursos financeiros e patrimoniais. Esse tipo de abuso ocorre, principalmente, no âmbito familiar, podendo também acontecer em instituições de longa permanência (MACHADO, 2013). Inclui roubo, distribuições de bens pessoais (roupas, objetos, documentos, animais de estimação) ou de bens da sociedade conjugal (residência, móveis, utensílios domésticos, terras), recusa a participar nos gastos básicos para a sobrevivência do núcleo familiar, uso de recursos econômicos da pessoa idosa, tutelada ou incapaz, destinando-se de gerir seus próprios recursos e deixando-a sem provimento e cuidados.

Já a negligência, refere-se a recusa ou omissão de cuidados devidos e necessários aos idosos, por parte dos responsáveis familiares (SILVA; LACERDA, 2015). Como exemplo tem-se o não provimento de alimentos adequados, roupas limpas, moradia segura, descuido com a saúde, a segurança e a higiene pessoal, administração de medicamentos por familiares, cuidadores e/ou profissionais, de forma indevida (aumento, diminuição ou exclusão de dose e/ou medicamentos). A negligência é uma das formas de violência contra os ido-

sofres mais presentes no Brasil. Ela se manifesta, frequentemente, associada a outros abusos que geram lesões e traumas físicos, emocionais e sociais, em particular, para as que sofrem as negligências.

E por fim, a autonegligência, ocorre quando a pessoa idosa ameaça sua própria saúde ou segurança, pela recusa de prover ou receber cuidados necessários a si mesmo (MASCARENHAS *et al.*, 2010). A violência perpetua mudanças na situação de vida do idoso, gerando medo e preocupações com sua segurança, diminuindo qualidade de vida, autoeficácia e confiança nos outros, bem como produzindo lesões, deficiências, desfigurações ou até morte, particularmente como resultado de violência física. Uma das causas apontada como segundo lugar é a própria cultura negligente, cuja maior expressão são os asilos de idosos (ROCHA; NASCIMENTO; CARVALHO, 2022). A grande maioria sem nenhuma estrutura para abrigar esses idosos em que são comuns maus tratos por falta de preparo profissional para lidar com essa população, falta de alimentos e cuidados médicos específicos.

Outra causa apontada é o desconhecimento da população e mesmo do idoso sobre seus direitos, seguido da negligência para com as leis que protegem e respaldam o idoso no Brasil (SILVA; DIAS, 2016). Assim, é comum ver o idoso vítima de abuso em empresas de transporte, financiamentos, e outros, devendo haver mais rigidez na aplicação das políticas públicas.

Vale destacar nessa discussão que a situação econômica, pois, a grande maioria dos agressores vivem com as vítimas e dependem delas financeiramente o que fortalece a ideia de que o fato econômico está associado ao abuso (SILVA; DIAS, 2016). Isso porque muitos idosos, apesar de terem aposentadoria, está se torna insuficiente e necessita assim que seus filhos ou parentes complementem sua renda. Também existem idosos que são a única fonte de renda da família, entretanto, ainda assim, são vítimas da violência, pois, convivem em um ambiente estressante causado pelo desemprego de outros familiares aliados ao desrespeito que, infelizmente tem se tornado comum pela sociedade brasileira.

3. O TRATAMENTO DA VIOLÊNCIA CONTRA OS IDOSOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Nos últimos anos, no Brasil, surgiram dispositivos legais que asseguram os direitos dos idosos, a exemplo da Constituição Federal de 1988, Política Nacional do Idoso, Lei Orgânica de Assistência Social e Estatuto do Idoso, e juntos com esses dispositivos, também surgiram instituições próprias para denúncias das violências aos idosos, como Delegacia do Idoso, Promotoria de Defesa do Idoso, Vara do Idoso e Conselhos de Direitos do Idoso.

A criação e proliferação das leis de amparo em favor do segmento mais velho da população brasileira iniciaram-se com a Constituição Federal de 1988. O artigo 1º, incisos II e III, refere-se aos direitos fundamentais, tendo como fundamento a cidadania e a dignidade humana. No Título II, trata dos Direitos e Garantias Fundamentais do cidadão e no Artigo 5º cita que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, e à propriedade” (BRASIL, 1988).

No Artigo Art. 60 estabelece que “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição” (BRASIL, 1988).

O artigo 3º dispõe sobre a proibição de quaisquer tipos de preconceito, e com relação ao idoso, dizendo que a idade não deve ser fator restritivo ao Princípio do Estado de Direito. A Constituição Federal estipula que um dos objetivos fundamentais da República é o de

promover o bem de todos, sem preconceito ou discriminação em face da idade do cidadão (bem como de origem, raça, sexo, cor e qualquer outras formas de discriminação (art. 3º, inciso IV) (BRASIL,1988).

A História dos Direitos Especiais aos Idosos no Brasil perpassa por vários estágios, mas iniciou-se de forma mais efetiva a partir da Lei nº 8.842/94, que institui a Política Nacional do Idoso. Em 2003, após sete anos tramitando no Congresso, nasce a Lei nº 10.741, o Estatuto do Idoso, aprovado em setembro de 2003 e sancionado pelo presidente da República no mês seguinte, ampliando os direitos dos cidadãos com idade acima de 60 anos (BRASIL, 2003).

Os atos de violência contra as pessoas idosas são abominados pela sociedade, tendo a Lei Nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, em seu art. 99, determinando a punição para aquele que cometer tal crime contra a pessoa idosa. Este mesmo artigo ainda ressalta um possível conceito do que venha a ser o crime de maus tratos, afirmando que se dá a partir do momento que o idoso passa a ser exposto a qualquer tipo de perigo que possa vir a prejudicar a sua saúde ou mesmo a sua integridade física ou emocional (BRASIL, 2013). Portanto, o Estatuto do Idoso, visando a garantia da dignidade ao idoso, “veio em boa hora, com o objetivo de dar continuidade ao movimento de universalização da cidadania, levando até o idoso a esperança de que seus anseios e necessidades estão de fato garantidos” (OLIVEIRA, 2018, p. 25).

Na apresentação do Estatuto do Idoso (BRASIL, 2013, p. 5) está claro e evidente que:

O envelhecimento é um direito personalíssimo e a sua proteção, um direito social, e é dever do Estado garantir à pessoa idosa a proteção à vida e à saúde mediante a efetivação de políticas públicas que permitam um envelhecimento saudável e em condições de dignidade.

Assim, ao se analisar os direitos básicos da pessoa idosa, a proteção aos direitos básicos ganha um novo e maior significado, pois além de a Constituição de 88 explicitar os direitos básicos da pessoa idosa, esses estão no Estatuto da Pessoa Idosa, mais precisamente no art. 2º:

Art. 2º: O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade (BRASIL, 2013a, p. 7).

Observando atentamente o Estatuto do Idoso, pode-se destacar vários direitos fundamentais, como, por exemplo, os direitos à vida, liberdade, dignidade e respeito; direitos voltados à alimentação, saúde, educação, cultura, esporte e lazer; direitos à profissionalização, trabalho, previdência social, assistência social, habitação e transporte.

Art. 3º É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária (BRASIL, 2013a, p. 8).

Para uma reflexão sobre esses direitos, tem-se as palavras das pesquisadoras Souza e

Vilione (2019, p. 3, grifo nosso):

Se considerarmos o atual cenário de desmonte dos direitos sociais – projeto de congelamento dos gastos sociais; reformas trabalhista e previdenciária; precarização, privatização e filantropização – torna-se evidente que todas as pessoas idosas vivenciam a violação de um ou mais de seus direitos fundamentais. Lembramos que ao considerar simplesmente o direito ‘à vida’ ou ‘à liberdade’, já nos deparamos com um universo infinitamente complexo.

Rezende (2020) ressalta que a violência contra o idoso deve ser apreendida como uma grave violação dos direitos humanos, pois o art. 4º estipula que nenhum idoso se tornará qualquer forma de negligência, discriminação, violência, crueldade ou ser objeto de opressão. E, qualquer violação dos seus direitos, seja por ato ou omissão, será punido por lei.

O art. 9º remete à vida e à saúde, através de políticas públicas que de fato visem a promoção da dignidade da pessoa idosa enquanto ser humano: O artigo estabelece que “[...] é obrigação do Estado, garantir à pessoa idosa a proteção à vida e à saúde, mediante efetivação de políticas sociais públicas que permitam um envelhecimento saudável e em condições de dignidade [...]” (BRASIL, 2003 p.10). Contudo, embora a lei coloque o Estado com essa obrigação de garantir condições para um envelhecimento saudável e o idoso viver em plena dignidade, não determina objetivamente quais as condições devem ser satisfeitas pelo Estado (SILVA; DIAS, 2016).

A garantia de acompanhamento do idosos quando esse estiver em internações hospitalares, está garantido através do art. 16. Vale ressaltar que antes dessa lei, quem acompanhava o idoso eram os próprios funcionários das instituições hospitalares, e a partir dela, com o artigo deixa claro e evidente que o dever da instituição é de fornecer “[...] as condições adequadas para a sua permanência em tempo integral”, e por isso é obrigatório que alguém da família (ou um responsável) esteja sempre como acompanhante. Contudo, pode ocorrer que a família do idoso não tenha condições de possuir alguém como acompanhante, e nesse caso, a instituição hospitalar pode ser acusada de abandono do idoso.

Os arts. 43 e 44, remetem às medidas de proteção quando essas forem ameaçadas ou violadas: Art. 43º: As medidas de proteção ao idoso são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados: I – por ação ou omissão da sociedade ou do Estado; II – por falta, omissão ou abuso da família, curador ou entidade de atendimento; III – em razão de sua condição pessoal. [...] Art. 44º: As medidas de proteção ao idoso previstas nesta lei poderão ser aplicadas, isolada ou cumulativamente, e levarão em conta os fins sociais a que se destinam e o fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários (BRASIL, 2003, p. 27-28).

Vale ressaltar que ao se mencionar sobre os crimes contra o idoso, o Estatuto do Idoso (BRASIL, 2003) traz 15 crimes em espécie, nos seus arts. 96 a 109, a saber:

Art. 96 - Discriminação à pessoa idosa; ü Art. 97 - Omissão de socorro; ü Art. 98 - Abandono de idoso; ü Art. 99 - Maus-tratos; ü Art. 100 - Discriminação em razão do trabalho (incisos I e II); ü Art. 100 - Retardar ou deixar de prestar assistência à saúde do idoso sem justa causa (inciso III); ü Art. 101 - Descumprir, retardar ou frustrar a execução de ordem judicial; ü Art. 102 - Apropriação Indébita; ü Art. 103 - Negativa de acolhimento; ü Art. 104 - Retenção de documentos; ü Art. 105 - Propaganda depreciativa; ü Art. 106 - Induzimento ou outorga de procuração; ü Art. 107 - Coação de atos civis; ü Art. 108 - Lavratura de ato notarial sem representação; ü Art. 109 - Impedir ou embaraçar a fiscalização.

Os crimes previstos no Estatuto têm como pena máxima 4 (quatro) anos, o que se pode aplicar a Lei N° 9.099/95 e subsidiariamente o Código Penal e Código de Processo Penal, no que couber. Nota-se que a pena máxima não supera quatro anos e o procedimento é o que está previsto na Lei Federal N° 9.099/95, que dispõe sobre os Juizados Especiais Criminais. Portanto, traz duas possibilidades: a primeira traz maior celeridade na solução desses crimes e maior possibilidade de composição social; a outra é o benefício do réu com oportunidade concreta de liberdade como a transação e a suspensão condicional da pena (SANTANA, 2015).

Todos os crimes são de ação penal pública incondicionada, a qual não há necessidade de autorização da vítima, não depende da vontade do idoso agredido, pois muitas vezes o agressor é parente da vítima ou possui alguma relação de afetividade com essa (SANTANA, 2015). Portanto, quando há qualquer tipo de violência contra o idoso. Santana (2015) salienta ainda que a implementação do Estatuto do Idoso, em seu art. 19, exige que os casos suspeitos ou confirmados de maus-tratos a idosos sejam denunciados aos seguintes órgãos: autoridades policiais, Ministérios Públicos ou Conselhos Estaduais e Municipais do Idoso. Vale ressaltar, portanto, que o Estatuto do Idoso representa um avanço na defesa dos direitos humanos, pois em muitos casos tem se tornado eficaz no estabelecimento de direitos e obrigações e na imposição de sanções àqueles que violam esses direitos.

4. MEIOS DE CONTROLE DA VIOLÊNCIA CONTRA OS IDOSOS

Todas as formas de violência precisam ser enfrentadas, o maior antídoto contra a violência é a ampliação da inclusão na cidadania. Como prevê o Estatuto do Idoso, todas as formas de aumentar o respeito, todas as políticas públicas voltadas para sua proteção, cuidado e qualidade de vida precisam considerar a participação dos idosos, grupo social que desponta como ator fundamental na trama das organizações social do século XXI (MINAYO, 2014).

Os casos de violência contra o idoso devem ser denunciados nos seguintes locais: Delegacia Especializada do Idoso, Centro de Referência do Idoso, Delegacias Policiais, Conselho Municipal dos Direitos da Pessoa Idosa, Conselho Municipal de Saúde, Centro de Referência da Assistência Social, Ministério Público e IML.

Os principais meios de combater a violência contra os idosos, primeiramente é através das denúncias que podem ser realizados nas delegacias de proteção ao idoso (SILVA; DIAS, 2016). Os principais procedimentos desenvolvidos na delegacia são: auto de prisão em flagrante, mandado de busca e apreensão, intimações, oitivas, mediações de conflitos, encaminhamento para a rede, escolta do setor psicossocial feita pelos investigadores.

A Delegacia de Polícia de Proteção ao Idoso têm por atribuições, concorrentemente com as demais unidades policiais civis, o atendimento, em suas respectivas áreas de atuação, de pessoas idosas, que demandem auxílio e orientação, e seu encaminhamento, quando necessário, aos órgãos competentes (KERCHE, 2014).

O Ministério Público é um órgão importante para a sociedade e da política brasileira. É uma das maiores instituições criada através da Constituição Federal de 1988 (KERCHE, 2014, p.115). Sua autonomia, instrumentos de poder e ampla gama de atribuições foram designados a partir da nova CF 1988. É responsável por questões fundamentais no país como: questões trabalhistas, ambientais, econômicas, entre outras como a violência contra os idosos. É um órgão Estatal que tem como função garantir a aplicação da lei, pela ordem jurídica e pelo Estado democrático de direito com objetivo de defender os direitos

da sociedade (MPMA, 2020).

É da sua responsabilidade, por ser um agente de desenvolvedor a serviço da cidadania, dos interesses sociais e da democracia, executa ações de garantia da lei, como nos casos de violência contra os idosos garantidos pela CF 1988 e lei específicas.

O Centro Integrado de Apoio a prevenção da Violência contra o idoso (CIAPVI), que é um projeto de iniciativa da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, em parceria com a Defensoria Pública dos estados (MARANHÃO, 2022). Essas são compostas por assistentes sociais e psicólogos que fazem escuta qualificada das demandas dos idosos, e faz todos os dias, várias sessões de mediação visando pacificar conflitos e garantir a restauração dos direitos da pessoa idosa, sem a necessidade de entrar com a ação judicial.

Outro órgão que atua no controle da violência contra os idosos é a Promotoria de Justiça de Defesa ao Idoso que segundo o art.74, inciso VIII do Estatuto do Idoso ressalta que compete ao Ministério Público, zelar pelo efetivo respeito aos direitos e garantias legais assegurados ao idoso, promovendo as medidas judiciais e extrajudiciais cabíveis (MARANHÃO, 2022).

Também a Resolução nº 27/105 CPMP descreve em seu art. 6º-A as atribuições das promotorias especializadas em todas as comarcas do Estado e que em relação a defesa dos idosos:

Conhecer dos fatos lesivos a interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis ou homogêneos do idoso, tipificado na Lei nº 10.741/2003 e outros normativos específicos, objetivos de representações, inquéritos e notícias de fato, sem prejuízo da iniciativa de ofício, promovendo-lhes a apuração por instauração dos procedimentos administrativos pertinentes e respectivas ações penais e civis públicas, bem como officiar nas ações coletivas de terceiros de igual naturalidade, providenciando o seu cumprimento. Promover ações civis de improbidade administrativa por fatos sem repercussão no patrimônio público material apurados em autos da especialidade em que officie (MARANHÃO, 2022).

As principais atividades desenvolvidas na Promotoria de Justiça de Defesa ao Idoso são: atendimento das partes (do próprio idoso, familiar, vizinho, amigos, recebimento das demandas e registros dos atendimentos no Núcleo de Triagem da Promotoria, solicitação de abrigo ou instalação de longa permanência em casos de idosos sem referência familiar ou vítimas de violência ou situação de vulnerabilidade social ou risco, instauração de inquéritos policiais, promoção de ações penais nos casos de indícios de crimes contra a pessoa idosa, encaminhamento para rede de proteção de idosos (Assistente Social, Secretarias, Assistente Social, CREAS, CRAS, CIAPVI), inspeções nas residências dos idosos e nas instalações de longa permanência.

Outro marco importante foi a implantação do Módulo Idoso do Disque Direitos Humanos - DDH 100, pelo Governo Federal em 2011. Este canal é de fundamental importância para a realização de denúncia de todo tipo de violação à pessoa idosa. Minayo (2013, p. 65) destaca que “[...] a partir de então, vêm aumentando as chamadas a esse órgão que não apenas acolhe o pedido de socorro, como encaminha os casos para que sejam solucionados por instituições competentes”.

Sobre o Disque 100, Rocha et al. (2018, p. 82) ressaltam: O Disque Direitos Humanos – Disque 100 se constitui em um canal de comunicação da sociedade com o Poder Público – Ouvidoria Nacional de Direitos Humanos – visando à resolução de conflitos quando há

suspeita de violações de direitos. O serviço de atendimento telefônico gratuito funciona 24 horas todos os dias da semana. As denúncias são analisadas e encaminhadas aos órgãos responsáveis. É importante frisar que as denúncias e notificações registradas no Disque 100 são apenas algumas das muitas maneiras de violência vivenciada pelo idoso no seu dia a dia, a diferença está que a partir desse momento, tornaram-se públicas. Embora volta-se a destacar que o número de casos é maior, e muitas denúncias não são realizadas por ser praticadas por próprios membros da família.

Muitos estudos propõem alternativas para reduzir a incidência das vulnerabilidades, conferindo proteção e maior promoção do bem-estar à população idosa.

São recomendadas, por exemplo, manter atitudes positivas, ativas e produtivas, sendo importantes a reabilitação e a educação permanente. A educação nos idosos tem o propósito de capacitá-los a aumentar o nível de alerta para situações de exploração, tomando atitudes preventivas. Auxilia também na aprendizagem de estratégias que os ajudarão a lidar com situações de agressão, cada vez mais frequentes na sociedade. Manter-se ativo, física, psicológica e mentalmente, desperta nos idosos maior percepção de sinais óbvios de exploração, soando o alarme para não serem manipulados ou enganados.

Camarano (2010) propõe como medidas para prevenção da exclusão social: prolongar as atividades e relacionamentos familiares, comunitárias e núcleo social; manter programas de orientação aos familiares; prover tratamento psicológico e psiquiátrico, principalmente àqueles que têm ideação persistente de suicídio; dar atenção especial aos idosos mais velhos que apresentam maiores vulnerabilidades; identificar e tratar os principais riscos que podem acometer os idosos.

No contexto da comunidade, promover o desenvolvimento social, criando comunidades dinâmicas, participativas, politicamente responsáveis, de modo a manter ajustadas as necessidades sociais e recursos. Incluir projetos que motivem os idosos a continuar participando da vida familiar e comunitária e melhorar sua qualidade de vida. Organizar a comunidade implica na promoção de mudanças, com o objetivo de reformular as atitudes da sociedade e prevenir comportamentos criminosos e suas consequências.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa teve como objetivo compreender a violência contra os idosos sob a luz do ordenamento jurídico. Para tanto foi realizado abordou-se primeiramente sobre o processo de envelhecimento e os principais aspectos envolvidos nesse processo.

Em um segundo momento, foi apresentado os dados da violência contra os idosos e foi possível constatar que a família deveria ser a principal protetora dos idosos e, portanto, vital para o cuidado dos idosos, contudo, esses cuidados não atingem todos os idosos e muitos passam por vários tipos de violências, entres elas a negligência, abandono, física, psicológica, sexual e financeira.

É importante destacar que os idosos têm a seu favor no que se refere a violência e outros aspectos, o Estatuto do Idosos. Em suma, diante dessa realidade, que a sociedade civil, tanto a esfera privada quanto a pública, em todas as áreas (saúde, social, jurídica, religiosa e educacional) lutem por dar condições que favoreçam um envelhecimento saudável, pois ainda é grande a necessidade de cooperação social para enfrentar os sentimentos e necessidades dessa faixa etária.

Em conformidade com a pesquisa realizada, pode-se considerar que apesar de políticas e direitos garantidos ainda há muita violência e maus-tratos contra os idosos no Brasil.

Vê-se muitos casos de violações de direitos aos idosos retratados pela imprensa, o descaso com a terceira idade testemunhada nos órgãos prestadores de serviços públicos e o amesquinamento da renda familiar em função de abusos financeiros são exemplos do quadro vivenciado em nosso e que precisa ser urgentemente revertido.

Referências

- BARSAÑO, Paulo Roberto; BARBOSA, Rildo Pereira; GONÇALVES, Emanuela. **Evolução e envelhecimento**. 1. ed. -- São Paulo: Erica, 2014.
- BRASIL. **Lei n. 8.842, de 04 de janeiro de 1994**. Dispõe sobre a Política Nacional do Idoso, cria o Conselho Nacional do Idoso e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1994.
- BRASIL. **Lei Nº 12.461, de 26 de julho de 2011**. Altera a Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, para estabelecer a notificação compulsória dos atos de violência praticados contra o idoso atendido em serviço de saúde.
- BRASIL. Ministério da Saúde. Estatuto do Idoso. 3.ed., 2. reimpr. Brasília: Ministério da Saúde, 2013.
- CAMARANO, A. A. (Org.). **Cuidados de longa duração para a população idosa: um novo risco social a ser assumido?** Rio de Janeiro: IPEA, 2010.
- CARVALHO, Maria Irene Lopes. Violência Sobre as Pessoas idosas e Serviço Social. **Revista Kairós Gerontologia**.
- COSTA, Ruth Corrêa da. **A Terceira Idade hoje: sob a Ótica do Serviço Social**. Canoas: ULBRA, 2013. p. 31.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). Rio de Janeiro: IBGE, 2018.
- JORNAL DA USP. **Aumento de casos de violência contra idosos demonstra falta de políticas públicas**.
- KERCHE, Fábio. O Ministério Público no Brasil: relevância, característica e agenda para o futuro. **Revista USP**. São Paulo, n.101, p. 103-120, Maro-abril de 2014.
- MACHADO, L. **Negligência e maus-tratos**. Rio de Janeiro: Koogan, 2013.
- MINISTÉRIO PÚBLICO DO MARANHÃO (MPMA). As origens do Ministério Público. **Site**.
- OMS. Organização Mundial de Saúde. **Relatório Mundial de Envelhecimento e Saúde**. Genebra: OMS, 2015.
- PORTAL DO ENVELHECIMENTO E LONGEVIVER. Violência financeira conta o idoso e a recomendação 46/2020 do CNJ. **Site**. Disponível em: [https://www.portaldoenvelhecimento.com.br/?s=Violencia contra o idoso e a recomendação do CNJ](https://www.portaldoenvelhecimento.com.br/?s=Violencia%20contra%20o%20idoso%20e%20a%20recomenda%C3%A7%C3%A3o%20do%20CNJ). Acesso em: 06 de abril de 2022.
- SANTANA, Inayara Oliveira de. **Violência urbana e suas implicações na qualidade de vida de pessoas idosas**. 252 f. Tese (Doutorado em Psicologia Social) – Universidade Federal da Paraíba; João Pessoa-PB, 2015.
- SILVA, Elaine Alves de Oliveira.; LACERDA, Ângela Maria Gomes de Almeida. A violência e os maus-tratos contra a pessoa idosa. **Fragmentos de Cultura**, v. 17, n. 3/4, p. 239-255, 2015.
- SILVA, Cirlene Francisca Sales; DIAS, Cristina Maria de Souza Brito. Violência Contra Idosos na Família: Motivações, Sentimentos e Necessidades do Agressor. **Psicologia: Ciência e Profissão**, v. 36, n. 3, p. 637-652, jul./set. 2016b.
- MACHADO, Ana Karina Cruz. Direito do idoso, marco legal e mecanismo de efetivação: um enfoque na realidade do município de Natal/RG. 2013. **Site**. Disponível em: <http://www.editorajc.com.br>. Acesso em 05.set. 2022.
- MASCARENHAS, Márcio Dênis Medeiros et al. Violência contra a pessoa idosa: análise das notificações realizadas no setor saúde, Brasil, 2010. **Ciência & Saúde Coletiva**, 17(9):2331-2341, 2012.
- MARANHÃO. Ministério Público. Procuradoria Geral de Justiça. **Resolução nº 27/2015, de 26 de março de 2015**. Descreve, com acréscimo do artigo 6º-A à Resolução nº 02/2009-CPMP, as atribuições próprias do âmbito das Promotorias de Justiça Especializadas e dá outras providências.
- MINAYO, Maria Cecília de Souza. **Manual de enfrentamento à violência contra a pessoa idosa: é possível prevenir; é necessário superar**. Brasília-DF: Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, 2014.
- PERRACINI, Monica Rodrigues; FLÓ, Claudia Maria. **Funcionalidade e envelhecimento**. 2. ed. - Rio de Janeiro:

ro: Guanabara Koogan, 2019.

PINTO, Francine Nathálie Ferraresi Rodrigues; BARHAM, Elizabeth Joan Barham, ALBUQUERQUE, Paloma Pegolo de Albuquerque. Idosos vítimas de violência: fatores sociodemográficos e subsídios para futuras intervenções. **Estudos e pesquisas em Psicologia**.

ROCHA, Chárliton Silva, NASCIMENTO, Eliane Leles, CARVALHO, Geraldo Guilherme Ribeiro de. Violência contra idosos durante a pandemia de covid-19 no brasil violence against the elderly during the covid-19 pandemic in brazil. **Revista Multidisciplinar do Nordeste Mineiro**.

ROCHA, Regina da Cunha et al. Violência velada e revelada contra idosos em Minas Gerais-Brasil: análise de denúncias e notificações. **Saúde Debate**, Rio de Janeiro, v. 42, n. especial 4, p. 81-94, dez. 2018.

SANTANA, Inayara Oliveira de. **Violência urbana e suas implicações na qualidade de vida de pessoas idosas**. 252 f. Tese (Doutorado em Psicologia Social) – Universidade Federal da Paraíba; João Pessoa-PB, 2015.

SILVA, Francisca Sales da Silva; DIAS, Cristina Maria de Souza Brito. Violência contra idosos: perfil sociodemográfico dos familiares agressores, tipos de violência impetrada e motivações para sua ocorrência. **Revista Eletrônica Gestão & Saúde**.





19

**O SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO E A
RESSOCIALIZAÇÃO DO APENADO**

*THE BRAZILIAN PRISON SYSTEM AND THE RE-
SOCIALIZATION OF THE CONVINCED*

Erick Ribeiro Costa Beckman

Resumo

O presente trabalho tem como objetivo analisar a ressocialização do preso frente ao sistema penitenciário brasileiro. Para tal, foi feito um resgate da história das prisões no Brasil, abordando sobre a falta de dignidade, trabalho, educação e a violência cometida dentro das penitenciárias. Em seguida é analisada a Lei de execução penal, buscando os objetivos e finalidades desta. Será tratado em especial a ressocialização do preso, o egresso e o mercado de trabalho, analisando se detentos, após cumprirem suas penas, voltam a cometer crimes e os motivos. Serão elencadas algumas soluções para o problema tal como a ressocialização. A pesquisa demonstra que o trabalho é de extrema importância para a ressocialização do preso. Além de dar ao ex-detento a oportunidade de ter uma ocupação digna, lhe dará a chance de aprender algum ofício que pode ser de grande valia para sua carreira profissional quando estiver fora do sistema penitenciário. Depois dessas análises, concluo que o melhor caminho para a ressocialização da população carcerária no Brasil é proporcionar atividades úteis, ocupando o tempo dessas pessoas que estão isoladas da sociedade, mas que continuam ligadas ao mundo externo de forma nociva.

Palavras-Chave: Trabalho, Ressocialização, Detento.

Abstract

The present work aims to analyze, consists of the rehabilitation of the prisoner in front of the Brazilian penitentiary system. To this end, a rescue of the history of prisons in Brazil was made, addressing the lack of dignity, work, education, and violence committed within penitentiaries. Next, the Criminal Enforcement Law is analyzed, seeking its objectives and purposes. The rehabilitation of the prisoner, the egress and the labor market will be dealt with, analyzing whether detainees, after serving their sentences, return to committing crimes and the reasons. Some solutions to the problem such as resocialization will be listed. The research demonstrates that the work is extremely important for the rehabilitation of the prisoner. In addition to giving the former prisoner the opportunity to have a dignified occupation, it will give him the chance to learn a trade that can be of great value for his professional career when he is outside the penitentiary system. After these analyses, I conclude that the best way to re-socialize the prison population in Brazil is to provide useful activities, occupying the time of these people who are isolated from society, but who remain connected to the outside world in a harmful way.

Keywords: Work, Resocialization, Detainee.



1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo mostrar como a atual situação carcerária brasileira está em crise devido as condições presentes no sistema carcerário. Investigando alguns motivos ao decorrer da pesquisa será demonstrado também como o Brasil busca caminhos para a ressocialização dos presos. Primeiramente vamos analisar como o Brasil busca caminhos para a ressocialização do apenado, e depois mostraremos a evolução das penas com o decorrer do tempo.

Abordaremos também sobre os principais problemas enfrentados no sistema carcerário, como por exemplo, a superlotação. Por fim, mostraremos como o país atua na ressocialização por meio de projetos e trabalhos dentro das unidades prisionais. A educação é o principal meio de ressocialização dos presos e é um direito de todos e dever do Estado garantir o acesso a todos que desejam estudar. De acordo com o artigo 205 da Constituição Federal 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.

Ao ser preso uma pessoa só perderá o direito à liberdade, tendo assim todo os demais direitos fundamentais garantidos visto que o objetivo da execução penal é punir e ressocializar no mesmo tempo. Porém devido a maioria dos presídios não possuírem uma boa estrutura e sofrerem com a superlotação, estruturas precárias, sem nenhuma condição de saúde e higiene, violando diversos direitos e garantias previstas no ordenamento jurídico pátrio acabam dificultando todo o processo de ressocialização.

Devido à crise no Sistema Prisional as garantias fundamentais e os Direitos em certas situações não chegam a todos, levando em consideração o grande número de pessoas em cárcere hoje é insuficiente ter um acompanhamento para todos. O processo de ressocialização visa dá ao apenado um suporte para poder reintegrá-lo a sociedade buscando compreender quais motivos os levaram a cometer aqueles delitos e porque na maioria das vezes levam a reincidência, buscando dar a eles uma chance de mudar. Outro problema que interfere na ressocialização é a violência dentro das prisões já que a maioria é dominada por facções e com isso o detento é obrigado a seguir regras ditadas para sobreviver lá dentro e assim evitar que sofram violência física, abuso sexual, espancamentos ou mortes.

Por conseguinte, como objetivo geral do presente trabalho busca-se ratificar e citar o sistema carcerário brasileiro de modo geral adentrando no contexto histórico das penas e abordando as adversidades da ressocialização dos reclusos dentro do sistema prisional com ênfase no processo pontuando que o sistema carece de elementos básicos para essas transições.

Este estudo procedeu-se a uma revisão sistemática da literatura por meio de pesquisa de artigos e sites. Possuindo como base o procedimento teórico de pesquisas já realizadas fazendo-se uma análise das medidas tomadas conforme o tema do presente artigo. As avaliações para a seleção dos artigos se consistiram na escolha de trabalhos já realizados e publicados em periódicos nacionais e internacionais que abordaram o tema tratado no presente trabalho.

2. A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS PENAS

Segundo Damásio de Jesus, o conceito de pena se solidifica pela seguinte afirmação: “a sanção aflitiva imposta pelo Estado, mediante ação penal, ao autor de uma infração (penal), como retribuição de seu ato ilícito, consistente na diminuição de um bem jurídico, e cujo fim é evitar novos delitos” (JESUS, 2015, p.563).

Por outro lado, Fernando Capez conceitua que a pena é:

a sanção penal de caráter aflitivo, imposta pelo Estado, em execução de uma sentença, ao culpado pela prática de uma infração penal, consistente na restrição ou privação de um bem jurídico, cuja finalidade é aplicar a retribuição punitiva ao delinquente, promover a sua readaptação social e prevenir novas transgressões pela intimidação dirigida à coletividade” (CAPEZ, 2007, p.538).

Nos primórdios da humanidade as penas possuíam um caráter desumano e punitivista, onde era adotada a prática da morte como forma necessária para punir quem havia cometido algum crime.

Tal fato se baseia na “Lei de Talião” criada pelo rei Hamurabi, no século XVIII a.C, na Mesopotâmia a qual se destacou pelo exposto “olho por olho, dente por dente”. Assim, o indivíduo que praticava algum delito estava submetido a sofrer as mesmas consequências de suas atitudes.

Por meio deste código podem-se citar os artigos 196 e 200 que retratam a aplicação da *lex talionis* (Código de Hamurabi) na qual se cita que o sujeito deveria ser responsabilizado de forma igual ao seu ato ilícito.

Nas palavras de Ronaldo Leite Pedrosa (Direito em História, 2002), a “Lei de Talião” que significa “lei do tal qual”, foi a mais relevante disposição normativa do Código de Hamurabi pois repercutiu historicamente sendo capaz de atravessar fronteiras e séculos alcançando várias civilizações”.

Posteriormente, o tempo do Código de Hamurabi aplicado a civilização foi criada a Lei das Doze Tábuas que era considerada pela população romana como a fonte de todo o direito público e privado. As leis eram empregadas na República Romana por pontífices e representantes da classe dos patrícios as mantinham em segredo. Eram aplicadas predominantemente contra os plebeus.

Consecutivamente a pena teve seu desenvolver na Idade Média, analisando-a como no período medieval, possuindo como grande relevância a doutrina cristã sobre o Direito. Durante esse período, acreditavam que a força divina determinava o que seria feito aplicado ao sujeito que praticasse alguma conduta ilícita.

O acesso da caracterização e da utilização de penas se aprimorou ao passar dos anos, observando-se uma ferramenta histórica-ritual dos suplícios para uma ferramenta científica-popular na qual a prisão se transformava em um ato normal para os indivíduos. Desse modo, o Direito passa a poupar o corpo para agir diretamente na alma, que “cria a alma” (BARATTA, 2002).

A penalidade na idade moderna teve seu desenvolvimento com o fim da Idade Média durante os séculos XVI e XVII, sendo um período marcado pela pobreza por toda a Europa, o que promoveu a prática de alguns crimes pois a população estava em uma grave situação financeira. Crimes como roubo, eram tidos como um caminho para a sobrevivência das pessoas

3. O SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

A primeira prisão existente foi inaugurada em 1850 que hoje se denomina Complexo Frei Caneca no Estado do Rio de Janeiro. Ela foi feita com base no Sistema Penitenciário de Auburn Prision de Nova Iorque, a qual foi construída em 1818, que era marcada pela rigidez, os presos não podiam conversar entre si, nem em momento em que estavam juntos, por isso, ficou conhecida como “Sistema silencioso”, devido à grande rigidez imposta aos presidiários. Para Mirabete (2004, p. 386):

Diante das deficiências apresentadas pelos estabelecimentos penais e a irracionalidade na forma de cumprimento da pena privativa de liberdade, a partir do século XVIII procurou-se uma nova filosofia penal, propondo-se, afinal, sistemas penitenciários que correspondessem a essas novas ideias. Do Sistema de Filadélfia, fundado no isolamento celular absoluto do condenado, passou-se para o Sistema de Auburn, que preconizava o trabalho em comum em absoluto silêncio, e se chegou ao Sistema Progressivo. Consistia este, no sistema irlandês, na execução da pena em quatro estágios: o primeiro de recolhimento celular absoluto, o segundo de isolamento noturno com trabalho e estudo durante o dia, o terceiro de semiliberdade com trabalho fora da prisão e o quarto no livramento condicional. Ainda hoje o sistema progressivo é adotado em várias legislações.

Pode-se observar que as atitudes cometidas dentro da cadeia serviam como uma tentativa de transformação do indivíduo. Segundo o Frei Caneca, o trabalho na penitenciária tinha como objetivo o bom hábito, mas não observava algo muito importante, que seria a remuneração.

É notório que o Frei Caneca, recebia mais delinquentes de baixa periculosidade, normalmente das classes de baixa renda. O que pode-se talvez entender que pode ser pela baixa educação, alguém que não tem estudo, normalmente está mais propenso a cometer crimes. Não generalizando, pois existem criminosos em todas as classes sociais.

Atualmente o Sistema Penitenciário abrange uma grande parte da classe de baixa renda da sociedade. Assim, a falta de educação básica se torna justificativa para a prática delituosa como forma de sobrevivência. No entanto, essa prática não deve ser tratada com naturalidade.

Além disso, problemas como falta de assistência, precariedade, superlotação tornam a o sistema carcerário cada vez mais violento acarretando a falta de ressocialização do apenado para voltar apto ao convívio social.

Para Bitencourt (2006, p 129) “[...] quando a prisão se converteu na principal resposta penológica, acreditou-se que poderia ser um meio adequado para conseguir a reforma do delinquente’ ‘ipsis literis’.” Logo por muito tempo predominou a convicção de que a prisão poderia ser um “instrumento idôneo para realizar todas as finalidades da pena” e consequentemente ressocializar o preso.

3.1 Falta de dignidade e assistência aos detentos

Atualmente o preconceito por parte da sociedade determina que o delinquente, ao ser preso perde todos seus direitos. Dessa forma, percebe-se que os encarcerados sobrevivem em situação de precariedade nas prisões, sem os seus direitos e garantias fundamentais assegurados por lei.

Assim, é evidente que os apenados se tornam cada vez mais revoltados, pelo fato de serem maltratados e esquecidos dentro da prisão, dificultando cada vez mais uma ressocialização. Os presos necessitam do apoio da sociedade em geral, principalmente do Sistema Penitenciário, todavia essa prática é parcialmente aplicada no Brasil.

Segundo Zaffaroni (2001, p. 31),

[...] o preso é ferido na sua autoestima de todas as formas imagináveis, pela perda de privacidade, de seu próprio espaço, submissões a revistas degradantes etc. A isso juntam-se as condições deficientes de quase todas as prisões: superpopulação, alimentação paupérrima, falta de higiene e assistência sanitária etc., sem contar as discriminações em relação à capacidade de pagar por alojamentos e comodidades.

Os Sistemas Penitenciários da atualidade violam os direitos humanos, o causando conflitos dentro das prisões, como rebeliões, onde a resposta das autoridades nada mais é do que reagir com violência, onde cada vez gera mais revolta dos detentos. O artigo 5º, XLIX da Constituição Federal de 1988 determina que é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral, o que dificilmente é respeitado em nosso atual Sistema Penitenciário.

Hodiernamente as prisões oferecem condições fragilizadas aos detentos ocasionando na violação dos direitos humanos. Causas como falta de tratamento digno, assistência social, material e psicológica contribuem para a não ressocialização do encarcerado. Dessa maneira, a ausência dessas medidas fomenta a criminalidade pois o apenado permanece ocioso em grande parte do tempo, não beneficiando para a sociedade e para si mesmo.

Segundo César Barros Leal (2001, p. 65).

[...] é de conhecimento geral que a cadeia perverte, deforma, avilta e embrutece. É uma fábrica de reincidência, é uma universidade às avessas, onde se diploma o profissional do crime. A prisão, essa monstruosa opção, perpetua-se ante a impossibilidade da maioria como uma forma ancestral de castigo. Positivamente, jamais se viu alguém sair do cárcere melhor do que quando entrou.

Existem sete máximas de boa “condição penitenciária”, conforme Michel Foucault (1999, p.237):

1-A detenção penal deve ter por função essencial a transformação do comportamento do indivíduo;

2-Os detentos devem ser isolados ou pelo menos repartidos de acordo com a gravidade penal de seu ato, mas principalmente segundo sua idade, suas disposições, as técnicas de correção que se pretende utilizar com eles, as fases de sua transformação;

3-As penas, cujo desenrolar deve poder ser modificado segundo a individualidade dos detentos, os resultados obtidos, os progressos ou as recaídas;

4-O trabalho deve ser uma das peças essenciais da transformação e da socialização progressiva dos detentos;

5-A educação do detento é, por parte do poder público, ao mesmo tempo uma precaução indispensável no interesse da sociedade e uma obrigação para com o detento;



6-O regime da prisão deve ser, pelo menos em parte, controlado e assumido por um pessoal especializado que possua as capacidades morais e técnicas de zelar pela boa formação dos indivíduos;

7-O encarceramento deve ser acompanhado de medidas de controle e de assistência até a readaptação definitiva do antigo detento.

Desse modo, se torna mínima a possibilidade de um detento voltar à vida normal após a saída do sistema carcerário devido o tratamento recebido durante sua privação de liberdade. Posto isso, torna-se claro que a ineficácia da ressocialização contribui para a reincidência dos apenados.

É dever do Estado tratar o apenado de uma forma correta e achar maneiras dele cumprir sua pena de uma forma digna e em condições para posteriormente se reintegrar na sociedade. É necessário acreditar na recuperação dos presidiários, só assim será possível realmente os recuperar e conseguir uma reintegração na sociedade, conseqüentemente conseguindo trabalho, e viver de uma forma digna e ressocializado totalmente.

Portanto, torna-se necessária a contribuição da sociedade em geral para exigir do Estado práticas ressocializadoras através do sistema carcerário pois a ausência de medidas ressocializadoras contribuem cada vez mais na crise do sistema penitenciário.

3.2 Falta de acesso à educação e ao trabalho profissionalizante

A falta de acesso à educação e ao trabalho profissionalizante torna o preso ocioso, estimulando a prática delituosa dentro e fora do ambiente prisional.

No Sistema Penitenciário brasileiro, é raro algum que oferece boa qualidade de vida, por isso que fica o pensamento deles tão ruim, pois fora é muito melhor. E preso com mente vazia, normalmente irá pensar em coisas ruins, ficando cada vez mais difícil conseguir algo bom com esse detento.

Dentro da cadeia o preso é obrigado a conviver com todo tipo de gente, alguns de índole melhor, outros piores, com crimes mais cruéis ou menos cruéis. A convivência sempre complicada, o que gera um clima ruim entre a maioria dos detentos, pois nunca sabe o que vai acontecer, e sem saber se amanhã vai estar ali.

O certo é que todo esse drama vivido pelos presidiários vem dessa falta de ocupação, pois mente vazia sempre causa problemas, ainda mais dentro de um presídio, pois o detento em sua mente tem que sua vida acabou a partir do momento em que entrou na prisão, e nenhum ser humano consegue conviver sem uma ocupação, um trabalho.

Sem trabalho, sem estudo, o preso passa a sofrer mais ainda e começa a pensar coisas sobre valores e visões do mundo, na maioria das vezes erradas, o que cada vez vai deixar o mesmo em uma situação psicológica mais abalada.

Segundo ensinamentos de Foucault (1987, p. 102) “O trabalho obrigatório em oficinas, ocupação constante dos detentos, custeio das despesas da prisão com esse trabalho, mas também retribuição individual dos prisioneiros para assegurar sua reinserção moral e material no mundo estrito da economia” [...].

Com todos esses problemas, passam a ter novos hábitos, piores que os já tinham antes de entrar na prisão, problemas psicológicos que já tinham, passam a ficar piores ainda, pois com todo desrespeito que tem dentro do presídio, acabam ficando piores do que quando entraram.

Segundo Mirabete (2004, p. 90),

O trabalho do preso é imprescindível por uma série de razões: do ponto de vista disciplinar, evita os efeitos corruptores do ócio e contribui para manter a ordem; do ponto de vista sanitário é necessário que o homem trabalhe para conservar seu equilíbrio orgânico e psíquico; do ponto de vista educativo o trabalho contribui para a formação da personalidade do indivíduo; do ponto de vista econômico, permite ao recluso dispor de algum dinheiro para suas necessidades e para subvencionar a sua família; do ponto de vista da ressocialização, o homem que conhece um ofício.

Os artigos 18 e 19 da Lei de Execução Penal, determinam a obrigatoriedade do ensino de primeiro grau e de curso profissionalizante. Isso é para todos, então os detentos também têm esse direito, e é um dever ser ofertado isso para eles. E o artigo 21 da LEP, traz um dispositivo muito importante, que fala que existe uma obrigatoriedade em ter uma biblioteca em disposição do apenado, em cada instituto prisional. Sobre isso Mirabete (2004, p. 78) comenta,

A exigência da biblioteca, que é um meio de educação, também pode auxiliar na disciplina do estabelecimento. Além de utilização para o acompanhamento dos estudos e aprimoramento intelectual, permite-se a saudável recreação para os que têm o gosto e o interesse pela leitura. Pode ainda ser estabelecido o sistema de biblioteca circulante. Viabilizando-se assim a leitura nas próprias celas.

Ademais, problema encontrado no atual Sistema Penitenciário é a dificuldade de os detentos conseguirem empregos, mesmo com a vantagem de ser um trabalhador mais barato, mas eles sofrem um preconceito referente aos crimes, e que não cometeu delitos tem suas vantagens perante o detento.

Após conseguirem estudar, os detentos precisam ter uma oportunidade para mostrar suas qualidades, as quais muitas vezes ficam escondidas atrás de um crime, e a sociedade e empresas acabam perdendo as vezes uma boa mão de obra.

Zacarias (2006, p. 61) ensina que:

O trabalho é importante na conquista de valores morais e materiais, a instalação de cursos profissionalizantes possibilita a resolução de dois problemas, um cultural e outro profissional. Muda o cenário de que a grande maioria dos presos não possui formação e acabam por enveredar, por falta de opção, na criminalidade e facilitam a sua inserção no mercado de trabalho, uma vez cumprida a pena.

Para a sociedade, o criminoso depois de preso, passa a ser uma pessoa que não somaria nada, que perde toda sua dignidade humana, algo que necessita de mudança em nossa sociedade, precisamos de alguma maneira para transformar esse pensamento.

Outro grande problema enfrentado é a ociosidade de detentos, pois um preso ocioso gera muitos custos, é de certo modo inútil. Nos nossos presídios, o trabalho e o estudo são pouco oferecidos para os detentos, o que seria uma saída, para diminuir essa ociosidade.



3.3 A violência cometida contra os detentos no sistema penitenciário

O preso inicia seu ciclo de violência quando é detido, e vai sofrendo cada vez mais até sua saída, são muitas vezes vítimas de abuso físico, polícia e agentes penitenciários abusam do poder que tem, para poder violentar presos. Segundo Palma (1997, p. 35)

A superlotação e a falta de classificação e de tratamento contribuem, assim, para um processo de progressiva desumanização do preso e a confirmação de noções preconceituosas a respeito da delinquência. O Sistema Penitenciário deve buscar sempre o senso de responsabilidade do detido para consigo próprio e o respeito à dignidade de sua pessoa; se o trabalho do corpo técnico não estiver integrado e atento a este objetivo, nada se poderá obter.

Os agentes, por sua vez agem em desconformidade com a Lei aplicam “penas” irregulares por falta de preparo acarretando maior revolta nos apenados. Além disto, a polícia militar age com violência são os policiais em grande parte das efetuações de prisão.

É preciso reformar o seu sistema, abandonar os caminhos da ferocidade cruel que ataca cega e injustamente, e seguir as vias da medida proporcionada, da moderação que não necessita de contínuas exceções de perdões e condenações, da justiça livre de toda ira e que repudia qualquer arbitrariedade (BECÁRIA 1997, p.16).

Como eles sabem que ficam impunes por essas agressões, que dificilmente acontece alguma punição para eles, passam a agredir talvez até como uma forma de defesa, mas algo totalmente errado, visto os direitos humanos em que já foi falado anteriormente. É preciso fazer algo contra isso, tem que punir também os agentes, policiais que agridem e se aproveitam do seu poder.

Segundo Mirabete (2004, p. 136):

São conhecidos os abusos cometidos a pretexto de manter-se a disciplina com o encerramento do preso em celas escuras, às vezes propositadamente alagadas, sem qualquer tipo de instalação sanitária, de água, aeração ou cama, o que pode causar, com o tempo, males físicos ou mentais. Tal sanção disciplinar é agora totalmente proibida por nossa legislação.

É sabido que poucos casos em que acontecem essas agressões aos presos parte dos policiais são investigados, como para a maioria o preso não merece ser tratado de maneira igual, gera essa injustiça perante eles. Algo que não se pode aceitar, pois quem está preso merece ser respeitado como qualquer outra pessoa, pois todos são merecedores de respeito, e existe os direitos humanos para todas as pessoas.

Mas Claus Roxin (1986, p 40) afirma:

[...] servindo a pena exclusivamente fins racionais e devendo possibilitar a vida humana em comum e sem perigos, a execução da pena apenas se justifica se prosseguir esta meta na medida do possível, isto é, tendo como conteúdo a reintegração do delinquente na comunidade. Assim, apenas se tem em conta uma execução ressocializadora. O fato da ideia de educação social através da execução da pena ser de imediato tão convincente, deve-se a que nela coincidem prévia e amplamente os direitos e deveres da coletividade e do particular, enquanto na cominação e aplicação da pena eles apenas se podem harmonizar através de um complicado sistema de recíprocas limitações.

A LEP exige que os agentes penitenciários recebam curso de formação. Mas mesmo

com todo esse treinamento, com essa formação, muitos deles não tem condições em lidar com os presos, é preciso qualificar e muito os agentes, para que melhore o estado em que encontramos hoje nossos presídios.

Porto (2007, p. 26) ensina:

A valorização desta carreira é pressuposto básico para se pensar em algum sucesso do sistema prisional brasileiro. Em nada adiantará a construção de novos presídios sem a melhora da qualidade dos agentes penitenciários. Como é sabido, é a partir do bom exemplo que se opera a transformação dos indivíduos. Este exemplo, dentro dos presídios, deve partir do comportamento dos agentes penitenciários.

No entanto, não se deve culpabilizar de forma total colocar os agentes penitenciários, precisamos analisar também a situação deles, que não é muito animadora. Salários baixos fazem com que os agentes percam a vontade de trabalhar, o que acaba por gerar a corrupção dentro da cadeia, pois o agente vê isso com uma maneira de conseguir ganhar um pouco mais. Porém, essa é uma prática que não devemos aceitar, pois se todos resolverem a fazer coisas erradas, não terá sentido nenhum mais existir penitenciárias e desistir de tentar essa ressocialização.

Em relação a isso, é preciso o Estado criar um programa para qualificar os seus agentes e aumentar seu efetivo, pois sem o número necessário de agentes para cuidar dos presos não tem como fazer uma cobrança muito forte em cima desses agentes, que desta forma, tem pouco a fazer.

4.A RESSOCIALIZAÇÃO DO PRESO APÓS SUA SAÍDA

4.1 Detentos voltam a cometer crimes após saírem dos presídios

Em se tratando de presos que voltam a cometer crimes após sair dos presídios, logo nos lembramos de reincidentes, o Código Penal, no seu artigo 63, traz a reincidência da seguinte maneira: “Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior”.

Uma triste realidade das penitenciárias brasileiras, é que muitos presos que foram inseridos nesse projeto de ressocialização, acabam por voltar a cometer crimes após saírem teoricamente “ressocializados”, se estima que a cada dez presos que saem da cadeia cerca de oito voltam a cometer algum tipo de crime.

Segundo Trindade (2003, p. 30):

Na atualidade, não se ignora que a prisão, em vez de regenerar e ressocializar o delinquente, degenera-o, dessocializa-o, além de pervertê-lo, corrompê-lo e embrutecê-lo. A prisão é por si mesma, criminógena, além de fábrica de reincidência. Já foi cognominada, por si mesmo, da escola primária, secundária e universitária do crime. Enfim a prisão é uma verdadeira sementeira da criminalização.

Para Trindade (2003), na atualidade a prisão está indo na contramão da ressocializa-



ção, está se tornando uma escola do crime. O que se nota realmente, é que a maioria dos presos, saem da penitenciária mais violentos, conseqüentemente, voltam a cometer crimes e se tornam reincidentes.

É necessário para viabilizar a ressocialização do preso criar condições estruturais para que eles tenham condições de sair prontos para voltar a sua vida social com uma certa dignidade.

Vemos então, que nos dias de hoje, está muito difícil de ocorrer uma ressocialização, que é o objetivo maior do estudo, mas mais por culpa das prisões que não dão o apoio necessários, de que pelos próprios presos.

Segundo Denise de Roure (1998, p. 15-17): falar em reabilitação é quase o mesmo que falar em fantasia, pois hoje é fato comprovado que as penitenciárias em vez de recuperar os presos os tornam piores e menos propensos a se reintegrarem ao meio social.

Talvez essa seja a problemática, exemplifica o motivo pelo qual os presos quando saem da prisão voltam a cometer crimes, se tornam reincidentes. Hoje em dia, os presídios tornam os presos mais violentos, não pelo fato de ser um presídio, mas sim pelo jeito que eles são gerenciados.

Para fugir dessa lógica de que somente por estarem na cadeia os presos pioram, vamos analisar pelo lado de como eles são tratados, sendo muitas vezes violentados e sendo impostas algumas coisas que não são cabíveis a um ser humano.

Nesse molde, observa-se um déficit de serviço por dos agentes penitenciários ou próprios policiais referentes a qualificação necessária para poder administrar uma prisão da forma correta, agindo muitas vezes de uma forma não correta com os presos, e conseqüentemente deixando os mesmos piores do que quando entraram.

Nessa linha, continua Michel Foucault (1997, p. 222):

A própria pena privativa de liberdade desde o seu surgimento, é contraditória por natureza: O sentimento de injustiça que um prisioneiro experimenta é uma das causas que mais podem tornar indomável seu caráter. Quando se vê assim exposto a sofrimentos que a lei não ordenou nem mesmo previu, ele entra num estado habitual de cólera contra tudo o que o cerca; só vê carrascos em todos os agentes da autoridade; não pensa mais ter sido culpado; acusa a própria justiça.

Seguindo essa linha, notamos que o preso leva consigo um sentimento de injustiça, sendo hostil com todos que os cerca, vê os agentes como seu inimigo, pois como foi dito anteriormente, esse agente não tem a qualificação necessária, e acaba fazendo coisas erradas e trazendo essa raiva toda dos presidiários.

4.2 O esporte como meio de ressocialização

É sabido que existem vários projetos e formas de ressocialização, mas todas as maneiras são bem-vindas e é preciso sempre estar pensando em algo novo para ajudar nesse processo de ressocialização, o que sabemos, não é fácil.

Através desse item, será analisado o esporte como meio de ressocialização, esse modo já existe, mas vemos pouco, sendo não muito utilizado. Vamos analisar de um modo diferente, tentando achar ideias, para conseguirmos a tão esperada ressocialização.

No artigo 41, VI da LEP diz: Constitui direito dos presos: O exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas, desde que compatíveis com a execução da pena.

A proposta aqui seria, de quando o preso, liberado para o semiaberto tivesse um programa de ressocialização, visando o esporte, que um número X de horas no momento do semiaberto fossem destinadas ao esporte.

O programa seria, de que o Estado, como é seu dever, destinasse um Professor de Educação Física, juntamente com estagiários para realizar a atividade. Com cada preso do semiaberto realizando o esporte que for de seu gosto.

A intenção é fazer para cada esporte, um time desses presos do semiaberto, para fazer jogos amistosos, com times da sociedade, para conseguir realizar uma integração, e consequentemente, assim, eles vão conseguir aos poucos ir se ressocializando com a sociedade, e da mesma forma, a sociedade, com essas pessoas que irão jogar com os presos, vão conseguir ver que eles merecem uma segunda chance, até conseguindo fazer amizades entre eles.

Segundo Mirabete (2004, p. 123):

(...)as atividades de recreação contribuem decisivamente para a eficiente recuperação do preso, vez que permite que este mantenha sua autonomia íntima, exercite sua liberdade interior e sua imaginação, sublime ou, pelo menos, canalize pulsões e cargas emocionais ou tensões físicas e psíquicas, mantendo assim o equilíbrio necessário para uma vida o quanto possível normal.

Para ele a recreação contribui e muito para a recuperação do preso, o que contribuiria muito para a ressocialização. Então, pode se utilizar o esporte, nesse período semiaberto, para conseguir recuperar o preso, seria uma saída, pois a maioria das pessoas se identifica com algum esporte.

Para Porto (2007, p. 28) a falta de programas de ressocialização permite que os detentos sejam reeducados pelos próprios companheiros e não pela equipe de supervisão.

Então, seria uma boa ideia esse programa do esporte, a equipe de supervisão seriam Professores de Educação Física em conjunto com alguns agentes penitenciários que seriam também destinados para fazer a supervisão desse programa.

Notamos que Porto, fala que se não houver um programa desse tipo, os detentos vão ser reeducados por eles mesmos, pelos companheiros. Assim, cada vez vão ficar piores, provavelmente, só com ideias ruins, em relação a ressocialização.

5. CONCLUSÃO

Conclui-se então que a pena de prisão se faz existente na história desde a Idade Antiga, sendo disposta desde aquela época com a finalidade de custódia. Após toda a trajetória das penas durante o vasto período até os dias atuais, finda-se que, com a consolidação da pena de prisão, temos uma real emergência em que se encontram os sistemas penitenciários, no qual se tem como objetivo regimentar a sua execução.

Imperioso observar que a ideia de privação da liberdade se alicerçava em um discurso totalmente humanitarista e sua aplicabilidade se justificava pela promessa “ressocializadora”, mas que, contudo, apenas explorava o trabalho do condenado e assim que não era

mais frutuoso ao capitalismo, a saída era aniquilá-lo.

Foi precisamente nessa referência que o Brasil adotou a pena de prisão. Assim como as demais experimentações internacionais, no nosso país a pena privativa de liberdade foi tida como um dos significativos dispositivos para a conservação do controle social.

Dessa forma, resta plenamente claro que a finalidade da pena de prisão com o propósito de privação do indivíduo da liberdade acabou por sazonar com o tempo, nos evidenciando que é preciso urgentemente reexaminar e reavaliar a forma com que nossas penitenciárias dispõem o tratamento dos apenados e a prestação desses serviços aos mesmos, principalmente no que refere às garantias essenciais asseguradas por lei.

A realidade dos presídios brasileiros está distante de conseguir cumprir com o objetivo principal ressocializador que tem a pena. As condições desumanamente precárias e a superlotação carcerária em que se encontram esses ambientes contribuem de forma direta para que as penas no Brasil obtenham como resultado sentido inverso ao que se busca em finalidade.

À vista disso, é fato que as alternativas para polir o sistema prisional brasileiro estão previstas na própria legislação, de maneira que a evolução para o caminho da maestria do sistema e método necessita do comprometimento de toda a cadeia governamental, política e social.

Os aspectos de omissão do Estado em desrespeito ao sistema têm contribuído de forma direta para com a supressão às garantias fundamentais endossadas pela Constituição Federal aos cidadãos encarcerados, além de demonstrar a fragilidade do papel do mesmo frente às políticas e leis voltadas ao sistema, já que este possui o dever constitucional de proporcionar efetividade ao cumprimento de direitos e assistências inerentes ao preso, promovendo dessa maneira o desencadeamento de todos os outros setores que garantem o arrimo da questão.

Aludido a isso, a promoção de políticas públicas sociais para o fomento de ações que estimulem a sociedade a participar do processo de reinserção dos indivíduos também se mostra de maneira elementar para o sucesso do enredo. A parceria com escolas, empresas e outros estabelecimentos aptos a ensejar o desenvolvimento e emprego das atividades elegidas fundamentais para a reintegração, exibem de modo instigador o êxito obtido com as propostas, tornando-se igualmente aos já mencionados, um ponto meritório ao tema.

Ademais, tem-se que o objetivo global do presente trabalho é a apresentação dos pontos que circundam a reintegração de apenados e o sistema atual brasileiro, como forma plena e matriz para a efetividade da normatização em vigor no país, através da execução da ideia objetivada da ressocialização e reeducação dos detentos, sucedendo esse intento por meio das alternativas explanadas de aplicabilidade da proposta, medidas essas que não se sucedem atualmente no Brasil.

Disserta-se acerca do modelo APAC (Associação de Assistência aos Condenados) para o cumprimento das sanções, na qual consta a maneira como o mecanismo de aplicação de seus métodos é apta a desenvolver dispositivo de valorização humana, oferecendo consequentemente ao condenado melhores e as lutas condições de se recuperar, proporcionando desse modo uma atuação discernida para esse âmbito, e completamente adequada ao óbice da questão. Posto isso, imprescindível que o dissídio entre governo, cofres públicos e tópicos meramente políticos sejam afastados e superados, para que a resistência do poder público na implantação do método APAC nas prisões - qual seja o gasto milionário pleiteado para a realização da questão e claramente necessário para o êxito do empreendimento - não permaneça como empecilho, visto que sem dúvidas é demandando um

retorno de maneira progressiva e lenta, pelo carecimento de tempo para adaptação ao sistema, e apenas após, o sublime resultado

Portanto, mensurada a tese de reinserção dos indivíduos, denotando os aspectos que agregam e desagregam sobre o assunto, relatou-se como um todo a situação geral das penitenciárias brasileiras, e salientou arrematando como ideal de atuação e aplicação o quarteto primordial: ressocialização, família, normatização e humanidade.

Referências

- BARATA, Alessandro. **Criminologia crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. 3.ed. – Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de criminologia, 2002;
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 10.ed., São Paulo: Saraiva, 2006;
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Novas Penas Alternativas**. São Paulo: Saraiva,1999;
- CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: Parte Especial**. 12. ed. São Paulo: Saraiva,2007, p. 358;
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: O nascimento da prisão**. 36a ed. Petrópolis: Vozes,2009;
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. Petrópolis: Vozes, 1986;
- JESUS, Damásio. **Direito Penal: Parte Geral**. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p.563;
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Execução penal**: comentários a Lei nº 7.210, de 11-07- 84. São Paulo: Atlas, 2004;
- MIRABETE, Júlio Fabbrini **Execução Penal**. 11.ed. São Paulo: Atlas, 2007. MIRABETE, Júlio Fabbrini **Execução Penal**. 10.ed. São Paulo: Atlas, 2002;
- MOLINA, Antônio Pablo Garcia de. **Criminologia**: Uma Introdução aos seus Fundamentos Teóricos. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1998;
- PALMA, Arnaldo de Castro. **A Questão Penitenciária e a Letra Morta de Lei**. Curitiba: JM, 1997;
- PORTO, Roberto. **Crime organizado e sistema prisional**. São Paulo: Atlas, 2007;
- ROURE, Denise de. **Panorama dos Processos de Reabilitação de presos**. Revista CONSULEX;
- ROXIN, Claus, **Problemas Fundamentais de Direito Penal**. São Paulo: Veja, 1986;
- TRINDADE, Lourival Almeida. **A Ressocialização...uma (Dis)função da pena de Prisão**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2003;
- ZACARIAS, André Eduardo de Carvalho. **Execução Penal Comentada**. São Paulo: Tend Ler, 2006;
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda de legitimidade do sistema penal. Rio de Janeiro: Revan, 2001.



20

**A PSICOLOGIA JURÍDICA APLICADA NO DIREITO DA
CRIANÇA E DO ADOLESCENTE EM CASOS DE ABUSO
SEXUAL**

*LEGAL PSYCHOLOGY APPLIED TO CHILD AND
ADOLESCENT LAW IN CASES OF SEXUAL ABUSE*

Tassila Cavalcante Pereira da Silva

Resumo

O presente trabalho tem como tema: A Psicologia Jurídica aplicada no direito da criança e do adolescente em casos de abuso sexual, o mesmo tem como objetivo principal chamar atenção para o tema, apresentando uma contextualização teórica sobre o abuso sexual contra crianças e adolescentes como uma violação de seus direitos humanos fundamentais e sequelas deste abuso. Dessa forma, optou-se pela realização de pesquisas bibliográficas com referência na área, incluindo livros, artigos e referenciais teóricos legislativos. O estudo em questão foi dividido em 3 (três) capítulos sequenciados da seguinte maneira: primeiramente foi feito uma breve contextualização histórica sobre o tema em questão o abuso sexual contra crianças e também sobre A promulgação do estatuto da criança e do adolescente, tendo em vista as garantias e direitos dessas crianças e adolescentes expressadas neste estatuto, no segundo momento foram apresentadas as consequências do abuso sexual na criança e no adolescentes e por fim sobre o papel do psicólogo jurídico e suas contribuições nos casos de abuso sexual.

Palavras-chave: Abuso, Direito, Psicologia, Criança, Adolescentes.

Abstract

The present work has as its theme: Legal Psychology applied to the rights of children and adolescents in cases of sexual abuse, the main objective of which is to draw attention to the theme, presenting a theoretical contextualization on sexual abuse against children and adolescents as a violation of their fundamental human rights and consequences and sequels of this abuse. Thus, it was decided to carry out bibliographic research with references in the area, including books, articles and legislative theoretical references. The study in question was divided into 3 (three) chapters sequenced as follows: first, a brief historical contextualization was made on the subject in question, sexual abuse against children and also on the enactment of the statute of children and adolescents, with a view to the guarantees and rights of these children and adolescents expressed in this statute, in the second moment, the consequences of sexual abuse on children and adolescents were presented, and finally on the role of the legal psychologist and their contributions in cases of sexual abuse.

Keywords: Abuse, Right, Psychology, Child, Teenagers.

1. INTRODUÇÃO

Os abusos sexuais contra a crianças e as adolescentes é um fenômeno complexo e de difícil enfrentamento. As crianças e adolescentes são vítimas de abusos sexuais todos os dias e tendo assim seus direitos violados. Quando na infância é uma das fases mais importantes do desenvolvimento humano, e um evento traumático nesta fase pode ser determinante para a fase adulta. Infelizmente na maioria das partes dos abusos acontecem dentro do seu próprio lar, no seu âmbito familiar, local onde deveria ser seu refúgio.

Com a promulgação do Estatuto da Criança e do adolescente, a LEI N° 8.069, DE 13 DE JULHO DE 1990, 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. A suspeita dos casos de abusos sexuais de crianças e adolescentes devem ser denunciadas, notificados para que essas crianças se livrem das violências sofridas. As denúncias de violência sexual infantil se intensificaram, pois, esta norma trouxe a prioridade sobre direitos e proteção da criança e dos adolescentes. Respalado por essa lei (ECA) incluiu a normatização do atendimento psicossocial da criança e do adolescente

Assim o psicólogo jurídico tornou-se necessário, para contribuir para o sistema judiciário. A relação de confiança estabelecida entre psicólogo e vítima faz a diferença na abordagem do caso tem a função de proporcionar o melhor para a criança, através de um olhar profissional atento, sem preconceitos, com abertura para uma escuta apurada durante o processo judicial, o impacto do abuso sexual sobre a saúde física e psicológica é inquestionável.

Um importante avanço contemplado pela referida legislação foi a visibilidade às violações de direitos contra crianças e adolescentes e o acompanhamento do psicólogo nesses casos, como forma de possibilitar e esclarecer a quais as contribuições da psicologia jurídica para crianças e adolescentes que sofrem abusos sexuais, o qual trata o presente trabalho.

Diante do exposto dá-se a necessidade de trabalhar esse tema, pois o mesmo é grande relevância para tratar o tema sobre “A psicologia jurídica aplicada no direito da criança e do adolescente em casos de abuso sexual”. Objetiva-se em atrair atenção para o tema, dividindo-se em três capítulos, primeiramente será feita uma contextualização sobre o abuso sexual contra crianças e adolescentes e também sobre a, a promulgação do estatuto da criança e dos adolescentes (ECA) tendo em vista as garantias e direitos dessas crianças e adolescentes expressadas neste estatuto. No segundo momento, serão apresentadas as consequências do abuso sexual na criança e nos adolescentes e no terceiro momento falaremos sobre O papel do psicólogo jurídico e suas contribuições nos casos de abuso sexual.

Dessa forma o presente estudo apresenta fundamentos teóricos baseados em lei e direitos destacando o Art. 4º presente na Lei nº 8.069, de 13 De julho de 1990, citada sobre a relevância do tema e mostra ainda a importância e o papel da psicologia jurídica como um suporte fundamental para os indivíduos que sofrem ou sofreram algum tipo de abuso sexual em sua vida. Visto que esses indivíduos carregam consigo traumas e sequelas psicológicas por toda a sua vida, impedindo-os de viver em sociedade como ser atuante.

Para o desenvolvimento deste trabalho, foram adotados instrumentos para a validação das concepções de alguns autores. Para atingir esse objetivo foram realizadas pes-

quisas bibliográficas, tendo assim a base de dados pelo método qualitativo e descritivo, onde serão selecionados os dados em livros, dissertações e artigos científicos, de trabalhos acadêmicos, Google acadêmico e artigos jurídicos, sendo assim para melhores entendimentos.

Dessa forma o questionamento que norteou este trabalho de pesquisa foi: Quais as contribuições da psicologia jurídica para crianças e adolescentes que sofrem abuso sexual? Tendo como objetivo geral foi identificar a importância da Psicologia Jurídica aplicada no direito da criança e do adolescente em casos de abuso sexual. E objetivos específicos foram: conceituar o papel do psicólogo jurídico em casos de abusos sexual (da criança e do adolescente; apontar as consequências psicológicas das crianças e adolescentes que sofrem abuso sexual; demonstrar o direito da criança e dos adolescentes que sofreu abuso sexual.

2. O ABUSO SEXUAL CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES

É sabido que o abuso e a exploração sexual são formas silenciosas e cruéis de violência contra crianças e adolescentes, pois se caracteriza pelo uso da sexualidade desta população, de maneira a violar os seus direitos sexuais e sua intimidade. Visto que acontece quando a vítima é obrigada a realizar qualquer tipo de ato sexual sem a sua permissão, esses atos podem ser, por exemplo: carícias indesejadas, sexo oral forçado, dentre outras tantas formas forçadas de violação sexual. Geralmente, são praticados por pessoas queridas, da confiança da vítima, ou por conhecidos, o que torna o problema ainda mais complexo e velado. A grande maioria dos casos nem chega a ser denunciado ou leva anos até que seja desvendado. Infelizmente o Brasil é o segundo país no mundo com mais casos de abuso sexual contra crianças e adolescentes, o que faz com que o governo e sociedade tenham que agir mais no combate a essa chaga social.

É importante destacarmos que as vítimas de abuso sexual seja crianças ou adolescentes, infelizmente são vistas pelos agressores como pessoas mais frágeis e vulneráveis para serem sujeitadas a essa situação, tem vista um grande impasse para registrar a denúncia, pois frequentemente esse ato advém juntamente de ameaças, deixando assim a vítima intimidada e muitas vezes não acreditadas.

Ressalta-se que o abuso sexual é a utilização da sexualidade de uma criança ou adolescente para a prática de qualquer ato de natureza sexual. Muitas dessas crianças e adolescentes não reconhecem esse ato de se tratar de abuso sexual a qual vem sofrendo, pois pode interpretar como uma forma de carinho. Podendo assim levar algum tempo até que a criança venha perceber que não deveria acontecer.

O ECA introduziu mudanças amplas e profundas nas políticas públicas direcionadas para a infância e juventude, por meio da adoção da doutrina de proteção integral, que inclui políticas integradas de saúde, educação, habitação, trabalho, lazer, profissionalização, consideradas como direitos de todos e dever do Estado (SOUZA; ADESSE, 2005, p.43)

Faz se necessário que as políticas públicas de assistência social sejam mais amplas, pois é um fator que tem extensa consequências na vida dessas crianças, visto que muitos casos de abusos acontecem pelo fato de precisarem trocar o próprio corpo em razão da sua necessidade, fazendo assim de seu corpo uma comercialização, onde esclarece a falha do Estado em relação a garantia de direitos como assegura o Art. 5º do Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990):

“Art. 5º Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais” (BRASIL, 1990).

Mediante estudos, fica perceptível que, a violência sexual, ele pode acontecer de duas formas sendo, o abuso sexual intrafamiliar e extrafamiliar. O Abuso sexual intrafamiliar se configura na mais difícil de ser detectada e conseqüentemente combatida, pois na maioria das vezes se dá dentro de casa, por seus próprios pais, padrastos, parentes próximos ou vizinhos e amigos chegados da família. o que causa na criança sentimento de constrangimento, vergonha e culpa. Além de ter que lidar com isso sozinhas, na maioria dos casos permanecendo caladas e com medo por ser abusada por uma pessoa que vive no mesmo meio familiar. Muitas vezes acontece de crianças serem abusadas e outros membros da família como mãe e irmãos ou irmãs mais velhos protegerem o abusador muitas vezes por medo, medo de vingança, como afirma.

Segundo Maria Ignez e Sônia Margarida (2012, p.17)

A violência intrafamiliar expressa dinâmicas de poder/afeto nas quais estão presentes relações de subordinação e dominação. Nessas relações, pais e filhos, de diferentes gerações, estão em posições opostas e assimétricas. No campo das relações familiares geradoras da violência, é preciso também considerar a desigualdade de poder entre homens e mulheres. Usualmente, são as mulheres que ocupam a posição subalterna nessas relações. (MOREIRA; SOUSA; 2012, p,17).

É importante uma ressalva sobre o abuso sexual extrafamiliar pois este como o nome diz é aquele acontece fora do âmbito familiar, não havendo laços parentais ou vínculo familiar, e neste caso a condição social tem uma parcela de culpa, pela situação de vulnerabilidade e pelo o psicológico ser afetado, ainda tendo que lidar com as mais diversas percepções. Ainda deve se considerar e analisar o meio em que a vítima vive e posteriormente os reflexos que esse meio traz para sua vida, uma vez que vivencia.

Infelizmente um dos passos mais difíceis ao enfrentamento da violência sexual contra crianças e adolescentes é denunciar é, pois, é um passo bastante decisivo, ficando evidente que a denúncia é o primeiro passo a ser dado, pois terá permite a elucidação de um ato criminoso, e garantindo assim a proteção e defesa das pessoas que sofreram esse ato, principalmente a vítima deve ser protegida seja criança ou o adolescente.

Lamentavelmente crianças e adolescentes são vítimas de crimes sexuais todos os dias, tendo conseqüentemente seus direitos violados, de imensas formas. Infelizmente a maioria desses dos abusos eles acontecem dentro da sua morada, ou seja, no âmbito família da vítima, lugar este que deveria proporcionar proteção e amparo. Envolvendo assim todas as posições sociais, a desigualdade se encontra no fato de que nas classes sociais mais baixas os indícios são mais fáceis de serem descobertos. Pois nesses casos se torna mais evidente pôr o sujeito se tratar de uma pessoa bastante próxima, ou seja do convívio da vítima, como por exemplo, pais, padrastos, familiares, ou pessoas conhecidas. Muitas vezes o que é frequente perceber que por falta de informação das vítimas reconhecerem e saberem identificar atitudes suspeitas dos abusadores ou até por vergonha elas permanecem nessa situação de abuso por anos.

2.1 A Promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescentes (ECA)

A promulgação do Estatuto da Criança e do adolescente, a LEI N° 8.069, DE 13 DE JULHO DE 1990, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu na legislação brasileira, por meio de seu artigo 227, que crianças e adolescentes formam um grupo de pessoas que têm direitos específicos e demandam proteção especial tanto do Estado quanto da sociedade e da família.

Mediante estudo fica entendido que o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) é composto por normas, colocando a criança e ao adolescente como sujeitos de direito, garantias, deveres e proteção, tendo em vista o mesmo é uma norma de ordenamento jurídico brasileiro que ordena sobre os deveres do Estado e dos cidadãos responsáveis pelas pessoas menores de idade.

É notório que o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) dispõe sobre a proteção dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes e também sobre os órgãos e sistemas protetivos. Tendo em suas disposições sobre os procedimentos de adoção, aplicação de medidas socioeducativas do Conselho Tutelar e os crimes cometidos contra crianças e adolescentes. Também é notável que o estado brasileiro considera crianças os indivíduos com até 12 anos de idade incompletos; e adolescentes aqueles que tenham entre 12 e 18 anos de idade incompletos. Os mesmos devem usufruir de todos os direitos fundamentais pertencentes à pessoa humana.

No art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA, Lei N° 8069/90), assegurado pelo art. 227 da Constituição Federal de 1988, aponta que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito: à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. O Estatuto ainda garante que crianças e adolescentes devem ser protegidos de toda forma de: negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

O ECA estrutura-se em dois princípios fundamentais: a doutrina da proteção integral e o princípio do melhor interesse da criança. Esses dois princípios são as regras basilares do direito da infância e da juventude, para alcançar o que a lei garante. A doutrina da proteção integral, do artigo 227 da Constituição, entende que é necessário cuidar da criança não só combatendo violações como também promovendo direitos.

Destaca-se o princípio do melhor interesse da criança que dispõe que quaisquer medidas tomadas em respeito à criança ou ao adolescente devem levar em conta seu interesse superior. Ou seja, esse princípio assegura que se busque a alternativa mais adequada a satisfazer os direitos da criança e do adolescente, para que tenham seus interesses sempre como prioridades.

Princípio este que determina que pertence ao Estado garantir que a criança ou o adolescente nessas situações desfrutem dos cuidados adequados estes que os pais ou responsáveis não são capazes de realizar. Pois o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) buscam sempre assegurar os direitos fundamentais dessas crianças e adolescentes.

Nos artigos 240 e 241 do ECA descreve sobre as violações sexuais contra a criança e o adolescente, estabelecendo os crimes e quais as penas aplicáveis. No artigo 240 descreve sobre a proibição de produção de material pornográfico com a participação de menores de idade. Já no art. 241 determina que vender ou expor conteúdos de pornografias envolvendo crianças, assediar ou constranger uma criança para que com ela praticar ato libidinoso, é um crime.



Art. 240. Produzir, reproduzir, dirigir, fotografar, filmar ou registrar, por qualquer meio, cena de sexo explícito ou pornográfica, envolvendo criança ou adolescente: Pena– reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa. § 1º Incorre nas mesmas penas quem agencia, facilita, recruta, coage, ou de qualquer modo intermedeia a participação de criança ou adolescente nas cenas referidas no caput deste artigo, ou ainda quem com esses contracenena. e adolescentes a esse tipo de conteúdo e também trata do aliciamento ou assédio.

Portanto, é sabido que toda criança já nasce com direitos descritos em leis, ou seja a lei expressa que, toda criança deve ter os mesmos direitos dos adultos, direitos estes que devem ser respeitados e cumpridos e que também deve receber atenção especial da família e de toda a sociedade, pois precisa crescer em um ambiente familiar que lhe garanta segurança, suporte emocional e qualidade de vida, lhe assegurando uma infância saudável e feliz.

3. AS CONSEQUÊNCIAS DO ABUSO SEXUAL NA CRIANÇA E NOS ADOLESCENTE

É notável que a infância é uma fase muito importante onde a criança e ao adolescente aprende a se desenvolver na fase esta essencial e completamente decisiva na sua formação, bem como princípios básicos morais e éticos os quais irão determinar sua cultura e estrutura de sua personalidade no meio social em que vive.

Assim a infância é uma fase em que a pessoa está em pleno desenvolvimento social, emocional cognitivo e físico, e dessa forma é dependente de um relacionamento envolvido por um vínculo de confiança e afetividade por seus cuidadores.

Daí a importância de trabalhar a sexualidade, pois é sabido que abuso sexual é a utilização da sexualidade de uma criança ou adolescente para a prática de qualquer ato de natureza sexual como já falado acima no referido trabalho, marcados por traumas e violência, e por consequência seus direitos violados, causando assim graves transtornos que levaram para toda vida. Tais como ansiedade, depressão e transtorno de estresse pós-traumático. Podendo essas vítimas apresentarem também comportamentos sexuais inadequados para a idade.

Dessa forma o abuso sexual na infância e na adolescência pode provocar sequelas negativas e mudanças cognitivas, comportamentais e emocionais, e o impacto desses indícios e transformações também pode acontecer com distinções consideráveis.

Tendo em vista que as vítimas ainda são visíveis a transtornos psicológicos que são desenvolvidos decorrentes ao abuso sexual, entre eles são apontados a depressão, ansiedade, uso de drogas, transtornos de exaustão pós-traumático e também tentativas de suicídio. Entretanto, essas implicações psicológicas são versáteis presumindo que cada criança e adolescente reage de forma diversa (VICENTIN; VALE, 2009).

Vale ressaltar que tal experiência traumática torna-se fator de perigoso para evolução de psicopatologias, como transtornos de ansiedade, adversidade de personalidade de humor e ademais de interferir em demais áreas da vida da vítima (HABIGZANG et al., 2005).

É importante destacarmos que as consequências conseguem provir a um breve ou a um extenso prazo, podendo afetar seus relacionamentos afetivos, sendo assim desenvolvido problemas emocionais, sociais e em diversas formas, conforme descreve Siebra (2019):

O abuso sexual de menor é bem complexo, mormente por envolver uma criança, pois está pode não ter capacidade física, tampouco cognitiva, para identificar o ocorrido ou se defender; bem como porque se trata de crime potencialmente capaz de prejudicar a saúde mental do menor, uma vez que desperta a sensação de traição e de impotência, o que tem visivelmente caráter traumático (SIEBRA et al., 2019 p. 369).

É sabido que tais consequências já citadas em curto prazo, para a vítima que sofreu abuso, podendo ser físicas, como crises comportamentais, insônias para dormir, agressividade, podendo também ter alteração nos hábitos alimentares, comportamento suicida, problemas sexuais, ocorrendo também traumas físicos, gravidez indesejada e até mesmo estando sujeita a contrair as doenças sexualmente transmissíveis.

Dessa forma vale destacar que quanto mais velha a criança for mais marcante serão os sintomas vivenciados pôr o abuso sexual infantil, sendo um deles um dos maiores causadores de transtornos psicológicos, pois quanto mais idade a criança tiver maior terá um entendimento do que aquele ato representa e de suas consequências.

Pois pessoas vítimas do abuso sexual têm mais chances de apresentar transtornos psicológicos do que as que nunca foram abusadas, desta maneira dirigem-se a vivenciar mais acontecimentos traumáticos no decorrer da sua vivência do que as pessoas não abusadas. (SIEBRA et al., 2019; KRINDGES; MACEDO; HABIGZANG, 2016).

Se faz necessário, enfatizar que a vítima que sofreu o abuso obtém marcas que deste modo irão influenciar em inúmeros aspectos de sua vida, proporcionando prejuízos irremediáveis. Entretanto omissões estas que se apontam em alguém que sofre esse tipo de violência, podendo ocorrer de forma confidencial, como é detalhado por Siebra e colaboradores (2019):

O indivíduo pode desenvolver problemas familiares e sociais, bem como pode acabar carecendo de suporte médico e psicológico constante e por muito tempo, o que significa altos custos para as instituições de saúde, assistência social, e, inclusive para o Judiciário (SIEBRA et al., 2019 p. 369).

O abuso sexual é capaz de impactar em seu vínculo social, podemos observar que crianças e adolescentes vítimas de abuso sexual acabam se distanciando do meio social e prefere o isolamento da sociedade, acabando ou diminuindo a sua socialização entre amigos, assim podendo desencadear outras consequências, podem ser descritas por Rezende (2013):

Além de tudo isso, muitas outras consequências podem se apresentar nas pessoas que sofreram algum tipo de abuso na infância, após adulto, o indivíduo provavelmente voltará à experiência em sonhos e flashbacks, revivendo dolorosamente a frustração passada, fazendo com que isso afete integralmente sua vida social (REZENDE, 2013, p. 95).

É percebido que as consequências e danos que o abuso sexual causa em crianças, adolescentes, compreende-se em um problema de saúde muito elevado. Infelizmente o abuso sexual tem se vinculado pela ignorância e também contornado pelo silêncio. Então é essencialmente necessário que os órgãos públicos e seus relacionados a criança e adolescentes elaborem para identificar inicialmente os casos de abusos e violências, com a finalidade de impedir a sua incidência e proporcionar acompanhamentos e tratamentos

conforme a sua necessidade, para redução dessas sequelas avassaladoras decorrente do abuso sexual.

Estudos tem demonstrado que as sequelas do abuso sexual infanto-juvenil estão viventes em todos os aspectos da condição humana e assim deixando marcas – sexuais, psíquicas, físicas, sociais e dentre outras, que conseqüentemente irá afetar gravemente a vida da criança ou adolescente, vítima que sofreu dessa determinando abuso.

Diversos estudos apontam que os sintomas desenvolvidos ao longo de uma vivência traumática abalam o seu pensamento, a sua memória, e também o seu cenário de consciência e todo o seu campo de atuação, de decisão e de autoconfiança na sua vida. Diversas vítimas formam campo de proteção em sua volta, impossibilitando de ter uma vida comum. Vítimas como estas evitam sair de casa por medo e receio (SILVA, 2000).

Outro fator importante é o segredo situação a qual coloca em perigo a vida das crianças e adolescentes vítimas de abuso sexual. O segredo traz uma interdição de se expressar os fatos, principalmente quando o abusador está no meio familiar. Muitas vezes a vítima busca manter o segredo das circunstâncias vividas, seja por medo de sofrer punição, castigos, ou seja, por ser desacreditada pelos seus cuidadores ou meio social.

Em relação à vítima, assegura-se que o silêncio perante de uma circunstância que lhe infringe, coage, envergonha, criam uma ação comum ao cenário sofrido, por se referir de uma pessoa em uma situação especial de evolução, sujeitado a uma relação desigual de poder tanto físico como mental que, na maioria das vezes prolonga para afora do comando e arbítrio da própria vítima contada.

Assim segundo estudos fica notável que é provável assegurar que facilmente muitas essas crianças ou adolescentes encontrará motivos para de alguma forma se sentir culpada perante uma situação de abuso sexual. Portanto, é fundamental ouvir e observar a criança e permitir que ela se expresse, dando-lhe atenção e lhe aconselhando para assim ser tomada a melhor decisão.

Vale salientarmos também que sentimento de culpa são frequentes entre crianças e adolescentes vítimas do abuso, sendo a culpa uma das sequelas emocionais mais graves que decorrem da comunicação exorbitante, principalmente se esta foi ilegítima e continuou duradora. Referente a sensação de culpa muitas vezes pertinentes a imputação da parte de seus próprios pais e de sua família.

Infelizmente não é possível estabelecer ou até mesmo limitar perfeitamente os efeitos do abuso sexual, visto que a proporção e a intensidade das sequelas resultam da individualidade da experiência vivida de cada vítima. Levando a criança ou adolescente vítima do abuso sexual ficar sujeita a esta. Por essa razão, faz-se necessário o acompanhamento com o psicólogo e sua importância de modo que esteja capacitado de forma emotiva para enfrentar essa situação bastante complexa e desafiadora para a vítima.

Conclui-se que o abuso contra a criança e ao adolescente precisa ser identificado e tratado, o mais rápido possível, tendo assim o apoio psicológico pois é essencial para que se possa lidar com esses traumas, pois infelizmente acontecendo ao contrário essas vítimas crescem traumatizadas, com os danos do abuso de forma que possa induzir em seus comportamentos e escolhas para toda a vida.

4. O PAPEL DO PSICÓLOGO JURÍDICO E SUAS CONTRIBUIÇÕES NOS CASOS DE ABUSO SEXUAL

É sabido que a psicologia é uma ciência que estuda o comportamento humano e seus desenvolvimentos. Assim a Psicologia Jurídica é denominada como uma área, ou seja, um recorte da Psicologia, já o psicólogo jurídico opera no âmbito da Justiça auxiliando nos métodos e também na execução dos direitos humanos bem como prevenção da violência.

A psicologia é considerada pelos operadores do direito essencial em todos os casos envolvendo abuso sexual contra crianças e adolescentes, pois vale destacar que a relação de confiança estabelecida entre o psicólogo e vítima faz a diferença na abordagem do caso pelo Poder Judiciário, onde se encontra na psicologia um amparo fundamental.

Já os operadores do direito compreendem que a psicologia pode funcionar como contribuição valiosa para a comprovação das situações de abuso sexual, e também com a proteção das vítimas, desenvolvendo assim um atendimento de qualidade.

Vale destacar que psicologia jurídica exerce um papel essencial na contribuição desse direito, principalmente nos processos que abrange crianças e o adolescentes. Assim que o psicólogo jurídico tem a encargo de propiciar o melhor para a criança, através de um olhar profissional, de forma mais sentimental, com dignidade, respeito e, porém, não havendo preconceitos, vistos no processo judicial.

É notório que a Lei nº13.431/17 que estabeleceu sobre a importância e precauções ao adquirir as alegações de crianças e adolescentes, que já foram vítimas de violência, onde houveram seus direitos violados. Assim faz se necessário a importância de um acolhimento de forma especial. Estabelece o art. 2 da Lei nº13.431/17.

Art. 2º A criança e o adolescente gozam dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhes asseguradas a proteção integral e as oportunidades e facilidades para viver sem violência e preservar sua saúde física e mental e seu desenvolvimento moral, intelectual e social, e gozam de direitos específicos à sua condição de vítima ou testemunha.

Assim alguns profissionais nos casos de abuso sexuais contra crianças e adolescentes prevê que as entrevista psicossocial deve ser realizado no mínimo, em três momentos. Sabemos que o primeiro momento será efetivado antes da ação da judicial, ou seja, logo após ocorrer o registro da ocorrência a vítima seja destinada ao um tratamento especializado, onde serão tomadas as medidas judiciais corretas ao caso. Porém no segundo momento é fase do processo legal, onde os mesmos serão investigados os acontecimentos apresentados pela vítima assim o acompanhamento do profissional com indivíduos pertencentes no caso. E por terceiro e última caso é de suma importância, após ocorrer o ato judicial, o psicólogo irá ajudar as pessoas a compreender o novo contexto pronunciado.

A atribuição do psicólogo jurídico ao apresentar os dados reunidos na avaliação psicológica, se faz necessário e é de grande importância pois é capaz de produzir novas definições sociais. Vale ressaltar que quanto ao atendimento psicológico praticado em casos de abuso sexual de crianças e adolescentes é necessário uma inclusão de conversas com a família com a vítima, devendo ser realizadas em conjunto com todos.

No que se refere à atuação do psicólogo citaremos alguns princípios básicos essenciais no contexto de abuso sexual infantil:

I. O psicólogo baseará o seu trabalho no respeito e na promoção da liberdade,



da dignidade, da igualdade e da integridade do ser humano, apoiado nos valores que embasam a Declaração Universal dos Direitos Humanos. II. O psicólogo trabalhará visando promover a saúde e a qualidade de vida das pessoas e das coletividades e contribuirá para a 35 eliminação de quaisquer formas de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (CÓDIGO DE ÉTICA, 2005, p.07).

Dessa forma a perícia psicológica busca sempre está auxiliando o judiciário a tomar as melhores decisões e de forma a garantir e assegurar os direitos e o bem-estar desses indivíduos. A entrevista psicológica deve ser também praticada em um espaço compreensivo garantindo proteção, para as vítimas que se sintam seguras e possam se manifestar das suas emoções e de seus sentimentos e que as mesmas se sintam se livres do sentimento de culpa.

É válido destacar que essa entrevista psicológica é composta de procedimentos podendo ser de forma verbal e não verbal também assim é de fundamental importância e entender todo o caso em questão e todas suas circunstâncias.

Ressalta-se que a advertência e o uso de diálogos e testes são indispensáveis para o entendimento das individualidades de personalidade e desempenho emocional que adentra cada vítima do abuso sexual sofrido (SCORTEGAGNA; VILEMOR; AMARAL, 2012).

É fundamental compreender a relação da história com o contexto em que ela aconteceu, analisando as considerações sistemáticas dos mecanismos de comunicação, as circunstâncias, os propósitos, as estratégias e os recursos que moldam as narrativas (MARRA, 2016, p.71).

Dessa forma é importante analisar estudar o comportamento de cada vítima do abuso sexual, seja ela criança ou adolescente, para que sejam estudadas de forma correta e também por um profissional da área por se tratar de sequelas diferentes de cada vítima.

De uma vez que o psicólogo tem como atuação analisar os dados, com base em vários procedimentos todos eles sendo coerentes, objetivando alcançar todos os requisitos. Pois não há um modelo exclusivo de investigação ou de avaliação nossos casos de abuso sexual, motivo este que psicólogo deverá agir com a sua eficiência

Vale destacarmos que também é dever do psicólogo, comunicar às autoridades competentes em casos que a criança ou o adolescente se encontra em quadro de risco, na qual a vítima está exposta.

O psicólogo jurídico por sua vez deve contribuir com a interpretação dos depoimentos analisados das vítimas, e assim em seguida com a conclusão do processo, e também ajudar e tratar as vítimas de maneira gradativa, colaborando com que a criança volte ao seu ciclo comum de sociabilidade e que também possa desfrutar de novos momentos e livres de todos os medos e traumas.

Assim se faz necessário enfatizar que o papel do psicólogo se intensifica no momento de escuta terapêutica, como o propósito de reduzir os resultados sofridos pelas vítimas. Visto que este acompanhamento é necessário e elaborado com a necessidade de cada vítima, pois as consequências diferenciam de cada caso e de acordo com a experiência da vítima sofrida.

Cogo *et al.* (2011) acrescenta:

Os atos de acolher e oferecer segurança e confiabilidade são os primeiros passos para obter sucesso no tratamento físico e emocional da vítima. É de extre-

ma importância escutar sua história, sua vivência, sem pré-julgamentos, interrupções ou detalhamentos desnecessários que apenas possam constranger mais ainda a criança ou o adolescente. O psicólogo deve acolher a criança e oferecê-la um ambiente seguro, para que esta perceba a atenção e a credibilidade deste profissional, e assim sintam-se à vontade para relatar seu caso. Uma criança bem acolhida e sentindo a confiança no profissional, poderá deixar transparecer seus reais sentimentos e detalhes vividos em sua experiência. O trauma vivido por essas crianças e adolescentes geralmente perpetuam por toda sua vida, e muitas vezes, infelizmente, em alguns casos podem influenciá-los a cometer os mesmos abusos ao chegarem à idade adulta.

A segurança entre o profissional e a vítima é que possibilita a serem verdadeiros e sinceros no que se refere seus pensamentos. Dessa forma o psicólogo proporciona uma análise mais concreta do acontecimento ajudando a vítima com seus traumas e medos e também colaborando com a justiça.

Então concluir-se que a escuta que o psicólogo faz a este endividado no âmbito jurídico é um procedimento de alta complexidade e também delicado. A postura desse profissional em face da criança e sua responsabilidade com a mesma é a causa mais importante para assegurar a experiência do abuso sofrido, e também o acolhimento da vítima lhe assegurando proteção para que assim se realize uma entrevista de qualidade.

Portanto há necessidade da realização da escuta para o processo do trâmite judiciário. Ressaltando a importante e a contribuição do psicólogo nesta área onde são envolvidos sentimentos. Esse conhecimento é válido para a elaboração de estratégias mais sensíveis e menos agressivas para esta escuta, que tem em vista o atendimento, o respeito a afinidade e ao ritmo e ao desenvolvimento de avanço da criança.

Então é de grande importância a contribuição e a permanência desse profissional no âmbito jurídico e principalmente em casos relacionados a crianças e adolescentes vítimas de abuso sexual. Impedindo possíveis revitimizações, representando e assegurando proteção e cuidado a essas crianças, que um dia já estiveram seus direitos violados. Contribuindo não só na concretização do caso, mas também ajudando essas vítimas a tratarem de seus traumas e medos e propiciando uma nova chance de viver, de desfrutar de momentos felizes e um voltar até uma vida normal, juntamente com sua família, amigos e sociedade.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto e das discussões apresentadas, podemos observar que o abuso sexual contra crianças e adolescentes seja ele intrafamiliar ou extrafamiliar é um assunto que cotidianamente vem sendo muito discutido, e que abrange a nossa sociedade e o mundo, mais também ainda tem muitas mudanças e decisões a serem tomadas para obter um melhor resultado. Daí é necessário um estudo e análise sobre o caso, e ter conhecimento, e um dos mais importantes e sem dúvidas saber como evitar e não permitir que esses casos venham a ter continuidade. Pensando nas crianças e adolescentes que tiveram seus direitos violados, foram criadas normas jurídicas que pudessem resguardar tais direitos como podemos citar o Estatuto da Criança e Adolescentes o qual estão previstos os direitos e garantias dos indivíduos envolvidos.

Então é muito importante que as crianças e adolescentes vítimas desse abuso sejam protegidas e bem tratadas acompanhadas do profissional da área, pois é imprescindível a interrupção desse ato abusivo, assim também como as sequelas que a vítimas do abuso

sexual acarretam. Daí então é notória a importância que o psicólogo proporcione na vida da criança e do adolescente que sofrem este tipo de abuso, como também para a família, possibilitando assim a reconstrução da identidade da vítima que teve seus direitos violados e possa o conviver entre a família.

Portanto, é notória a necessidade dessa ação efetiva em conjunto da família, sociedade e do Estado para juntos combaterem esses abusos contra crianças e adolescentes. Tendo vista que a família e a sociedade têm a obrigação de cuidar, proteger essas crianças e adolescentes, e por vez que assegura seus direitos garantia de que devem ser respeitados.

Referências

ABUSO SEXUAL CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES- Universidade Metodista de São Paulo. Disponível em: <https://metodista.br/faculdade-de-teologia/materiais-de-apoio/artigos/abuso-sexual-contra-criancas-e-adolescentes> Acesso em: 15 set. 2022.

A LEI GARANTE A PROTEÇÃO CONTRA O ABUSO E A EXPLORAÇÃO SEXUAL. Turminha do MPF, 16 de out. de 2009. Disponível em: <https://turminha.mpf.mp.br/explore/direitos-das-criancas/18-de-maio>. Acesso em: 07 de Out. 2022.

BRASIL. **Constituição(1988)**. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10644726/artigo-227-da-constituicao-federal-de-1988>. Acesso em: 10 de out. 2022.

BRASIL PRECISA COMBATER ABUSO SEXUAL NA INFÂNCIA COM MAIS EMPENHO, APONTA DEBATE. 24/06/2022. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2022/06/24/brasil-precisa-combater-abuso-sexual-na-infancia-com-mais-empenho-aponta-debate>. Acesso em: 07 de out. 2022.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. LEI Nº 8.069, DE 13 DE JULHO DE 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 10 de out. 2022

BRASIL. **Lei nº 13.431, de 04 de abril de 2017.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13431.htm. Acesso em 31 Out. 2020.

CARVALHO, Fernando Luz. *et al.* **Campanha de Prevenção à Violência Sexual contra crianças e adolescentes- cartilha educativa.** Disponível em: https://crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/publi/sedh/cartilha_educativa. Acesso em: 15 set. 2022.

CÓDIGO DE ÉTICA PROFISSIONAL DO PSICÓLOGO, 2005. Conselho de Federal de Psicologia. p.7. Disponível em; <https://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2012/07/codigo-de-etica-psicologia.pdf> Acesso: 31 Out. 2022.

COGO, Karine Suéliet et al., Consequências psicológicas do abuso sexual infantil. Unoesc & Ciência-ACHS, v. 2, n. 2, p. 130-139, 2011. Disponível em: Acesso em: 31 Out. 2022.

DIAS, Fabiana. **Estatuto da criança e do adolescente (ECA)** Disponível em: <https://www.educamaisbrasil.com.br/enem/historia/estatuto-da-crianca-e-do-adolescente-eca> 07/02/2019. Acesso em: 22 de Set. 2022.

HABIGZANG, Luísa Fernanda; KOLLER, Sílvia Helena (orgs.). **Intervenção psicológica para crianças e adolescentes vítimas de violência sexual: manual de capacitação profissional.** São Paulo: Casa do Psicólogo, 2011.

HABIGZANG, Luísa F. et al. **Abuso sexual infantil e dinâmica familiar: aspectos.** Disponível; <https://www.scielo.br/j/ptp/a/RQSFdbchSLM3dbmt4VCjXZS/abstract/?lang=> Acesso em: 31 Out. 2022.

KRINDGES, Cris Aline; MACEDO, Davi Manzini; HABIGZANG, Luísa Fernanda. **Abuso sexual na infância e suas repercussões na satisfação sexual na idade adulta** de mulheres vítimas. Contextos Clínicos, v. 9, n. 1, p. 60-71, 2016. Disponível em: <http://www.revistas.unisinos.br/index.php/contextosclinicos/article/view/10269> Acesso: 31 Out. 2022.

MOREIRA, M. I. C.; SOUSA, S. M. G. **Violência intrafamiliar contra crianças e adolescentes: do espaço privado à cena pública.** O social em questão. ISSN 2238-9091, PUC - Rio de Janeiro, ano XV. n.28. mai. 2012. Disponível em: <http://osocialeemquestao.ser.puc-rio.br/media/2artigo.pdf>. Acesso: 10 out. 2022.

MACHADO, Lara Florêncio. **Sociedade deve ser vigilante contra o abuso sexual de crianças e adolescentes.** Publicado: 23 de fevereiro de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-fev-23/lara-macha>

do-abuso-sexual-criancas-adolescentes. Acesso em: 15 de set. 2022.

MARRA, Marlene Magnabosco. Conversas criativas e abuso sexual - **Uma proposta para o atendimento psicossocial**, São Paulo: Editora Ágora, 2016;

REZENDE, Stéfany Jaqueline. As cicatrizes: Impactos na vida adulta do abuso sexual infantil. **Raízes no Direito**, v. 2, n. 1, p. 87-100, 2013. Disponível em: <<http://revistas2.unievangelica.edu.br/index.php/raizesnodireito/article/view/663>> Acesso em: 25 Out. 2022.

SCORTEGAGNA, Silvana Alba; VILLEMOR-AMARAL, Anna Elisa de. **Uso do Rorschach na investigação do abuso sexual infantil**. Paidéia (Ribeirão Preto), , ago. 2012 . Disponível em: <https://www.scielo.br/j/paideia/a/QsNVGTdwGjqK3mGHZxc9jGp/abstract/?lang=pt> acesso: 31 Out. 2022.

SILVA, I. R. **Abuso e trauma**. São Paulo: Vetor, 2000.

SOUZA, Cecília de Melo; ADESSE, Leila. **Violência Sexual no Brasil: perspectivas e desafios**. Brasília: Secretaria Especial de Políticas para as mulheres. 2005.

SIEBRA, Danielle Xenofonte et al. Os Prejuízos causados à Saúde Mental e à vida sexual adulta das mulheres vítimas de Abuso Sexual na infância. ID on line **REVISTA DE PSICOLOGIA**, v. 13, n. 46, p. 359-378, 2019. Disponível em: <<https://idonline.emnuvens.com.br/id/article/view/1890>> Acesso em: 25 Out. 2022.

VIOLÊNCIA SEXUAL CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES. Disponível em: <http://www.gestaoescolar.diaadia.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=1449>. Acesso em: 15 set.2022.

VICENTIN, Sílvia Cavalcante. VALLE, Tânia Gracy Martins do. **Relações familiares permeadas por violência sexual do pai contra a filha**. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2009. 222 p. ISBN 978-85-98605-99-9. Disponível em: <http://books.scielo.org/id/krj5p/pdf/valle-9788598605999-10.pdf> Acesso em: 25 Out. 2022.



21

**A EFETIVIDADE NA APLICAÇÃO DAS MEDIDAS
SOCIOEDUCATIVAS EM MEIO ABERTO: PRESTAÇÃO DE
SERVIÇOS À COMUNIDADE E LIBERDADE ASSISTIDA**

*EFFECTIVENESS IN THE APPLICATION OF MEASURES
SOCIO-EDUCATIONAL IN OPEN ENVIRONMENT: PROVISION
OF SERVICES TO THE COMMUNITY AND FREEDOM
ASSISTED*

Lídia Monteles Carneiro

Resumo

A pesquisa trata da efetividade das Medidas Socioeducativas (MSE) em meio aberto. As Medidas Socioeducativas são empregadas aos adolescentes que praticam algum ato infracional, considerado este a conduta descrita como crime ou contravenção penal. O surgimento dessas medidas se deu com implantação do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) na década de 1990, que rompeu com a Doutrina da Situação Irregular, instalando-se um novo paradigma, a Doutrina da Proteção Integral. As medidas socioeducativas em meio aberto correspondem a liberdade assistida e prestação de serviço à comunidade. Os diplomas legais existentes explicitam a maneira como essas medidas devem ser aplicadas e executadas, no entanto, observa-se de que maneira as normas legais vêm sendo implementadas, bem como a efetividade de sua implementação. As MSE têm como principais diplomas legais a Lei nº 8069, o ECA e a Lei nº 12.594/2012, referente ao Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE).

Palavras-chave: Adolescente, Ato Infracional, Efetividade, Medidas.

Abstract

The research deals with the effectiveness of Open Socio-Educational Measures (MSE). Socio-educational measures are used for adolescents who commit an infraction, which is the conduct described as a crime or criminal misdemeanor. The emergence of these measures came with the implementation of the Child and Adolescent Statute (ECA) in the 1990s, which broke with the Irregular Situation Doctrine, establishing a new paradigm, the Integral Protection Doctrine. Open social and educational measures correspond to assisted freedom and community service. Existing legal acts explain how these measures should be implemented and enforced, however, it is observed how the legal rules have been implemented, as well as the effectiveness of their implementation. The main legal instruments of the MSE are Law No. 8069, ECA and Law No. 12.594 / 2012, referring to the National System of Socio-Educational Care (SINASE).

Keywords: Adolescent, Infracional, Act Effectiveness, measures.

1. INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas, gradativamente, dois fenômenos tomaram grandes proporções e se concretizaram no mundo dos adolescentes: o consumismo e o individualismo. Assim, ainda que o imaginário coletivo mostre um ideal de que as crianças e os adolescentes devam viver em ambiente pacífico e com probabilidades de interações sociais saudáveis, a realidade aponta um norte diferente: a violência e os atos de infração em que os adolescentes estão envolvidos.

Diante disso, utilizou-se do método dedutivo para analisar de que forma as medidas socioeducativas mudou a percepção acerca do Direito Penal Juvenil, bem como, verificar sua aplicação efetiva a partir do surgimento do ECA. Metodologicamente, adotou-se a revisão bibliográfica, na qual foi aplicado doutrinas acerca do tema.

Para melhor compreensão dividiu-se o trabalho em uma sequência lógica. Inicia-se, apresentando o tema, em seguida, no primeiro capítulo, aprofunda-se sobre as medidas protetivas, relatando seu surgimento, sua natureza jurídica e suas espécies.

Posteriormente, no segundo capítulo, explana-se sobre a aplicação das medidas socioeducativas, o processo de aplicação das medidas; o processo de execução das medidas socioeducativas em meio aberto.

Em seguida, no terceiro capítulo, relata-se sobre a efetividade da aplicação das medidas socioeducativas em meio aberto, trazendo ainda a diferença entre a lei e a prática, e por fim, as considerações finais relevantes do presente artigo.

2. DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS

Mesmo estando em conflito com a lei, o adolescente tem seus direitos como cidadão preservados os quais não devem ser esquecidos em quaisquer situações que sejam, devendo seu direito de ser ouvido na presença de seus responsáveis, enfim, ao direito de ser considerado enquanto ser em desenvolvimento biopsicossocial.

2.1 O Surgimento das Medidas Socioeducativas

No ano de 1830 surge no Brasil o Código Criminal. Neste Código “[...] não se julgavam criminosos os menores de 14 anos [...], mas se houvessem discernimento, deveriam ser recolhidas as casas de detenção pelo tempo que o juiz entendesse conveniente [...]” (PAULA, 2013, p.2010).

No entanto o próprio Código em seu art. 13 afirmava que tal recolhimento não poderia exceder a idade de 17 anos. Conforme observamos já há no Código Criminal de 1830 uma preocupação com os menores infratores, ou seja, o intuito do mencionado código era justificar que as pessoas menores de 14 anos não podiam ser consideradas responsáveis legalmente por seus atos, uma vez que não eram capazes de discernir entre o certo e o errado, mas o dispositivo do Código era mitigado na medida em que se permitia tal julgamento se fosse analisado que o jovem já possuía discernimento suficiente para saber o que estava fazendo. Dessa forma ficava a cargo do juiz decidir ou não pelo julgamento do menor (BRASIL, 1830).

O Código Penal de 1890 dispunha, por sua vez, em seu art. 27 que “não eram crimino-

“... os menores de 09 anos completos e os maiores de 09 e menores de 14, que obrarem sem discernimento” (PAULA, 2013, p.202).

Em 1927 é criado o Código de Menores, “o qual estabelecia medidas para garantir o bem-estar físico e moral das crianças, atribuíam deveres paternos, impondo obrigações ao Estado e fixando a imputabilidade penal em 14 anos de idade” (PAULA, 2013, p.289). Aqui o Estado atuaria se o menor estivesse em situação irregular.

No ano de 1940 surge o Código Penal Brasileiro. Tal Código elevou a imputabilidade penal para 18 anos de idade apresentando uma diferença em relação aos demais na medida em que fixou a imputabilidade do agente de acordo apenas com a idade, não mais levando em consideração a questão do discernimento (BRASIL, 1940).

Com o intuito de romper com a doutrina penal do menor é criado em 1979 o Código de Menores. Tal código preocupou-se apenas com os menores que se encontravam em situação irregular, ou seja, aqueles que se encontravam na rua, fora da escola, órfãos, carentes, infratores, esquecendo-se dos jovens que se encontravam em situação regular, razão pela qual houve a necessidade de ser criada uma nova lei, surgindo assim o Estatuto da Criança e do Adolescente.

2.2 Natureza Jurídica das Medidas Socioeducativas e Suas espécies

Há hoje na doutrina uma grande discussão acerca da natureza jurídica das medidas socioeducativas. Uma parte defende que as medidas possuem caráter meramente educativo, a outra por sua vez, atribui às medidas socioeducativas, além do caráter socioeducativo, também o caráter punitivo.

Posto isso, a conclusão que se chega é que apesar de ter como objetivo reordenar os valores do adolescente considerando sua condição especial de pessoa em desenvolvimento (ECA, art. 6º) e impedir a sua reincidência na prática de crimes a medida comporta sempre uma restrição de direitos, evidenciando-se assim tanto o caráter educativo como o caráter punitivo. A inimputabilidade penal do adolescente, cláusula pétrea instituída no art. 228 da Constituição Federal, significa fundamentalmente a insubmissão do adolescente por seus atos às penalizações previstas na legislação penal, o que não o isenta de responsabilização e sancionamento.

Tanto é presente o seu caráter de sanção que a medida socioeducativa somente poderá ser aplicada pelo Poder Judiciário, mesmo nos casos em que esta venha a ser concertada em sede de remissão – Súmula 108 do STJ.

O ECA trouxe em seu artigo 112 as medidas socioeducativas que poderão ser aplicadas aos adolescentes quando verificada a prática de ato infracional. Dentre as medidas estão a advertência, reparação de danos, prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida, semiliberdade, internação.

3. DA APLICAÇÃO DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVA

É cediço que as medidas socioeducativas são destinadas aos adolescentes que praticam ato infracional, tais medidas são aplicadas de acordo com a gravidade da infração. Para regulamentar as MSE, se fez necessária a instituição da lei 12.594/2012, o SINASE. A partir dessa lei, foi possível desenvolver ações socioeducativas sustentadas em princípios dos direitos humanos. Seu objetivo é alinhar conceitos estratégicos e operacionais às ba-



ses éticas e pedagógicas.

O SINASE é o conjunto ordenado de princípios, regras e critérios, de caráter jurídico, político, pedagógico, financeiro e administrativo, que envolve desde o processo de apuração de ato infracional até a execução da medida socioeducativa. Este sistema nacional inclui os sistemas estaduais, distritais e municipais, bem como todas as políticas, planos, e programas específicos de atenção a esse público. Nesse sentido, constitui um importante marco normativo em relação às políticas públicas voltadas para os adolescentes que cometeram ato infracional.

Conforme os artigos 1º e 2º do SINASE que versam respectivamente sobre a Lei que regulamenta a execução das medidas socioeducativas aos adolescentes “infratores” e a quem cabe à coordenação e implementação dos programas de atendimento a esses adolescentes, respeitado os termos da Lei. Pode-se afirmar que, em relação as competências das três esferas de governo, o SINASE faz a distribuição das incumbências, as quais serão elencadas de maneira breve nesse trabalho, entretanto, vale ressaltar que, tais competências não se esgotam nessa pesquisa.

Destaca-se, por oportuno, que cabe à União, formular e coordenar a execução da política nacional de atendimento socioeducativo; elaborar o plano Nacional de atendimento socioeducativo, em parceria com os Estados o Distrito Federal e os Municípios; prestar assistência técnica e suplementação financeira aos Estados, Distrito Federal, e aos Municípios para desenvolvimento de seus sistemas.

Dando azo ao Estado, a incumbência de formular, instituir, coordenar e manter o Sistema Estadual de Atendimento Socioeducativo, respeitadas as diretrizes fixadas pela União; elaborar o Plano Nacional de Atendimento Socioeducativo em conformidade com o Plano Nacional. Já o Município formula instituir, coordenar e manter o Sistema Municipal de Atendimento Socioeducativo, respeitadas as diretrizes fixadas pela União e pelo respectivo Estado; criar e manter programas de atendimento para a execução das medidas socioeducativas em meio aberto.

Nesse sentido, o Regime socioeducativo, precisa garantir aos adolescentes condições necessárias de acesso a oportunidade para que ele venha superar a sua condição de exclusão, visando oferecer a formação de valores que possibilitem sua participação e inclusão social. Essa participação social, na qual o adolescente deve estar inserido, precisa acontecer de forma conjunta entre a família, comunidade e órgão interligados a rede de apoio da assistência social, tendo por objetivo fortalecer os vínculos familiares e sociais outrora rompidos.

Sobre as medidas socioeducativas em espécie, é necessário esclarecer sua função no contexto social e mesmo jurisdicional. As medidas socioeducativas são aplicadas e operadas de acordo com as características da infração, circunstância sócio familiar e disponibilidade de programas e serviços em nível municipal, regional e estadual.

Acerca da execução das medidas socioeducativas, identificado e apurado o ato infracional praticado por adolescente, depois de asseguradas todas as garantias do devido processo legal, o juiz, na sentença motivada, individualizará a medida e determinará a sua execução. O processo de execução de todas as medidas socioeducativas deverá ter seu início em audiência admonitória, na qual será dada ciência ao adolescente do conteúdo da medida ou medidas a serem cumpridas. Nesta audiência, serão intimadas, além do adolescente e seus pais ou responsáveis, seu defensor, o representante do Ministério Público e o da entidade encarregada da execução da medida. Ainda na audiência o Juiz deverá informar ao adolescente e seus pais dos critérios da avaliação a serem utilizados, bem como adverti-los das implicações do descumprimento injustificado da medida.

4. A EFETIVIDADE NA APLICAÇÃO DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS EM MEIO ABERTO

A medida socioeducativa está inserida nas ações da Política de Proteção Social de média complexidade e em conformidade com os princípios e diretrizes do Sistema Único de Assistência Social (SUAS). Destaca-se, por oportuno, que o público-alvo para acesso aos programas são: adolescentes e jovens que estão em cumprimento de medidas socioeducativas de liberdade assistida e de prestação de serviços à comunidade. A inserção do serviço deve ser mediante: encaminhamento da Vara da Infância e Juventude ou, na ausência desta, pela vara civil correspondente.

Carvalho (2014) destaca que aplicar a medida significa mais do que apenas punir, sendo que seu pedagógico irá possibilitar ao adolescente a criação de condições para desenvolver seu amadurecimento cognitivo, para assim, poder julgar por si só, o que é certo e o que é errado. Isso demonstra que a medida deve realizar suas ações obedecendo a sua finalidade pedagógica. Qual seja preparar esse adolescente para uma nova perspectiva de vida, abandonando as condutas que o conduziu ao ato infracional.

4.1 O Que Dispõe a Lei e a Prática

Na maioria dos processos é aplicada a remissão cumulativamente com uma medida socioeducativa, determinando-se ainda a suspensão processual. Necessário observar, que a importância de se aplicar a suspensão processual e não a exclusão do processo, é que uma vez descumprindo a medida socioeducativa imposta, estando o processo apenas suspenso, poderá o juiz retomá-lo novamente e aplicar uma medida mais severa, respeitando claro, o devido processo legal e o contraditório, fato este que não ocorrerá se desde o início for proposta a exclusão do processo.

Os adolescentes não cumprem as medidas de maneira satisfatória. Alguns aparecem nas unidades de atendimento uma única vez, e não mais retornam, outros comparecem duas ou três vezes e não mais se apresentam.

O jovem comparece uma única vez na unidade de atendimento, todas as investidas dos orientadores sociais ocorrem sem nem um sucesso. A situação é informada ao Juiz, acha por bem revogar a medida socioeducativa, sem aplicar outra em seu lugar. Sendo assim, o adolescente continua envolvido com drogas e acaba cometendo vários atos infracionais. Demonstrando uma fragilidade muito grande no âmbito da efetiva aplicação das medidas socioeducativas (CARVALHO, 2014).

Além dessa falta de comprometimento dos jovens para o cumprimento, os orientadores sociais, encarregados de acompanhar esses adolescentes possuem diversas dificuldades para conduzir a aplicação das medidas.

Sabe-se com a chegada do adolescente a equipe técnica da respectiva unidade elaborará um programa de atendimento onde serão registradas as perspectivas de cumprimento da medida, referindo-se principalmente, às atividades e atendimentos a serem oportunizados aos adolescentes. No entanto muitas vezes esses atendimentos e essas atividades acabam não se realizando por diversos motivos.

Destaca-se, por oportuno, que, nesse enfoque, a existência de condicionantes considerados entrave para a realização da medida, porém não podem ser motivo único e nem de maior relevância para justificar o descumprimento da PSC, haja vista, a ocorrência de outros fatores relacionados à medida em especial tais como: precarização dos serviços re-

sultantes da falta ou insuficiência de espaços físicos para realização de atividades, equipe reduzida, carro não disponível nos dias necessários para visitas, falta de material de apoio para atividades pedagógicas, telefone sem funcionamento entre outros. As maiores dificuldades para permanência do adolescente no sistema educacional: o uso de drogas; parceria com conselho tutelar fragilizada; influência de colegas, não ter profissional de referência na escola, entre outros.

Desta feita, em razão dos problemas expostos, as situações que já apresentam complexidade, acabam se tornando ainda mais complicadas, dificultando grandemente a recuperação desses jovens. Melhorar as condições de trabalho, em termos estruturais, capacitar os profissionais que terão a incumbência de lidar com esses jovens, capacitação está não apenas no âmbito técnico, mas também no sentido de mostrar que “todas as profissões que lidam diretamente com o ser humano só estarão realmente humanizadas quando o seu fruto for além de uma mera prestação de serviços, concorrendo para promover a paz social” (SAUAIA, 2014, p.53), e trabalhar em conjunto com a rede de saúde e educação, certamente é um bom início para começarmos a desenvolver melhor aquilo que vem preconizado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A ausência de políticas públicas mais eficazes é um grande obstáculo para a execução de um trabalho mais qualitativo, e quando aqui se fala em políticas públicas, não são apenas aquelas voltadas para o adolescente em si, mas para toda família. Acompanhar apenas o adolescente muitas vezes não é suficiente para amenizar o problema, uma vez que todos devem estar envolvidos na tentativa de solução para o problema apresentado.

Destaca-se, por oportuno, que, além disso, assistência foi marcada pelo descaso, segregação, discriminação, e violência vigentes nas legislações passadas, como tal o Código de Menores de 1979. Essa conjuntura na qual crianças e adolescente viveram a negação de seus direitos por décadas, só pode ser alterada a partir do advento do ECA, onde então a doutrina da situação irregular foi substituída pela doutrina de proteção integral.

Enquanto não existir essa ação em rede não consegue amenizar a situação dos adolescentes. Além disso, a má qualidade do ensino é outro fator que contribui para o afastamento desses jovens da escola, contribuindo ainda mais para a marginalidade e agravamento do problema.

Não bastassem os problemas estruturais e institucionais existentes, muitas vezes os próprios funcionários que lidam com as medidas não se identificam com o trabalho, o que compromete significativamente o atendimento. Policiais, delegados, professores, juízes, promotores, defensores e a comunidade de um modo geral devem ser conscientizados da importância no desenvolvimento deste tipo de trabalho, apropriando-se principalmente daquilo que preconiza o Estatuto da Criança e do Adolescente.

A garantia de direitos não se resume à existência de uma lei. Se não houver vontade por parte de todos os envolvidos, partindo do administrador público ao próprio adolescente, certamente não conseguiremos observar resultados positivos quando da aplicação das normas existentes. Sob essa perspectiva, ressalta-se que o objetivo das medidas socioeducativas, é destacar a natureza pedagógica para reeducação e reintegração do adolescente a sociedade.

Por fim, aponta-se como possibilidades para a execução da medida socioeducativa, consolidar estratégias de planejamento, avaliação e ação visando priorizar os serviços so-

cioeducativos em meio aberto, disponibilizando mais recursos financeiros para melhor oferta dos serviços, humanizar o atendimento, contratação de profissionais aptos, equipe de referência para o serviço em organizações como o CREAS e articulação entre os órgãos que compõem a PSC, entre outros.

Sobre todo contexto exposto entende-se que é preciso haver garantias do serviço de ordem moral e educativa, pois enquanto a execução da medida socioeducativa de PSC, tiver como perspectiva o cumprimento simplesmente formal, sem considerar as relações sociais, familiares, e, sobretudo, o aspecto psicológico do adolescente, a medida não pasará de um castigo.

Referências

CARVALHO, Helen Cris Cosme de. Adolescentes Autores De Atos Infracionais: questão socio estatal ou caso de polícia? **Revista Direito Mackenzie** v. 7, n. 1, 2014.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Código Penal. Brasília: Senado Federal, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/civil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 19 de jun., de 2022.

_____. **Lei de 16 de dezembro de 1830.** Manda executar o Código Criminal. Brasília: Senado Federal, 1830. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm. Acesso em: 7 de abr., de 2022.

PAULA. Paulo Afonso Garrido de. **Direito da Criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SAUAIA, Artenira da Silva e Silva. **Humanização e transdisciplinaridade:** os marcos da competência profissional do século XXI. São Luis: UNICEF/ EDUFMA, 2014.



22

**PRINCIPIOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO: A
APLICABILIDADE NO PANORAMA DO SÉCULO XXI**
*PRINCIPLES OF ADMINISTRATIVE LAW: APPLICABILITY IN
THE PANORAMA OF THE 21ST CENTURY*

Raylane Gomes Morais

Resumo

O que impulsionou o presente trabalho foi a temática a respeito dos princípios do Direito Administrativo, a sua aplicabilidade no panorama atual, a importância desses princípios dentro das diversas áreas do direito. A problemática do presente trabalho traz um questionamento: Por que o Direito Administrativo não tem codificação específica? Percorreu-se uma análise profunda sobre o Direito Administrativo, com destaque em seus princípios administrativos e constitucionais. De início realizou-se um breve estudo sobre a evolução histórica do Direito Administrativo, por seguinte, uma análise sobre o regime jurídico administrativo, e no tocante, um apontamento sobre o princípio da supremacia do interesse público, que trata sobre o interesse da coletividade, que tem prevalência sobre o interesse privado. Trazendo um apontamento sobre os princípios constitucionais, sua definição e aplicação na gestão pública. Ademais, o estudo dessa disciplina é de extrema importância para que se possa entender a máquina da administração pública, como os princípios são aplicados diante do caso concreto, e de que forma eles são relevantes para o mundo jurídico. A metodologia utilizada foi a pesquisa de revisão bibliográfica, e livros de autores como Matheus Carvalho; Mazza, Alexandre, Araújo, Edmir Netto, Lei seca, artigos, Constituição Federal de 1988. Normatizado de acordo com as normas da ABNT.

Abstract

What drove the present work was the theme regarding the principles of administrative law, its applicability in the current panorama, the importance of these principles within the various areas of law. The problem of the present work brings a question: Why does administrative law not have specific coding? An in-depth analysis of administrative law was underway, with emphasis on its administrative and constitutional principles. At the beginning, a brief study was carried out on the historical evolution of administrative law, following an analysis of the administrative legal regime, and in this regard, an appointment on the principle of supremacy of the public interest, which deals with the interest of the collectivity, which has prevalence over the private interest. Bringing a note on the constitutional principles, their definition and application in public management. Moreover, the study of this discipline is extremely important for one to understand ...

Keywords: Public administration. Principles of Administrative Law. Administrative legal regime.

1. INTRODUÇÃO

O Direito Administrativo é de suma importância, mesmo não estando codificado na lei, ele organiza e regula o sistema da Administração Pública, regulando os atos, condutas de agentes, e o poder governamental, servindo de parâmetro e base, para garantir que os atos da administração pública possam estar de acordo com a legalidade.

O presente trabalho de revisão bibliográfica com o aludido tema Princípios do Direito Administrativo: A aplicabilidade no Panorama Brasileiro do Século XXI. Elaborou-se uma análise sobre o conceito de Princípios do Direito Administrativo, sua aplicação no direito público, e analisado de forma sistemática os princípios constitucionais.

Neste sentido, foi feita uma análise sobre a problemática da pesquisa abordada no trabalho, valendo-se do seguinte questionamento: Porque o Direito Administrativo não está codificado na lei, não dispondo de lei específica? O objetivo geral deste trabalho é estudar os princípios do Direito Administrativo e sua aplicabilidade no Panorama do Século XXI.

Para possibilitar a compreensão sobre o tema, mostrou-se importante apontar no primeiro capítulo uma análise sobre a evolução histórica dos princípios, como se deu sua criação, segundo os doutrinadores apontam seu nascimento na França, na implantação do “Estado de Direito” pós Revolução Francesa, especificamente no século XVIII, e início do Século XIX. Após as instalações do Tribunal e Justiça administrativa, que a cada decisão do Conselho de Estado, cujo poder de emitir decisões soberanas, foi firmado pela lei de 24 de maio de 1872, elaborava-se os princípios do moderno Direito administrativo; sendo, princípio da supremacia do interesse público, e indisponibilidade do interesse público sob o privado.

Por conseguinte, definiu-se o regime jurídico administrativo, sob o prisma no âmbito da administração pública, explicando os princípios explícitos e implícitos, que orientam o administrador da coisa pública, a parametrizar todos os seus atos por estas determinações normativas impostas pelo legislador em todo o ordenamento, como por exemplo, a legalidade (COELHO, 2009).

Por fim, um estudo sobre o princípio da supremacia do interesse público, este princípio não está implícito no ordenamento da Constituição Federal, em seu artigo 37, que apresenta seu conjunto de princípios que são eles: legalidade; impessoalidade; moralidade; publicidade e eficiência. Também conhecido como LIMPE.

Esse princípio compreende a superioridade do interesse coletivo, sobre o interesse privado, a indisponibilidade do interesse privado reforça a garantia da supremacia do interesse público, sobre qualquer vontade pessoal do administrador da coisa pública, de modo que os órgãos, os seus agentes devem respeitar as normas e princípios sob pena de nulidade de seus atos, e ou, responsabilização.

Qualquer agente no exercício da função vier causar dano a outrem, haverá responsabilização objetiva por parte do Estado, e subjetiva, por parte do causador, o qual o Estado poderá adentrar com ação regressiva contra este.

O princípio da legalidade tem seu sentido inverso dos outros, em outras áreas do direito tudo que não for proibido por lei é permitido, já no ramo administrativo, a administração não pode praticar nenhum ato, se não tiver lei regulando, ou seja, só poderá praticar qualquer ato, que tenha previsão na lei.

Assim, para não esgotar muito o assunto, e com uma breve conclusão é importante apontar que os princípios, apesar de não se confundirem com as demais normas por terem características peculiares, são também dotados de juridicidade, sendo assim, portanto recobertos de todas as garantias dispensadas às regras no que concerne à sua violação.

O princípio da indisponibilidade do interesse público reza que a administração deve zelar pelos interesses da coletividade, fiscalizando, sanando irregularidades que venha a tomar parte, e oferecer um serviço eficiente, pautado no princípio da eficiência, não deixando se omitir em casos diante de irregularidades, sob pena de prevaricação, omissão, dentre outros.

Desse modo, a administração pública, não pode abrir mão, nem desvencilhar da coisa pública, prezando pela celeridade processual, da legalidade dos atos, da publicidade dos atos, zelar pela moralidade da administração.

A metodologia utilizada foi a pesquisa de revisão bibliográfica, qualitativa, dedutiva, com pesquisas em doutrinas de autores como Mazza, Alexandre publicação de 2016, Patrícia Irene Nohara publicação de 2014, Matheus Carvalho publicação de 2017, Edmir Netto de Araújo publicação de 2015, Lei seca, artigos 37, X, 5º, XXXV, Constituição Federal de 1988, Google Acadêmicos, normatizado de acordo com as normas da ABNT.

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS PRINCÍPIOS

O Direito Administrativo surgiu na França no fim do século XVIII e início do século XIX, no período da implantação do “Estado de Direto” posterior a Revolução Francesa. O Direito Administrativo autônomo do Direito público teve seu marco inicial, datado pela lei de 1800, de 28 pluviôse do ano VIII.

Após muitos movimentos liberais, liderados pela burguesia, com o apoio dos proletariados, com o objetivo de acabar com o poder absolutista estatal, através de freios e contrapesos, para que houvesse um equilíbrio de igualdade entre Estado e seus administrados e garantir os direitos individuais e fundamentais. Os liberais democratas exigiam que o Estado prestasse serviços á coletividade, garantindo assim, o equilíbrio e igualdade. De acordo com Araújo que menciona que:

Com as ideias de liberal, democráticas difundidas pela Revolução Francesa, formou-se o clima necessário à elaboração de um Direito Administrativo como um corpo de regras disciplinadoras das estruturas administrativas, dos serviços públicos, das relações do poder com os administrados e com os seus próprios agentes públicos, que fosse de observância obrigatória para todos, inclusive a própria (embora ainda incipiente, complicada e centralizada) organização administrativa do poder. (Araújo, 2015, p,30)

Nas palavras supracitadas do autor, com o movimento liberal tornou-se necessário criar “Leis abstratas”, e regras disciplinadoras que regulasse a conduta dos agentes, dos órgãos e seus administrados, com uma administração pública, organizada com prestação de serviços voltada para a coletividade, regulando o interesse individual e o coletivo, garantindo o mínimo de assistência como proteção.

Após a Revolução francesa, ocorrida em 1789, com o fortalecimento dos parlamentares, começou a ser definido as regras limitadora da atuação administrativa pública inclusive sedimentar a criação tribunal” (CARVALHO, 2017, p. 46).



Para Carvalho com esse desenvolvimento revolucionário, a França se apresentou como modelo de administração pública, racional, objetiva, e tal paradigma espalhou-se por toda a Europa Ocidental.

A França adotou o modelo bipartidária. O Conselho de Estado julgava casos entre a administração pública x particular. Por outro lado, a Corte de Cassação (administração judicial) conhece e julgava os casos de particular x particular de forma definitiva. A seguir um breve estudo sobre Regime Jurídico Administrativo

2.1. Regime Jurídico Administrativo

Segundo Mazza, Alexandre (2016, p, 96) “Ao conjunto formado por todos os princípios e normas pertencentes ao Direito administrativo, denomina-se tecnicamente regime jurídico administrativo”.

Assim, salienta-se que, a administração pública se encontra na relação vertical, nas relações da administração pública com os administrados. Dessa forma, goza de **prerrogativas** e **privilégios**, tais como: a autoexecutoriedade, e a autotutela, praticando atos com fins para beneficiar toda coletividade, o princípio da supremacia do interesse público, denota uma gama de privilégios ao ente estatal para gozar de prerrogativas, mas que também sujeições, e pode praticar atos direto contra o particular. Vejamos o entendimento do autor Cretella Júnior, sobre essa temática.

Segundo autor Cretella Júnior menciona que:

As regalias usufruídas pela administração na relação jurídico-administrativo, derogando o direito comum diante do administrador, ou, em outras palavras, são as faculdades especiais conferidas a administração, que quando se decide agir contra particular (Cretella Júnior, v,97:13)

Para o autor, a administração pública goza de regalias, estando em posição de verticalidade, nas relações com administrados, podendo praticar quaisquer atos pertinentes a este, acobertado pelo princípio da supremacia do interesse público.

Dentre as prerrogativas podemos citar alguns privilégios da administração pública:

a) Desapropriação privada; b) Requisição de bens; c) Presunção de legitimidade; d) Impenhorabilidade; e) Imprescritibilidade dos bens; f) rescisão de contratos dentre outros. Mas em contrapartida, a administração pública sofre restrição quanto a seus atos e procedimentos, devendo obedecer á lei, ao princípio da moralidade administrativa, legalidade e da publicidade dos atos que está consagrado no art. 37, caput da CF/88, sob pena de nulidade dos atos administrativos, e se possível, responsabilização por parte de quem praticou o ato.

Portanto, para que sejam asseguradas as prerrogativas á administração pública, que fique em posição de autoridade sobre o particular, e alcançar os fins, pelo interesse da coletividade, pautadas no princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.

Para Mazza, Alexandre (2016, p, 100) “Todos os princípios do Direito Administrativo são desdobramentos da **supremacia do interesse público** e da **indisponibilidade do interesse público**”. Para Mazza, esses princípios sofrem de limitações, por razão do princípio da indisponibilidade do interesse público. Todo complexo da administração pública não deve

agir segundo sua vontade, e sim, deve operar, seguindo o rito dos princípios constitucionais, quais sejam: a) Legalidade; b) impessoalidade; c) moralidade d) publicidade e eficiência. Dessa forma, a administração como gestor da coisa “pública” deve obedecer a lei.

3. PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA A LUZ DO ART 37 DA CF/88

Os princípios explícitos da administração pública estão expressos na Constituição Federal, os implícitos constam em leis infraconstitucionais, que estão em posição inferior a CF/88, esses princípios são a bussola que rege normas e orientam o legislador na criação de “leis e normas”, são os cinco princípios da LIMPE, que estão consagrados na Constituição Federal de 1988 em seu art. 37, condicionam o padrão que as organizações administrativas devem seguir.

São eles: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Vejamos o conceito de cada um.

- **Legalidade:** a administração pública está sujeita aos ritos da legalidade, o qual seus atos e procedimentos devem ser legais, de modo que, se o gestor da coisa pública, seus agentes praticarem atos ilegais, ou mesmo incorrer em improbidade administrativa, poderá responder na esfera civil e penal. Desse modo, a administração só pode praticar atos que a lei autorize.
- **Impessoalidade:** diz respeito à igualdade e isonomia, o ente estatal deve tratar a todos de forma igual, sem favorecer pessoas específicas ou desfavorecer, ligada a finalidade da administração pública, o qual deve atingir seus objetivos, os interesses da coletividade.
- **Moralidade:** Esse princípio evita que a Administração Pública se distancie da moral e obriga que a atividade administrativa seja pautada não só pela lei, mas também pela boa-fé, lealdade e probidade, devendo seus agentes públicos, zelar pela ética e moral da administração pública, sempre observando os preceitos da lei.
- **Publicidade:** diz respeito à transparência, os serviços e obras realizados através de licitação, orçamento dos gastos públicos, contratação de servidores e funcionários, concursos e seletivos, atos e procedimentos devem ser publicados, excetos os atos que requerem segredo por segurança nacional, como procedimentos e inquéritos policiais dentre outros, este princípio está consagrado na Constituição de 1988 em seu art. 37.
- **Eficiência:** Este princípio é relacionado à eficiência do serviço prestado pela administração, a qualidade da prestação do serviço, a satisfação das necessidades públicas, um bom desempenho na busca pela perfeição, redução das falhas no sistema da administração, redução de despesas, eficácia nas resoluções apresentadas, obter resultados positivos, garantir a legalidade, dar publicidade aos atos, dar transparência, ser impessoal, garantir a equidade e promover a efetividade do bem comum.

Este princípio está esculpido no artigo 37 da Constituição Federal de 1988, orienta e regula a prestação de serviço da administração pública, garantindo que os serviços sejam pelo rigor da lei, prestados de forma eficiente. Assim podemos afirmar que:

Uma prestação de serviços eficiente deve garantir uma célere solução de controvérsias, razão pela qual, a eficiência está diretamente ligada ao princípio da celeridade nos processos administrativos, inserindo na Constituição da Repú-



blica, em seu art. 5º, LXXVIII que dispõem que “a todos deve, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação (CARVALHO, 2017, p, 79).

Para Carvalho, deve haver garantia da celeridade processual, uma duração razoável do processo, e soluções diante das controvérsias está diretamente ligada ao princípio da eficiência, seja no âmbito administrativo ou judicial. Assim, Nohara e José Afonso da Silva (2014, p, 90) consideram que “eficiência significa fazer acontecer com racionalidade, o que implica medir custos que a satisfação das necessidades públicas importa em relação ao grau de utilidade alcançada.” Desse modo, cada princípio mede em sua balança as atividades estatais, na fiscalização de seus atos e procedimentos, respeitando a legalidade e os demais princípios que não se sobrepõem um ao outro, cada princípio tem sua finalidade dentro da ordem de aplicação.

Este princípio é de suma importância, pois ele controla os atos dos agentes públicos, que deve ser desempenhado de forma satisfatória, para obter bons resultados, que venha gerar mudanças significativas para a sociedade, e evitar falhas e resultado insatisfatório com má administração gerando prejuízos a administração pública, e a outrem, que de algum modo for prejudicado por ineficiência do serviço.

3.1 Princípio da Eficiência

Diz respeito a qualidade do serviço, economicidade e eficiência, menos gasto, bom desempenho nas atividades da administração, menos falha na prestação de serviço, todo agente deve realizar seu serviço com presteza, bom rendimento e perfeição, garantido qualidade e eficiência no serviço. O princípio da eficiência é o mais jovem dos princípios constitucionais da Administração Pública brasileira, tendo sido adotado a partir da promulgação, da Emenda Constitucional nº 19, de 1998 – Reforma Administrativa.

O artigo 41 da CF/88, trata da avaliação periódica dos servidores da administração pública, o dispositivo 37, § 3º trata da participação dos usuários na administração direta e indireta, garantindo o direito de reclamações dos usuários referentes a administração pública. o artigo 5º, LXXVIII, garante a todos uma duração razoável do processo, gerindo a assim, menos tempo, mais celeridade e eficácia.

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

O artigo 37 da referida carta, traz no seu bojo os princípios constitucionais explícitos da administração pública, em comento o da eficiência que comanda o desempenho em geral da administração pública.

Assim, Diogo de Figueira Moreira ensina que:

Entendida, assim, a eficácia administrativa como a melhor realização possível da gestão dos interesses públicos, posta em termos de plena satisfação dos administrados com os menores custos para a sociedade, ela se apresenta simultaneamente, como um atributo técnico da administração como uma exigência ética a ser atendida, no sentido weberiano de resultados e, coroando a relação, como uma característica jurídica exigível, de boa administração dos interesses públicos (MOREIRA, 2014,P,116)

Nas palavras do autor, diz que o princípio da eficiência tem um importante papel, que permite a administração pública tenha mais economicidade, menos gastos em suas compras e obras, contratação de empresas em processo de licitação, trazendo menores custos a administração, garantindo uma gestão de qualidade, resguardando interesses e satisfazendo a sociedade.

3.2 Princípio da Supremacia do Interesse Público

O princípio da supremacia do interesse público, e o princípio da indisponibilidade, são as bases do regime jurídico administrativo, sendo os demais supra princípios que se desenrolaram na linha destes, a sua importante relevância no cenário jurídico e social, tem grande impacto em sua aplicação, o princípio da supremacia do interesse público, sempre deve prevalecer sobre o interesse privado. Exemplo de aplicação do princípio da supremacia, no caso de desapropriação de imóvel de particular, para construção de uma creche, estamos diante de um conflito de interesses, nessa situação deve prevalecer o interesse da coletividade.

As prerrogativas são decorrentes do princípio da supremacia do interesse público, e não pode o ente estatal, se apoderar do poder da administração pública para fins diverso, sob pena de desvio de finalidade, já a indisponibilidade do interesse público, configura-se como contrapeso da supremacia do interesse público.

4. PRINCÍPIOS EXPLÍCITOS E IMPLÍCITOS

Além dos princípios apresentados na constituição federal, temos os implícitos que estão elencados na lei 9.784/99. Esse princípio apesar de não constarem na Constituição tem a mesma força normativa que os princípios explícitos. A redação da lei aduz que administração pública obedecerá, dentre outros, aos princípios seguintes:

- Legalidade,
- Finalidade,
- Motivação,
- Razoabilidade,
- Proporcionalidade,
- Moralidade,
- Ampla defesa, contraditório,
- Segurança jurídica, interesse público e eficiência.

O Direito administrativo não passou por uma codificação como os outros ramos, ficando suas normas esparsas, na legislação constitucional, infraconstitucional, e doutrinárias, contudo, a falta de reunião em um único diploma não enfraquece sua força, ou valor. Cabe ressaltar, que o Direito administrativo é um ramo autônomo de direito público, e que teve suas normas criadas no período pós-revolução, no momento se pairava a necessidade de criar leis, para submeter o Estado, e administrados a lei maior, o legislador não se preocupou em unificar, mas aos poucos, diante da necessidade da lei, criou o pilar dos princípios que é a supremacia do interesse público e indisponibilidade do interesse público, princípios se desdobraram nascendo em outros ramos.

Importante frisar que além desta lei federal, existem inúmeros diplomas regulando o assunto, assim os servidores estatutários, corpo de bombeiros, polícia militar, dentre outros, são regulados por leis específicas. Assim os princípios desempenham enorme papel na atuação do estado e seus agentes, quais seja, dada a sua extremidade e força normativa. Tendo sua aplicação em toda matéria da administração para garantia, da legalidade, sob pena de ser nulos os atos praticados fora dos preceitos legais.

O princípio do devido processo legal consta no diploma constitucional, no art. 5º, LIV, que aduz que ninguém será privado da sua liberdade ou bens sem o devido processo legal, essa normativa exige o rito do procedimento dentro do processo legal, para que os atos possam ser legais.

No que tange ao princípio da finalidade, Mazza e Alexandre menciona que:

Seu conteúdo obriga a administração pública a sempre agir, visando a defesa do interesse público primário. Em outras palavras, o princípio da finalidade proíbe o manejo das prerrogativas da função administrativa para alcançar objetivo diferente daquele definido na legislação (MAZZA; ALEXANDRE, 2016, P,133).

Nas palavras supracitadas do autor, a administração jamais pode abrir mão do interesse público, para benefício próprio ou de terceiros, sob pena de desvio de finalidade, nesse molde também é vedado favorecer para fins de favorecimento pessoal ou de outrem, sob pena de responsabilização na esfera administrativa, civil e penal. A motivação segundo Mazza e Alexandre (2016), impõem a administração pública o dever de indicar os pressupostos de fato e de direito que determinaram a prática do ato (art.2º, parag. Único, VII, da lei, 9.784/99).

Segundo a Lei de Processo Administrativo, a motivação deve “ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas.

Razoabilidade para Nohara (2014), foi incluído como princípio no projeto originário da constituição de 1988, ela acabou não sendo incluído na CF88, mas é tida como princípio da razoabilidade, diz respeito à razoável, racional e sensato.

A proporcionalidade, vem de proporcional, o Art 5º, LXXVIII, CF/88 garante a todos, no âmbito judicial e administrativo, “são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”, ligado a isonomia, garante a igualdade entre os litigantes, a celeridade, a razoabilidade, do processo.

Referências

ARAÚJO, Edmir Netto. **CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO**. São Paulo: ed. Saraíva, 2015.

Brasil. [Constituição (1988)]. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Carta Magna: Princípios da Administração Pública art. 37, Caput.

CARVALHO, Matheus. **MANUAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO** – 4º ed. rev. Ampl. e atual. – Salvador: JusPO-DIVM, 2017.

Consulado-geral do Brasil, em Los Angeles. **OS CINCO Princípios DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**. Disponível em: <https://sistemas.mre.gov.br/kitweb/datafiles/LosAngeles/pt-br/file/Material%20de%20Estudo%20-%20Administra%C3%A7%C3%A3o%20dos%20postos.pdf> acesso em: 25 de Out.

de 2022

MAZZA, Alexandre. **MANUAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO**: São Paulo, ed. Saraíva, 2016.

NETO, Diogo de Figueira Moreira. **CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO – 16º** - Ed. rev. Atualizada. Rio de Janeiro. Editora forense – 2014

NOHARA, Irene Patrícia. **DIREITO ADMINISTRATIVO**. São Paulo: ed. Atlas S.A 2014.

O PRINCÍPIO da eficiência da administração pública, São Paulo: Jus.com/artigos. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/59777/o-principio-da-eficiencia-da-administracao-publica> acesso em: 04 de Nov. de 2022





23

**O SISTEMA CARCERÁRIO NO PERÍODO DA PANDEMIA
(COVID 19)**

THE PRISON SYSTEM DURING THE PANDEMIC (COVID 19)

Emanuele Gomes Da Silva

Resumo

Este trabalho tem como objetivo analisar a realidade das penitenciárias brasileiras frente à pandemia do coronavírus. Além disso, apresentar os danos e as consequências por ele causadas nos presídios, ademais o papel das autoridades quanto aos detentos. Para tal, foram realizadas pesquisas bibliográficas e documentais, contendo exemplos que demonstram hodierna situação do sistema prisional brasileiro. A partir deste estudo, observou-se a precariedade nas penitenciárias, como escopo, a superlotação e a falta de medidas de higiene; que contribuíram para o agravamento da situação além das medidas de prevenção contra o vírus, não efetivadas. É explícito que as autoridades são despreparadas à medidas resolutivas, para mais, a negligência destas, em relação à garantia dos direitos humanos dos detentos no Brasil. Após o aparecimento da Covid-19, em alto contágio, entrou-se em pauta o que aconteceria com os detentos no país, já que, as formas de proteção mais efetivas não puderam ser de grande valia; pelas degradantes condições penitenciárias. Diante do supracitado, é possível levantar os seguintes questionamentos: O que deveria ser feito para evitar danos à vida dos detentos? O que realmente foi feito em relação ao atual cenário? À vista disso, o presente artigo tem a finalidade de analisar a situação de superlotação das penitenciárias brasileiras, correlacionando-a com o impacto na qualidade de vida dos detentos, o surgimento do SARS-CoV-2, os danos por ele causados nos presídios e as consequências geradas no sistema prisional, isto é, o que foi feito pelas autoridades acerca dos detentos.

Palavras-chave: Corona vírus, Detentos, Superlotação, Sistema Prisional.

Abstract

This work aims to analyze the reality of Brazilian penitentiaries in the face of the corona virus pandemic. In addition, to present the damage and consequences caused by it in prisons, in addition to the role of the authorities regarding the detainees. To this end, bibliographical and documentary research was carried out, containing examples that demonstrate the current situation of the Brazilian prison system. From this study, the precariousness of penitentiaries was observed, such as scope, overcrowding and lack of hygiene measures; that contributed to the worsening of the situation in addition to the prevention measures against the virus, which were not implemented. It is explicit that the authorities are unprepared for resolute measures, moreover, their negligence, in relation to the guarantee of the human rights of detainees in Brazil. After the outbreak of Covid-19, which was highly contagious, what would happen to detainees in the country was discussed, since the most effective forms of protection could not be of great value; by degrading prison conditions. Given the above, it is possible to raise the following questions: What should be done to avoid damage to the lives of detainees? What has actually been done in relation to the current scenario? In view of this, this article aims to analyze the situation of overcrowding in Brazilian penitentiaries, correlating it with the impact on the quality of life of inmates, the emergence of SARS-CoV-2, the damage caused by it in prisons and the consequences generated in the prison system, that is, what was done by the authorities regarding the detainees.

Keywords: Covid-19, Details, Over crowded, Prison System.

1. INTRODUÇÃO

É de conhecimento comum a precariedade do sistema prisional brasileiro, o qual sofre com a superlotação, tornando-se um ambiente insalubre, úmido, com pouca ventilação e higiene precária, que não apresenta o mínimo de condições para uma vida saudável. Somado a esses problemas, no ano de 2019, o mundo foi apresentado a uma grave doença decorrente do Corona vírus. O Covid-19 é uma infecção séria, que tem as características de uma gripe comum, mas com índice de infecção e letalidade muito maior. A propagação da doença fez com que houvesse uma pandemia, a qual causou grandes colapsos nos sistemas de saúde, deixando o mundo em estado de isolamento social.

O presente projeto tem como objetivo analisar a violação dos direitos da personalidade dos detentos encarcerados no sistema prisional brasileiro, que sofre com a superlotação em época de pandemia. O leitor será situado frente à disseminação da doença COVID-19 entre os presidiários, os quais ficam mais vulneráveis à doença, o que permite perceber a omissão do Estado em matéria de Saúde Pública. De início, o trabalho buscará esclarecer as causas que levaram à superlotação do sistema carcerário brasileiro. Ainda será analisado o cumprimento da Lei de Execuções Penais, no que se diz respeito ao acesso à assistência médica dentro dos presídios.

Em consequente, o trabalho irá tratar acerca da disseminação do Corona vírus no sistema carcerário brasileiro e como a pandemia afeta diretamente o direito da personalidade dos detentos. Ademais, serão analisadas as medidas que estão sendo adotadas pelo poder público com a finalidade de conter a disseminação da doença. Neste sentido, a realização da pesquisa se justifica ao abordar a disseminação da doença COVID-19 no sistema carcerário e a violação dos direitos da personalidade dos detentos frente à omissão do poder público em adotar medidas para tentar conter a disseminação desta doença.

A crise no sistema prisional brasileiro e os efeitos causados pela pandemia do novo Corona vírus. O objetivo é verificar se os direitos dos presos estão sendo respeitados em meio à pandemia, uma vez que estes não têm sequer o mínimo existencial para levar uma vida digna, o que fere o princípio da dignidade da pessoa humana. Com a presente pesquisa busca-se responder a seguinte problemática, qual seja; os direitos dos presos à luz do princípio da dignidade da pessoa humana estão sendo respeitados e efetivados dentro do sistema prisional brasileiro em meio à pandemia? Esta pesquisa será baseada na revisão teórica do assunto abordado, artigos e leis, por onde se dará a resolução da problemática através de estudo do referido tema e dos conteúdos apresentados.

Destarte, através desta pesquisa serão analisados artigos que discorrem sobre esse assunto, legislação que regulamenta os direitos dos presidiários, entendimentos doutrinários, e referências bibliográficas. Pois quando se refere aos detentos, já é de se esperar que sejam tratados com grande descaso por parte da sociedade, e por parte também do Estado a quem deveria zelar pela proteção e reabilitação dos detentos, para que ao retornar para o convívio social pudessem ser pessoas de bem, porém o que acontece na prática é totalmente diferente do que prevalece a lei.

O resultado encontrado é de que o sistema penitenciário é muito falho para com seus reeducando, e mesmo com todas as medidas e políticas públicas adotadas frente à pandemia, estas não serão tão efetivas, pois o Estado não está cumprindo o que prevalece às leis e conseqüentemente a pena acaba se desviando do seu objetivo principal que é de reeducar quem cometeu um ato delituoso.

2. COMO A SAÚDE PRISIONAL SE INSERE NO SUS

A saúde nas prisões atualmente segue a Política Nacional de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional (PNAISP), que, embora instituída desde 2014, ainda carece de ampla adesão pelos estados e municípios. A política visa garantir o acesso das pessoas privadas de liberdade ao cuidado integral no Sistema Único de Saúde (SUS). Está previsto na PNAISP que os serviços de saúde no sistema prisional passem a ser ponto de atenção da Rede de Atenção à Saúde (RAS) do SUS, qualificando também a Atenção Primária no âmbito prisional como porta de entrada do sistema e ordenadora das ações e serviços de saúde pela rede (BRASIL, 2014). A coordenação de Saúde Prisional tem como premissa a integralidade da atenção e a equidade em saúde.

No início da pandemia da Covid-19 (Sars-CoV-2), com a aprovação da Recomendação CNJ 62/2020 (Ato nº 0002219-15.2020.2.00.000), diversos tribunais se viram na contingência de seguir o ato normativo, a partir de medidas jurisdicionais, administrativo-executivas e administrativo-fiscalizatórias concretas para a prevenção do contágio do vírus no sistema carcerário. O art. 1 da Recomendação orienta os tribunais e juízos quanto a “medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus – no âmbito dos estabelecimentos do sistema prisional e do sistema socioeducativo”. A norma prevê que a adoção de medidas voltadas à prevenção da disseminação do Covid-19 seja tomada sem mesmo a participação da direção das unidades prisionais. Ou seja, retirando do gerenciamento dos riscos, pelo menos em parte, o órgão do poder executivo local.

2.1 Analisando o descumprimento do princípio da dignidade da pessoa humana

A dignidade da pessoa humana ao longo dos séculos foi interpretada sob vários aspectos, na Idade Média, por exemplo, já existia o termo dignidade, porém, este estava ligado a um status pessoal, totalmente diferente do conceito contemporâneo. Após isto, foram vários os momentos da história em que diante de diversos conflitos a sociedade buscou melhorias de vida e maiores garantias dos direitos humanos.

O reconhecimento da dignidade humana foi ganhando força até chegar ao conceito contemporâneo, sendo que, vários foram os movimentos que contribuíram para o desenvolvimento dos direitos humanos, bem como, momentos históricos que de certa forma influenciaram na construção do princípio. O princípio da dignidade humana é um assunto extremamente rico e de inviável exaustão, que há inúmeras divergências desde o seu conceito até a sua devida aplicabilidade, o seu esgotamento seria impossível visto que novas agressões à dignidade humana são constantes e mutáveis no tempo e no espaço, como as que possibilitaram a criação da teoria do Estado de Coisas Inconstitucional.

“Como consequência, cada ser racional e cada pessoa existe como um fim em si mesmo, e não como um meio para o uso discricionário de uma vontade externa” (BARROSO, 2013, p.72). Apesar de várias críticas, a exemplo de Hegel, Kant tinha uma visão de dignidade partindo do fundamento da autonomia. Nesse sentido, desenvolveu o pensamento de que as coisas têm um preço, por isso podem ser substituídas por outras, mas quando uma coisa está acima de um preço e possui outros valores superiores podem-se dizer que possui dignidade; assim como compartilha desse pensamento Barroso.

3. O SISTEMA CARCERÁRIO NO BRASIL DURANTE À PANDEMIA

No total acumulado até a data de coleta referida, constatou-se 57.619 casos confirmados de corona vírus entre presos e 21.419 entre servidores do sistema, o que significou uma taxa de incidência de 7.642 casos a cada 100 mil presos e de 18.323 a cada 100 mil funcionários do sistema de privação de liberdade, enquanto, nessa mesma data, a taxa de incidência geral do país era de 7.394 casos por 100 mil habitantes, Ou seja, a taxa de presos infectados por Covid-19 foi 3,3% mais alta do que a verificada no país, enquanto a taxa de funcionários infectados foi 147,8% maior. Significa dizer, portanto, que em média 18,3% do total de funcionários do sistema de privação de liberdade foram infectados pela doença, o que é um número muito elevado e que mereceria a total atenção dos gestores de prisões no país.

Ao observar as taxas de incidência dos Estados, percebe-se que em 21 deles, ocorreram, proporcionalmente, mais casos de Corona vírus dentro do sistema prisional (considerando funcionários e presos conjuntamente) do que no Estado como um todo. Apesar disso, em todas as Unidades Federativas, quando analisados os óbitos e a população de presos e funcionários em conjunto, a taxa de mortalidade é sempre mais alta para o ambiente externo. Se realizado o recorte apenas dos óbitos e da população de funcionários, em 13 UF's a taxa de mortalidade é maior entre os trabalhadores do sistema do que para a população total de Estado.

Além desse panorama geral, alguns Estados se destacaram pelas elevadas taxas de mortalidade. Considerando apenas os óbitos e a população carcerária, no Acre foram 50,5 mortes por Covid-19 a cada 100 mil presos, e em Roraima, 235,7 mil, a maior taxa entre todos os estados. Já entre os funcionários, no Amazonas o valor chegou a 448,4 óbitos a cada grupo de 100 mil, e em Rondônia, 663,3 mil. Para que se tenha a devida compreensão da gravidade da incidência e da mortalidade por Corona vírus entre aqueles que trabalham no sistema de privação de liberdade, importa observar os mesmos valores. Calculados com base no número de óbitos e casos notificados de profissionais de enfermagem (auxiliares, técnicos e enfermeiros), uma das categorias profissionais mais atingidas pela doença.

Ainda são necessárias pesquisas específicas para que se compreenda com mais exatidão as razões que explicam esse elevado número de óbitos e casos entre os trabalhadores do sistema. Ademais, é preciso analisar com cautela os dados referentes à incidência e mortalidade da população prisional. Sabe-se das dificuldades de controlar possíveis sintomas de Covid-19 em espaços como as prisões brasileiras, em que, em média, há apenas 1 servidor para cada 6,5 presos, sobretudo tratando-se de uma população mais jovem, em que os sintomas de Corona vírus podem ser mais leves e se confundirem com outras enfermidades respiratórias que são comuns no ambiente prisional.

3.1 O Aumento de casos nas penitenciárias do vírus COVID-19

O impacto é fortemente sentido pelos detidos na maioria dos países e em todos os continentes. Até mesmo os sistemas penais relativamente bem financiados estão enfrentando sérios desafios na mitigação dos efeitos da pandemia nas cadeias. E essas consequências são principalmente severas em sistemas carcerários que foram sendo pressionados, superlotados, por negligência ou falta de pessoal e outros recursos. Tudo isso levou a condições precárias nas prisões, por exemplo, com serviços insuficientes de limpeza, saúde e higiene. A superlotação das prisões, que continua afetando a maioria dos países, aumenta os desafios postos pela COVID-19 e a atual viabilidade de levar prevenção e medidas de controle da pandemia a esses locais.

Esses fatores também agravaram o perfil, tipicamente fraco, da saúde das populações carcerárias, incluindo a alta prevalência de doenças crônicas e contagiosas. Aqui, o princípio da equivalência do cuidado, que deveria fornecer aos prisioneiros o acesso a serviços de saúde gratuitamente e em padrões similares ao da população não-carcerária, não é assegurado em muitas nações. É fundamental que os padrões internacionais, em particular, as Regras Mínimas da ONU para o Tratamento de Prisioneiros, conhecidas como Regras Nelson Mandela, sejam acatadas.

No mês de dezembro de 2019, foram diagnosticados, na cidade de Wuhan, província de Hubei, na China, os primeiros casos de um novo vírus, causador da enfermidade COVID-19, responsável por transtornos respiratórios muito fortes nas pessoas infectadas. A doença causada pelo corona vírus, chamada tecnicamente de Síndrome Respiratória Aguda Grave 2 (Sars-Cov-2), se espalhou pelo mundo inteiro rapidamente a partir de janeiro de 2020, levando a óbito milhares de pessoas, principalmente idosos e cidadãos com enfermidades

No dia 26 de fevereiro de 2020, foi registrado o primeiro caso da doença no Brasil, mais precisamente na cidade de São Paulo (BRASIL, 2020). No dia 30 de janeiro de 2020, a Organização Mundial da Saúde (OMS) emitiu a Declaração de Emergência em Saúde Pública de Importância Internacional relacionada à epidemia do coronavírus (COVID-19) e, no dia 11 de março de 2020, a doença foi classificada pelo chefe da Organização Mundial da Saúde, Tedros Ghebreyesus, como pandemia, tendo chegado até esta data em, pelo menos, 114 países no mundo (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 2020).

Neste capítulo será abordada a postura do Estado Brasileiro e dos Poderes Judiciário e Executivo para enfrentar e frear a disseminação do vírus no sistema prisional brasileiro. Partindo deste contexto, se deve considerar que não apenas a saúde dos encarcerados passou a correr riscos com a chegada do vírus, mas também a dos agentes penitenciários que transitam diariamente nas casas prisionais, sem falar nas famílias que fazem visitas, sendo todos potenciais portadores do vírus.

Ante a rápida disseminação do vírus e sua alta transmissibilidade, enfrentar a seriedade do problema passou a ser necessário para que medidas de contenção fossem prontamente aplicadas. A entrada da doença no sistema carcerário, que se encontra superlotado, como explanado no capítulo anterior, não era mais uma hipótese, tendo ocorrido o primeiro caso confirmado no dia 08 de abril, no Centro de Progressão Penitenciária do Pará, em Belém.

Em poucos dias, no dia 15 de abril de 2020, veio o primeiro óbito, o falecimento de um idoso de 73 anos, que se encontrava em regime fechado no Instituto Penal Cândido Mendes, no Rio de Janeiro (BARBON, 2020). No Brasil, até o dia 17 de abril, já eram 54 casos confirmados e 181 suspeitos da doença nos sistemas penitenciários regionais, de acordo com informações enviadas pelos estados ao Departamento Penitenciário Nacional.

4. AS CONSEQUÊNCIAS CAUSADAS PELA CRISE SANITÁRIA, E OS FATORES QUE PODEM FACILITAR A PROPAGAÇÃO DA DOENÇA

Visto a necessidade de permanência das políticas de ressocialização mesmo na pandemia bem como a de esclarecê-las para o debate social, o tema foi assunto de uma das palestras do I Congresso Digital Covid-19 - Repercussões Jurídicas e Sociais da Pandemia, promovido pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e pela Escola Superior de Advocacia da OAB. Ainda no viés laboral, explicou a juíza Mirella Cezar (2020) em tal encontro que os recursos para produzir máscaras de proteção de 23 APACs (Associação de Proteção e Assistência aos Condenados) do Maranhão e de Minas Gerais são oriundos da União Eu-

ropeia, através do Instrumento Europeu para a Promoção da Democracia e dos Direitos Humanos, o que demonstra a cooperação internacional para lidar com as urgências contemporâneas.

Existem outras iniciativas que surgiram durante a epidemia que fogem da finalidade voltada a esse próprio contexto como os casos mencionados acima, mas que ratificam que a situação inusitada que está sendo vivida não é fator para impedir que outros programas de ressocialização sejam elaborados e postos em execução. Nesse sentido, o projeto “Maxi Crochê – Tecendo a diversidade” em Belo Horizonte começou nos meses em que a pandemia já tinha sido oficializada pela OMS, contando com indivíduos da ala LGBT da Penitenciária Professor Jason Soares Albergaria. (RIBEIRO, 2020) com efeito, percebe-se que somente condenar pela punição em uma visão totalmente retrógrada baseada na teoria absoluta da pena não se faz propício quando há inúmeras formas de aquele que cometeu um crime contribuir para a sociedade.

Na ascensão da doença viral tratada no decurso desse artigo, ficou mais evidente como é indispensável união para que esse desafio seja superado. Assim, as propostas de ressocialização nesse cenário mostraram como a coletividade é beneficiada com elas. É o caso da fabricação de máscaras, item preciso para inibir a disseminação da Covid-19. Diante da reflexão exposta acima, torna-se extremamente necessário apresentar o sistema prisional brasileiro para melhor compreensão acerca das consequências tomadas pelos poderes responsáveis diante do atual crítico cenário pandêmico. Ademais, é de suma importância, expor não só seu desenvolvimento histórico, mas também a realidade em que se encontram os presídios brasileiros nos dias atuais. Como forma de iniciar a análise, tem-se um estudo sobre Jean-Jacques Rousseau, no qual Vilalba (2013), afirma que para o filósofo, o homem mostra necessidade pela vida em sociedade, como forma de evitar tornar-se um ser solitário.

A superlotação das celas, sua precariedade e sua insalubridade tornam as prisões um ambiente propício à proliferação de epidemias e ao contágio de doenças. Todos esses fatores estruturais aliados ainda à má alimentação dos presos, seu sedentarismo, o uso de drogas, a falta de higiene e toda a lugubridade da prisão, fazem com que um preso que adentrou lá numa condição sadia, de lá não saia sem ser acometido de uma doença ou com sua resistência física e saúde fragilizadas.

As modificações introduzidas no sistema penitenciário são insuficientes para atender a sua verdadeira finalidade, qual seja, recuperar os delinquentes para que, ao retornarem à sociedade, possam tornar-se cidadãos úteis e não um peso para ela, que talvez tenha sido a própria causadora de suas deficiências.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Estado brasileiro segue para alcançar um milhão de presos, em um contexto calamitoso que espelha políticas públicas que seguem desprezando os direitos humanos e, ainda pior, permitindo um a institucionalização nos presídios da violência física, psíquica e moral. Aproximando-se, ano a ano, dos ideários classificados “lei e ordem”, o Estado vem fracassando na mesma proporção em matéria de segurança pública, com índices de reincidência em crimes mais graves cada vez maiores, a mudança de paradigma que se mostra premente é fruto da própria experiência. O presente contexto importa também na violação da proporcionalidade, impondo restrições superiores ao necessário à prevenção e à repressão delitiva, anunciando a incorreção das políticas restritivas adotadas e seu imperativo abrandamento, posto que não se pode fechar os olhos e transgredir o princípio da

individualização da pena que compreende a proporcionalidade.

Na medida em que assegurou o constituinte de 1988 os direitos fundamentais, objetivando o respeito à dignidade, por meio da tutela de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana, impossível aquiescer com a situação de periclitamento da vida. A igualdade deve ser reconhecida como atributo que define serem todos iguais em dignidade. A saúde é prerrogativa constitucional indisponível, deferida aos indivíduos isonomicamente, assegurando-lhes o acesso a condições de sobrevivência, impondo conseqüentemente ao Estado, por efeito da alta significação social da qual se reveste, criar condições concretas que viabilizem, em favor dos presos, o acesso universal à saúde conforme preconizado pelo artigo 196 da Constituição Federal. O integral adimplemento do direito isonômico à saúde (em sua ampla acepção, física, moral e psíquica), também, de acesso à Justiça e ao exercício de atividades produtivas, não se trata de opção governamental, mas do mínimo existencial necessário e inescusável, obrigação e dever do Estado prover, em especial àqueles seus tutelados em sua liberdade de ir e vir. A negligência com as audiências de custódia é inadmissível retrocesso, provisoriamente sanável através da adoção de métodos tele presenciais. O trabalho dos presos deve igualmente ser restabelecido e sua omissão se traduz em transgressão legal.

Referências

- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: df: senado federal, 1988.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA(Brasil). **Registros de contágios/óbitos**. 2021 A. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/covid-19/registros-de-contagiosobitos/>. Acesso em: 25 out. 2022.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Recomendação n. 62, De 17 de março de 2020. **Recomenda aos tribunais e magistrados a adoção de medidas preventivas** à propagação da infecção pelo novo coronavírus – covid-19 no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/62-> . Acesso em 19 out. 2022.
- GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.
- HENRIQUE, Guilherme. **Como os presidiários estão à deriva na pandemia:** Em números.nexo.16/06/2020. Disponível em: <https://www.nexojornal.com.br/expresso/2020/07/16/como-os-presidi%C3%A1rios-est%C3%A3o-%C3%A0-deriva-na-pandemia-em-n%C3%Bameros>. Acesso em 16 jul. 2022.
- JABORANDY, Clara Cardoso Machado. **A fraternidade no direito constitucional brasileiro: um instrumento para proteção de direitos fundamentais transindividuais**. Tese (doutorado) Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2016. Acesso em 17 out. 2022.
- JACOB, Elias Antonio. **Direito Penal**. Porto Alegre: Síntese, 2001.
- JESUS, Damásio de. **Direito penal**. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- LIMA, Érica Andréia de Andrade. **Sistema prisional brasileiro**. Barbacena, 2011, 40 P.
- MASSON, Cleber Rogério. **O direito penal do inimigo. processo penal e garantias constitucionais**. silva, marco antonio marques da (coord.). São Paulo: Quartier latin, 2006.
- MIOTTO, Armida Bergamini. **O direito penitenciário: importância e necessidade de seu estudo**. Revista de informação legislativa. Brasília, v. 7, n. 28, jan./mar. 1971.
- PEREIRA, Claudio José (langroiva). **Política criminal e os fins do direito penal no estado social e democrático de direito**. in: silva, marco antonio marques da (org.). processo penal e garantias constitucionais. são paulo: Quartier latin, 2006.
- SÁNCHEZ, Alexandra et al. **Covid-19 nas prisões: um desafio impossível para a saúde pública?** Cadernos de saúde pública [online]. v. 36, n. 5, maio. 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/0102-311x00083520>. Acesso: 20 jul. 2022.
- SILVA, Marco Antônio Marques. **Dignidade humana e globalização: Efetividade da dignidade humana na sociedade globalizada**. São Paulo: quartier latin, 2017.





24

ALIENAÇÃO PARENTAL E A RESPONSABILIDADE CIVIL
PARENTAL ALIENATION AND CIVIL LIABILITY

Jaynara Leite Braga Castro

Resumo

A família pode ser considerada como a principal fonte de conhecimento, aprendizagem e educação de uma criança, porém ficou claro que com o aumento de divórcios ocorridos no Brasil, a guarda das crianças acaba sendo levada como conflito, fato tal que pode resultar em bastante dificuldade na criação do menor. Alguns pais infelizmente não conseguem separar o fim do matrimônio do convívio com os filhos e quando a separação acontece acabam por colocar os menores em meio ao litígio. Esse fim de relacionamento até mesmo pode levar os pais a agirem como alienadores, colocando seus filhos contra o outro genitor, fazendo com o que a criança seja prejudicada do convívio e afeto do genitor alienado. Por tal motivo, o Poder Legislativo criou a Lei de Alienação Parental, lei tal que proíbe quaisquer tipos de atos de alienação dos pais, sendo a principal fonte legislativa aplicável a esses casos, existindo também outros diplomas legais que auxiliam na prevenção e reversão da alienação parental, como a Lei da Guarda Compartilhada. O papel do Direito nesse cenário é de criar ferramentas para garantir os direitos prioritários da criança e do adolescente, constitucionalmente assegurados, que se veem ameaçados pela alienação parental.

Palavras-chave: Menor; Genitor; Alienação.

Abstract

The family can be considered as the main source of knowledge, learning and education of a child, but it has become clear that with the increase in divorces in Brazil, child custody ends up being taken as a conflict, a fact that can result in a lot of difficulty in the creation of the child. Some parents unfortunately cannot separate the end of the marriage from living with their children and when the separation happens they end up putting the minors in the middle of the litigation. This end of relationship can even lead parents to act as alienators, putting their children against the other parent, causing the child to be harmed by the interaction and affection of the alienated parent. For this reason, the Legislative Power created the Parental Alienation Law, a law that prohibits any type of acts of alienation by parents, being the main legislative source applicable to these cases, and there are also other legal diplomas that help in the prevention and reversal of alienation. parental rights, such as the Shared Custody Law. The role of Law in this scenario is to create tools to guarantee the priority rights of children and adolescents, constitutionally guaranteed, who are threatened by parental alienation.

Keywords: Minor; Parent; Alienation.



1. INTRODUÇÃO

Segundo os primeiros registros históricos o homem era nômade e dependia totalmente de sua família para sua existência. Eram todos inseparáveis, onde buscavam juntos meios de sobreviver, com o passar dos séculos e a evolução das criaturas a humanidade deixou de ser dessa forma.

No século XXI, a Constituição Federal considera a família base da sociedade e tem especial proteção do Estado, toda via, tornou-se corriqueira a separação da família, sendo esta separação causada por diversos motivos dentre esses a dissolução conjugal. O rompimento conjugal quando não amigável afeta a família de diversas formas, e por conta dessa animosidade gera danos psicológicos a todos os envolvidos. Diante desse cenário, um dos cônjuges se aproveita da fragilidade da criança ou adolescente para urdir ideias de cunho negativo sobre o genitor/genitora do indivíduo, assim se dá início a lesão emocional chamado de “alienação parental” ou “implantação de falsas memórias”.

Antes a alienação parental não detinha a atenção necessária advinda do Estado. Porém, após ser observado os danos que pode causar ao indivíduo foi criada a lei 12.318/10 onde no art. 6 expressa sobre as sanções que são aplicadas ao autor desses danos dentre essas sanções está a responsabilização civil que será o foco deste projeto de pesquisa.

Destarte, a temática ora apresentada, justifica-se por sua grande notoriedade, pois, a pesquisa sobre esse tema é de extrema importância para a sociedade e, embora não seja nova, ainda é de difícil compreensão para todos e, às vezes, famílias e crianças que nem sabem disso se tornam vítimas juntas. Existe uma via legal para lidar com isso, destacando a importância que esse instituto possui para o Direito Brasileiro e a possibilidade de promover a humanização no Direito de Família.

A alienação parental tem crescido significativamente a cada ano. Tal conduta pode ser descrita como uma perturbação na formação psíquica de uma criança ou adolescente, facilitada ou induzida por um de seus pais ou por qualquer pessoa que tenha a guarda ou supervisão da criança. Diante disso, questiona-se: qual o papel e atuação do estado na família no aspecto da alienação parental e responsabilidade civil?

Através da leitura e posterior análise de diferentes doutrinas do ramo do Direito, o presente trabalho tem como objetivo averiguar as características da alienação parental bem como demonstrar a aplicação da Lei Alienação Parental (Lei nº 12.318/2010) nos casos em que é constatado o evento. Especificamente, essa pesquisa buscou: discorrer sobre o contexto histórico da família, sua importância e conceitos; entender os principais conceitos e características da alienação parental; como a doutrina e o ordenamento jurídico se posicionam no tocante a alienação parental, incluindo a Lei nº 12.318/2010.

A metodologia utilizada para a realização deste Trabalho de Conclusão de Curso foi uma Revisão Bibliográfica de Literatura, de caráter qualitativo e descritivo. Para isso, foram analisados os trabalhos jurídicos nos sites de bancos de dados Google Acadêmico e Scielo, bem como os instrumentos legais vigentes voltados para o tema abordado. Para facilitar a pesquisa, foram utilizadas as seguintes palavras chaves na busca pelo material estudado: “Alienação Parental”; “Síndrome da Alienação Parental”; e “Guarda Compartilhada”.

2. FAMÍLIA: CONCEITOS E IMPORTÂNCIA

Deveras importante, no estudo de uma instituição como a família, além de seu aspecto jurídico, sua análise sociológica, para que se lhe vislumbre a evolução, desenvolvimento, fatos e mecanismos decisivos, no decorrer da história, para que tal instituição assumisse a forma que possui atualmente.

Como fenômeno social e jurídico, a família tem sofrido inúmeras alterações no decorrer do tempo, e o que, atualmente se define como família é, essencialmente, diferente dos conceitos de tal instituição estabelecidos por civilizações passadas. O que se pode entender, de maneira geral, é que nos primórdios da civilização, em um grupo familiar, reinavam as relações entre todos os seus membros, caracterizando uma relação chamada de endogâmica (endogamia) (ALEXANDRIDIS; FIGUEIREDO, 2017).

Contudo, diversas foram as teorias sobre a origem da família, entre as quais se destacam a Teoria da Promiscuidade Primitiva, segundo a qual a família surgiu a partir do matriarcado, períodos em que o homem, vivendo coletivamente, tinha atividade sexual, como o próprio nome deduz, promíscua, e por tais fatos, em alguns casos, impossível era para a mãe dar certeza acerca da paternidade de seu filho, motivo pelo qual a mesma tinha papel fundamental na formação, alimentação e educação da criança. Outra teoria a merecer destaque é a da Monogamia Originária, em que a origem da família se deu por laços de amor recíproco, e esse sentimento dos pais para com os filhos, e entre aqueles, proporcionaria um insólito ponto de convencimento em prol de uma convivência familiar. De ressaltar, também, a teoria das Uniões Transitórias, na qual permaneceria o homem junto da mulher, após o nascimento do filho, por determinado período, de maneira que passassem a construir laços de afetividade, realidade mais parecida com a constituição atual da família (FONSECA, 2016).

Na análise das várias feições por quais passou a família, tem-se que, no Direito Romano, devido ao regime do “Patriarcado”, o chamado “patriarca” submetia mulher, filhos e servos a seu poder; e, por se tratar de uma relação de extrema submissão, era o pai ou “patriarca” a decidir a religião dos familiares, celebrar cultos e até julgar os membros da família. Nesse caso, não havia claramente a instituição do casamento, mas tão somente a intenção de constituir família (DIAS, 2016).

Posteriormente com o advento do Cristianismo, quem passou a ditar as regras essenciais ao casamento foi a Igreja, e de tal maneira, aos olhos de “Deus”, não estaria o casamento sujeito à indissolubilidade, além de ter cunho claramente monogâmico, as famílias matrimoniais, haja vista um dever de fidelidade entre homem e mulher (FONSECA, 2016).

O casamento, na Idade Média, tinha finalidades, estritamente religiosas e econômicas, por ele as famílias ansiavam ter filhos, em especial, do sexo masculino, para a possibilidade de manutenção do patrimônio familiar unido. Venosa (2018, p. 4), por isso, afirma que “não bastava apenas gerar um filho: este deveria ser fruto do casamento religioso. O filho bastardo ou natural não poderia ser continuador da religião doméstica”.

E Sousa (2018, p. 5) declara sobre o casamento:

O casamento era assim obrigatório. Não tinha por fim o prazer; o seu objeto principal não estava na união de dois seres mutuamente simpatizantes um com o outro e querendo associarem-se para a felicidade e para as canseiras da vida. O efeito do casamento, à face da religião e das leis, estaria de dois seres no mesmo culto doméstico, fazendo deles nascer um terceiro, apto para continuador desse culto.



E desse modo, conforme as exigências sociais de cada época e cada lugar, as famílias passaram por grandes transformações, até chegar aos modelos hoje existentes, o que reflete a íntima ligação existente entre família e sociedade.

Em relação a conceituação de Família o artigo 226 da Constituição Federal de 1988 dispõe que “a família é a base da sociedade, e tem proteção especial do Estado”.

Para se motivar essa especial proteção do Estado em relação à família, onde se atribui a esta o status de base da sociedade, deve-se levar em conta o papel da família no desenvolvimento social do ser humano, pois é no seio familiar que este apreende, ou pelo menos, deveria apreender, conceitos e comportamentos, que contribuem na manutenção da ordem pública, e são indispensáveis a uma convivência harmoniosa em sociedade, inclusive para a formação de gerações mais conscientes, e por conseguinte, para o progresso da humanidade.

Doutrinariamente, pode-se perceber uma tendência pluriconceitual do termo família, Viegas e Rabelo (2021, p. 9), afirmam que “inúmeros são os sentidos do termo família, pois a plurivalência semântica é fenômeno normal no vocabulário jurídico”.

De acordo com Sousa e Brito (2019, p.9), família, na seara jurídica, pode ser encontrada sob três acepções, quais sejam, a amplíssima, que se caracteriza quando se engloba a totalidade dos indivíduos ligados por laços de consanguinidade e afinidade, incluindo, nesse rol, até estranhos; a lata, que refere-se apenas aos cônjuges e seus filhos, parentes da linha reta ou colaterais, naturais ou afins; e finalmente, a restrita, que abrange apenas cônjuges ou conviventes (convivem sem vínculo matrimonial) e os filhos, ou somente estes e um daqueles (famílias monoparentais).

Nesse diapasão, referindo-se mais especificadamente à significação restrita de família supracitada (expressa no art. 226 da Carta Magna), quando englobam os conviventes, ou seja, os que vivem juntos independentemente de qualquer vínculo conjugal formal (artigo 226, §§ 3º e 4º da CF/88), percebe-se a inovação trazida pelo legislador constituinte de 1988, quando passa a considerar como núcleo familiar outros vínculos de afetividade que não apenas o casamento, acrescentando a esse rol a união estável e as famílias monoparentais.

Seguindo a tendência de Maria Helena Diniz, de conceitos mais e menos abrangentes da instituição familiar, Soares (2019, p. 2) nos ensina:

Desse modo, importa considerar a família em conceito amplo, como parentesco, ou seja, conjunto de pessoas unidas por vínculo jurídico de natureza familiar. Nesse sentido compreende os ascendentes, descendentes, e colaterais de linhagem, incluindo-se os ascendentes, descendentes e colaterais do cônjuge, que se denominam parentes por afinidade ou afins. Nessa compreensão inclui-se o cônjuge, que não é considerado parente.

Soares (2019, p.41), adotando uma postura bem moderna na conceituação de família, demonstra a peculiar dinâmica de constituição que as entidades familiares são capazes de possuir, nos dias atuais, quando afirma:

É necessário ter uma visão pluralista da família, abrigo os mais diversos arranjos familiares, devendo-se buscar o elemento que permite enlaçar no conceito de entidade familiar todos os relacionamentos que têm origem em um elo de afetividade, independentemente de sua conformação. O desafio dos dias de hoje é achar o toque identificador das estruturas interpessoais que autorize nominá-las como família. Esse referencial só pode ser identifi-

cado no vínculo que une seus integrantes. É o envolvimento emocional que leva a subtrair um relacionamento do âmbito do direito obrigacional – cujo núcleo é a vontade – para inseri-lo no direito das famílias, que tem como elemento estruturante o sentimento de amor que funde as almas e confunde patrimônios, gera responsabilidades e comprometimentos mútuos. Esse é o divisor entre o direito obrigacional e o familiar: os negócios têm por substrato exclusivamente a vontade, enquanto o traço diferenciador do direito da família é o afeto. A família é um grupo social fundado essencialmente nos laços de afetividade após o desaparecimento da família patriarcal, que desempenhava funções procriativas, econômicas, religiosas e políticas.

De tal maneira, conforme entendimentos doutrinários, jurisprudenciais e legais (como é o caso da Lei nº 11.340/06, Lei Maria da Penha, que alarga o conceito de família, dispondo a afetividade como elemento principal da entidade familiar) mais modernos, percebe-se que a caracterização de uma entidade como familiar é construída a partir, obviamente, de uma pluralidade de indivíduos ligados por um vínculo, como se detrai dos conceitos re-tromencionados, sendo a afetividade o principal elemento dessa ligação (GUILHERMANO, 2021).

Como já é de notório conhecimento, no âmbito, e até mesmo fora do ambiente jurídico, a Constituição é a norma magna de um país, com supremacia plena sobre as demais normas jurídicas, e desse modo, portanto, todas estas leis infraconstitucionais devem ser analisadas a luz da Constituição, com o escopo de apuração de sua constitucionalidade.

É nesse sentido que Barroso e Abrantes (2021, p. 55) acrescentam:

Uma constituição, porém, já é o sistema normativo de grau mais elevado na ordenação jurídica do país. Situa-se no vértice das demais fontes formais do Direito. Regula a produção das demais normas da ordem jurídica. Norma e confere validade a todo o ordenamento normativo nacional, cuja unidade, coesão e conexão de sentido encontram nela seu fundamento.

Desse modo, nada mais importante que a proteção e guarda da instituição familiar, como base da sociedade, por um axioma jurídico, qual seja: a nossa Constituição Federal de 1988.

Poucas foram as constituições que produziram importantes transformações na Sociedade e na vida das próprias pessoas como a atual o fez. Foram inúmeras as modificações, no entanto, algumas de maior relevo merecem destaque, como é o caso da supremacia da dignidade da pessoa humana, embasada nos princípios da liberdade e da igualdade, símbolos do novo Estado Democrático de Direito, o que deságua em uma eliminação, da sociedade, de injustas discriminações e diferenças que não mais poderiam estar ali presentes (BARROSO; ABRANTES, 2021).

Nesse diapasão, importa salientar a larga importância dos princípios constitucionais supracitados nas relações familiares, os considerando como fundamentos jurídico-constitucionais ensejadores do amparo constitucional que a família merece.

No que concerne à dignidade da pessoa humana, o artigo 1º da Constituição Federal de 1988 dispõe tal princípio como base fundamental da organização social e política do Brasil, estabelecendo também no artigo 226, § 7º, sua indispensabilidade no âmbito da família. Desse modo, busca-se a garantia do efetivo e íntegro desenvolvimento da dignidade das pessoas que formam o núcleo familiar, apesar de, constantemente, tais garantias serem usurpadas dos seus detentores, principalmente das crianças.



Por isso, estabelece o artigo 227 da Constituição Federal de 1988, na defesa da dignidade da pessoa da criança, para possibilitar a prioridade integral a esta, em relação a variados direitos que:

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

Desse modo, nota-se um direito não oponível somente à Sociedade ou ao Estado, mas também à família. No que concerne à liberdade, conforme entendimento de Montezuma e Pereira (2020; p. 8), tal princípio se configura como um poder de escolha livre, de livre arbítrio na constituição ou extinção da instituição familiar, na livre decisão do casal no planejamento familiar, entre outros, e assim dispõe:

O princípio da liberdade diz respeito ao livre poder de escolha ou autonomia de constituição, realização e extinção de entidade familiar, sem imposição ou restrições externas de parentes, da sociedade ou do legislador; à livre aquisição e administração do patrimônio familiar; ao livre planejamento familiar; à livre definição dos modelos educacionais, dos valores culturais e religiosos; à livre formação dos filhos, desde que respeite suas dignidades como pessoas humanas; à liberdade de agir, assentada no respeito à integridade física, mental e moral.

Ainda, destaca-se o princípio da igualdade, símbolo da paridade entre companheiros ou cônjuges, o que, obviamente, transparece uma revolução, vindo de encontro à ideia já ultrapassada de sociedade patriarca, e entre os filhos, no que se atine a direitos, formal, ou materialmente, falando.

Fermann et al. (2017, p. 41) conseguem dar o tom exato ao papel da Constituição de 1988 na defesa da família, quando declara que a CF/88, “rastreado os fatos da vida, viu a necessidade de reconhecer a existência de outras entidades familiares, além das constituídas pelo casamento” e deixa claro o rol exemplificativo da Magna Carta sobre as possibilidades de constituição de entidade familiar e alerta para a flexibilização no exercício de caracterização da família, de modo a propiciar a efetividade dos princípios constitucionais atinentes ao direito de família e fazer jus ao status de Estado Democrático de Direito.

Portanto, indispensável no estudo da família é o devido reflexo constitucional, pois é a CF/88 que dá elementos garantidores à caracterização da entidade familiar.

A família é a mais antiga dentre as instituições sociais e, por isso mesmo, vem no decorrer do tempo sofrendo mutações, algumas imperceptíveis, mas importantes, principalmente em decorrência da evolução do direito positivamente considerado, que vem alterando a relação familiar, assim considerada a firmado entre marido e mulher e desses em relação aos filhos (MONTEZUMA; PEREIRA, 2021).

Até bem pouco tempo, o poder familiar era denominado de pátrio poder, em torno do qual foi criado praticamente toda a doutrina referente à relação dos pais para com os filhos. Essa terminologia, que representa a própria instituição “pátrio poder” recebeu algumas críticas da doutrina, tendo em vista que, enquanto instituição, teria sido utilizada antes como entidade a serviço ou a benefício dos pais, do que propriamente em benefício do filho (FONSECA, 2016).

Dias (2016, p.31), propõe o seguinte conceito: “O pátrio poder é todo que resulta do

conjunto dos diversos direitos que a lei concede ao pai sobre a pessoa e bens do filho familiar”.

Essa conceituação, no entanto, não atendia aos verdadeiros objetivos do instituto e nem esse era compreendido na verdadeira acepção querida pelos doutrinadores, dado que impunha uma autoridade suprema dos pais, mais precisamente do pai, assim verificado dentro do contexto do patriarcalismo, que sempre guiou a vida em família, o qual, nos tempos modernos tem se flexibilizado para se adequar à relação familiar horizontal.

Seguindo a doutrina, desenvolveu-se verdadeiro emaranhado de definições em torno do qual gravitou uma enormidade conceitual variando de acordo com a performance dada por cada autor, mas perfeitamente delimitada nas lições de Viegas e Rabelo (2021, p.31), segundo o qual:

O pátrio poder é o complexo de direitos e deveres concernentes ao pai e à mãe, fundão no Direito Natural, confirmado pelo Direito Positivo e direcionado ao interesse da família e do filho menor não emancipado, que incide sobre a pessoa e o patrimônio deste filho e serve como meio para o manter, proteger e educar.

Portanto, é no exercício dessa convivência familiar que surge o poder familiar, como a sujeição dos filhos menores aos cuidados e administração dos pais, posto que esses menores são considerados absoluta ou relativamente incapazes para a prática dos atos da vida civil, conforme os artigos 3º e 4º do Código Civil Brasileiro de 2002, situação essa que o inviabiliza o exercício regular de seus direitos que passam a ser exercidos por representação ou assistência dos pais (BARROSO; ABRANTES, 2021).

3. DEFINIÇÕES DA ALIENAÇÃO PARENTAL

O termo alienação parental foi utilizado pela primeira vez em 1985 nos Estados Unidos pelo Dr. Richard Gardner, um psiquiatra norte-americano. O termo definia a situação em que o pai ou a mãe utiliza para romper os laços afetivos da criança em relação ao seu outro genitor. Pode-se dizer então que a Alienação Parental consiste em um processo que programa a criança para que passe a odiar um dos seus genitores sem nenhuma justificativa (CRUZ, 2022).

Assim, a Alienação Parental pode ser entendida como uma prática realizada por um dos genitores com o intuito de desconstruir a figura parental do outro genitor diante da criança, de maneira a desmoralizar, desqualificar e marginalizar o genitor por meio de uma lavagem cerebral na criança. Muitas vezes isso acontece pelo sentimento de vingança. Assim, o alienante detentor da guarda do filho tenta afastá-lo do outro genitor, criando barreiras entre eles. Esse problema acontece na grande maioria das vezes no contexto de separações e disputas pela guarda dos filhos (PANGONI, 2019).

Todas as crianças e adolescentes têm direito à convivência familiar. Entretanto, apesar de ser um direito claramente exposto pela Carta Magna, é muitas vezes violado. A alienação parental é uma forma de interromper os vínculos afetivos de um pai ou mãe para com os seus filhos. Este problema não é recente, no entanto, só foi regulamentado em 2010 por meio da Lei nº 12.318, demonstrando uma dificuldade tanto social como jurídica em compreender esse conflito como um aspecto prejudicial tanto para a formação das famílias, como de crianças e jovens saudáveis (RAMOS; ROSÁRIO; BAIA, 2022).



O artigo 2º da Lei nº 12.318/2010 define o conceito legal da alienação parental:

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 muito comum haver diferenças de interesse entre o casal, o que pode acabar levando à ocorrência de atritos e animosidades entre ambos por inúmeros motivos, como o desejo de vingança, ciúmes, a falta de aceitação do fim do relacionamento, dentre outros, o que acaba levando à tentativa de atingir o maior vínculo entre o casal: os filhos. Dessa forma, o genitor que detém a guarda dos filhos acaba utilizando esse poder na tentativa de magoar o antigo parceiro, manipulando-os para que não amem mais o seu outro guardador (LIMA; PRAZERES, 2022).

Para uma melhor compreensão acerca da alienação parental, deve-se observar que a família contemporânea não corresponde mais ao modelo familiar tradicional onde o sustento da família dependia exclusivamente do pai, e a criação e proteção dos filhos era exclusividade da mãe. Atualmente, ambos os guardadores possuem jornadas de trabalho árduas e possuem a necessidade de compartilhar as tarefas em relação à criação e educação dos seus filhos (ZAVALA; ELMOR; LOURENÇO, 2021).

Viegas (2021, p.31) ressalta que a Alienação Parental não é um problema recente na sociedade:

Atualmente, como foi a Aids há 20 anos atrás, a Síndrome de Alienação Parental é um mal não conhecido pela maioria daqueles que trabalham na área de âmbito judicial de nosso país, e sobre o qual não existe nenhuma informação disponível para os profissionais 'paralegais' como psicólogos sociais, médicos e assistentes sociais que devem participar do trabalho envolvido. No entanto, este mal atinge milhares de crianças, todo ano, e é responsável por um número desconhecido de patologias entre essas crianças.

Por mais que não seja um tema muito conhecido, a alienação não deixa de estar presente nos lares. Apesar de não ser um problema recente, ele passou a ser considerado pelo Poder Judiciário de forma tardia, de forma que ainda existem inúmeras dificuldades e barreiras que impedem a sua identificação e o posterior tratamento.

Segundo Sousa (2018, p.17), a alienação parental pode ser compreendida como “uma moléstia e em muitas situações o alienador não tem consciência plena do mal causado. Sua intenção é mais do que denegrir, destruir o outro genitor perante os filhos”.

O genitor alienante faz uso de todos os recursos e meios disponíveis e necessários para convencer a criança ou adolescente de que sofreu algum tipo de abuso do genitor alienado, muitas vezes convencendo-o de que o lar foi abandonado pelo mesmo. Assim, procura transmitir a ideia de que qualquer vínculo afetivo entre pai e filho alienado, alegando que isso poderá trazer consequências negativas para a criança e que a mesma será infeliz.

Sousa e Brito (2019, p.25) elucidam que a Alienação Parental:

Trata-se de um transtorno psicológico caracterizado por um conjunto sintomático pelo qual um genitor, denominado cônjuge alienador, modifica a consciência de seu filho, por estratégias de atuação e malícia (mesmo que

inconscientemente), com o objetivo de impedir, obstaculizar ou destruir seus vínculos com o outro genitor, denominado cônjuge alienado. Geralmente, não há motivos reais que justifiquem essa condição. É uma programação sistemática promovida pelo alienador para que a criança odeie, despreze ou tema o genitor alienado, sem justificativa real.

Dessa forma, é de fundamental importância que o Poder Judiciário conheça esse conflito de ordem familiar, a fim de que possam ser apresentadas soluções aos litigantes envolvidos no problema. Ao garantir a preservação da família, além de proporcionar o bem-estar dos membros, possibilita também o desenvolvimento saudável dos filhos, que são as principais vítimas do fim do relacionamento dos genitores.

A criança que foi submetida à Alienação Parental, independentemente de qualquer variável, sofrerá as consequências e abalos psicológicos em função do processo de alienação, o que poderá comprometer de maneira definitiva o seu desenvolvimento. Segundo o IBDfam (Instituto Brasileiro de Direito de Família), a alienação parental traz sérias consequências à criança, de forma a corromper a sua postura enquanto adulto e comprometer o seu futuro (WAQUIM; MACHADO, 2021).

Segundo Almeida, Gonçalves e Almeida (2019, p.21) diversas características podem ser apresentadas pela criança enquanto vítima desse distúrbio:

- Isolamento-retirada: A criança passa a se isolar do que a rodeia e evita conversar com os outros, preferindo estar sozinha no seu quarto ao invés de estar com outras crianças e sentindo-se literalmente sozinha.
- Baixo rendimento escolar: Por vezes associado a uma fobia à escola e à ansiedade da separação - a criança não quer ir à escola, não presta atenção nas aulas, mas também não incomoda os seus companheiros.
- Depressão, melancolia e angústia: Em diferentes graus, mas em 100% dos casos ocorre e infelizmente é recorrente.
- Fugas e rebeldia: Produzem-se para ir procurar o membro do casal não presente, por vezes para que se compadeça do seu estado de desamparo e regresse ao lar ou pensando que será más feliz ao lado do outro progenitor.
- Regressões: Comporta-se com uma idade mental inferior à sua, chama a atenção, perde limites geralmente impostos pela figura paterna.
- Negação e conduta antissocial: ocorrem em simultâneo - por um lado, a criança nega o que está a ocorrer e, por outro lado sente consciente ou inconscientemente que os seus pais lhe causaram dano.
- Culpa: Por mais de 75% das vezes, a criança se sente culpada, hoje ou amanhã, em regra mais tarde, pela situação.

Observa-se então que, em virtude da alienação parental, como consequência, a criança passa a apresentar comportamentos anormais de ansiedade, inquietação, estresse, depressão, nervosismo excessivo, transtornos associados ao sono, agressividade, dependência emocional pelo genitor do qual está afastado, dentre inúmeros outros comportamentos característicos deste processo.

Segundo Oliveira e Barros Filho (2020) a origem da depressão infantil está diretamente associada a fatores biológicos e ambientais. Assim, um dos principais fatores para o desencadeamento desta patologia na infância seria a dinâmica familiar. Nesse contexto, a alienação parental é considerada um fenômeno que provoca diversos efeitos negativos

para a criança alienada, impactando diretamente na forma como se comporta e convive em meio social.

Outra reação bastante frequente entre as crianças que passam pelo processo de alienação é a raiva. Entretanto, esse tipo de reação é geralmente expressa em direção ao alienado, como o pai na maioria das vezes. O fato de as crianças serem muitas vezes forçadas a esse tipo de situação acaba causando um sofrimento considerável, além de grande frustração e sentimento de raiva contra o pai alienado, como resposta a uma tentativa de agradar o alienador (BRANDÃO, 2021).

Conforme destaca Brito Neto et al. (2022), é importante ressaltar também que, ao atingir a fase adulta, a criança poderá desenvolver outras patologias resultantes desse processo de alienação. Pode-se destacar os transtornos de personalidade, insegurança, baixa autoestima, dentre outras que acabam influenciando diretamente nas suas relações interpessoais. Ademais, possivelmente a mesma desenvolverá o sentimento de culpa por ter cooperado com o afastamento do outro genitor alienado, ainda que em decorrência da manipulação.

Silva (2020, p. 147) elucida que:

De igual modo, a criança pode ser atingida por consequências mais sérias, como a depressão crônica, desespero, transtornos de identidade e de imagem, incapacidade de adaptação, isolamento, incontrolável sentimento de culpa, desorganização, comportamento hostil, dupla personalidade, podendo chegar a casos mais graves ao envolvimento com entorpecentes, violência e futuramente até mesmo praticar suicídio.

Assim, o agressor acaba fazendo duas vítimas dessa situação: a criança, que é manipulada a odiar o seu outro genitor e sofre por todo o processo; e o ex-cônjuge, que tem a sua imagem destruída perante o filho e sofre com o afastamento do mesmo.

As crianças que são expostas a alienação parental sofrem inúmeros traumas com essa experiência. Os resultados dessa ruptura podem surgir a qualquer tempo e na grande maioria das vezes, os efeitos psicológicos decorrentes dessa situação podem perdurar por um longo tempo em suas vidas, trazendo traumas difíceis de serem sanados (MARTINS et al., 2022).

Sabe-se, porém que esta não é a intenção do alienador, mas o resultado de todo o processo de alienação e da manipulação que o mesmo faz sobre a criança. Existe atualmente uma grande variedade de técnicas e instrumentos terapêuticos cujo objetivo é facilitar a superação das dificuldades e traumas que acometem as vítimas dessa terrível síndrome.

4. ASPECTOS LEGAIS DA ALIENAÇÃO PARENTAL

É, portanto, inegável a constante evolução do direito da família frente as novas demandas e evoluções sociais que por sua vez resultam em problemas atuais, do qual exige-se a participação efetiva do Poder Judiciário para solucioná-los. Dentre essas mudanças, a alienação parental merece destaque, sendo considerado produto de uma sociedade a qual, após reivindicações, deteve o direito de optar por manter ou não o vínculo conjugal com seu parceiro, garantindo igualdade nos direitos e deveres perante sua prole (PIOVEZZANA; SILVA; LEITE, 2022).

Depreende-se mediante estudo que a alienação parental é uma prática extremamen-

te dolorosa e de consequências graves, talvez irreversíveis, contudo, invisível aos olhos de uma criança, haja vista a sua ingenuidade e perversidade de manipulação do alienador, imputando, por exemplo, memórias falsas e agindo de forma ardilosa impedindo a aproximação do alienado ao menor (CRUZ, 2022).

A prática induzida da Alienação Parental é, na maioria das vezes, uma conduta habitual da qual crianças e adolescentes são vítimas sem sequer saber ou atentar-se do que se trata. E, conseqüentemente, dificulta a percepção dos genitores na posição de vítimas ou alienadores, por tão somente entender ser normal determinadas atitudes. Em vista disso, o tema em questão tem sido objeto de calorosas discussões nos mais diversificados cenários. Portanto, é possível prevenir/evitá-lo, conhecendo-o (PANGONI et al., 2019).

Visto que esta temática é relativamente nova para o ordenamento jurídico, e como uma forma de melhor amparar o menor que é vítima das constantes alienações, síndromes e suas consequências psicológicas, redigiu-se a Lei nº 12.318 promulgada em 26 de agosto de 2010. Tal lei visa facilitar e permitir maior segurança aos aplicadores do direito através de meios para identificar a alienação parental.

A iniciativa do projeto de lei da alienação parental é de autoria do Doutor Elizio Luiz Perez, Juiz do 2º TRT de São Paulo. O mesmo afirmava que “constatava-se cegueira do Estado em relação à alienação parental”. Em 07 de Outubro de 2008 foi apresentado Projeto de Lei nº 4.053/2008 ao Congresso Nacional. O projeto, que tratava da temática da Alienação Parental foi aprovado inicialmente na Comissão de Seguridade Social e Família e na Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania e posteriormente foi aprovado pelo Senado.

Em 27 de agosto de 2010 a Lei de Alienação Parental foi então publicada, com o intuito de conferir aos juízes maiores poderes em relação à proteção dos direitos individuais da criança e do adolescente, vítimas de abusos cometidos pelos seus genitores. Além disso, a Constituição Federal estabelece em seu Artigo 227 o direito da criança à convivência familiar e comunitária, sendo um dever da família e do estado, de forma que os infantes fiquem protegidos de toda forma de negligência, violência e opressão (VERONESE, 2011).

Inicialmente, a lei pretendia definir juridicamente a Alienação Parental com o intuito de induzir um aprofundamento em problemáticas dessa natureza, de forma a possibilitar um maior grau de segurança aos operadores de Direito na eventual ocorrência deste fenômeno. O texto da Lei nº 4.053/2008 inspira-se em informações da Psicologia, mas cria um instrumento com identidade e disciplina próprias, a fim de possibilitar a atuação do Estado de forma segura e ágil em casos em que se caracteriza esse fenômeno (CARVALHO, 2011).

Além disso, a mesma lei tem como objetivo central a garantia de um convívio sadio do menor com seus pais, lhe sendo resguardado os seus direitos fundamentais previstos na Constituição Federal e entre outros, de forma a permitir que seu crescimento pessoal seja saudável, isento de traumas e sequelas (RAMOS; ROSÁRIO; BAIA, 2022).

Nesta perspectiva, o instituto da guarda compartilhada tem demonstrado ser uma das melhores formas de combater a alienação parental. Oportunidade em que a guarda é exercida de forma igual por ambos os genitores. E, mesmo havendo legislação específica para o referido assunto, onde a previsão desta é regra, observa-se que tem sido exceção, devido à dificuldade que os pais têm de diferenciar o relacionamento que tem/tinham um com o outro e aquele que sempre terão com os filhos (LIMA; PRAZERES, 2022).

Vale lembrar neste ponto que o direito, essencialmente das crianças e adolescentes é, sobretudo, prioridade para o ordenamento jurídico, sendo tratado como direito fundamental e inclusive objeto de diversas leis específicas.



Dito isto, a afetividade que existe no vínculo familiar deve ser resguardada, razão pela qual o amor, carinho e respeito que regem os sentimentos entre pais e filhos devem prevalecer sobre qualquer interesse de seus genitores. De modo que, os pais figuram um papel importante no desenvolvimento psíquico da criança e do adolescente, devendo esta relação ser tutelada, a fim de proteger os princípios da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse da criança e do adolescente.

A garantia dos direitos inerentes à família é tamanha que, atualmente, é possível observar o afeto entre os integrantes como peça fundamental ao vínculo constituído através de seus entes, isto é, na ausência do afeto, não há razões suficientes para a continuidade de um núcleo familiar malsucedido. Assim também assevera Brandão (2021, p. 60):

Como diz João Baptista Villela, as relações de família, formais ou informais, indígenas ou exóticas, ontem como hoje, por mais complexas que se apresentem, nutrem-se, todas elas, de substâncias triviais e ilimitadamente disponíveis a quem delas queira tomar afeto, perdão, solidariedade, paciência, devotamento, transigência, enfim, tudo aquilo que, de um modo ou de outro, possa ser reconduzido à arte e à virtude do viver em comum. A teoria e a prática das instituições de família dependem, em última análise, de nossa competência em dar e receber amor.

Em que pese a proposta deste trabalho, de descriminalização da referida alienação, a normativa brasileira institui, grosso modo, uma afronta aos direitos e garantias essenciais previstos na Constituição Federal de 1988, tendo em vista que o texto legal considera apenas a carência afetiva do genitor sem sequer observar os danos e sentimentos vivenciados pelos filhos diante dos reais conflitos entre os pais (SOUSA, 2018).

É bem verdade que os magistrados, visivelmente, lidam cuidadosamente destes conflitos familiares, agindo de forma prudente e cautelosa ao aplicar a lei nos casos incidentes, ora, a ausência de uma melhor estrutura qualificada ao auxiliá-los é lamentável e um tanto quanto, desumano.

Como é do nosso conhecimento, o Estado brasileiro manifesta-se acerca da criança e do adolescente, em condições humanas especiais, dispondo, assim, ao lado dos estados instituidores da comunidade internacional que reiteram a necessidade de garantir a toda criança proteção integral para o seu pleno desenvolvimento.

Diante de toda a questão suscitada em razão da alienação parental, surge a necessidade de providências imediatas quanto a adoção de medidas que, efetivamente, surtam efeitos, atentando-se sempre para a cautela necessária ao lidar com as vítimas. De acordo com a abordagem realizada neste estudo, entende-se que o pai ou a mãe responsável por interromper o convívio com o filho com qualquer que seja o genitor, viola os direitos do menor, pois este acaba abusando de seu poder familiar (SOUSA; BRITO, 2019).

Por esta razão, existem sanções que não a criminalização, incidentes judicialmente aos casos concretos e, caracterizada a ocorrência de alienação parental, a Lei 12.318/10, em seu artigo 6º prevê as medidas judiciais cabíveis a serem determinadas pelo juiz, nos seguintes termos:

Art. 6º Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso:

- I - declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador;
- II - ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado;
- III - estipular multa ao alienador;
- IV - determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial;
- V - determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão;
- VI - determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente;
- VII - declarar a suspensão da autoridade parental.

Parágrafo único. Caracterizado mudança abusiva de endereço, inviabilização ou obstrução à convivência familiar, o juiz também poderá inverter a obrigação de levar para ou retirar a criança ou adolescente da residência do genitor, por ocasião das alternâncias dos períodos de convivência familiar.

A respeito destas medidas, em que se prioriza, essencialmente, à proteção das 'vítimas', em situação de risco, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) em seus artigos 98 e 101 respectivamente, institui:

Art. 98. As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados:

- I - por ação ou omissão da sociedade ou do Estado;
- II - por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável;
- III - em razão de sua conduta.

Art. 101. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas:

- I - encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade;
- II - orientação, apoio e acompanhamento temporários;
- III - matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental;
- IV - inclusão em serviços e programas oficiais ou comunitários de proteção, apoio e promoção da família, da criança e do adolescente; (Redação dada pela Lei nº 13.257, de 2016)
- V - requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial;
- VI - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos;
- VII - acolhimento institucional; (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência
- VIII - inclusão em programa de acolhimento familiar; (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência
- IX - colocação em família substituta. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência.

Constata-se prontamente que, as medidas aqui elucidadas e todo o arcabouço jurisdicional, visam, sobretudo, a tutela da integridade psicológica e a garantia da convivência

familiar da criança e do adolescente. Contudo, a aplicação destes parâmetros legais nem sempre serão o silogismo ideal para os conflitos sociológicos característicos da prática da Alienação Parental.

Em resumo, criminalizar a prática da Alienação Parental, é, sem dúvidas, retroceder nos avanços obtidos acerca da efetividade dos direitos à criança/adolescente e genitores, infringir os preceitos constitucionais da Carta Maior e além disso, contrariar às orientações previstas nos tratados internacionais e às próprias exigências do sadio desenvolvimento biopsicossocial da criança e do adolescente, pois intenta mais contribuir para uma retaliação legislativa contra o alienador, do que incentivar e promover a integridade psicológica e restabelecer o direito à convivência familiar (MONTEZUMA; PEREIRA, 2020).

Nesse longo processo de desenvolvimento dos menores tutelados pelo Estado, onde estes, passam a ser vítimas, o combate à alienação parental, todas as ferramentas, em todas as esferas postas à disposição devem ser utilizadas. Pois, compete a todas as pessoas a proteção dos interesses das crianças e adolescentes, sob pena de infringência à ordem constitucional (FONSECA, 2016).

Também incumbe essa tarefa, especialmente aos atores da prática forense, bem como Juízes, advogados, promotores, agentes do Ministério Público, Defensoria Pública, ocasião em que se cumpre, para além dos preceitos legais, a efetiva proteção das crianças e adolescentes.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a entrada em vigor da Constituição Federal em 1988 teve forte impacto no direito de família, todas as leis infraconstitucionais posteriores, princípios de proteção integral de menores e princípios de direitos e deveres. Foi um evento pioneiro. Mesmo após a separação ou divórcio, existe um equilíbrio entre pais e filhos, e é dividido entre ambos os genitores. Posto o exposto, e tendo em conta tudo o que foi apresentado e discutido neste trabalho, chego à conclusão de que os melhores direitos da criança ou do jovem devem ser sempre resguardados quanto à guarda dos filhos durante a separação conjugal.

Como podemos perceber, a alienação parental acontece de várias formas, quando acontece algo que é considerado alienação parental, quando um dos genitores cria na criança uma falsa impressão do genitor alienado, fazendo com que a criança fique mais distante e mais dele, por exemplo, ou quando um dos pais faz uma denúncia falsa contra o outro.

A Lei de Alienação Parental ajudou a identificar e punir esses casos. Com o auxílio da pesquisa bibliográfica foi possível atingir todos os objetivos e responder a todas as questões levantadas no início da pesquisa. Explana-se a compreensão do tema, explica-se a importância da preservação dos direitos da criança e do adolescente, e discute-se ainda como a alienação parental pode ser considerada uma lesão moral.

Concluiu-se com a presente pesquisa que os pais ao se separarem devem sempre levar em consideração os direitos do menor, e que ela a ela deve sempre se dar prioridade, apesar de qualquer sentimento de vingança e rancor. Os direitos fundamentais da criança e do adolescente devem ser realizados no âmbito da família, sociedade e Estado com absoluta prioridade e proteção, pois, como já sedimentado, são indivíduos em desenvolvimento e situação de hipossuficiência, sendo absolutamente rechaçada pelo direito a objetivação e prejuízos causados ao menor quando vítima de alienação parental.

Referências

- ALEXANDRIDIS, Georgios; FIGUEIREDO, Fábio Vieira. **Alienação parental**. Saraiva Educação SA, 2017.
- ALMEIDA, Cleison Virginio Gomes; GONCALVES, Me Jonas Rodrigo; ALMEIDA, Natalye Vilela. ALIENAÇÃO PARENTAL: UMA DISCUSSÃO SOBRE A RESPONSABILIZAÇÃO DECORRENTE DA ALIENAÇÃO PARENTAL. **Revista Processus de Estudos de Gestão, Jurídicos e Financeiros**, v. 10, n. 39, p. 230-251, 2019.
- BARROSO, Luara Cristy; ABRANTES, Joselito Santos. Alienação parental. **Revista Científica Multidisciplinar do CEAP**, v. 3, n. 1, p. 11-11, 2021.
- BRANDÃO, Eduardo Ponte. Direito de família e psicanálise: uma abordagem da alienação parental a partir das fórmulas quânticas da sexuação. **Revista Latinoamericana de Psicopatologia Fundamental**, v. 24, p. 200-218, 2021.
- BRASIL. (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Diário Oficial.
- BRASIL. Lei federal nº 8069, de 13 de julho de 1990. **Estatuto da criança e do adolescente**: Rio de Janeiro: Imprensa Oficial, 2002. Disponível em: Acesso em: 01. nov. 2022.
- BRASIL. LEI Nº 12.318, de 26 de agosto de 2010. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm>. Acesso em: 01. nov. 2022.
- BRITO NETO, Otacílio Carvalho et al. Alienação parental: efeitos psíquicos e jurídicos. **E-Acadêmica**, v. 3, n. 2, pág. e5832230-e5832230, 2022.
- CRUZ, Cleonice Maria Santana. Visualização jurídica da alienação parental. 2022.
- DIAS, Maria Berenice. Síndrome da alienação parental, o que é isso. **Jus Navigandi**, v. 10, n. 1, p. 1, 2016.
- FERMANN, Ilana Luiz et al. Perícias psicológicas em processos judiciais envolvendo suspeita de alienação parental. **Psicologia: ciência e profissão**, v. 37, p. 35-47, 2017.
- FONSECA, Priscila Maria Pereira Corrêa da. Síndrome de alienação parental. **Pediatria (São Paulo)**, p. 162-168, 2016.
- GUILHERMANO, Juliana Ferla. Alienação parental: aspectos jurídicos e psíquicos. **Monografia (Bacharel em Direito)-Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre/RS**, 2021.
- LIMA, Edson Gomes; PRAZERES, Marcos Silva. Resenha do artigo intitulado “Alienação parental: uma discussão sobre a responsabilização decorrente da alienação parental”. **Revista Processus Multidisciplinar**, v. 4, n. 7, p. 10-13, 2022.
- MARTINS, Paula Bidegain et al. Aspectos psicológicos e jurídicos envolvidos na alienação parental: Uma revisão sistemática//psychological and legal aspects involved in parental alienation: A systematic review. **Revista de Psicologia**, v. 13, n. 2, p. 26-40, 2022.
- MONTEZUMA, Márcia Amaral; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Abordagens da alienação parental: proteção e/ou violência?. **Physis: Revista de Saúde Coletiva**, v. 27, p. 1205-1224, 2020.
- OLIVEIRA, Suleime Nayane Castro; BARROS FILHO, Osmar Domingos. Alienação Parental: Uma Análise acerca dos Aspectos Jurídicos e Psicológicos. **Praxis Jurídica**, v. 4, n. 1, pág. 1-12, 2020.
- PANGONI, Beatriz Pestana et al. ALIENAÇÃO PARENTAL: ABORDAGENS PARA A IDENTIFICAÇÃO. **ETIC-ENCONTRO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA-ISSN 21-76-8498**, v. 15, n. 15, 2019.
- PIOVEZANA, Daiane Maiara; SILVA, Lanaira; LEITE, Caio Fernando Gianini. A Mediação como Instrumento Eficaz na Solução da Alienação Parental. **Revista Iurisprudencia**, v. 8, n. 15, 2019.
- RAMOS, Edith Maria Barbosa; ROSÁRIO, Pedro Gonçalo Tavares Trovão; BAIA, Marcelo Santos. Alienação parental e a mediação dos conflitos nas legislações brasileira e portuguesa. **Revista Brasileira de Direito Civil**, v. 32, n. 02, p. 343-343, 2022.
- SILVA, Naiara Pereira. Interfaces da Psicologia e Direito: Guarda Compartilhada e Alienação Parental. **Inter: Revista de Direito Internacional e Direitos Humanos da UFRJ**, v. 3, n. 1, 2020.
- SOARES, Tainá Kavashima. Alienação parental. **Revista do Curso de Direito do Centro Universitário Brazcubas**, v. 1, n. 2, 2019.
- SOUSA, Analícia Martins de; BRITO, Leila Maria Torraca de. Síndrome de alienação parental: da teoria Norte-

-Americana à nova lei brasileira. **Psicologia: ciência e profissão**, v. 31, p. 268-283, 2019.

SOUSA, Analicia Martins. **Síndrome da alienação parental: um novo tema nos juízos de família**. Cortez Editora, 2018.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; RABELO, Cesar Leandro de Almeida. A alienação parental. **Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV**, n. 88, 2021.

WAQUIM, Bruna Barbieri; MACHADO, Bruno Amaral. A ALIENAÇÃO PARENTAL COMO COSMOLOGIA VIOLENTA. **Revista Opinião Jurídica (Fortaleza)**, v. 19, n. 32, p. 202-227, 2021.

ZAVALA, Camila Parisi; ELMOR, Paulo Mateus; LOURENÇO, Lelio Moura. Instrumentos de identificação da alienação parental no contexto jurídico: uma revisão sistemática da literatura. **Gerais: Revista Interinstitucional de Psicologia**, v. 14, n. SPE, p. 1-20, 2021.



25

MEDIAÇÃO DIGITAL NO ÂMBITO DO DIREITO DIGITAL
DIGITAL MEDIATION IN THE SCOPE OF DIGITAL LAW

Erica de Sousa Fonseca

Resumo

O presente artigo abordará sobre o Sistema de Mediação Digital no âmbito do Direito Digital, que foi criado pela Emenda 2, que atualiza a Resolução CNJ n. 125/2010, adequando-a às novas leis que preconizam as buscas pelas soluções consensuais do conflito – a Lei de Mediação (13.140/20150) e o novo Código de Processo Civil. A pesquisa será uma revisão de literatura, possui caráter qualitativo e adota o método descritivo, se estruturando basicamente a partir de revisão bibliográfica, que tem como pressuposto a leitura, a análise e a interpretação de textos e/ou documentos que contemplem o tema abordado, com a justificativa de destacar que o tema em questão trata de uma nova forma de resolução de conflitos. Após destacarmos os conceitos e análises sobre o tema como meio de solução de conflitos no Brasil, o estudo passa a apreciar a mediação digital e sua positivação no direito brasileiro, apontando como o ordenamento jurídico recentemente inaugurado ainda necessita de maior amadurecimento e mostrando como a desigualdade social e econômica podem dificultar as pessoas a acessarem à internet e ao mundo digital.

Palavras-chave: Mediação Digital, Direito Digital, Desigualdade Social, Acesso à Justiça, Solução de Conflitos.

Abstract

This article will address the Digital Mediation in the scope of Digital Law System, which was created by Amendment 2, which updates CNJ Resolution n. 125/2010, adapting it to the new laws that advocate the search for consensual solutions to the conflict - the Mediation Law (13.140/20150) and the new Civil Procedure Code. The research will be a literature review, has a qualitative character and adopts the descriptive method, structuring itself basically from a bibliographic review, which assumes the reading, analysis and interpretation of texts and/or documents that cover the topic addressed, with the justification of highlighting that the subject in question deals with a new form of conflict resolution. After highlighting the concepts and analyzes on the subject as a means of resolving conflicts in Brazil, the study begins to appreciate digital mediation and its positivization in Brazilian law, pointing out how the recently inaugurated legal system still needs further maturation and showing how inequality social and economic factors can make it difficult for people to access the internet and the digital world.

Key-words: Digital Mediation, Digital Law, Social inequality, Access to justice, Conflict Resolution

1. INTRODUÇÃO

A mediação é definida como uma forma de resolução de conflitos, na qual um terceiro neutro e imparcial, denominado mediador, que pode promover um relacionamento mais próximo entre as pessoas ao longo do tempo, a fim de perseguir seus interesses e na identificação de suas questões com uma composição satisfatória para ambas, envolvendo casos que necessitam de um aprofundamento na análise do conflito.

O artigo 1º da Lei 13.140/2015 dispõe sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. E de acordo com o parágrafo único do artigo mencionado, a mediação é uma atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.

O presente estudo científico tem como tema a mediação digital implementada na resolução de conflitos no Brasil, traçando uma análise das perspectivas para a utilização da mediação digital a partir de como foi fixada a possibilidade de sua utilização pelo legislador, tendo como cenário uma sociedade na qual grande parte da população ainda não possui acesso há nenhum dispositivo eletrônico que permita conexão em rede.

A mediação digital é considerada uma política judicial, uma arte do espaço compartilhado, do conflito e da resolução, e sua análise será norteadada pela possibilidade de: alcançar a justiça por meio digital, reconstruindo a relação entre as partes sem impor regras, auxiliando a comunicação a alcançar o reconhecimento mútuo e a gerar uma nova percepção do conflito.

Segundo uma publicação da revista Consultor Jurídico (Conjur) de 2015, o Brasil é o maior país do mundo em números de processo na justiça, a cada 5 segundos uma nova ação é ingressada no judiciário, com isso, a lei de mediação 13.140/2015 se tornou algo mais acessível para a solução de conflitos com a ajuda de facilitador de diálogo entre as partes, podendo ser aplicada quando já existe um processo em que as partes fazem um acordo e encerram ou até mesmo quando ainda não existe um processo.

Nesse contexto, o objetivo do trabalho é destacar como este sistema de Mediação Digital pode facilitar a comunicação entre pessoas interessadas em solucionar seus conflitos, mesmo com todas as dificuldades em ter acesso à Internet, e mostrar como o cidadão pode acessar a mediação digital para a solução do conflito, já que o sistema de mediação tem que ser iniciado pelo cidadão que queira solucionar alguma demanda com empresa já cadastrada no sistema.

Uma das premissas da Mediação Digital é o fomento à cultura da paz, baseada em diálogos construtivos e positivos. O sistema, inclusive, não permite o envio de mensagens que contenham palavras hostis ou de baixo calão (CNJ, 2018).

Dado o exposto e considerando que a mediação é a arte de compartilhar espaços, conflitos e resoluções, sua análise terá como fio condutor a possibilidade de acessar à justiça por meio digital e restabelecer a comunicação. A Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. No seu art. 1º “institui a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade.



Deste modo, o objetivo geral é mostrar como esse método está à disposição para facilitar a vida das pessoas, otimizar tempo e minimizar os processos que chegam diariamente ao judiciário de forma física, o que é muito mais complicado pois é necessário uma série de documentos e o tempo de espera é bem maior.

Sendo uma forma mais prática e confiável, a mediação online tornou-se a opção mais viável para quem quer que seus conflitos sejam solucionados de forma mais ágil e eficaz sendo realizado online de maneira simples, econômica e menos desagradável, reduzindo o tempo de espera, além de empoderar as partes, pois com esse método elas mesmas podem conduzir o procedimento e tomar suas próprias decisões diante a situação conflituosa, além de manter a confidencialidade no processo.

Face ao exposto, acredita-se que o presente trabalho busca delimitar uma temática de estudo de relevante importância social, econômica e eficaz para a resolução de conflitos, especialmente em um momento no qual urge encontrar meios de amenizar o esgotamento jurisdicional, mas principalmente se pretende garantir e ampliar o direito fundamental de acesso à justiça, bem como conferir aos conflitos um tratamento que possibilite um maior nível de satisfação e de empoderamento dos indivíduos.

A pesquisa a ser realizada será uma revisão de literatura, possui caráter qualitativo e adota o método descritivo, se estruturando basicamente a partir de revisão bibliográfica, que tem como pressuposto a leitura, a análise e a interpretação de textos e/ou documentos que contemplem o tema abordado, com a justificativa de destacar que o tema em questão trata de uma nova forma de resolução de conflitos no setor judiciário em um meio digital, com a intenção de facilitar o acordo por mediação online que torna a solução de conflitos mais ágil, dessa forma minimizando a quantidade de processos levados para o judiciário. Ao final, espera-se apresentar uma resposta adequada ao problema inerente a essa pesquisa.

2. O DIREITO E A INCLUSÃO DIGITAL

A internet deixou de ser só um meio de comunicação online, formada através de uma rede de computadores, para se transformar em uma rede composta de indivíduos, empresas, instituições e governos do mundo inteiro que estão interligados, convivendo de uma forma totalmente online, mas que conseguem demonstrar o que querem através dos meios de comunicação online.

Desde o início da Internet, as coisas foram mudando rapidamente, os grandes computadores foram deixados de lado para ser substituídos por pequenos aparelhos que até uma criança consegue manusear mais rápido que um adulto. Esse avanço tecnológico faz com que tudo chegue ao seu destino com uma velocidade muito maior, mas ao mesmo tempo, faz com que os indivíduos percam a noção do que está acontecendo ao seu redor (LIMA, 2016).

Inclusive, essa extrema modernização faz com que milhares de pessoas fiquem perdidas com tanta inovação, faz com que os pais percam o controle sobre o que os seus filhos estão acessando no mundo virtual e até “obrigam” as pessoas a aprenderem a lidar com a internet, como os operadores do direito que precisam entender como funcionam as redes sociais, e assim, consigam defender seus clientes.

Desse modo, percebe-se que a sociedade está cada vez mais imersa no ambiente virtual e sempre tentando se adequar aos novos avanços tecnológicos, com isso, as relações entre as pessoas estão em constante modificação, com novos pontos de vista sobre assun-

tos pessoais e até profissionais.

O acesso à internet, possibilita que os indivíduos tenham acesso às informações do mundo inteiro, e assim, podem criar inúmeras possibilidades e oportunidades que facilitem até o desenvolvimento social, pois podem aumentar o acesso a uma educação mais acessível e inclusiva. Essa inclusão digital também pode facilitar a rotina, maximizando o tempo e aumentando possibilidades sociais no dia a dia da sociedade.

Nesse sentido, Frederico Félix Gomes dispõe que:

“A internet trouxe muitas facilidades que permitiram a interligação de empresas e pessoas estabelecidas em diferentes locais. Isso gerou transformações de cunho social, político e econômico.”

O Direito Digital surge, não como um novo ramo do direito, mas como um mecanismo que busca compreender os impactos da comunicação online e todas essas mudanças na sociedade, que analisa os novos desafios enfrentados pela justiça a fim de tentar adaptar as leis já existentes e criar novas normas adequadas para o mundo digital.

Partindo disso, a Lei nº 11.419/2006 (“Lei do Processo Eletrônico”) torna o uso de meio eletrônico admissível, e dispõe em seu art. 1º que “O uso de meio eletrônico na tramitação de processos judiciais, comunicação de atos e transmissão de peças processuais será admitido nos termos desta Lei.”

O campo jurídico, era um reflexo da sociedade em determinado tempo e local, que acabou tendo que se modificar para apresentar conceitos jurídicos que logo passaram a ser interpretados de uma forma moderna que estejam de acordo com a nova realidade que a sociedade se encontra, permeada pela tecnologia da informação (GOMES, 2017).

O Brasil ainda está em desenvolvimento acerca do Direito Digital, mas já apresenta mecanismos que englobam esse assunto, como por exemplo, a Lei Nº 12.965/2014, que é chamada de Marco Civil e estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil e determina as diretrizes para atuação da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios em relação à matéria para os usuários da rede mundial de computadores no país.

Percebe-se que a principal finalidade da Emenda nº 02/2016 do CNJ é facilitar o acesso ao judiciário e aos meios de resolução de conflitos da maneira mais prática e acessível mediante o uso de sistemas tecnológicos, como computadores, tablets e celulares, que facilitam o acesso do indivíduo independente do lugar que esteja e em um horário que o mesmo esteja disponível.

O campo digital traz para a sociedade uma certa facilidade para acessar os mecanismos jurídicos através do acesso eletrônico, sendo assim, Pierri Lévy demonstra que:

[...] O ciberespaço como suporte da inteligência coletiva é uma das principais condições de seu próprio desenvolvimento. Toda a história da cibercultura testemunha largamente sobre esse processo de retroação positiva, ou seja, sobre a automanutenção da revolução das redes digitais. Este é um fenômeno complexo e ambivalente. [...]

O ordenamento jurídico infraconstitucional, ressalta a existência da Lei 12.965/14 (Marco Civil da Internet), e que destaca que o acesso à internet é um direito de todos e essencial para o desenvolvimento do convívio em sociedade. Assim, dispõe o Art. 4º da Lei 12.965/14

(Marco Civil da Internet) - A disciplina do uso da internet no Brasil tem por objetivo a promoção:

- I - do direito de acesso à internet a todos;
- II - do acesso à informação, ao conhecimento e à participação na vida cultural e na condução dos assuntos públicos;
- III - da inovação e do fomento à ampla difusão de novas tecnologias e modelos de uso e acesso; e
- IV - da adesão a padrões tecnológicos abertos que permitam a comunicação, a acessibilidade e a interoperabilidade entre aplicações e bases de dados.

Desse modo, percebe-se que a internet é um aparato que faz parte de alguns direitos fundamentais, por exemplo, para acessar ao Poder Judiciário através do Processo Judicial Eletrônico, é preciso ter um aparelho de rede com acesso à internet. Portanto, é importante que o acesso à internet seja inserido na Constituição Federal como um direito social, e assim possibilite o bem-estar aos cidadãos que precisam usufruir de algum recurso online.

Logo, o direito ao acesso a rede é uma ferramenta relevante para tornar alguns direitos fundamentais, como o acesso à educação, a liberdade de expressão e o direito à informação, mais eficientes e conseqüentemente mais completo diante da importância de garantir o bem-estar da sociedade.

No Brasil, o portal online Consultor Jurídico (Conjur), diz que: “estima-se existirem 160 milhões de usuários da internet, que correspondem a 75% da população, estimada em 213,3 milhões, percentual superior ao da Índia, igualmente de acordo com pesquisa publicada em janeiro pela HootSuite em parceria com o We Are Social.”

Mas para garantir o acesso aos meios digitais, o governo brasileiro terá que enfrentar muitos desafios, pois além do investimento financeiro, é de extrema importância que a população tenha uma educação razoável para conseguir acessar as plataformas da internet, pois, não basta ter uma rede de computadores, se a população não sabe como funciona.

3. A MEDIAÇÃO DIGITAL NO ÂMBITO VIRTUAL

A mediação é uma forma de lidar com conflitos por meio de uma terceira pessoa imparcial que é o mediador, que não decide nem sugere soluções, tendo como principal função facilitar a comunicação entre os mediados mantendo o respeito entre as partes e orientando a respeito do que vão decidir.

De acordo com a lei do Mediador 13.140 de 26.06.2015 é necessário que seja civilmente capaz pois é um dos requisitos mais importantes. A lei exige também que seja graduado em curso superior e que tenha feito uma capacitação em Mediação de acordo com as diretrizes estabelecidas pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

A Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015, dispõe sobre a mediação como meio de solução de controvérsias, bem como sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública:

“Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia” (Lei nº 13.140/2015).

Em tempos de pandemia, em meio ao caos que o mundo está vivendo, a mediação online foi muito procurada para resolução de conflitos, se tornando a ferramenta mais viável e eficaz que as pessoas poderiam encontrar nesse momento, e usar a tecnologia a favor, com certeza é uma das vantagens por facilitar todo o processo enquanto tudo está parado, inclusive o judiciário. Dessa forma, a mediação digital se tornou a única opção diante deste novo cenário.

Outra vantagem da mediação nos dias atuais, é que para resolver seu conflito com mais facilidade e sem sair de casa, basta ter acesso à internet e querer resolver, além de ter um bom mediador para auxiliar. Portanto, a mediação online, além de ser uma forma prática de solucionar casos, também conta com uma terceira pessoa que tenta apaziguar a situação em caso de desentendimento, visando a conciliação entre as partes e utilização de técnicas próprias para o caso, mesmo que ele não tenha poder decisório, e sim, apenas o controle sobre o processo, evitando manifestações ofensivas. Sobre isso, Lis Weingärtner ressalta três questionamentos básicos da Mediação:

O primeiro é relativo ao conflito que os levou a solicitar a mediação e se o mesmo pode ser objeto da mediação. O segundo sobre o efetivo interesse das partes em se submeter ao processo. E o terceiro, mais relativo ao papel que cabe ao terceiro imparcial e independente, se refere à escolha do mediador para o caso, podendo recair ou não em profissional que os informou sobre o processo, o pré-mediador. Em sendo positivas as respostas a estas questões, deverão avaliar conjuntamente sobre a conveniência de ser utilizada. No âmbito extrajudicial é apresentada, também nesta etapa, a minuta do contrato de prestação do serviço da mediação, em que estará contemplado o modo em que se realizará. É o momento em que nasce a confiança das partes no processo. A prática frequente deste momento prévio auxilia e muito na quebra de paradigmas, bem como no início do “desarmamento” das partes para a administração do conflito.

A mediação digital está alcançando mais pessoas cada dia, dessa forma ficando conhecida, o que aumenta consideravelmente a procura por esta ferramenta, e, em tempos de pandemia, muitas pessoas compraram virtualmente e se tratando de comprar online, normalmente acontece da pessoa não gostar do produto ou até mesmo o produto chegar até o consumidor com defeito, através da mediação digital, é possível entrar em contato com a empresa para solucionar a situação conversando, dessa forma pode-se dizer que hoje em dia as pessoas conseguem se comunicar com a loja que a compra foi realizada de forma mais acessível possibilitando acordos sem dispersar tempo, dinheiro, evitar acúmulos e sem ficar no prejuízo.

Uma das propostas que a mediação online oferece é a utilização de um sistema seguro para solucionar conflitos de forma confiável e conservadora. Durante a pandemia, para diminuir a quantidade de processos que chegam ao judiciário, a mediação digital, sem dúvidas é a melhor opção na nova realidade que nos encontramos, possibilitando fazer acordos apenas dialogando, além de otimizar tempo.

Para isso, é preciso que o mediador ponha em práticas suas técnicas e estratégias na mediação, pois conduzirá o caso para possíveis negociações e acordo entre as partes, dessa forma visando o melhor caminho para que o caso seja solucionado de forma prática, rápida e amigável, assim como o mediador pode fazer abordagens durante o processo de mediação mesmo que não tenha poder decisório no caso. O mediador auxiliará buscando formas eficazes e colaborando para que ambos saiam satisfeitos com o que for decidido.



Percebe-se que não há como viver sem conflitos pois com a convivência em sociedade é inevitável que haja discordância em certos assuntos ou opiniões, só que isso faz com que determinadas divergências tenham que ser resolvidas através do judiciário.

Antoine Garapon (1998), destaca que a sociedade é determinada por um sistema organizado de diferenças e são essas diferenças que constroem a identidade de cada indivíduo pertencente ao grupo, permitindo que possam se situar uns relativamente aos outros.

Nesse sentido, Christopher W. Moore (1998, p. 5) afirma que:

O conflito não é necessariamente ruim, anormal ou disfuncional, é um fato da vida. O conflito e as disputas existem quando as pessoas estão envolvidas na competição para atingir objetivos que sejam percebidos – ou de fatos incompatíveis. Entretanto, o conflito pode ir além do comportamento competitivo e adquirir o propósito adicional de infligir dano físico ou psicológico a um oponente, até mesmo a ponto de destruí-lo.

Conflitos sempre existiram para serem resolvidos e com a inovação que a mediação online proporciona às pessoas, hoje pode-se resolver conflitos com mais facilidade, sendo bem conduzidos até uma solução, dessa forma restabelecendo-se os vínculos que foram desfeitos no conflito, seja ele familiar, indiferenças e até mesmo de convivência.

A fim de resolver esses conflitos, a mediação começa a partir do momento em que as partes assinarem o compromisso de mediação onde contém informações importantes de como a mesma será conduzida e suas regras para acontecer, dessa forma deixando as partes cientes de como será feito o procedimento.

Logo após, dando abertura ao caso, o mediador relembra as partes como conduzirá de forma imparcial, apenas controlando e dando o suporte necessário. No próximo passo, as partes irão expor o que lhe levaram a procurar a mediação, ou seja, o conflito, e o mediador dará o mesmo tempo de fala para que cada uma das partes possa falar sem ter interrompido e até mesmo evitando qualquer tipo de desentendimento que venha a ter, pois está ali para assegurar que as partes consigam dialogar civilizadamente.

Na fase de verificação, o mediador ouvirá as partes e assim poderá usar de suas técnicas e conhecimentos para ajudar a chegar a um possível acordo com soluções criativas que estimulem as partes a se entenderem e que seja melhor para ambos, atendendo seus interesses deixando claro se é possível ou não que seja realizado, se a proposta é cabível ou não.

Para que, finalmente cheguem à solução do caso, são necessárias todas essas fases em que as partes além de se escutarem, iram também chegar à resolução do conflito se estiverem de acordo de forma segura, rápida e sem custo. Pode-se dizer que a mediação online é de fato a melhor opção quando se trata de agilidade e segurança, onde as partes têm poder para se resolverem seus problemas que muitas das vezes vai além da decisão de um juiz.

Fabiana Marion Spengler, enfatiza que:

[...] A mediação difere das práticas tradicionais de jurisdição justamente porque o seu local de atuação é a sociedade, sendo a sua base de operações o pluralismo de valores, a presença de sistemas de vida diversos e alternativos, e sua finalidade consiste em reabrir os canais de comunicação interrompidos e reconstruir laços destruídos. O seu desafio mais importante é aceitar a diferença e a diversidade, o dissenso e a desordem por eles gerados. Sua principal

aspiração não consiste em propor novos valores, mas em restabelecer a comunicação entre aqueles que cada um traz consigo [...].

O sistema de mediação digital foi desenvolvido pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) para auxiliar na resolução pré-processual de conflitos e isso facilitou até mesmo a relação entre consumidor e empresa que se tornou mais acessível, consequentemente melhorando a relação comercial. O que não seria possível ser resolvido tão facilmente no sistema judiciário por ser muito lento devido a grande quantidade de processos que chegam a todo momento.

Por isso, a mediação online é uma opção para quem quer de fato, solução por ser uma resolução mais rápida e menos burocrática onde as partes se manifestam de forma amigável ou com ajuda de terceiros que tenham experiência para conciliar e fazer possíveis sugestões para ambos visando a resolução do caso.

André Gomma, juiz auxiliar da Presidência do CNJ, afirma que o objetivo desse sistema é evitar a judicialização e facilitar a vida do cidadão que está insatisfeito com alguma dessas questões. Com o sistema, ele poderá, de qualquer lugar e em qualquer tempo, resolver um conflito, de maneira legal e definitiva.

Este serviço foi uma alternativa adotada pelas instituições bancárias a fim de atender as queixas relacionadas a falhas financeiras efetuadas, cobranças indevidas realizadas no cartão de crédito e problemas com taxas bancárias irregulares, entre outros.

Para fazer uso da ferramenta, a pessoa precisa entrar no site, buscar o banco com o qual pretende dialogar e relatar o caso, banco terá 10 dias corridos para responder e o contato com o consumidor pode ser feito tanto pelo sistema quanto por telefone e caso o conflito não seja solucionado, será feita uma mediação presencial entre as partes.

De acordo com o conselho, os maiores bancos já aderiram à iniciativa e caso a instituição procurada pelo consumidor não esteja cadastrada, ao informar o nome do banco no sistema, a instituição será informada e convidada a aderir e caso não se chegue a um acordo, uma mediação presencial será marcada e deverá ocorrer nos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (Cejuscs).

Desta forma, a implantação da plataforma, aproxima as instituições bancárias dos seus clientes e, de forma rápida, prática e gratuita, conseguem solucionar as demandas sem criar conflitos estrondosos para ambas as partes. Com isso, no ano de 2012, o levantamento do CNJ destacou que os bancos e o setor público foram apontados como os setores que lideravam a lista dos 100 maiores litigantes, respondendo, sozinhos, por 76% dos processos em tramitação.

Segundo levantamento da legaltech mediação online (MOL) de 1º de abril de 2019, as empresas gastam, em média, 158 bilhões de reais por ano na litigância. E, além disso, uma ação na primeira instância da justiça estadual pode demorar até dois anos para ser julgada. O Sistema de Mediação Digital permite que empresas e instituições financeiras tenham uma troca de informações com os consumidores adequando as pendências a cada setor especializado, e com uma linguagem mais eficaz que facilite o entendimento de todos, possa resolver as demandas e os conflitos. E, como esse método já se tornou um meio mais eficaz e econômico, algumas empresas já aderiram ao sistema de mediação digital, que é o caso do Banco do Bradesco, Banco do Brasil, Banco HSBC, Caixa Econômica Federal, entre outros.

Mas embora as instituições financeiras tenham sido o primeiro segmento empresarial a firmar o termo de cooperação técnica com o CNJ para ampliar o emprego da me-



dição digital em acordos judiciais e extrajudiciais, essa possibilidade de entendimento pode ser feita por outros setores econômicos, como por exemplo, a Samsung que já está cadastrada no sistema de mediação online. Neste contexto, o conselheiro Márcio Schiefler destaca que todos estão trabalhando no aperfeiçoamento de uma plataforma que atenda aos bancos, que foram os que primeiramente acertaram o termo de cooperação, mas que também atende outros setores da economia e ao jurisdicionado brasileiro em geral.

Com esse panorama, e tendo utilizados todos os meios de resolução de conflitos do Sistema de Mediação Digital, as partes não consigam alcançar um acordo benéfico para ambas, uma mediação presencial poderá ser marcada e que deverá ocorrer nos centros jurídicos de conflitos e cidadania (CEJUSCS).

4. AVANÇOS E DESAFIOS DA MEDIAÇÃO DIGITAL NO ACESSO À JUSTIÇA VIRTUAL

O acesso à justiça ainda é um grande problema para muitos brasileiros, pois muitos operadores do Direito continuam com rigor, os tribunais estão cada vez mais sobrecarregados e com isso a resolução das lides estão mais demoradas, e assim a população fica insatisfeita e acaba se distanciando dos meios jurídicos.

Apesar do judiciário estar se adequando aos avanços tecnológicos a fim de acelerar os processos, e sabendo que a internet veio para ampliar as relações sociais através de sites, redes sociais e aplicativos de comunicação, percebe-se que a sociedade ainda se encontra em um cenário desafiador com a internet, pois está ainda é algo de difícil acesso para alguns indivíduos, assim torna a justiça virtual cada vez mais distante. Sobre o acesso ao judiciário, Maria Tereza A. Sadek, destaca que:

“Para a efetividade de todos os direitos, sejam eles individuais ou supraindividuais, de primeira, de segunda ou de terceira geração, o acesso à justiça é requisito fundamental, é condição *sine qua non*. Os direitos só se realizam se for real a possibilidade de reclamá-los perante tribunais imparciais e independentes. Em outras palavras, o direito de acesso à justiça é o direito sem o qual nenhum dos demais se concretiza. Assim, a questão do acesso à justiça é primordial para a efetivação de direitos. Consequentemente, qualquer impedimento no direito de acesso à justiça provoca limitações ou mesmo impossibilita a efetivação da cidadania”.

No Brasil, a mediação ainda enfrenta problemas em sua execução, por exemplo, o número de centros de resolução de conflitos ainda é muito pequeno e isso impede o desenvolvimento da mentalidade das pessoas sobre a mediação, a falta de estrutura, organização e ferramentas que tornam as pessoas conscientes dos benefícios destes processos de resolução de conflitos, pouca divulgação, profissionais da área jurídica, como advogados, juízes de paz e estudantes precisam aceitar mudanças, trabalhar ativamente, ouvir e priorizar a discussão e o diálogo, todos os quais são desafiados pela formação jurídica.

Como bem assevera a Escola Nacional de Mediação e Conciliação:

“O acesso à justiça deve ser interpretado como a garantia, dada às pessoas, da solução efetiva do conflito. Sendo assim, a referida garantia constitucional não mais se confunde com a garantia de acesso ao Judiciário e deve ser interpretada como garantia à justiça substancial, através de meios judiciais e extrajudiciais”.

Porém, no Brasil, ainda podemos falar naqueles que são denominados off-line, eis que, apesar de nascerem em um mundo tecnológico, jamais terão acesso a este mundo virtual – e também aos malefícios – que o ambiente em rede oferece. Fruto da extrema desigualdade social, viverão em uma espécie de mundo paralelo. Tal situação representa a condição de determinados indivíduos na contemporaneidade.

No contexto do tema abordado, é evidente que para acessar o sistema de Mediação Digital, não basta apenas ter um computador, tablet ou celular, mas, principalmente, é necessário uma internet de boa qualidade para que o processo eletrônico seja realizado, o que se torna um problema pois muitos cidadãos não têm acesso nem a energia elétrica, e ainda tem muitos indivíduos que não têm nenhum acesso à Internet ou até desconhecem essa opção que chegou para facilitar e minimizar as demandas de processos que chegam diariamente no Sistema Judiciário.

Atualmente, por mais que a internet possa ser acessada em todo e a qualquer dispositivo, a mediação digital ainda é uma dificuldade para aqueles que não têm conhecimento dos mecanismos digitais, pois não sabem como funciona o sistema de forma eletrônica, alguns por falta de recursos, outros por falta de interesse nessa ferramenta de processo digital ou até mesmo por falta de serviço onde a internet não está disponível mesmo sendo área rural ou urbana.

Nem todos os brasileiros têm acesso à Internet, essa diferença entre classes sociais é notória pois quando se trata de mediação de forma online, para muitos não é possível pela falta de rede. Por mais que tenham em casa algum tipo de aparelho, nem sempre tem uma internet acessível para esse tipo de procedimento que necessita de uma fonte que contribuirá de forma significativa para que esse momento aconteça. Levando em conta a situação de cada indivíduo, para os que não conseguem resolver por esse meio prático, devem procurar pelo judiciário presencialmente o que demoraria mais tempo para ser resolvido.

É inexistente a realidade de uma sociedade totalmente conectada e com acesso à Internet, um exemplo claro de desigualdade é no que se diz respeito a inscrição dos usuários no Cadastro de Pessoa Física do usuário que não possui o documento se tornando um ponto negativo para mediação digital que tem como ideia principal ser “acessível” havendo controvérsias nesse sentido, impedindo que a mediação seja realizada, portanto abrange apenas uma parte do país não atendendo a todos igualmente.

A internet é fundamental para que a mediação digital aconteça, e para os que não sabem usar, obviamente não será a opção mais viável de escolha, mesmo que o sistema seja eficaz e rápido, não contempla a todos de forma geral, pela desigualdade de acesso à internet, por esse motivo são chamados de excluídos digitais.

Se faz necessário que o sistema evolua, seja analisado e que inclua a todos aqueles que não conseguem acessar a justiça virtualmente, para que também façam proveito dessa tecnologia que é resolver conflitos por mediação online sem levar ao judiciário. Mesmo que com intuito de solucionar conflitos e aproximar as pessoas, a mediação digital ainda deixa a desejar no quesito gênero de pessoas, transexuais que tem dificuldade para se descrever na plataforma digital por sua identidade e também por ser uma plataforma limitada somente a resolução de conflitos.

Implica também, não somente a falta de acesso, como a renda pessoal de cada um individualmente, impossibilitando que esta parcela de possíveis usuários não consiga ter no mínimo um aparelho em casa. O Brasil já é conhecido por sua ineficiência na justiça sendo desigual para os brasileiros, além da longa espera no judiciário, no caso na mediação apenas pessoas com condições financeiras de ter uma internet podem acessar essa

plataforma.

Além da desigualdade social, outros pontos negativos que podem impossibilitar o acesso a mediação digital é a ausência da inscrição no Cadastro de Pessoa Física e, como a plataforma tem um mecanismo de selecionar o gênero da pessoa, impossibilita os gêneros de pessoas travestis e transexuais de se cadastrarem no sistema.

Questões socioeconômicas e a grande diferença entre classes sociais no Brasil baseada na renda, divididos em classe alta, classe média e classe baixa. Geralmente a classe mais baixa tem mais dificuldade em questões de acessibilidade, pois, por mais que o aparelho celular seja o mais moderno, tem que ter acesso a uma fonte de internet, tudo isso dificulta o alcançar deste meio de solução de conflitos digital, disponibilizado, porém ainda distante da realidade de muitos.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Podemos observar que esta pesquisa teve como principal objetivo apresentar e esclarecer dúvidas sobre o sistema de mediação digital que vem ganhando espaço no país se tornando cada vez mais comum e mais procurada por ser uma técnica negocial e facilitadora com intuito de ser também uma ferramenta eficiente para resolução de conflitos.

De forma digital a mediação também conta com a indispensável presença dos profissionais mediadores devidamente capacitados para essa plataforma que, por lei, devem ser imparciais, e assim, ter um papel fundamental para que a mediação tenha um bom desfecho para ambas as partes focando e encontrar uma alternativa.

Se faz uso de recursos tecnológicos para que a mediação de fato aconteça e todas as medidas sejam adotadas de forma adequada tornando o processo mais ágil e menos burocrático e formal com auxílio da tecnologia. Conclui-se que a mediação foi uma revolução que Diferentemente da presencial é a melhor opção hoje em dia, porém ainda um pouco limitada pois não abrange todos os tipos de casos nos mais variados ramos do direito servindo também como apoio para conflitos que não necessariamente precisam de um juiz, por isso a mediação possibilita que as próprias partes se manifestem, dessa forma chegando a uma solução independentemente de autoridade presente.

A mediação online dá liberdade de empoderamento as partes podendo ter quantas sessões foram necessárias, dependendo apenas da disponibilidade das mesmas além da possibilidade de ocorrer no momento e local mais favorável, diálogo saudável, otimização de tempo e utilização de qualquer aparelho eletrônico com acesso à internet que tinha em casa principalmente solução sem formalidade.

Partindo do que foi exposto, percebe-se que barreiras econômicas e geográficas, além daquelas baseadas na falta de informação sobre os direitos de cada cidadão, ainda impedem um amplo e adequado acesso à justiça no território brasileiro, com isso, observamos que, no contexto da acessibilidade à justiça e à jurisdição, a legislação passou a reconhecer e adotar mecanismos eletrônicos. Dentre esses mecanismos é possível apontar o processo eletrônico como meio mais visível e mais conhecido de acesso virtual à jurisdição/justiça.

De acordo com este contexto, destacamos como a mediação digital passou a ser reconhecida como meio de tratar conflitos na Resolução 125/2010 do CNJ, na Lei 13.140/2015 e no CPC/2015, vimos também como esse acesso virtual à justiça e a utilização da mediação digital são meios interessantes de diminuir custos, encurtar distâncias e tornar mais célere o tratamento dos conflitos.

Seguindo a ideia principal da mediação digital, as partes poderão participar das negociações diretamente das suas próprias casas e assim, terão mais liberdade e tranquilidade para refletir e para assumir a responsabilidade quanto ao que for decidido. Com isso, conseguimos alcançar, ao longo do desenvolvimento, o objetivo geral de analisar e destacar os conceitos, as características e perspectivas sobre a utilização da mediação digital como meio de resolução de conflitos.

Desta forma, a mediação digital torna-se um meio alternativo mais rápido, mais econômico e com menos desgaste emocional das partes que estão tentando resolver a situação conflituosa de uma forma amigável. Com esse método, por exemplo, há a possibilidade de resolver problemas entre uma pessoa e uma empresa que se encontram em uma situação controversa, pois um terceiro neutro faz com que as partes entendam que é possível chegar a uma solução que atenda aos interesses comuns através do diálogo.

Entretanto, percebe-se que a sociedade brasileira é carente de políticas públicas, e é caracterizada pela desigualdade social, e que quase a metade da população não possui nenhuma forma de conexão. Portanto, concluímos que, para que a implementação da mediação digital seja de uma forma viável e democrática para a utilização de todos, é preciso investir em políticas públicas de inclusão digital e, principalmente, na redução da desigualdade social, porém, não basta apenas viabilizar o acesso à Internet a todos os cidadãos, mas, acima de tudo, garantir o conjunto de direitos fundamentais assegurados pela Constituição Federal.

Referências

BRASIL, Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006. **Dispõe sobre a informatização do processo judicial; altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil; e dá outras providências.** Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11419.htm>. Acesso em 19 de ago. 2022.

BRASIL, Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. **Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em 19 de ago. 2022.

BRASIL, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 20 ago. 2022.

CONCILIAÇÃO e mediação. **Conselho Nacional de Justiça, [s.d.]**. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/conciliacao-e-mediacao/>>. Acesso em 22 ago. 2022.

CONCILIAÇÃO e mediação. **Poder Judiciário de Santa Catarina, [s.d.]**. Disponível em: <<https://www.tjsc.jus.br/web/conciliacao-e-mediacao>>. Acesso em 23 set. 2022.

GOMES, Félix Frederico. **Direito eletrônico e internet.** Londrina: Editora e Distribuidora Educacional S.A., 2016.

GOMES, Frederico Félix. **Direito eletrônico.** Londrina: Editora e Distribuidora

IMIRANTE.COM. **Mediação digital auxilia cidadãos na realização de acordos, 2022.** Disponível em: <<https://imirante.com/servicos/sao-luis/2018/09/11/mediacao-digital-auxilia-cidadaos-na-realizacao-de-acordos>>. Acesso em: 23 set. 2022.

LÉVY, Pierre. **O que é virtual. Tradução de Paulo Neves do original “Qu´est-ce le virtuel:”** São Paulo: 34, 1998, p. 31.

LIMA, Gledson de Farias. **Manual de direito digital: fundamentos, legislação e jurisprudência/ Glaydson de Farias Lima.** -1. ed.- Curitiba: Appris, 2016.

MEDIAÇÃO, digital. Conselho Nacional de Justiça, 2018. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/mediacaodigital/>>. Acesso em: 15 out. 2022.

PINHEIRO, Patricia Peck. **Direito Digital/Patricia Peck Pinheiro.** -7. ed.- São Paulo: Saraiva Educação, 2021.



SADEK, Maria Tereza A. **Efetividade de Direitos e Acesso à Justiça**. Reforma do Judiciário. _____. Judiciário: mudanças e reformas. Disponível em: <<https://www.scielo.br/jj/ea/a/rmr7WmNQZLyrPJT7VfWLFPy-c/?lang=pt#>>. Acesso em 21 out. 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang, SIQUEIRA, Andressa de Bittencourt. **Direitos fundamentais**: o direito humano e fundamental de acesso à internet. Revista Consultor Jurídico, 12 de novembro de 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-nov-12/direitos-fundamentais-direito-humano-fundamental-acesso-internet#author>>. Acesso em: 23 nov. 2022.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Da Jurisdição à Mediação: Por uma outra cultura no Tratamento de Conflitos**. Ijuí: UNIJUI, 2010, p. 312-31.

WEINGÄRTNER, Lis. **Mediação é escolha alternativa para resolução de conflitos**. Publicado na Revista Jus-tilex, ano VII, nº 76, abr. 2009, p. 13.



26

REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL
REDUCTION OF THE CRIMINAL MAJORITY

Wildson Diniz Serra

Resumo

Considerado o principal direito do ser humano, a vida é uma garantia fundamental e considerada pela Constituição Federal de 1988 como absolutamente inviolável. Com isto, é possível observar a necessidade de a legislação penal resguardar e proteger o direito inalienável da vida. Visto isso, o legislador do Código Penal agrupou os crimes considerados atentados contra a vida dos artigos 121 a 128 em um capítulo específico. Com isso, se faz possível observar a importância da proteção da vida e da dignidade da pessoa humana, para a proteção total das partes que integram a sociedade. Deste modo, objetiva-se centralmente deliberar os aspectos fundamentais da vida no ordenamento jurídico pátrio, sendo utilizados livros e artigos jurídicos com base na revisão documental bibliográfica, tratando da necessidade de resguardar a vida e a dignidade da pessoa humana dentro do território brasileiro, listando os 8 artigos que tipificam os delitos contra a vida dentro do Código Penal, e a necessidade da legislação proteger a vida e os direitos fundamentais da pessoa humana, não diferenciando brasileiros natos, naturalizados, estrangeiros ou apátridas: dentro do Brasil, o direito à vida é absolutamente inviolável.

Palavras-chave: Redução da menoridade penal. Dignidade da Pessoa Humana. Direito Inviolável. Vida.

Abstract

Considered the main human right, life is a fundamental guarantee and considered by the Federal Constitution of 1988 as absolutely inviolable. With this, it is possible to observe the need for criminal legislation to safeguard and protect the inalienable right of life. In view of this, the legislator of the Penal Code has grouped the crimes considered attacks on the life of articles 121 to 128 in a specific chapter. With this, it becomes possible to observe the importance of protecting life and the dignity of the human person, for the total protection of the parts that integrate society. Thus, the main objective is to deliberate the fundamental aspects of life in the national legal system, using books and legal articles based on the bibliographic document review, addressing the need to safeguard the life and dignity of the human person within the Brazilian territory, listing the 8 articles that typify crimes against life within the Penal Code, and the need for legislation to protect life and the fundamental rights of the human person, not differentiating native, naturalized, foreign or stateless Brazilians: within Brazil, the right to life it is absolutely inviolable.

Keywords: Reduction of the criminal minority. Dignity of human person. Inviolable Law. Life

1. INTRODUÇÃO

Em relação à polêmica questão da redução da maioridade penal no Brasil, por se tratar de um tema relacionado à violência, existem vários tipos de conclusões. Muitas pessoas defendem maior segurança para o público e questionam a forma como os presos se reintegram à sociedade, enquanto outros tentam defender a visão de que a punição é a melhor forma de suprimir crimes futuros, mesmo que se aplique a menores.

O Brasil é um país com grande desigualdade social, mas essa desigualdade social não é necessariamente a resposta para o atual alto índice de criminalidade do país. A desigualdade é uma das causas profundas do problema, mas nem todo mundo com menos condições cometerá um crime. Na realidade, existem pessoas honestas porque existem pessoas desonestas, e também existem pessoas honestas e desonestas que são mais capazes financeiramente.

Em segundo lugar, observou-se que crimes graves como homicídio, estupro, seqüestro e tráfico de drogas são cometidos principalmente por menores de 18 anos.

Portanto, esses jovens acabam na vida do crime sob a influência de adultos. Portanto, a vida do crime trouxe grandes problemas à superfície da sociedade brasileira.

Em terceiro lugar, o Brasil tem questões não resolvidas sobre como o público vê os resultados dessas duas pesquisas anteriores. Em certa medida, muitas pessoas têm a ilusão de que a redução da maioridade penal no Brasil mudará imediatamente a onda de crimes causados por menores.

Os crimes juvenis não significam que devam ser punidos como adultos, os menores deviam ser tratados de forma diferente dos adultos, precisamente porque são jovens e precisam de proteção do Estado, mas esta não é uma grande ideia. Alguns brasileiros o defenderam.

No Brasil, se um menor comete um crime, o crime é chamado de violação e a punição é chamada de medida de educação social. Tais medidas podem ser encontradas na “Lei da Infância e da Juventude”, que é um conjunto de normas voltadas para a proteção da juventude e da infância em nosso país.

Verifica-se que menores cometeram crimes graves, às vezes até em situações polêmicas, como presumir que o menor tem menos de 17 anos e cometer um crime estrategicamente, faltam apenas alguns dias para chegar aos 18 anos. Lei de proteção de crianças e jovens, porque cometeu um crime antes de atingir a maioridade.

Diante disso, é necessário formular uma nova política de penas que permita a punição de menores e que os crimes cometidos nessas circunstâncias polêmicas sejam coibidos pelo regime aplicável aos menores?

Algumas pessoas acreditam que a alternativa para conter o comportamento violento é impor um sistema de punição diferente aos menores, reduzindo assim a idade de responsabilidade criminal para esses infratores.

2. ASPECTOS RELACIONADOS A REDUÇÃO DA MAIOR IDADE PENAL E A VIDA NO ORDENAMENTO JURÍDICO

A Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, dispõe sobre a Lei da Infância e da Juventude,



que tratará da questão da proteção à criança e do adolescente. Estão resguardados por essa lei adolescentes entre 12 e 18 anos e crianças menores de 12 anos, admite-se também a aplicação em circunstâncias especiais a pessoas de até 21 anos.

Dos artigos 3º ao 6º da “Lei da Infância e da Juventude” são tratados temas relativos aos direitos básicos essenciais a pessoas em desenvolvimentos conforme texto a seguir.

“Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Art. 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.

Art. 5º Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.

Art. 6º Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento”. (BRASIL, 1990).

Conforme pode ser notado trata-se de direitos relativos à proteção de sua vida e saúde, o que, em relação à criança e ao adolescente deve ser considerado como prioridade pois trata-se de uma parcela da sociedade que necessita de atenção especial não só por parte do poder público, mas de toda a sociedade.

Nesse contexto é imprescindível salientar que a Lei nº 13.010 de 26 de junho de 2014 introduziu inovações e acrescentou os artigos 18-A e 18-B, que agora estão dispostos nestas Medidas de Proteção Local pelo uso de castigos corporais e tratamento cruel ou degradante de crianças e jovens.

O legislador ao elaborar o Código Penal Brasileiro também priorizou esta proteção, visto que, no artigo 28 do Código Penal Brasileiro prevê que os menores de 18 anos não são criminalmente imputáveis, estando esses menores sujeitos às regras específicas previstas em legislação especial.

Portanto, a abordagem aos infratores menores será diferente daquela aplicável aos maiores infratores. Para não cometer nenhum tipo de erro de idade, a “Lei da Infância e da Juventude” estipula que a idade dos adolescentes será considerada na ocorrência dos

fatos, e eles somente serão privados de liberdade quando violarem a lei ou violarem a lei sobre o ponto. Mediante ordens escritas e ordens das autoridades judiciárias competentes.

Os artigos 110 e 111 da Lei da Infância e da Juventude preveem as seguintes garantias processuais:

“Art. 110. Nenhum adolescente será privado de sua liberdade sem o devido processo legal.

Art. 111. São asseguradas ao adolescente, entre outras, as seguintes garantias:

I – pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, mediante citação ou meio equivalente;

II – igualdade na relação processual, podendo confrontar-se com vítimas e testemunhas e produzir todas as provas necessárias à sua defesa;

III – defesa técnica por advogado;

IV – assistência judiciária gratuita e integral aos necessitados, na forma da lei;

V – direito de ser ouvido pessoalmente pela autoridade competente;

VI – direito de solicitar a presença de seus pais ou responsável em qualquer fase do procedimento” (BRASIL, 1990).

Conforme mencionado acima, essas garantias processuais são determinadas para os jovens em conflito com a lei. Como os atos violentos cometidos por menores são uma realidade social no Brasil, é necessário tratar desse problema de alguma forma.

A delinquência juvenil com menos de 18 anos ou com mais de 12 anos é considerada ato infracional equiparado ao crime tipificado para determinada falta tipificada no código penal, para esses delinquentes juvenis são aplicadas medidas socioeducativas previstas na lei da infância e da juventude.

O artigo 12 e seus incisos da mencionada lei traz algumas seções que podem ser aplicadas a os menores em conflito com a lei, que podem várias de advertência a internação em estabelecimento educacional próprio para receber estes menores, conforme observa-se a seguir.

“Art. 112. Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas:

I – advertência;

II – obrigação de reparar o dano;

III – prestação de serviços à comunidade;

IV – liberdade assistida;

V – inserção em regime de semi-liberdade;

VI – internação em estabelecimento educacional;

VII – qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI”. (BRASIL, 1990).

É possível perceber que as medidas previstas no mencionado artigo possuem uma ordem crescente que varia de uma pena branda de advertência até uma sanção mais rigorosa de internação, isso porque os legisladores ao elaborarem estes dispositivos legais buscaram transmitir uma mensagem de correção que seriam aplicadas conforme o grau de probabilidade de infração cometida, sempre mostrando aos jovens em conflito com a

lei que as atitudes por eles geradas são incorretas e que precisam ser corrigidas, mas que ao mesmo tempo os protegessem de eventuais abusos que seriam cometidos por uma punição excessiva.

3. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO PRECEITO FUNDAMENTAL

A Dignidade da Pessoa Humana é um dos fundamentos do nosso Estado Democrático de Direito (CF/88, art. 1º, III). O indivíduo é o limite e o fundamento do domínio político da República. A República, assim, é uma organização que serve o homem, não é o homem que serve os políticos-organizatórios. A dignidade humana é a fonte definir os direitos fundamentais, e os direitos fundamentais são desdobramentos da dignidade da pessoa humana (GROSSI, 2015).

Assim neste sentido, a Constituição Federal da República, no art. 5º, caput, positiva a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, e reconhece-se aos direitos fundamentais a natureza principiológica constitucional de justificação do Estado. Tais direitos são fontes de legitimação de todo o Direito condiciona a produção e interpretação das normas jurídicas infraconstitucionais.

Historicamente, prossegue Penha (2012), a mulher sempre esteve numa situação de inferioridade em relação ao homem, pois sempre foi o homem o chefe familiar e possuía o controle do lar. A luta da mulher foi extensa, mas, sua conquista foi reconhecida até mesmo internacionalmente pelos inúmeros tratados, convenções e declarações que foram sendo inseridos na legislação interna de cada País.

Um dos princípios mais importante foi o da igualdade, onde, todos são iguais perante a lei (art. 5º, caput, da CF), tanto os homens como as mulheres são iguais em direitos e obrigações (art. 5º, I, da CF), inclusive na sociedade conjugal (art. 226, § 5º, da CF). Com isso, transformaremos numa igualdade material real, na exata medida de sua desigualdade, conforme demonstrado por Grossi (2015).

A violência contra a mulher tornou-se invisível aos olhos da sociedade, sendo que Penha (2012) aponta alguns atos, e faz o ato tolerante e com surdo pacto de silêncio, onde se traduzem os ditados populares e expressam o comportamento social: “Em briga de marido e mulher ninguém mete a colher”; “roupa suja se lava em casa”; “a mulher casada está em seu posto de honra e da rua para fora nada lhe diz respeito”.

Ao final do século XX houve uma quebra de paradigma, onde se refletiram ações afirmativas em favor da mulher, com o objetivo de eliminar a violência doméstica contra a mulher. A proteção da mulher é um dos objetivos a ser alcançado pelo Poder Público, a Lei pretende-se criar um subsistema jurídico para a proteção da mulher vítima de violência doméstica, à semelhança do Estatuto do Idoso, da Lei de Proteção dos Portadores de Deficiência Física, do Estatuto da Criança e do Adolescente, Código de Defesa do Consumidor, Estatuto do Torcedor, Estatuto da Igualdade Racial (em estudo) etc., tendo-se em vista sua situação de inferioridade na sociedade, pois nem todas as mulheres possuem ainda uma posição de independência em relação aos homens (DIAS, 2007).

3.1 A isonomia dos direitos

Os direitos fundamentais que o Estado garante para todos os cidadãos, deverão garantir um piso de igualdade para todos os cidadãos como ponto de partida para verificar

as diferenças. Só será possível verificar diferenças após o atendimento dos direitos fundamentais à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, ao patrimônio, à moradia, enfim, aos direitos necessários à dignidade humana. O art.5º, I, CF estipula que, consoante denotado por Grossi (2015), homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos da Constituição Federal.

Grossi (2015) afirma que o primeiro inciso do artigo 5º da Constituição Federal visa tratar o que chamamos de “igualdade de gênero”, que prevê que todas as pessoas, independentemente de seu gênero, são iguais sob a ótica da Constituição. Isso quer dizer que todas e todos devem ter os mesmos direitos, oportunidades, responsabilidades e obrigações. Ressalta-se que esse inciso é tão importante que é considerado um direito fundamental, indispensável à cidadania, à sociedade e ao Estado brasileiro.

Pode se dizer que para obter tal compreensão dos estudos de Grossi (2015), o inciso I e a igualdade de gênero prevista nele, se torna necessário entender o Princípio da Igualdade, ou Princípio da Isonomia. Assim o Caput do Artigo 5º e compreender o conceito de igualdade definido por ele. O caput do artigo 5º diz o seguinte:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes (BRASIL, 1988).

Nesta toada interpretativa, Bittencourt (2019), esclarece que essa igualdade de que trata o caput acima deve ser entendida tanto como igualdade formal, ou seja, a garantia de que todos os cidadãos e residentes no país devem receber tratamento idêntico perante a lei, quanto como igualdade material, da qual visa a ideia de que os indivíduos são diferentes e que essas características são de suma importância na busca de um equilíbrio ideal, pois cabe ao Estado a função de promover o combate às desigualdades, determinando políticas que levem em consideração as especificidades de grupos sociais diferentes.

Mas, vivendo nestes tempos difíceis onde se torna mais evidente a criminalidade e a violência doméstica que não atinge somente as classes menos favorecidas, Grossi (2015) denota a mulher sempre é a vítima e neste caso é muito difícil obter essa igualdade, já que a mulher sempre é a mais frágil. Os direitos diferentes só poderão ser discutidos, via processo constitucional, a discussão, negação, produção, defesa, afirmação e aplicação de direitos diferentes, na teoria democrática, só se fazem isonomicamente no espaço-tempo da estrutura procedimental processualizada.

O Brasil tem sido inadimplente em assegurar os conteúdos dos direitos fundamentais, por isso há tantas desigualdades. Com tanta omissão à violência doméstica e familiar que chega a ser hedionda, a atuação estatal tem agido de maneira inconstitucional.

3.2 Mecanismo para proteger a dignidade humana feminina

A finalidade da Lei Maria da Penha foi de proporcionar mecanismos a fim de que “coibir, prevenir e erradicar” a violência doméstica e familiar contra a mulher, garantindo sua integridade física, psíquica, sexual, moral e patrimonial, a conhecida violência de gênero (GRECO, 2017).

Ressalta-se que a lei não pretendeu desintegrar a família, apenas teve a função de proteger a entidade familiar como um todo, apresentando instrumentos programáticos



que deverão ser implementados gradativamente com o objetivo de fazer com que a família possa se tornar harmoniosa com a presença do pai e do marido. Abaixo os seus pontos positivos, denotados por Gonçalves (2016):

- A mulher agredida deverá estar acompanhada de um advogado em todos os atos processuais, a fim de garantir a informação e consciência dos atos processuais realizados;
- Extensão dos efeitos punitivos a relacionamentos amorosos femininos homoafetivos, ou seja, mulheres que agridem outras mulheres também incorrem na possível tipificação da Lei Maria da Penha, bem como do Feminicídio;
- Capacidade dada à autoridade policial para investigar e fazer inquirições ao agressor e à vítima, com poder de solicitar medidas de urgência;
- Previsão legislativa de cursos e formação de programas de recuperação e reeducação daqueles que praticam a agressão.

Desta forma, em suma, como exposto por Greco, Bastos (2015) complementa a discussão arguindo que não é qualquer crime cometido contra a mulher que poderá ser considerado como violência doméstica, pois alguns requisitos devem ser atendidos, tendo em vista que a lei possui um limitado campo de abrangência. Sendo assim, no que tange à proteção da Lei Maria da Penha, a unidade doméstica é o local onde há o convívio permanente de pessoas, em típico ambiente familiar, vale dizer, como se família fosse, embora não haja necessidade de existência de vínculo familiar, natural ou civil.

Neste mesmo raciocínio de Bastos, Greco (2017) expõe também que não é qualquer homicídio em que uma mulher é vítima que se encaixa a qualificadora disposta no Código Penal do homicídio. Devem ser comprovados os indícios que a morte ocorreu por questões de misoginia.

Por conseguinte, com reflexos positivos legislativos, Gonçalves (2006) expõe que a Secretaria Nacional sobre a Mulher Trabalhadora criou diversos serviços prestados por todas as esferas de governo, sendo de âmbito do governo federal, governo estadual, governo municipal e também em âmbito distrital, sendo estes serviços: criação de Centro de Referência à Mulher; defensorias públicas de atendimento à mulher; delegacias e posto de atendimento especializados da mulher; organismos institucionais de políticas para as mulheres; casas de abrigo; serviços de atendimento às mulheres vítimas de violência sexual; serviços de atendimento às mulheres homossexuais; serviço de atendimento às vítimas de tráfico de pessoas; serviços de atendimento jurídico; juizados e varas especializadas em Violência Doméstica e aos direitos da vida da Mulher.

Prosseguindo, Gonçalves (2006) insta que a Lei Maria da Penha prevê no art. 6º o atendimento pela autoridade policial, quando tomar conhecimento da iminência ou da prática de violência doméstica e familiar, ou descumprimento de medida protetiva de urgência já deferida, deve a autoridade policial adotar as providências já disciplinadas pelo Código de Processo Penal, especialmente em seu artigo 6º. (artigo 10º da Lei). O projeto original (PL 4559, de 2004) previa a ida da autoridade policial ao local.

4. VIDA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

O direito à vida é o principal direito garantido a todas as pessoas, sem distinção, sendo este o mais importante, visto que sem ele os outros ficariam sem fundamento. O direito à vida é o mais rudimentar de todos os direitos, pois é um pré-requisito para a obtenção e o

exercício de todos os outros.

O ordenamento jurídico brasileiro sempre possuiu preceitos de conservação à vida. Com isso, é visto que a Constituição Federal de 1988 também possui preceitos de defesa ao direito à vida, não apenas de brasileiros, mas de estrangeiros que eventualmente estiverem em território nacional. Dito isto, é possível observar o disposto no artigo 5º da Constituição que regulamenta tacitamente que aos brasileiros e aos estrangeiros no Brasil é inviolável o direito à vida.

Conforme Russo (2019) expõe acertadamente em sua literatura, que a vida é um direito inviolável, inalienável e inquebrável, sendo o maior direito básico de todo ser humano: o de viver. Tal direito permeia nas entranhas da existência da pessoa humana, sendo obrigação dos outros envolvidos em preservar a existência do ser humano, tendo total vedação penal os atentados contra a vida.

Mendes e Branco (2020) sintetizam em suas pesquisas jurídicas que o direito à vida faz parte de direitos básicos, inspirados na Declaração Universal dos Direitos Humanos, que, além da vida propriamente dita, também adentram os conceitos da liberdade, igualdade e a dignidade do ser humano em geral.

Desse modo, verifica-se que a preocupação em enfatizar prioritariamente a vida como um direito a ser protegido no Brasil, é que a preocupação no âmbito constitucional de cuidar da vida seja vista. Além disso, a Constituição Federal brasileira, dentro de suas cláusulas pétreas, institui que a vida é direito inviolável, com única exceção nos casos de guerra, coisa que não reflete o cenário atual de paz na política externa brasileira (Russo, 2019).

Desse modo, sustenta-se que a preocupação em enfatizar prioritariamente a vida como um direito a ser assegurado no Brasil, é que se perceba a preocupação no âmbito Integral de zelar pela vida. Além disso Mendes (2020) exemplifica com a Convenção Americana de Direitos Humanos, o Pacto de San José, que disciplina que o direito à vida de toda pessoa deve ser respeitado, criando a obrigação dos países signatários em criminalizar o atentado à vida por medida legislativa adequada, todos estes documentos ratificando a extrema relevância do ser humano para o mundo.

No mesmo âmbito, Mendes (2020) insta que a subsistência natural humana é a presunção definitiva de todos os demais direitos e liberdades consagrados na Constituição e de que esses direitos têm os limites máximos de sua extensão concreta na infraestrutura de vida de cada realidade. O direito à vida é a premissa dos direitos; não faria sentido declarar qualquer outro se, anteriormente, não estivesse garantido o direito de estar vivo para gozá-lo. Seu peso abstrato, arraigado ao seu capital, é superior a qualquer outro interesse.

Nos ditos de Mendes e Branco, é possível verificar como é encarada constitucionalmente a vida no Brasil:

Proclamar o direito à vida responde a uma exigência que é prévia ao ordenamento jurídico, inspirando-o e justificando-o. Trata -se de um valor supremo na ordem constitucional, que orienta, informa e dá sentido último a todos os demais direitos fundamentais. (MENDES; BRANCO, 2020, p. 337).

Conforme enfatizado acima, argumenta-se que a vida a ser conservada na constituição é toda e qualquer vida terrena. Assim, verifica-se que o direito à vida acompanhado do ser mortal, valendo-se de sua qualidade, obedecendo aos preceitos de que todo ser mortal e toda vida mortal têm o mesmo valor. Assim, é possível certificar isso no descrito por Mendes e Branco:



O direito à vida, assim, não pode ser compreendido de forma discriminatória com relação aos seus titulares. Se todo o ser humano singulariza -se por uma dignidade intrínseca e indisponível, a todo ser humano deve ser reconhecida a titularidade do direito mais elementar de expressão dessa dignidade única – o direito a existir. A ideia de igual dignidade de todos os seres humanos ficaria ferida se fosse possível graduar o direito à vida segundo aspectos acidentais que marcam a existência de cada pessoa. (MENDES; BRANCO, 2020, p. 337).

Por tal modo, vislumbra-se que o direito à vida deve ser resguardado legislativamente a todos os seres humanos, vez que todo ser humano ostenta igual dignidade e importância no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente no âmbito Constitucional.

Deste âmbito, Mendes e Branco contornam na literatura o seguinte:

A existência humana é o pressuposto elementar de todos os demais direitos e liberdades disposto na Constituição e que esses direitos têm nos marcos da vida de cada indivíduo os limites máximos de sua extensão concreta. O direito à vida é a premissa dos direitos proclamados pelo constituinte; não faria sentido declarar qualquer outro se, antes, não fosse assegurado o próprio direito estar vivo para usufruí-lo. O seu peso abstrato, inerente à sua capital relevância, é superior a todo outro interesse (BRANCO; MENDES, 2020, p. 441).

Russo (2019) diz que o Estado deve proteger as vidas humanas, dizendo que O Estado não pode viver como as vidas alheias para salvar as pessoas das escolhas erradas, até porque o que parece errado para um não será o mesmo para outro. Portanto, a posição do Estado é permitir que cada um viva a sua convicção, o seu ideal de uma vida boa, devendo ser resguardado o direito individual de cada um.

Neste âmbito, Lenza (2020), dispõe que a vida deve ser entendida não somente como a existência, mas também como a dignidade daquele que a vive, sendo que o direito à vida dos nascidos deve ser entendido como o direito a um padrão de vida aceitável com a condição basicamente mínima, ou seja, o direito à alimentação, vestimenta, assistência médica e odontológica, educação, cultura, descompressão e outras condições vitais.

O Estado deve garantir este direito a um padrão de vida aceitável com a condição terrena, admirando os princípios básicos da cidadania, a classe da pessoa terrena e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; e, ainda, as ambições básicas da República Federativa do Brasil de construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantindo o desenvolvimento civil e erradicando a pobreza e a marginalização, reduzindo as desigualdades sociais dos jurisdicionados pelo Estado. (LENZA, 2020).

Com isso, se desprende interpretativamente que a vida e a dignidade da pessoa humana andam lado a lado, conforme Russo (2019) denota, dizendo que a dignidade da pessoa envolve qualidade de vida e liberdade, possuindo todos o direito de decidir os rumos da própria vida e de desenvolver livremente a própria personalidade. Significa o poder de fazer as escolhas morais pertinentes, responsabilizando-se pelas determinações feitas.

Na literatura exposta por Marreiro no ano de 2016, em uma discussão acerca da inviolabilidade e da liberdade humana, a autora denota que a inviolabilidade do direito à vida exposta no artigo 5º da Constituição Federal não implica numa obrigação imposta pelo Estado de que a pessoa viva, e sim de uma proteção à vida natural contra ataques e atentados diretos à vida propriamente dita.

Sendo assim, Branco (2020) reflete que o direito à vida é inato, obtendo-o quem nasce com vida. A varredura do direito revela a ordem cronológica do reconhecimento e da

constituição de direitos rudimentares, que vão sendo liberados aos poucos em relação aos requisitos naturais, nascidos em decorrência de mudanças nas condições sociais com o passar dos anos.

Sendo assim, conforme apontado, a vida é direito fundamental, inviolável, básico e primário de todo cidadão que nasce com vida, e, no Brasil, tal direito é garantido a todos independentemente da raça, cor, etnia, religião, sexualidade, posição política, não importando se a pessoa a qual se resguarda o direito é brasileiro nato, naturalizado, estrangeiro ou até mesmo apátrida. O Direito à Vida é absoluto neste sentido, não há diferenciação entre nenhuma pessoa para poder protegê-la de ter a sua existência garantida.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A vida é instituto absoluto, protegida no âmbito nacional às matrizes constitucionais do Direito Brasileiro, inserida dentro do que é considerado “cláusula pétrea” na Constituição Federal de 1988. Deste modo, é possível verificar que a vida não permeia apenas no que consiste ao direito de existir, mas também no que tange ao direito de viver dignamente com o básico para a dignidade da pessoa humana.

Em razão da preocupação Estatal em proteger e resguardar o direito à vida, emergiu a necessidade de tipificar os crimes que contra ela atentam, tutelando a vida como direito inviolável e, aquele que ousar atentar à mesma, será responsabilizado criminalmente em razão da previsão de 8 artigos delitivos da figura do Código Penal: homicídio, instigação ao suicídio, infanticídio e aborto.

Observados estes aspectos, é visto que também é resguardado pelo Estado brasileiro a necessidade de cuidar da dignidade da pessoa humana, garantindo meios adequados para o desenvolvimento do ser humano garantidos direitos mínimos para a sua existência, visando o bem-estar social. Destaca-se como ponto comentado a dignidade da pessoa humana da mulher, já que, ainda que exista a igualdade jurídica de gênero, se faz necessário também tutelar especificamente os direitos das mulheres.

Por fim, é trazido como método de pressuposto basilar à todos os direitos a própria vida. Isto porque, sem a vida propriamente dita, não há motivos para tutelar outros direitos, já que a existência da vida é pré-requisito básico para a obtenção e o exercício dos outros plenos direitos garantidos para a dignidade do ser humano, por exemplo.

Referências

BRASIL. **Constituição**. Constituição da República Federativa do Brasil – 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 04 jul. 2022.

BRASIL. **Código Penal Brasileiro**. Decreto Lei n. 2.848/40, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940, p. 2391. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em 04 jul. 2022.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei 8.069/90, de 13 de julho de 1990. Dispõe Sobre O Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial**, Brasília, 16 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em 04 jul. 2022.

BRASIL. **Lei 13.010/14**, de 26 de junho de 2014. Brasília: Altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), para estabelecer o direito da criança e do adolescente de serem educados e cuidados sem o uso de castigos físicos ou de tratamento cruel ou degradante, e altera a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, 2014. **Diário Oficial da União**, Brasília, 27 jun. 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l13010.htm>.



gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13010.htm>. Acesso em 04 jul. 2022

BITTENCOURT, Caroline; RECK, Janriê. **Direito Constitucional – Primeira fase**. Ed. CEISC. São Paulo, 2019.

BRASIL. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil**, de em 05 de outubro de 1988. Brasília, 1988.

GRECO, Rogerio. **Curso de Direito Penal**: parte especial. Volume 3. Niterói: Impetus, 2017.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. São Paulo: Saraiva, 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2020.

ROMANO, Rogério Tadeu. Do Júri Popular. **Periódico JFRN**, Natal: 2020.

RUSSO, Luciana. **Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2019.



27

**CORRELAÇÃO ENTRE CONSUMO DE ÁLCOOL E OUTRAS
DROGAS COM O COMETIMENTO DE ATOS INFRACIONAIS**
*CORRELATION OF DRUGS USE AND RELATED DRUGS WITH
COMMITMENT OF INFRACTIONAL ACTS*

Alexandre Sales Porto

Resumo

O presente estudo tem como objetivo, apresentar a correlação entre o cometimento de atos infracionais por adolescentes e o uso de drogas e afins. Como metodologia da pesquisa, utilizou-se um estudo do tipo descritivo, qualitativo com enfoque na revisão de literatura, foram analisados artigos, revistas conceituadas, dissertações, e a doutrina vigente. Os resultados demonstraram que há uma fragilidade das políticas públicas que tutelam os menores em nosso país, sendo evidente que o envolvimento de crianças e adolescente com uso de drogas e cometimentos de atos infracionais tem diversos fatores envolvidos, dentre os quais citamos as desigualdades sociais, a deficiência do ensino e ausência da instituição familiar e do Estado como os elos principais que municiam os jovens a se tornarem delinquentes. Chegou se a conclusão que, devemos olhar para tudo que o rodeia o adolescente, a proporcionalidade e a facilidade que ele tem de entrar no mundo das drogas está plenamente relacionada às condições físicas, psíquicas e sociais em que vive.

Palavras-chave: Adolescentes. delitos. Álcool e outras drogas. Delinquência.

Abstract

The present study aims to present the correlation between the commission of infractions by adolescents and the use of drugs and the like. As a research methodology, a descriptive, qualitative study with a focus on literature review was used, articles, periodicals, dissertations, and current doctrine were analyzed. The results showed that there is a fragility of the public policies that protect the minors in our country. It is evident that the involvement of children and adolescents with drug use and crimes of infractions has several factors involved, among which we mention social inequalities, lack of education and absence of the family institution and the State as the main links that enable young people to become delinquents. It has come to the conclusion that we should look at everything that surrounds the adolescent, the proportionality and the facility he has to enter the world of drugs is fully related to the physical, psychic and social conditions in which he lives.

Keywords: Adolescents. Violent acts. Use of drugs. Delinquency.

1. INTRODUÇÃO

A adolescência se apresenta como o período de constantes mudanças na vida dos sujeitos, neste período da vida os indivíduos enfrentam vários conflitos e desafios, despertando a sua curiosidade levando a vivenciar a pressão de outros na mesma condição de idade.

Nesta fase, além de novas experiências, os jovens estão em pleno desenvolvimento do caráter, do corpo e principalmente do psicológico. É compreensível que haja conflitos, por isso o papel do Estado, da sociedade e da família são salutares para uma transição consciente e produtiva da juventude para vida adulta e completamente capaz.

Lamentavelmente nem todos os jovens trilham o caminho desejável pelos pais, e acabam desembocando para as experiências atrativas e ao mesmo tempo perversas que são as drogas. Muitos começam com os drinks, a cervejinha, o cigarro e hoje a incidência acentuada dos cigarros eletrônicos entre os jovens e aparece a necessidade de experimentar algo mais forte. E dessa necessidade da droga mais forte e por ainda não estarem no mercado de trabalho é que afloram os delitos para manutenção do vício.

Desta forma, o uso de drogas e sua associação com o cometimento de atos infracionais por adolescentes tem se demonstrado como dois grandes problemas sociais que atingem milhares de jovens em nosso país. Tal problema tem despertado maior atenção dos órgãos públicos quanto ao fortalecimento da prevenção de ambos, uma vez que a prática reiterada da delinquência juvenil afeta diretamente a vida desses sujeitos que estão em processo de desenvolvimento biopsicossocial e tem como consequência secundária o dano ao erário público, através de superlotações de unidades de internação e consequentemente aumento de gastos.

Neste sentido, a justificativa para aplicação deste estudo ora exposto, dar-se á em razão da ocorrência de uso de entorpecentes e ocorrência de atos infracionais terem se demonstrado como fatores sinérgicos que contribuem para o aumento da violência em todo o país e a destruição de inúmeras vidas, sendo essencial expor os fatores que contribuem para estas ocorrências e também os fatores atenuantes que afasta os adolescentes destes caminhos.

Cabe ressaltar que a problemática do uso de álcool e outras drogas começam pelo apelo marketeiro introduzido pela indústria de cigarros e cerveja, depois os jovens experimentam outras drogas e o consumo eventual passa a se tornar vício. E este. A bem da verdade, é o percussor da inserção de alguns jovens o mundo do crime.

A Lei 8.069/90 conhecida como ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente), é uma legislação brasileira que visa salvaguardar o melhor interesse do menor, pautando pelo seu desenvolvimento saudável, garantindo respeito e proteção em qualquer circunstância.

Além do ECA, a própria Constituição Federal de 1988 em seu artigo 227 reza que as crianças e adolescentes gozam de proteção especial e o Estado tem responsabilidade em promover tal proteção.

Em um breve remonte histórico do uso de drogas até a contextualização desse tipo de ato com a adolescência e a formação, tanto social como biológica do indivíduo, o estudo pretende dissecar essa relação a fundo.

Como metodologia da pesquisa, utilizou-se um estudo do tipo descritivo, qualitativo com enfoque na revisão de literatura, foram analisados artigos na base Google Acadêmico, legislação e doutrinas brasileiras. Tendo como objetivo, apresentar a correlação entre o co-

metimento de atos infracionais por adolescentes e o uso de álcool e outras drogas.

Insta salientar que a sociedade, poder público, escola e família precisam ser agentes de educação, acolhimento, oportunidades e transformações para todos os jovens, como uma espécie de equipe multidisciplinar. Quanto mais entendermos as necessidades juvenis, suas dificuldades e quereres, melhor podemos adaptar os jovens ao meio social de forma ética e sadia.

2. HISTÓRICO DO USO DE DROGAS

De acordo com Bardi e Malfitano (2017) o consumo de drogas apresenta-se como um dos grandes problemas que assolam a humanidade. O uso indiscriminado desses produtos psicoativos tem gerado problemas na esfera social e jurídica, sendo tido hoje como um problema de saúde pública.

Portanto, o consumo de drogas é mais do que uma questão meramente individual ou sanitária, adquirindo um campo simbólico vastíssimo que a coloca no centro das prioridades da gestão política da vida nas sociedades ocidentais.

Assim, apesar da sua grandiosidade atual o uso de drogas possui raízes longínquas que se desenvolveram acompanhando o desenvolvimento da humanidade. Conforme Sousa, (2013):

Constitui mesmo um aspecto normal da história da cultura, da religião e da vida quotidiana de todas as sociedades. Os fins terapêuticos, religiosos e recreativos do consumo de plantas psicotrópicas, disponíveis em cada região, confundem-se na noite dos tempos.

Ainda que de maneira especulativa, algumas referências podem ser encontradas em antigas lendas de diversas civilizações que associavam determinados frutos à ideia de paraíso. Ainda na pré-história, com o fim do nomadismo, o homem passa a desenvolver e viver nas primeiras formas de sociedade o que possibilita a disseminação do conhecimento, construindo o que se resolveu chamar de Revolução Neolítica (PEREIRA; SUDBRACK, 2008). Através da subversão da sociedade, esta foi moldando a vontade humana que, conforme a época, passou a utilizar as plantas com efeitos alucinógenos para diversos fins. A sua forma de uso foi variando segundo critérios relativos a cada cultura.

Acredita-se ao longo da história os homens utilizaram os produtos naturais para obter um estado alterado de consciência, em vários contextos como no religioso, místico, social, econômico, medicinal, cultural, psicológico, militar e principalmente na busca do prazer (ANDRADE, 2015).

Conforme apontamento de NUNES (2007), para os gregos, não havia uma divisão entre drogas boas ou más. O estudo de sua condição estava plenamente ligado à quantidade administrada, sendo que a mesma droga só que aplicada em quantidades diferentes, poderia ter bons ou maus resultados.

Portanto, a civilização Grega e a civilização Romana eram consumidoras e admiradoras dos efeitos das substâncias psicoativas que estavam inseridas em seus costumes. Neste contexto Romano aparece o Ópio, substância alucinógena sobre o qual foram erigidas leis para regular os preços de mercado (MARTINS, 2008)

O estudo da história revela claramente que o consumo de drogas na Grécia, bem como na Roma antiga estava bastante difundido. Em sua maior parte, na forma de medi-

camentos, mas também estava presente de forma recreativa. Contudo, até então, tal fenômeno não se apresentava como um problema social, político ou jurídico.

A forma com que o homem via as drogas começa a mudar a partir da idade média. O que antes era tido como pureza, começa a ter outros significados. Dando início a uma faceta mais próxima da atual situação do consumo de drogas. Nesta época, a Igreja cristã alcança o posto de maior instituição feudal do Ocidente europeu, exercendo sua hegemonia ideológica e cultural, estabelecendo normas e comportamentos. (VICENTINO, 2006).

O domínio da igreja passava pelas substâncias psicoativas, um dos instrumentos utilizados pela igreja para garantir a sua hegemonia. Com a disseminação do conhecimento das drogas, que até então era conhecido apenas pelo alto clero, esta começa a ser utilizado de forma oposta ao que pregava o poder religioso, motivo pela qual a igreja passou a combater violentamente os administradores de substâncias psicoativas em situações contrárias aos desejos da igreja (TOMAZZONI, 2006).

De acordo com LIRA (2019), magia, provinda de rituais pagãos, apoiava-se veementemente na manipulação de substâncias psicoativas para alcançar seus objetivos. A nova atividade, mesmo sendo vista como um desatino contra a igreja crescia de forma assustadora e acabava por atrair as atenções.

Neste período, inúmeras pessoas foram perseguidas por inquisidores. Nessa época, a igreja permitiu inclusive que bruxas fossem queimadas vivas em praça pública, sem dúvida esta ação estava ligada a necessidade de a igreja mostrar a sua forma de lidar com atos contraditórios aos seus entendimentos (AVELINO, 2017).

2.1 Contribuições da revolução industrial

A Revolução industrial é sem dúvida, o ponto chave para a disseminação do consumo de drogas. Diversos são os motivos que tornam esta fase a responsável pela grande iniciação do seu uso em larga escala.

Dentre os motivos, a evolução técnica dos meios tornou capaz a elaboração de novas substâncias psicoativas, bem como o aumento da fabricação. A produção massiva de drogas foi possível somente com a Revolução Industrial (COGGIOLA, 2014).

Outro fator de grande contribuição para o descaminho das substâncias alucinógenas foi o aumento da população nas cidades. Na Idade Moderna fatores da Revolução Industrial e o Capitalismo levaram à concentração urbana e isso levou à industrialização da produção de bebidas, aumentando o consumo de álcool (SILVA, 2014).

Somado a isso, houve também nesse período uma crescente onda de privatização de vários setores da economia mundial, resultando na declinação de milhares de empregos. Com isso, através da necessidade, a mão de obra “informal” teve uma ascendência, sobretudo na produção de drogas em países como Peru, Bolívia e Colômbia (JANSEN, 2007).

No final do século encontram-se facilmente disponíveis na Europa e, especialmente, na América do Norte, múltiplas bebidas estimulantes cuja composição contém cocaína. A referência está ligada ao final do século XIV (OLIVEIRA, 2010). Em geral, uma gama de fatores revolucionários tornou mais fácil o consumo de substâncias drogáveis que, até antes, eram utilizadas apenas para fins terapêuticos, místicos e recreativos, modificando para a história a sua intenção de uso.

Com o passar dos anos tão somente fez variar o papel que essas substâncias desempenham e o uso que se faz delas em cada cultura, a tal ponto que, de práticas sagradas, as drogas passaram a ser vistas hoje como uma epidemia social (SOUSA, 2013).

Percebe-se que com os fatos históricos a droga passou a ser tratada de forma plena, pois apesar de não constituir, nesse período, um problema jurídico ou político, já existiam como um problema social que geraria para o Estado, a necessidade de uma ação positiva em seu combate.

No intuito de regular a produção, venda e consumo de cocaína e outros narcóticos, foi somente em 1909 que houve a primeira proibição legal às drogas, através da Comissão de Xangai (RODRIGUES, 2003). Ponto fundamental para entendemos quando a droga passa a ser uma preocupação legal do Estado, que busca alternativas para erradicar esse mal. Luta essa que persiste em grande escala até os dias de hoje.

3. A ADOLESCÊNCIA E O USO DE DROGA

O uso de drogas por adolescentes está vinculado ao crime e a pobreza, evidenciando que fatores econômicos implicam ao consumo de drogas. O consumo de drogas por adolescentes é comum por aqueles que se encontra em situação de exclusão social, porém as drogas estão inseridas em todas as classes sociais, o que se diferencia são os tipos de drogas consumidas e a forma com o que o estado lida com os consumidores (GANEM, 2017).

De acordo com Pratta (2016), com o consumo dessas substâncias por adolescentes, estes sujeitam se a riscos adicionais aos que ocorrem com adultos em função de sua vulnerabilidade. O uso de drogas por jovens é mais perigoso que o uso de drogas por adultos.

Vale destacar que é na adolescência que ocorrem fenômenos específicos que tornam o ser mais vulnerável. As transformações biológicas inevitáveis, e os componentes psicológicos e sociais estão diretamente relacionados aos fatores que propiciam o jovem a iniciar o uso de drogas.

É uma fase em que todos estão à procura de sua própria identidade. É o momento em que querem ser reconhecidos por serem eles mesmos e não mais filhos de alguém. Começam a questionar as normas da casa, tentam escolher seu próprio caminho (SCIVOLETTO, 2004).

A adolescência é permeada por momentos de mal-estar (depressão, sentimento de perda, de abandono, de angústia, escolha de identidade), justamente por ser um período de constantes transformações. Notadamente, o adolescente se apresenta vulnerável em virtude da fase de mudanças que ele vive. Neste contexto, deve se contar as emoções e os sentimentos associados a intenso sofrimento psíquico.

3.1 Contribuição de fatores sociais

Os fatores sociais também influenciam de forma incisiva para a iniciação dos adolescentes no uso de substâncias psicoativas. O consumo de drogas por adolescentes é mais comum por aqueles que se encontram em situação de exclusão social. Portanto, os fatores que levam esses adolescentes a exclusão social são históricos e relativos, pois abrange lu-

gar, período, cultura e organização social, tornando-se relativo pelo fato desses adolescentes estarem inclusos em determinados aspectos e excluídos em outros (PEREIRA, 2008).

Segundo Soares (2017), o consumo de drogas está relacionado a determinadas situações vivenciadas no cotidiano dos adolescentes, como conflitos familiares, dificuldades econômicas, dificuldade de inclusão social, ou ainda por problemas acarretados na infância.

As crianças e adolescentes drogados, na maioria das vezes passam a consumir algum tipo de droga como uma forma de serem vistos e aceitos perante a sociedade, amigos e família. Neste sentido, Pereira e Sudbrack (2008) entende que:

Estes jovens passam por situações altamente frustrantes e tensas e não encontram um modo de expressar os sentimentos de raiva e revolta que são despertados. A droga aparece como 'válvula de escape para suas tensões', mas ao invés de controlar o sentimento, libera-o em maior intensidade, pois ela rompe com todos os mecanismos de censura (PEREIRA, 2008).

Verifica-se então que, o adolescente passa a entender a droga como um sombreamento para os diversos problemas vividos, sendo que seu uso o leva agir com desídia em relação aos mecanismos de censura. Por estes mecanismos de censura, entende-se tudo aquilo que a sociedade preserva e gera no homem para a manutenção da sua estrutura.

Como aponta Araújo (2010), outro fator indiscutível é o modo de viver demasiadamente *hightech* da sociedade contemporânea, onde há um enorme apelo consumista e uma forte globalização de tendências e costumes. Em idades cada vez mais precoces, os jovens se encontram completamente embevecido pelo mundo ilusório das redes sociais que simula a realidade de uma forma que faz o adolescente, buscando mecanismos compensatórios para os dramas da idade e guiado pelo *lifestyle* e comparação a outros, buscar no álcool ou em outras drogas a sua reafirmação como indivíduo.

Há no Brasil uma grande facilidade na compra de cigarro e álcool por menores de 18 anos em quase todo estabelecimento. De acordo com pesquisa feita por Szklo (2018) onde foram colocados jovens escolares entre 13 a 17 anos na tentativa de comprar cigarro em estabelecimentos (lojas ou botequins), aproximadamente 9 de cada 10 obtiveram sucesso na compra, provando uma valorosa alerta de saúde pública e confirmando o desprezo frente às leis antitabaco já existentes na nossa legislação.

O entendimento das substâncias alucinógenas como apoio para a vida é sem dúvida um dos grandes fatores viciantes das drogas, a princípio as sensações geradas por estas substâncias podem até condizer com o sentimento de alívio que o usuário deseja sentir. Contudo, esta sensação é o gatilho para a busca de novas sensações que certamente não serão encontradas (SMALL, 2005).

Desse modo, Ganem (2017), pontua que, este início da dependência marca a passagem do uso recreativo, antes buscado como uma forma de se encontrar socialmente ou ter um alívio mental para a aquela que se revelará na pior fase de um usuário, o crer que precisa da droga para viver.

3.2 Função da família como suporte para a prevenção da delinquência

Dentre os itens facilitadores do consumo de drogas por adolescentes, a instituição familiar, conforme Oliveira, Bittencourt e Carmo (2008), possui destaque acentuado, pois



esta é uma organização cuidadora de seus membros e responsável pela transmissão de valores morais e éticos.

A família é uma instituição de grande importância para o desenvolvimento e amadurecimento dos indivíduos. Ela deve garantir a sobrevivência da espécie, proporcionar suporte afetivo e emocional, dispor de ambiente adequado à aprendizagem e transmitir os valores culturais da sociedade. As relações estabelecidas nesse ambiente são determinantes de comportamentos futuros de seus membros (PRATTA; SANTOS, 2007).

Assim, esta instituição possui um caráter capaz de moldar o desenvolvimento do adolescente. O seio da família é local onde ocorrem as primeiras trocas emocionais e as experiências de vida que muito influenciam na formação de sua personalidade. Quando os vínculos primários são fortes, as chances de o adolescente exibir comportamento antissocial são menores do que quando os vínculos com os pais não existem ou são fracos.

O fortalecimento relacionamento familiar atua firmemente na formação do caráter do indivíduo, onde o compromete na falta de responsabilidade, auxílio, proteção, controle das amizades, preocupação com o desenvolvimento escolar, atenção, carinho, entre outros, que deveriam decorrer da família onde estão alojados.

Conforme Pratta (2007) é pleno o entendimento de que a existência de um adolescente em uma família sólida, harmônica e confiável reduz de forma considerável a possibilidade de desvio de conduta dos menores. No caso de omissão da assistência familiar, o adolescente tende a busca em outros meios, fora dos lares, instrumentos para se identificar. E nesse momento que o adolescente está propício a fazer escolhas erradas como o consumo de drogas.

Embora a escola, os clubes, os companheiros e a televisão exerçam grande influência na formação da criança, os valores morais e os padrões de conduta são adquiridos essencialmente através do convívio familiar. Quando a família deixa de transmitir esses valores adequadamente, os demais vínculos formativos ocupam seu papel. (GOMIDE, 2004).

Neste sentido, entende-se que o papel da família de agente socializador nem sempre é cumprido, sendo que o fracasso de sua competência no âmbito familiar demonstra as crianças e aos adolescentes a ausência de controle. Desta forma, a família, ao invés de passar confiança e tranquilidade para o indivíduo enfrentar os obstáculos que a vida representa passa a ser um auxílio negativo na formação do jovem.

3.3 Drogas lícitas como direcionamento para o uso de outras drogas

A importância do estudo das drogas lícitas e sua relação com o adolescente. O início do uso de drogas geralmente ocorre de forma gradativa, mesmo com a inserção nos grupos, os adolescentes tendem a começar pelo uso de substâncias que apesar de ter comprovadamente efeitos alucinógenos possuem uma reprimenda social menor.

O consumo de álcool e tabaco é muito comum entre os adolescentes, que mesmo sendo certificados como drogas pela Secretaria Nacional Antidrogas, os jovens passam a consumi-los cada vez mais cedo.

Apesar de a venda das referidas drogas serem proibidas para menores de 18 anos de

idade pela Lei 8060/90(Estatuto da Criança e do Adolescente), Pechansky *et al.* (2014) conclui que é uma das substâncias psicoativas mais precocemente consumidas pelos jovens. Certamente revelando a ineficácia parcial da referida lei.

Buscando combater essa triste realidade, em 2015 houve uma alteração no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), onde o legislador buscando punir de forma mais coercitiva, definiu 2 a 4 anos de detenção e multa àqueles que venderem ou de alguma forma fornecerem bebida alcoólica ou outras drogas para menores de 18 anos, de acordo com o Artigo 243 da Lei Federal 13.106, de 17 de março de 2015 (BRASIL, 2015).

Outro fato incentivador do uso de drogas lícita pelos adolescentes, assim como ocorre com as drogas ilícitas, e a presença de um ente familiar próximo que consome de maneira social álcool e tabaco. O adolescente busca ao seu redor exemplos e o fato de seu espelho consumir, mesmo que de forma social, estas substâncias fazem o jovem acreditar que tal fato é normal, mais que isso, que é vantajoso.

De acordo com Garcia e Oliveira (2014):

O adolescente ao consumir bebidas alcoólicas e cigarros, imagina estar inserido na vida social, em que a mídia faz o papel de propagar, pois passa a imagem de que o sujeito descolado é aquele que se senta em uma roda de amigos para beber e fumar, que o cigarro perpetua ao homem a imagem de poderoso e a mulher de sensual.

Por fim, computa-se ainda o apelo propagandístico realizado pelas indústrias de drogas lícitas, em especial a de bebidas já que a propaganda de tabaco foi restringida em quase todo o mundo a exemplo do Brasil com a edição da lei 9294/1996.

A estratégia publicitária faz uso de elevados recursos gráficos, celebridades, e muita alegria passam ao adolescente, que ainda não conhece ou que já conheceu os efeitos do álcool, o entendimento de que o consumo de álcool pode lhe trazer uma nova perspectiva de vida, o levando a ter uma vida social destacada.

Assim conclui os estudos realizados por Vedram *et al.* (2009):

A publicidade influencia o consumo de bebidas alcoólicas de acordo com fatores como a exposição, lembrança e apreciação das propagandas. Assim, adolescentes mais expostos às propagandas relataram expectativas mais positivas em relação aos efeitos do álcool.

Contudo, essa substância pode funcionar como uma porta de entrada para o adolescente passar a consumir substâncias ainda mais viciantes é perigosa. Segundo Ferigolo *et al.* (2006) o uso precoce de tabaco, de álcool ou de ambos pode conduzir ao uso de outras drogas ou a outros problemas de comportamento.

4. CORRELAÇÃO DO USO DE ÁLCOOL E OUTRAS DROGAS COM O COMETIMENTO DE DELITOS

Não se encontra facilidade para entender os motivos que levam o adolescente a praticar um ato que infringe a lei, isto porque, são inúmeras as razões que podem ser apontadas como desencadeadoras da delinquência juvenil.

As drogas ganham um papel de destaque no cenário do estudo das causas da mar-



ginalidade precoce. O infrator é definidor como aquele que infringiu as normas jurídicas estabelecidas, enquanto o delinquente é a condição a que o sistema submete o indivíduo, estigmatizando-o e controlando-o, inclusive após ter cumprido a pena (SOUSA, 2013).

Entende-se como delinquência a transgressão de normas de conduta, sendo assim denominado jurídico e não psicologicamente. Contudo a delinquência juvenil possui uma estreita relação com o uso de drogas, esta relação é intensificada quando o adolescente já está determinantemente viciado em substância alucinógena, já que este é um ser vulnerável por diversos motivos (GANEM, 2017).

Apesar dos diversos escritos, é evidente que ainda não se tem uma definição coesa acerca da denominação que se deve dar ao adolescente que pratica atos infracionais. Assim, Martins (2008) aponta que, o conceito de adolescente infrator parece indicar uma qualidade do sujeito, como traço ou característica pessoal que diferenciaria o adolescente desviante de adolescentes comuns.

Observa-se que quando o jovem passa a flertar com o mundo do crime, estando sempre em contato para adquirir a droga, conseqüentemente o próximo passo pode ser o aliciamento por facções criminosas, que usam os menores para burlar a lei se valendo da inimputabilidade dos mesmos. Essas facções aliciam a criança induzindo-a ao cometimento de atos infracionais, prometendo que esse tipo de trabalho, além de válido, trará dinheiro e outros benefícios que, se não fosse dessa forma, ela jamais teria.

Apesar da Constituição Federal e do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) possuírem uma redação impecável, guardando e protegendo esses menores, podemos ver que na prática não é bem assim, ficando a sua eficácia a desejar principalmente para que mais precisa: crianças pretas, periféricas e em situação de dependência química ou qualquer outra vulnerabilidade.

Tendo como apurado das diversas teorias, Rocha (2008) destaca que o adolescente ou delinquente infrator e quem:

Acabam por reproduzir em sua relação com o mundo um padrão de comportamento conhecido como antissocial. Este pode ser definido como aquele que viola e desrespeita os direitos alheios, ou seja, aquele que a todo custo busca beneficiar-se, desconsiderando os possíveis danos que isso possa causar a outrem (ROCHA, 2008).

Pacheco e Hutz (2009) em complemento ao pensamento anterior, define comportamento antissocial como um padrão de respostas cuja intenção é ampliar recompensas imediatas e evitar, ou neutralizar, exigências do ambiente social. E conclui seu apontamento verificando que geralmente este tipo de comportamento é aprendido na infância por meio de interações sociais, especialmente com membros da família.

O mesmo autor, ainda traça a diferença entre comportamento antissocial e delinquente sendo que o primeiro pode ou não resultar na violação de leis, enquanto o segundo tem esta como sua principal característica, manifestada por meio de roubos, vandalismo ou violência dirigida a outras pessoas (PACHECO; HUTZ, 2009).

Segundo Avelino (2017) o envolvimento dos jovens com a criminalidade, na maioria dos casos, está relacionado com o consumo de drogas, a qual designa outros aspectos como a evasão escolar, a violência, problemas de saúde, conflitos familiares e outros, uma realidade assustadora, que a cada dia é experimentada pelos adolescentes usuários

As drogas são consideradas como uma das mais importantes e polêmicas causas da

delinquência entre menores, haja vista que depois de se tornar um dependente o adolescente se depara com a necessidade de manter o vício e para isto é capaz de ir de encontro ao que a sociedade preserva.

Os estudos confirmam que quando o uso de drogas ocorre precocemente, existe uma chance maior de o adolescente se envolver mais cedo com as infrações, sugerindo que o uso de drogas o deixa mais vulnerável aos comportamentos de risco, como a prática de infrações (MARTINS; PILON 2008).

O aumento da criminalidade e da violência em zonas urbanas tem sido relacionado com o uso de drogas principalmente por adolescentes.

O que acontece com o jovem viciado em drogas é perfeitamente pontuada por Pereira (2008) que na sua percepção, essa relação dos jovens com a dependência química os coloca ora na posição de vítimas, visto a sua condição de alienados pelo vício que talvez tenham sido gerados pelo abandono social, ora na de vitimadores em virtude das suas ações para manter seus desejos.

Esta mudança de conduta que leva o adolescente de apenas consumidor para infrator, complica ainda mais a sua situação de exclusão vivenciada perante a sociedade, o que o afunda ainda mais. O jovem passa acreditar que pode sustentar seu vício com dinheiro dos atos infracionais fazendo com que ele perca a braveza de lutar contra tal mal.

Em contrapartida, quando o adolescente consegue se desvencilhar desse mal, conseguindo enxergar as suas relações por outro viés dando a elas um sentido mais real e harmônico, sua ligação com as normas passa a ser outra, uma vez que deixam de serem percebidas no campo da opressão e passam para um lugar de mutualidade.

A dependência retira do adolescente a capacidade de motivacional para combater a vontade de cometer atos infracionais, ele perde a sua opinião intuitiva passando a ser comandado pelas ganâncias das sensações psíquicas que funcionam como o pretexto da sua vida. O uso de substâncias psicoativas promove alterações em substratos neurais relacionados à emoção e à motivação. Com a exposição repetida à substância, o sistema impulsivo se torna sensibilizado aos efeitos da droga e às pistas relacionadas a ela (NETO, 2017).

Assim, o adolescente que se encontra nessa situação de dependente químico passa a cometer atos infracionais não pelos motivos comuns dos crimes cometidos por não viciados em droga, e sim por uma determinação baseada nas sensações que a droga lhe traz.

Os artigos roubados ou furtados por essas crianças não são apenas necessários para a sua sobrevivência no nível estritamente físico. Ao afirmar que rouba não por necessidade, mas por gostar, para ter dinheiro para comprar o que quer, esses garotos mostram percepção de necessidades ditadas pela sociedade em que vivem, que lança cada dia no mercado novas mercadorias, cuja possa lhes assegurar a realização se sua felicidade (OLIVEIRA, 2010).

Desta forma, no plano penal, o dependente químico é um indivíduo sempre propício a cometer delitos visto que devido a sua falta de razão ele pode ser induzido pelas contingências de sua dependência a cometer delitos.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Percebe-se que há uma fragilidade das políticas públicas que tutelam os menores em nosso país, sendo evidente que o envolvimento de crianças e adolescente com uso de drogas e cometimentos de atos infracionais tem diversos fatores envolvidos, dentre os quais citamos as desigualdades sociais, a deficiência do ensino e ausência da instituição familiar e do Estado como os elos principais que municiam os jovens a se tornarem delinquentes.

Apesar do aprimoramento das políticas públicas, percebe-se que ainda é latente a demanda dos jovens brasileiros por melhores condições de ensino, melhor renda familiar, moradia entre outras demandas que cabem ao Estado proporcionar, sendo a ausência destes quesitos, fatores preponderantes para o adolescente iniciar a delinquir.

Por fim, pontua-se que devemos olhar para tudo que o rodeia o adolescente, a proporcionalidade e a facilidade que ele tem de entrar no mundo das drogas está plenamente relacionada às condições físicas, psíquicas e sociais em que vive.

Após a conclusão da presente pesquisa, espera-se que o exposto possa subsidiar dados para a formulação de outros estudos que tratem da temática aqui exposta, e que possa servir para o fortalecimento de políticas públicas que visem à proteção e prevenção da inserção de adolescentes quanto ao uso de drogas e cometimento de infrações.

Referências

- ANDRADE, S. F. de O. **Drogadição e Atos Infracionais na Voz do Adolescente em Conflito com a Lei**. Dissertação. Disponível em: <http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/54/docs/drogadicao_e_atos_infracionais_na_voz_do_adolescente_em_conflito_com_a_lei.pdf>. Acesso 28 out 2022.
- ARAÚJO, Alberto José de. Tabagismo na adolescência: por que os jovens ainda fumam?. **Jornal Brasileiro de Pneumologia**, v. 36, p. 671-673, 2010.
- AVELINO, Victor Pereira. **A evolução do consumo de drogas. Aspectos históricos, axiológicos e legislativos**. Disponível em:<<https://jus.com.br/artigos/14469/a-evolucao-do-consumo-de-drogas>>. Acesso 27 out 2022.
- BARDI, G. MALFITANO, A. P. S. **Juventude e o uso de drogas ilícitas: um estudo sobre as redes de suporte pessoa a partir das histórias de vida**. Disponível em: <<http://www.unicap.br/jubra/wp-content/uploads/2012/10/Trabalho>>. Acesso em 09 nov 2022.
- BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei Federal nº 8069 de 13 de julho de 1990.
- BRASIL. **LEVANTAMENTO ANUAL DOS/AS ADOLESCENTES EM CUMPRIMENTO DE MEDIDA SOCIOEDUCATIVA – 2012**. Disponível em:<www.sdh.gov.br/assuntos/criancas-e-adolescentes/pdf/levantamento-sinase-2012>. Acesso em 25 out 2022.
- COGGIOLA, O. **Olho na História. O Comércio de Drogas**. Brasília, 2010.
- GANEM, P. M. **Criminalizar as drogas nada mais é do que criminalizar a pobreza**. Disponível em:<<https://pedromaganem.jusbrasil.com.br/artigos/383219199/criminalizar-as-drogas-nada-mais-e-do-que-criminalizar-a-pobreza>>. Acesso em 11 out 2022.
- GOMIDE, P. I. C. **Estilos Parentais e comportamento antissocial**. In A. Del Prette & Z. Del Prette (Orgs.). Habilidades sociais, desenvolvimento e aprendizagem: questões conceituais, avaliação e intervenção. Campinas: Alínea. 2003.
- LIRA, Wagner Lins. Da magia à razão: ponderações sócio-antropológicas acerca dos vínculos históricos entre homens, substâncias psicoativas e civilizações. **História Revista**, v. 24, n. 3, p. 125-150, 2019.
- MARTINS, Mayra C., PILLON, Sandra C., **A relação entre a iniciação do uso de drogas e o primeiro ato infracional entre os adolescentes em conflito com a lei**. Rio de Janeiro: Caderno Saúde Pública. 2008.
- NUNES, Laura M.; JÓLLUSKIN, Gloria. **O uso de drogas: breve análise histórica e social**. 2007.

OLIVEIRA, E. B de O. BITTENCOUT, L. P. CARMO, A. C. **A importância da família na prevenção do uso de drogas entre crianças e adolescentes: papel materno.** SMAD, Rev. Eletrônica Saúde Mental Álcool Drog. (Ed. port.) v.4 n.2 Ribeirão Preto ago. 2010.

OLIVEIRA, Márcia. **Adolescentes e liberdade assistida.** Integração a Revista Eletrônica do Terceiro Setor. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2003.

PACHECO, J. T. B. HUTZ, C. **Variáveis Familiares Predictoras do Comportamento Anti-Social em Adolescentes Autores de Atos Infracionais.** Abr-Jun 2009, Vol. 25 n. 2, pp. 213-219. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/ptp/v25n2/a09v25n2.pdf>>. Acesso 01 nov 2022.

PEREIRA S, E, F, N. SUDBRACK, M, F, O. **Drogadição e Atos Infracionais na Voz do Adolescente em Conflito com a Lei.** Brasília. 2008.

PRATTA, Elisângela Maria M.; SANTOS, Manoel Antônio. **Família e Adolescência: A Influência do Contexto Familiar no Desenvolvimento Psicológico de seus Membros.** Psicologia em Estudo, Maringá, v. 12. maio/ago. 2007.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O constitucionalismo contemporâneo e a instrumentalização para a eficácia dos direitos humanos.** In: Anais da Conferência Internacional de Direitos Humanos. Brasília: Ordem dos Advogados do Brasil, Conselho Federal, 1997.

SCIVOLETTO, Sandra. **A adolescência.** In: BELYK, B; BACY, Fleitlich et al. Saúde mental do jovem brasileiro. São Paulo: EI, 2004.

SILVA, Ademir Alves da. **A Gestão da Seguridade Social Brasileira: entre a política pública e o mercado.** São Paulo: Cortez, 2014.

SMALL, Christopher; POZZI, Francesca; ELVIDGE, Christopher D. Spatial analysis of global urban extent from DMSP-OLS night lights. **Remote Sensing of Environment**, v. 96, n. 3-4, p. 277-291, 2005.

SOUSA, I. B de. **Drogas e Ato Infracional: Consequência de uma sociedade capitalista?** IV Seminário CETROS. Fortaleza, 2013.

SZKLO, André Salem; CAVALCANTE, Tânia Maria. Descumprimento da lei que proíbe a venda de cigarros para menores de idade no Brasil: uma verdade inconveniente. **Jornal Brasileiro de Pneumologia**, v. 44, p. 398-404, 2018.

TOMAZZONI, Marisa Ines; NEGRELLE, Raquel Rejane Bonato; CENTA, Maria de Lourdes. Fitoterapia popular: a busca instrumental enquanto prática terapêutica. **Texto & Contexto-Enfermagem**, v. 15, p. 115-121, 2006.

VICENTINO, Pereira, Augusto. **Traçando Caminhos numa Sociedade Violenta: a vida de jovens infratores e seus pares não infratores.** Rio de Janeiro, 2006.



28

CRIMES VIRTUAIS NO BRASIL

VIRTUAL CRIMES IN BRAZIL

Aglivan de Oliveira Farias

Resumo

O presente trabalho de conclusão de curso teve como objetivo apresentar as peculiaridades do “cibercrime”, como surgiu, de onde veio, quais suas características, fazendo uma pesquisa a respeito do tema, além de um levantamento dos principais crimes praticados no ambiente virtual e suas aplicações na legislação penal brasileira. Com isso, verificou-se a eficácia da legislação vigente, que atualmente abrange quase a totalidade dos crimes praticados na internet, não sendo necessária uma legislação específica sobre o tema. Ainda procurou-se ponderar sobre as novas leis aprovadas acerca dos crimes virtuais, que abrangeram as brechas ainda não tipificadas sobre os “cibercrimes”, sendo de grande importância para a aplicação e o entendimento sobre o combate aos crimes virtuais, muito discutidos hoje em dia.

Palavras-chave: Crime. Virtual. Brasil

Abstract

This course completion work aimed to present the peculiarities of “cybercrime”, how it emerged, where it came from, what are its characteristics, doing research on the subject, as well as a survey of the main crimes committed in the virtual environment and their consequences. applications in Brazilian criminal law. With this, the effectiveness of current legislation was verified, which currently covers almost all crimes committed on the internet, with no need for specific legislation on the subject. We also tried to consider the new laws approved about virtual crimes, which covered the gaps not yet typified on “cybercrimes”, being of great importance for the application and understanding of the fight against virtual crimes, much discussed today.

Keywords: Crime. Virtual. Brazil

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico tem por objeto o cibercrime no Brasil, focando-se nos conceitos e particularidades do tema, como também nos entendimentos existentes a respeito da legislação vigente e sua aplicabilidade aos crimes praticados pela internet, além de uma breve análise das novas leis criadas para o combate ao cibercrime e de algumas jurisprudências sobre o conteúdo relacionado durante a pesquisa. É certo que, em virtude da especificidade do tema, não se poderia agir de outra forma, pois, o ciberespaço é primordialmente objeto da Informática, passando a ser também do Direito na medida em que a Sociedade como um todo passa a interagir via esse “ambiente virtual”.

Classificar os tipos de crimes virtuais será outro aspecto que se buscará trazer ao longo do texto, tanto como forma de ajudar na compreensão do problema aqui exposto como para reforçar ideias e opiniões formadas ao longo do mesmo trabalho. A aprovação das novas Leis sobre a Internet e o cibercrime contribuiu para um melhor entendimento, havendo frequentemente manifestações públicas a respeito, visto que hoje as redes sociais já fazem parte do cotidiano da sociedade. A presente pesquisa tem como tema “Crimes Virtuais no Brasil”, sendo importante este estudo por se tratar de instrumentos que podem proporcionar melhores combate a crimes virtuais a respeito de decisões jurídicas digitais. Torna-se relevante esta pesquisa, pois além de apresentar uma retomada aos conceitos de Crimes Digitais, proporcionará ao leitor informações sobre as principais demonstrações Virtuais Nacionais.

A pesquisa poderá contribuir para a comunidade acadêmica por meio de uma revisão da literatura que abordará conceitos inerentes ao tema e que poderá ser uma fonte para futuras pesquisas. Para a sociedade, como um todo, a pesquisa pode contribuir para os gestores que precisam compreender sobre os Crimes Virtuais no Brasil, o que poderá melhorar os processos de Criminalidades digitais Brasileiro.

Partindo-se para foco do problema, o cibercrime, delimitam-se várias questões conceituais para então verificar as particularidades relativas à aplicabilidade da Lei a tal modalidade de delito, bem como descrevendo as novas leis referentes ao tema. Assim a presente pesquisa visa responder ao seguinte questionamento: Quais são os meios de combate a crimes virtuais no Brasil?

A pesquisa tem como objetivo geral: Compreender os meios de combate a Crimes Virtuais no Brasil. Para alcançarmos esse objetivo geral, temos os objetivos específicos: apresentar os conceitos de Crimes Cibernéticos; conhecer os principais Crimes Cibernéticos e seus conceitos; descrever os principais Crimes Virtuais.

Os métodos Utilizados para realização da pesquisa foi a pesquisa biográfica, para tanto, foram utilizados livros, trabalhos científicos, repositórios digitais e sites confiáveis, a ser realizado neste trabalho, será uma revisão de literatura, por meio do método de pesquisa bibliográfico. Serão realizadas consultas em livros e revistas que abordam o tema, bem como trabalhos científicos como dissertações, teses e artigos publicados nos últimos 15 anos. Os principais autores, nestas pesquisas são: ROSA Fabrizio (2002, 2005); JESUS (2016); CRESPO (2011); FRAGOMENI (1987); CASTRO (2003); KENT (1999); PINHEIRO (2009); PINHEIRO Patrícia (2010, 2012, 2018); FELINTO(2005); ROSA (2005); VIDAL(2012);(WENDT; JORGE, 2012, 2013); (SANTOS; MARTINS (2017); SANTOS, Karl (2020); SANTOS, Loirto Alves dos; CARMARGO, Luiz Henrique (2013); SHAUN (2019); (COLLI, Maciel 2010); (JORGE, Higor Vinicius Nogueira 2013); (WENDT, Emerson 22/09/2020); (MAIA, Teymisso Sebastian Fernandes 2017); (SILVA, Tânia Ventura 2016); (MONTEIRO, Silvana Drumond 2007); (BEZERRA 2019, p.

27, 36,38,38); CASTRO, Aldemário Araújo (2014); CASTRO, Davi de (2013); (ROSSINI, Augusto Eduardo de Souza 2004); (VIANA, André de Paula 2017); (CARDOSO, Adeenele Garcia 2012); (SOARES, Daniel Menah Cury 2019); (ROCHA, Fernando Galvão da 2007); (PISA, Pedro 2016); (OLIVEIRA, Wilson José 2006); (REIS, Maria Helena Junqueira 1996); (CRESPO, Marcelo Xavier de Freitas 2014); (BRITO, Aurinei 2013).

2. CONCEITOS DE CRIMES CIBERNÉTICOS

O conceito inicialmente atribuído ao delito do computador foi sendo ampliado para abranger condutas que originariamente não eram consideradas como crimes informáticos, mas sim delitos econômicos, patrimoniais ou meramente contra a intimidade das pessoas ou os direitos de autor, chegando-se à definição proposta pela OECD e aceita pelo Conselho da Europa e das Comunidades Europeias, na década de 90, que o considera como qualquer comportamento ilegal, aético ou não autorizado envolvendo processamento automático de dados e/ou transmissão de dados.

A presente pesquisa visa mostrar uma reflexão sobre o tema abordado. Atualmente, a internet se tornou indispensável para grande parte da população mundial, nesse ambiente é possível pesquisar, estudar, namorar e até trabalhar. Mas como tudo possui dois lados, o bom e o ruim, a internet também possui o lado ruim, pessoas utilizam esse ambiente para cometer crimes, com intuito de obter para si, vantagem em proveito dos outros internautas.

O autor JESUS (2016) em seu livro “Manual de Crimes Informáticos” (2016), revela que a literatura apresenta divergências com relação aos primeiros surgimentos de crimes virtuais, podendo ter surgido em 1964 e 1978: “Para alguns, o primeiro delito informático teria ocorrido no âmbito do MIT (Massachusetts Institute of Technology), no ano de 1964, onde um aluno de 18 anos teria cometido um ato classificado com cibercrime, tendo sido advertido pelos superiores. Outros ainda referenciam o primeiro caso de que se tem notícia sobre hacking no ano de 1978, na Universidade de Oxford, onde um estudante copiou de uma rede de computadores uma prova. Uma invasão seguida de uma cópia. (JESUS, 2016, p.18-19).

Já a revista PCWORLD, em seu capítulo 3: “A epidemia via internet”, relata que em 1960, surgiram os primeiros códigos maliciosos semelhantes aos vírus de computadores: “[...] os legítimos antecessores dos códigos maliciosos. Tudo começou quando um grupo de programadores desenvolveu um jogo chamado Core Wars, capaz de se reproduzir cada vez que era executado, sobrecarregando a memória da máquina do outro jogador. Os inventores desse jogo também criaram o primeiro antivírus, batizado de Reeper, com capacidade de destruir as cópias geradas pelo Core Wars. A existência desse jogo, seus efeitos e a forma de desativá-lo, no entanto, vieram a público somente em 1983, por um artigo escrito por um de seus criadores, publicado em uma conceituada revista científica da época” (PCWORLD, 2016, p.15). Os autores JORGE e WENDT (2013, p. 09), descrevem que, em 1971, foi criado o Creeper Vírus, por um funcionário que trabalhava em uma empresa envolvida na construção da ARPANET. Este vírus acidentalmente ganhou acesso à rede da ARPANET, apresentando a mensagem aos usuários: “I’m the Creeper, catch me if you can!”, tradução literal ao português: “Eu sou o Creeper, me pegue se puder!”. Em 1982, ainda segundo JORGE e WEND (2013, p. 10), o adolescente de quinze anos, Rich Skrenta, criou o Elk Cloner, que foi considerado por muitos como o primeiro vírus desenvolvido para infectar computador. Este vírus se reproduzia por meio de disquetes – considerado como pen drive dos anos 1980 – onde sua finalidade era apresentar um pequeno poema na tela dos com-

putadores infectados.

Com o advento do computador, das redes, da internet, do rápido desenvolvimento tecnológico na área da informática, as possibilidades existentes para a prática de delitos, como os anteriormente mencionados, multiplicaram-se de maneira impressionante. O ciberespaço, por possuir características únicas, a exemplo da intensa e inerente interatividade, possibilitou o surgimento de situações ímpares como a disponibilidade de conteúdo ilegal ao alcance de qualquer um que tenha acesso à Rede. Por sua vez, as mídias de armazenamento atualmente utilizadas pelo computador (Disquete, CD, DVD, cartão SD etc.) São de tal simplicidade de manuseio e de uma facilidade de copiar-se tão grande que somente ampliam as possibilidades para aqueles que pretendem prejudicar alguém, enriquecer ilícitamente, enfim, cometer crimes. Antes de aprofundar-se a discussão a respeito do cibercrime, vale uma breve explanação acerca do “Crime”.

No Brasil, temos notícias dos primeiros crimes de *phishing scam* bancário (pescaria de senhas) em 1999. Após isso, iniciou-se uma onda de crimes envolvendo e-mails de conteúdo sexual e chantagens, bem como vídeos encontrados na internet 29 de sexo infantil explícito. Tamanhas ocorrências colocaram em alerta a população para essa nova modalidade de crime. Mediante esse novo anseio social, a doutrina começou a se manifestar conceituando e estudando mais profundamente os crimes virtuais, trazendo a base para o entendimento de tais delitos (JESUS, 2013, p.21). Conceitos e definições de cibercrimes serão apresentados, caracterizando verdadeiras modalidades de crimes cibernéticos. A evolução e introdução histórica será vislumbrada, bem como, suas acepções, de modo a desenvolver uma verdadeira base conceitual introdutória para a boa e clara compreensão de todo assunto, demonstrando, ainda, as diferenças entre as denominações dos usuários especializados em invasão de sistemas e computadores, pois muitas vezes tais termos são equivocadamente empregados no cotidiano.

Será abordado o tratamento dado aos crimes cibernéticos perante a legislação vigente no Brasil e o Projeto de Lei 236/2012 do Senado Federal, que visa instituir o Novo Código Penal Brasileiro, trazendo tipos penais específicos para a prática dessa modalidade de infração penal. Em paralelo, será abordada uma breve análise do tratamento dado aos crimes praticados através da internet em diversos países do mundo, para que se possa inferir a diferença entre tais países e o Brasil no que tange à abordagem dos crimes supracitados.

O presente trabalho tem como ideia fundamental expor o que se tem como cibercrimes, e quais as formas de não só punir, mas também, de prevenir a ação delituosa de especialista que usam de suas habilidades incomuns para praticar crimes na internet e violar o ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que o tema ganhou maior destaque desde a Lei nº12.737/2012– que ficou conhecida como “Lei Carolina Dieckmann”, passando pelo Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014), e chegando aos dias atuais.

Com o advento do computador, das redes e, posteriormente, da internet, surgiram novas questões a respeito do lugar e do momento em que o fato efetivamente ocorre e conceitos que antes eram facilmente materializados e exemplificados, tornaram-se de definição mais complexa. Ora, sempre que tentamos definir algo, temos o hábito de exemplificar o que estamos definindo utilizando-se de algo palpável, físico, material, o que finda por dificultar a definição daquilo que ocorre no ambiente do ciberespaço. Essas características do crime praticado no ciberespaço, inegavelmente obstaculizam a apuração dos delitos, a constatação de quem são seus autores e dificulta a verificação do alcance e volume do prejuízo causado, além da quantidade de pessoas atingidas, devendo, portanto, ser analisados com mais cautela.

O ciberespaço, por possuir características únicas, a exemplo da intensa e inerente in-

teratividade, possibilitou o surgimento de situações ímpares como a disponibilidade de conteúdo ilegal ao alcance de qualquer um que tenha acesso à Rede. Por sua vez, as mídias de armazenamento atualmente utilizadas pelo computador (Disquete, CD, DVD, Cartão SD etc.) são de tal simplicidade de manuseio e de uma facilidade de copiar-se tão grande que somente ampliam as possibilidades para aqueles que pretendem prejudicar alguém, enriquecer ilicitamente, enfim, cometer crimes.

3. DEMONSTRAÇÕES DE CRIMES CIBERNÉTICOS

Demonstra que, no artigo supracitado, a legislação respeita a privacidade na medida em que ela é usada para proteger o direito do indivíduo, não de ações que possam vir a serem danosas perpetuadas no ambiente virtual: “Neste artigo é possível averiguar que a norma se dedica a proteção dos dados, mas o faz de forma que também leva em conta as questões judiciais, impondo um limite ao sigilo quando este precisa ser relativizado. Entretanto isso ocorre expressamente mediante a decisão judicial e, de nenhuma forma fere a proteção concedida pelo ordenamento, visto que a liberação das informações sensíveis é tratada como exceção, sendo necessário aporte legal para que possa ser relativizada. (BEZERRA 2019, p. 27)

Esse referido artigo demonstra a preocupação do legislador para, além de criar meios que pudessem proteger o indivíduo, também irá protegê-lo do próprio dado em si, considerando sobre diversos aspectos como o respeito aos dados, a titularidade dos dados de propriedade dos indivíduos, o tratamento de dados durante sua captação, armazenamento, processamento, uso e exclusão, reconhecendo um valor nos dados captados. Esse reconhecimento se faz necessário para lidar com o desafio da modernidade onde os dados são preciosos e dignos de proteção (BEZERRA, 2019, p. 36). Além disso, os princípios citados no referido artigo também contemplam a questão do acesso aos dados, que estes devem ser realizados dependendo do consentimento do titular. Desta forma há uma promoção, bem como proteção à 77 privacidade. Também existe uma segurança jurídica sobre o modo como essa informação circula, respeitando a confidencialidade dos dados na limitação de sua circulação (BEZERRA, 2019, p. 37-38).

Os crimes cibernéticos consistem no cometimento de atividades ilícitas por meio do computador ou rede de internet e classificam-se de acordo com a sua forma de cometimento (WENDT; JORGE, 2012).

Diante da ausência de uma legislação específica que abordasse a temática, cabe ao ordenamento penal julgar aquele que comete crime cibernético. De acordo com uma pesquisa desenvolvida pelo site Safernet, entre os principais crimes cibernéticos, estão: pirataria, pornografia infantil, calúnia, difamação, injúria, estelionato, entre outros (SANTOS; MARTINS; TYBUCSH, 2017).

A pornografia infantil caracteriza-se pelo ato de fotografar ou publicar cenas de sexo explícito que contenham crianças ou adolescentes, nos moldes do art. 241 do ECA. Injúria, difamação e calúnia são consideradas crimes contra a honra e estão regulamentados nos artigos 138, 139 e 140 do Código Penal. No ambiente da internet, os crimes de calúnia e difamação, consideradas ofensas à honra objetiva, são caracterizados caso a ofensa seja enviada para grande público e não somente para a vítima, já se tratando de injúria, considerada ofensa à honra subjetiva, a ofensa é direcionada para a própria vítima (SANTOS; MARTINS; TYBUCSH, 2017).

Tratando-se do crime de estelionato no ambiente da internet, o sujeito ativo mantém

a vítima em erro, sob a finalidade de obter vantagem ilícita para si próprio. Também considera crime cibernético exaltar ou elogiar criminoso ou ato criminoso de maneira pública, caracterizando crime de apologia de crime ou de criminoso. Outro exemplo, consiste no oferecimento, utilizando a internet, de consumo a substância entorpecente, ou que sujeite a pessoa a depender-se fisicamente ou psicologicamente, caracterizando tráfico de drogas (SANTOS; MARTINS; TYBUCSH, 2017).

Nesse contexto, Colli (2010), apresenta que crimes virtuais são condutas ilícitas praticadas com o auxílio do computador, seja contra outros computadores e sistemas informáticos ou no acesso indevido das informações nele contidas, onde novamente considera o computador como mero instrumento para a prática de um delito. A definição de Lopes (2012) para Crimes Virtuais é apresentada em similaridade com o conceito de crime, anteriormente explanado pelo doutrinador Nucci (2014), “todos ação típica, antijurídica e culpável que ocorrem através ou com o auxílio de meios virtuais, sendo utilizados para a prática de atos ilegais, servindo para renovar a execução de antigos delitos ou para criar novos crimes” (LOPES, 2012, p.27). Como se pode perceber, todos esses conceitos podem ser aplicados para definir os crimes virtuais, porém neste trabalho é adotado a definição de Lopes (2012), que segue a corrente majoritária de crime definida por Nucci (2014). Nesse sentido, Crime Virtual é definido como: condutas típicas, ilícitas, e culpáveis, que se utilizem de dispositivos computacionais para a prática de atos ilegais, com o objetivo de obtenção de alguma vantagem ou acesso indevido a um bem jurídico tutelado.

4. OS INDICADORES DE CRIMES VIRTUAIS

Primeiramente, pode-se conceituar a palavra crime virtual, como a conduta típica, antijurídica e culpável, porém, com o auxílio ou contra os sistemas informatizados. Numa pesquisa realizada pela OECD – Organization for Economic Cooperation and Development (Organização para a Cooperação Econômica e Desenvolvimento) da ONU, a organização define os crimes virtuais como qualquer comportamento ilegal, aéctico, ou não autorizado envolvendo processamento automático de dados e, ou transmissão de dados.

Um conceito mais detalhado, claro e preciso sobre “delito informático”, é o que considera o crime cometido por meio virtual pode ser talhado como aquela conduta típica e ilícita, constitutiva de crime ou contravenção, dolosa ou culposa, comissiva ou omissiva, praticada por pessoa física ou jurídica, com o uso da informática, em ambiente de rede ou fora dele, e que ofenda, direta ou indiretamente, a segurança da informação e de dados, que tem por elementos a integridade, a disponibilidade a confidencialidade, embora o crime pudesse ser praticado de outra forma, são condutas transgressoras de princípios morais e éticos face ao dinamismo da tecnologia, cujos agentes ativos e passivos, são os usuários do meio virtual (computadores, internet, celulares etc.).

Os crimes cibernéticos, são definidos claramente como atos dirigidos contra um sistema de informática, tendo como subespécies atos contra o computador e atos contra os dados ou programas de computador, que incluem infrações contra o patrimônio, contra a liberdade individual e contra a propriedade imaterial.

Com o surgimento de novas modalidades de crimes virtuais, houve também a necessidade de classificá-los com o intuito de compreender melhor esses delitos, pois, as definições criadas anteriormente, ficaram obsoletas por causa da rápida evolução dessa modalidade de infração. Por vários anos, as condutas delituosas que ocorriam na internet com intuito de roubar, ofender, acarretar danos psicológicos, físicos ou financeiros, eram crimes realizados a um indivíduo, órgãos públicos ou a empresas privadas, já essas novas

condutas diferem dos crimes praticados no computador, pois não envolvem, na maioria dos casos, os softwares e precisam apenas da internet para acontecer e atingir o objetivo final, mesmo que seja somente uma conversa com uma pessoa para então praticar o crime, como a difamação, a calúnia e/ou a injúria, assim também como, as ameaças e estelionato, esses novos tipos de delitos virtuais são classificados em: crimes virtuais impróprios, crimes virtuais próprios, crimes virtuais indiretos e crimes mistos.

Os crimes praticados exclusivamente por meio do computador, do sistema informatizado do sujeito passivo, quando utilizado como objeto e meio para invadir dados não autorizados e interferir em dados informatizados, ou seja, são aqueles que, cometidos, causam prejuízos de bens protegidos pela norma penal, sendo inviolável as informações automatizadas (dados), concluindo-se assim, que a segurança dos sistemas, titularidade das informações e integridade dos dados, da máquina e periféricos, é o objeto jurídico tutelado. Para caracterizar crime próprio virtual, a prática deve ocorrer por meio de uso do computador, bem como, a conclusão, consumação do delito ocorrer também por meio eletrônico.

Podemos citar como exemplo, o caso do vírus Melissa, lançado na rede computado-rizada por um hacker, que em 1999 causando um prejuízo de mais de US\$ 80.000.000,00 (oitenta milhões de dólares) americanos, outro caso foi em 2011, o furto de dados, nomes, endereços e alguns detalhes de cartões de crédito de 77 milhões de usuários da PlayStation Network. Importante frisar que, os hackers são especialistas, também, em crimes como o estelionato, a falsidade ideológica e fraudes.

Um artigo que aborda um conceito interessante, considerar as condutas perpetradas contra outros bens jurídicos, por meio de um sistema informático, ou seja, aqueles nos quais o computador ou qualquer outro aparelho digital é utilizado como instrumento para a efetivação do crime, crimes já tipificados que agora são cometidos no meio informático, com a utilização de computadores e sistemas informáticos, o agente se vale do computador como meio para produzir resultado naturalístico, que ofenda o mundo físico ou o espaço “real”, ameaçando ou lesando outros bens, não computacionais ou diversos da informática, aqui a internet é somente a ferramenta, usada como outro meio para a prática e a execução de um crime conceituado, previsto e tipificado na forma legal, utiliza-se o computador, mas não tem prejuízo de qualquer bem.

Podemos dizer que são condutas que violam bens jurídicos tradicionais, não diretamente ligados à tecnologia, porém, utiliza-se esta como meio de execução da violabilidade do bem ora tutelado juridicamente.

Podemos definir, então, que os delitos impróprios que ferem as normas legais, e requerem a atuação das normas legais penais, não apresentam diferenças significativas quanto ao modus operandi, ou seja, a maneira pela qual o delito é praticado não se faz necessários conhecimentos técnicos, porém, para a prática de delitos considerados próprios, há a necessidade de conhecimentos específicos de computação.

Após a conceituação dos crimes próprios e impróprios virtuais, constata-se que os crimes cometidos por meio da tecnologia da informação estão cada vez mais ousados, possibilitando a violação de bens jurídicos que não encontram guarida no ordenamento jurídico brasileiro, ainda, há quase frisar também, que, tanto quem comete o delito, quanto quem sofre, pode ser sujeito público ou privado.

Para que uma determinada ação seja considerada crime, necessário se faz a existência do sujeito ativo e do sujeito passivo, onde, o sujeito ativo é aquele que comete a ação criminosa, e o sujeito passivo é aquele que sofre aquela ação.

No conceito mais detalhado, podemos entender como o sujeito ativo do delito, a pes-

soa humana que age com o fito de cometer o ilícito penal, e estes podem ser cometidos por uma ou mais pessoas. Já o sujeito passivo, é o indivíduo titular que sofreu a ofensa, seja ele incapaz, seja pessoa jurídica, podendo ocorrer também, com um ou vários sujeitos.

Tratando-se de crime cometido por meio da informática, a possibilidade de chegar ao criminoso, o sujeito ativo, o especialista rastreia-o através da identificação do número do protocolo de comunicação da internet, conhecido como IP (Internet Protocol), o responsável por endereçar e encaminhar os pacotes que trafegam pela rede mundial de computadores.

Então, quando ocorre a conexão de um computador ou dispositivo similar à internet (como celular, tablet etc.), o endereço de IP (Internet Protocol) é atribuído exclusivamente para aquele internauta. Da mesma forma que dois corpos não ocupam o mesmo lugar no espaço, não existem dois usuários com o mesmo IP durante a navegação na internet (mesmo dia e hora e fuso horário), independentemente de o endereço IP ser estático ou dinâmico.

As definições que nomeiam os sujeitos que cometem crimes cibernéticos são considerados Hackers, porém, vamos definir aqui que, hackers são aqueles que normalmente modificam softwares, desenvolvendo novas funcionalidades, encontrando falhas em sistemas para empresas, ajudando a corrigi-las, etc., os denominados “White-hats” (chapéus brancos), por serem aqueles que utilizam todo o seu conhecimento para melhorar a segurança, de forma legal, já os Crackers, por outro lado, são os verdadeiros invasores de computadores e de sistemas, sendo até mesmo comparados a terroristas, conhecidos como “Black-hats” (chapéus negros) porque utilizam o conhecimento da informática com propósitos ilícitos.

A classificação que define muito bem um cracker, caracteriza-o como a pessoa que possui grande facilidade de análise, assimilação e compreensão, aplicadas ao trabalho com um computador. Ele sabe perfeitamente (como todos nós sabemos) que nenhum sistema é completamente livre de falhas, e sabe onde procurá-las utilizando técnicas das mais variadas. Cracker: possui tanto conhecimento quanto os hackers, mas com a diferença de que, para eles, não basta entrar em sistemas, quebrar senhas e descobrir falhas: precisam deixar um aviso de que estiveram por lá. Geralmente são recados malcriados, mas, algumas vezes, podem destruir partes do sistema, ou aniquilar tudo o que veem pela frente. Também são atribuídos aos crackers programas que retiram travas de softwares, bem como os que alteram suas características, adicionando, ou modificando, opções, muitas vezes relacionadas à pirataria.

Em complemento, é possível que existam outros sujeitos ativos, haja vista que não é necessário que o criminoso seja um expert em acesso à internet, basta que ele possua acesso a uma rede, e assim, divulgue conteúdos proibidos, como a pornografia infantil, ou também que se aproveite da facilidade do anonimato na internet para cometer crimes contra a honra de outrem.

Os crimes informáticos, não diferem muito dos crimes praticados fora do mundo virtual. Com o avanço da tecnologia, do acesso à informação e dos meios digitais, a fim de facilitar a vida de todos, os criminosos se aproveitam da falta de cuidado dos internautas para coletar informações pessoais capazes de acessar qualquer. Assim, lembramos que a gama de delitos que podem ser perpetrados pela Internet é quase infinita. A lista inclui o mau uso dos cartões de crédito, ofensas contra a honra, apologia de crimes, como racismo, ou incentivo ao uso de drogas, ameaças e extorsão, acesso não autorizado a arquivos confidenciais, destruição e falsificação de arquivos, programas copiados ilegalmente e até crime eleitoral (propaganda não autorizada, por exemplo), dentre outros, e um dos crimes

mais horríveis, que é pedofilia e a pornografia infantil.

Analisando um estudo geral e breve sobre a pedofilia, o autor aponta que, de acordo com a Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde (CID-10), a pedofilia é considerada um transtorno mental severo que causa desejos sexuais envolvendo crianças, e por se tratar de um transtorno psiquiátrico, não existe uma tipificação penal para a pessoa que comete a pedofilia, porém, ao exteriorizar e satisfazer seus desejos, o pedófilo comete a lascívia, considerando-se assim, quando envolve menores de 14 anos, o estupro de vulnerável.

Sobre esse assunto, relatamos que a exploração de pornografia infantil se tornou alvo da rede de comunicação internet, com sua transmissão e armazenamento de dados e de informações na velocidade da “luz” para o mundo, facilitando as condutas dos pedófilos em todas as suas formas, haja vista a segurança, de certa forma, do anonimato que a rede propicia. A autora ressalta, ainda, que a pornografia infantil é a divulgação de conteúdo sexual, não necessariamente em atividade sexual, mas, também, divulgação dos órgãos sexuais de uma criança, como dispõe os artigos 241 e 241-A do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Em 14 anos, a SaferNet Brasil (Associação Civil voltada para o combate à pornografia infantil na internet brasileira), informa que recebeu e processou 4.134.808 denúncias anônimas, envolvendo 790.390 páginas (URLs) distintas em 9 idiomas e hospedadas em 73.000 domínios diferentes, de 267 diferentes TLDs conectados à Internet através de 71.049 números de IPs distintos, atribuídos para 104 países em 6 continentes, ajudando 30.389 pessoas em 27 unidades da federação, atendendo 8.543 crianças e adolescentes, 2.180 pais e educadores, 3.471 jovens e 16.195 outros adultos em seu canal de ajuda e orientação.

Ressalta-se que, até o ano de 2012, a legislação punitiva, era aplicada somente aos crimes virtuais impróprios, como exemplos, tem-se: a Lei nº 11.829/2008, de combate a pornografia infantil na internet; a Lei nº 9.609/1998, de proteção da propriedade intelectual de programa de computador; a Lei nº 9.983/2000, que tipifica os crimes de acesso indevido a sistemas informatizados da Administração Pública; a Lei nº 9.296/1996, que disciplina a interceptação de comunicação telemática ou informática e a Lei nº 12.034/2009, que delimita os direitos e deveres durante as campanhas eleitorais e por meio virtual.

Após os ataques distribuídos de negação de serviço a sites do governo e a e a divulgação de fotos íntimas da atriz Carolina Dieckmann, viu-se a necessidade de avançar de forma enérgica com a criação de leis para coibir esses tipos de crimes. Inicialmente, a PL 84/99 foi transformada na Lei Ordinária 12.735/12, conhecida como “Lei Azeredo”, que dispunha sobre os crimes, penas e outras providências cometidos por meio virtual, que alterou somente o inciso II do § 3º do art. 20 da Lei nº 7.716/8918 (Lei do Crime Racial), com o fito de permitir que os conteúdos discriminatório de rádio, TV ou Internet, e de qualquer meio possível, fossem solicitados por um Juiz, e ainda, para combater os crimes cometidos por meio da Internet ou por sistema informatizados, determinava também que polícia judiciária tinham o dever de criar delegacias especializadas para coibir essas práticas delituosas. Também citamos que, antes não existia lei de proteção para o objeto jurídico tutelado da liberdade individual do usuário do dispositivo informático, devido tal “brecha”, que ficou amplamente visível com a divulgação de fotos íntimas da atriz Carolina Dieckmann, deu ensejo a sanção urgente das Lei Ordinária, mencionada anteriormente e a Lei 12.737/2012, conhecida como “Lei Carolina Dieckmann”, a fim de proteger os dados ou informações do titular do dispositivo.

Não obstante a essas leis, em 2014, foi sancionada a Lei 12.965/2014 (Marco Civil da Internet), na tentativa de ordenar os parâmetros jurídicos e estabelecendo os princípios,



garantias, direitos e deveres que protegem à manifestação do pensamento, à criação, à expressão e à informação por meio do uso virtual, ao mesmo tempo, tutelar o conteúdo da informação e da comunicação social, incluindo os dispositivos constitucionais fundamentais da pessoa humana da vida privada, a proteção à privacidade dos usuários e a garantia de não responsabilização do provedor de internet pela divulgação de conteúdos por terceiros, salvo se, houve determinação judicial anterior que retirassem as informações do meio virtual e o provedor não o fez, assim também, como resguarda o próprio Estado no cumprimento da legislação norteadora do bem comum e social.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, pode-se afirmar que, à medida que a tecnologia cresce, novos tipos de atividades delituosas são criados. Em sua maioria, com o auxílio da internet, ocorrem em maior volume os crimes cibernéticos, que objetivam conseguir informações importantes sobre o usuário.

No presente trabalho procurou-se demonstrar as especificidades dos “cibercrimes” e a realidade da legislação brasileira frente aos crimes cometidos por meio do ciberespaço. No início do trabalho procurou-se adentrar no universo virtual, introduzindo os conceitos e derivações da internet e do crime em si, partindo para a conceituação e a definição dos primórdios do crime virtual e suas características e classificações. Além disso, foi realizado um levantamento dos principais crimes praticados na internet e suas definições e tipificações na legislação penal brasileira, junto com as novas leis aprovadas e a jurisprudência pátria a respeito dos crimes virtuais.

Além disso, foi realizada a introdução das legislações aplicadas aos crimes propriamente virtuais, legislação estas mais específicas às atividades delituosas (Lei Azeredo, Lei Carolina Dieckmann, Marco Civil da Internet e a LGPD), e também as outras leis existente que poderiam ser utilizadas em analogia ao crime praticado, como a Legislação contida no ECA, que trata da pedofilia, as legislações contidas no código penal que podem ser aplicadas nos casos de dano a dispositivo informáticos, furto virtual, fraude, estelionato crimes contra honra e diversas outras que também podem sem aplicadas analogicamente no caso concreto.

Portanto, para atingir tal objetivo, foi apresentado no último capítulo dicas de segurança e boas práticas na utilização de computadores e internet, para que assim os usuários saibam se comportar de maneira adequada virtualmente, considerando que viver no mundo virtual é quase sinônimo de expor-se a riscos maiores que os existentes no mundo real. A melhor forma de proteção é a combinação de fatores que foram apresentados ao longo deste trabalho: o conhecimento mínimo sobre o que são crimes digitais, de que forma geralmente ocorrem, quais são os respaldos legais, a utilização das boas técnicas de uso da Internet e demais dispositivos informáticos e a forma mais eficaz de utilização dos mecanismos de segurança.

A despeito das eventuais discussões a respeito do tema “cibercrimes”, os crimes já devidamente tipificados pela legislação apenas se valem do Ciberespaço para a sua prática, não havendo uma real necessidade de nova previsão legal para tais condutas, posto que efetivamente já estão tipificadas. Tal legislação também não carece de muitos retoques para ser devidamente aplicada, posto que, embora o meio utilizado para a execução do crime seja virtual, a pessoa que o pratica, o autor, é real, existe e localiza-se no mundo físico, sendo plenamente possível aplicar-lhe a Lei própria, conforme o caso.

Nunca houve uma tecnologia de comunicação que oferecesse tantas possibilidades de interação, podendo comunicar-se com alguém do outro lado do mundo sem qualquer tipo de intermediário que não um software de tradução, onde se pode jogar com uma ou mais pessoas de diversas nacionalidades, a partir de casa, em tempo real. A informação em geral nunca esteve tão acessível quanto após o advento das redes e da Internet e em vista disso, os “cibercrimes” são cada vez mais frequentes e habituais no dia a dia da sociedade.

Aos poucos, com as novas leis aprovadas a respeito do cibercrime, a legislação vem se adequando e se adaptando às características particulares da internet, porém, aplicar aos “cibercrimes” a legislação vigente é plenamente possível. Nota-se que não existe muito problema quanto à competência para processar e julgar os crimes virtuais, conforme se vê nos arts. 5º, 6º e 7º do Código Penal, podendo-se tranquilamente se utilizar do ordenamento jurídico pátrio.

Não se sabe o limite para os “cibercrimes”, da mesma forma não se sabe o limite para criatividade humana, para o benefício ou malefício comum, não cabendo ao Direito Penal tudo prever, mas apenas proteger o que não deve ser indevidamente atingido por quem quer que seja, para que assim, ao menos haja um desestímulo ao crescimento de condutas lesivas praticadas impunemente. Nota-se que Lei Penal específica a respeito dos “cibercrimes” não é necessária, ao menos em alguns aspectos, não havendo maiores problemas para a aplicação da Legislação vigente, devendo-se apenas adaptar e adequar os procedimentos referentes aos crimes virtuais, bem como estruturar os meios de combate ao cibercrime, estimulando o aumento de pessoal capacitado e equipamento próprio para o combate a tais ações, que não são armas ou veículos, mas “hardwares” e “softwares”.

As novas Leis aprovadas indicam uma salutar tendência de se estudar e debater sobre o tema, entretanto, mesmo sabendo que os avanços tecnológicos caminham a passos largos, ainda pode ter a segurança de que nossa Legislação Penal ainda é plenamente competente para julgar os “cibercrimes”, mas sempre procurando se adequar aos novos meios de cometimento de crimes.

Buscou-se com esta pesquisa, entender as prerrogativas dos “cibercrimes”, bem como seu surgimento, características e sua devida aplicação penal na legislação brasileira. Além disso, procurou-se tratar este trabalho como base para um melhor entendimento sobre o tema para os profissionais do Direito, revelando a importância de adequação e adaptação às novas realidades que o direito vem enfrentando, com o intuito de cada vez mais proteger a sociedade e garantir ao cidadão a segurança necessária, tanto socialmente quanto virtualmente.

Por fim, ressalto que o presente trabalho não teve a intenção de esgotar o tema, mas sim salientar que a segurança deve ser prioridade em todo o ambiente, seja ele físico ou virtual e que este carece de informações aos usuários.

Referências

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Institui o Código Penal. In: VADEMECUM Saraiva. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. **Decreto-Lei Nº 3.914, de 9 de Dezembro de 1941**. In: VADEMECUM Saraiva. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. **Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006**. Dispõe sobre a informatização do processo judicial; altera a Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973–Código de Processo Civil; e dá outras providências. Diário [da] República Federativa do Brasil, Brasília, 20 dez. 2015. Disponível em: Acesso em: 17 ago. 2019.



- BRASIL. **Lei 9.609, de 19 de fevereiro de 1998.** In: VADEMECUM Saraiva. 18. ed.. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BRASIL. **Lei n. 8.069, de 13 de Julho de 1990.** Institui o Estatuto da Criança e do Adolescente. In: VADEMECUM Saraiva. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BRASIL. **Lei nº 12.735, de 30 de novembro de 2012.** Altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, o Decreto-Lei no 1.001, de 21 de outubro de 1969. Diário [da] República Federativa do Brasil, Brasília, 3 dez. 2012. Disponível em: Acesso em: 17 ago. 2019.
- BRASIL. **Lei nº 12.737, de 30 de novembro de 2012.** Dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; e dá outras providências. Diário [da] República Federativa do Brasil, Brasília, 3 dez. 2012. Disponível em: Acesso em: 17 ago. 2019.
- BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014.** Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Diário [da] República Federativa do Brasil, Brasília, 24 abr. 2014. Disponível em: Acesso em: 17 ago. 2019.
- BRASIL. **Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996.** In: VADEMECUM saraiva. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BRITO, Aurinei. **Direito penal informático.** São Paulo: Saraiva, 2013. p. 25. Indicadores. Disponível em: <https://indicadores.safernet.org.br/indicadores.html>. Acesso em: 28/05/2020.
- CASTRO, Aldemário Araújo. **Informática jurídica e direito da informática.** 2014. Disponível em: Acesso em: 17 ago. 2019.
- CASTRO, Carla Rodrigues Araújo de. **Crimes de informática e seus aspectos processuais.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- CASTRO, Davi de. **Lei que define crimes cibernéticos é o primeiro passo para a regulamentação da internet.** Fev. 2013. Disponível em: Acesso em: 17 ago. 2019.
- COLLI, Maciel. **Cibercrimes: Limites e Perspectivas à Investigação Policial de Crimes Cibernéticos.** Curitiba: Juruá Editora, 2010.
- CRESPO, Marcelo Xavier de Freitas. **Crimes digitais.** São Paulo: Saraiva, 2011.
- CRESPO, Marcelo Xavier de Freitas. **Revenge porn: a pornografia da vingança.** 2014. Disponível em: <https://marcelocrespo1.jusbrasil.com.br/artigos/153948423/revenge-porn-apornografia-da-vinganca>. Acesso em: 19/03/2021.
- FELINTO, Erick. **A religião das máquinas: ensaios sobre o imaginário da cibercultura.** Porto Alegre: Sulina, 2005.
- FRAGOMENI, Ana Helena. **Dicionário enciclopédico de informática.** Rio de Janeiro: Campus, 1987. v. 1..
- JESUS, Damásio de. **Manual de crimes informáticos.** 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- JESUS, Damásio E. de. **Direito penal: parte geral.** 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.
- JORGE, Higor Vinicius Nogueira; WENDT, Emerson. **Crimes Cibernéticos: ameaças e procedimentos de investigação.** 2 ed. Rio de Janeiro: Brasport, 2013.
- KENT, Peter. **Internet para leigos passo a passo.** Tradução de Vania Maria da Cunha
- MAIA, Teymisso Sebastian Fernandes. **Análise Dos Mecanismos De Combate Aos Crimes Cibernéticos No Sistema Penal Brasileiro.** 2017. Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito. –Universidade Federal do Ceará – Fortaleza, Ceará, 2017. Disponível em: <http://www.repositorio.ufc.br/handle/riufc/31996>. Acessado em: 18/03/2021.
- MARTINS, Guilherme Saraiva. **CRIMES VIRTUAIS.** 2017. Dissertação (Bacharel em Sistemas de Informação) - Faculdade de Tecnologia do Piauí – FATEPI, Teresina, Piauí, 2017. Disponível em: http://grupomagister.com.br/uploads/biblioteca/tcc/TCCGUI_LHERME%20SARAIVA%20MARTINS%20-%20CRIMES_VIRTUAIS.pdf. Acessado em: 18/09/2020.
- MONTEIRO, Silvana Drumond. **O ciberespaço: o termo, a definição e o conceito.** Ciência da Informação, Brasília, v. 8, n. 3, p. 1-18, jun. 2007. Disponível em: Acesso em: 17 ago. 2019.
- OLIVEIRA, Wilson José. **Dossiê hacker: técnicas profissionais para conhecer e proteger-se de ataques.** São Paulo: Digerati Books, 2006. p. 26. Outubro de 1988. In: VADEMECUM Saraiva. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito digital.** 5. ed. rev., atual. e ampl. de acordo com as Leis n.12.735 e 12.737, de 2012 — São Paulo: Saraiva, 2013.

PINHEIRO, Patrícia. **Conceitos e terminologias**. In: PINHEIRO, P. P. Proteção de dados pessoais - comentários à Lei n. 13.709/2018 LGPD. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

REIS, Maria Helena Junqueira. **Computer crimes: a criminalidade na era dos computadores**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 30. 37

ROCHA, Fernando Galvão da. **Direito penal: parte geral**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 165.

ROSA, Fabrizio. **Crimes de informática**. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2005.

SANTOS, Karl Heisenber Ferro. Caderno de pós-graduação em direito: crimes digitais. **CIBERCRIME: UMA BREVE ANÁLISE DOS SUJEITOS E PRINCIPAIS DELITOS VIRTUAIS – Brasília: UniCEUB: ICPD, 2020. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/prefix/14602/1/Crimes%20digitais.pdf>**. Acesso em: 19/03/2021.

SANTOS, Loirto Alves dos. CAMARGO, Luiz Henrique Pires de. **Vírus de Computador: Uma Abordagem do Código Polimórfico**. 2013. Disponível em: <https://www.inf.ufpr.br/bmuller/TG/TG-LoirtoLuiz.pdf>. Acesso em: 13/04/2021.

SILVA, Tânia Ventura. **Crimes Cibernéticos: A era da Informação traz ameaça para sociedade**. 2016. Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,crimes_ciberneticos-a-era-dainformacao-digital-traz-ameaca-para-sociedade,56091.html. Acesso em: 13/03/2021.

VIDAL, Vagner. **Aquiles: do crime virtual à condenação penal**. São Paulo: Scortecci, 2012.



29

A PERSONALIDADE JURÍDICA DO NASCITURO

THE LEGAL PERSONALITY OF THE UNBORN

Elias Junot Araujo Costa

Resumo

O ordenamento jurídico brasileiro busca uniformizar direitos, que são garantidos ao nascituro, ou seja, a criança que ainda não nasceu. Apesar de disputar-se o início da personalidade jurídica, o Código Civil de 2002, o marco inicial de expressão da individualidade ocorreu nos nascidos vivos, mas os direitos dos bebês em gestação são protegidos. Apesar das teorias adotadas no Brasil são teorias naturalistas, assim como teorias conceitualistas e condicional, com outras visualizações relativas ao ponto de partida da personalidade jurídica. O nascituro não é considerado pessoa, mas apenas após o nascimento. Embora não tenham personalidade, alguns direitos são garantidos para o nascituro. O direito à vida é o direito mais básico direito, que é um pré-requisito para a existência de todos os outros direitos protegido ao nascituro. no entanto, certos direitos dos bebês em gestação estão sujeitos a suspensão porque está vivo esperando para nascer.

Palavras-chave: Nascituro, personalidade jurídica, teoria natalista, teoria concepcionista, teoria condicionada.

Abstract

The Brazilian legal system seeks to standardize rights, which are guaranteed to the unborn child, that is, the unborn child. Although the beginning of legal personality is disputed, the Civil Code of 2002, the initial milestone of expression of individuality occurred in live births, but the rights of unborn babies are protected. Although the theories adopted in Brazil are naturalist theories, as well as conceptualist and conditional theories, with other views related to the starting point of legal personality. The unborn child is not considered a person, but only after birth. Although they have no personality, some rights are guaranteed to the unborn child. The right to life is the most basic right, which is a prerequisite for the existence of all other rights protected the unborn child. however, certain rights of unborn babies are subject to suspension because they are alive and waiting to be born.

Keywords: unborn child, legal personality, natalist theory, conceptionist theory,

1. INTRODUÇÃO

O tema abordado nesse trabalho monográfico é de extrema relevância para o estudo do direito. Embora não seja muito discutido nos centros universitários, é muito importante definir o momento em que o nascituro adquire a personalidade jurídica, para que assim possa ficar resguardados os seus direitos. Ainda que exista três diferentes teorias que tratam do assunto, o entendimento não é pacificado acerca de qual é a mais adequada.

Tratando assim acerca da evolução da natureza jurídica Nascituro, tendo em vista o princípio da dignidade da pessoa humana tendo, especialmente como objeto de análise, discutir acerca dos direitos e garantias do nascituro como pessoa de acordo com o pensamento jurídico atual conforme o entendimento doutrinário e normativo acerca do tema, especialmente naquilo que se refere ao nascituro na legislação brasileira.

Tanta divergência e discussão acerca do nascituro deve-se principalmente ao fato do dispositivo (art. 2º da L. 10.046/2002) que regulamenta o assunto não ser suficientemente claro e preciso, pelo contrário, é um tanto quanto ambíguo pois dá margem para que uma ou outra teoria possa ser adotada, pontos esses que serão abordados neste presente trabalho descrever acerca das teorias da personalidade jurídica, apontando as questões práticas atinentes ao nascituro.

Assim a personalidade jurídica é aptidão genérica para se adquirir direitos e deveres. Por isso a importância do esclarecimento onde se inicia a personalidade, tendo em vista que a própria lei deixa um grande vácuo para as discussões, trazendo de certa forma, uma insegurança jurídica. Por isso é de suma importância o conhecimento por parte da sociedade sobre esta omissão de esclarecimento dos direitos e garantias do nascituro gerando grandes discussões, principalmente ao fato do dispositivo (art. 2º da L. 10.046/2002), que regulamenta o assunto não ser suficientemente claro e preciso, pelo contrário, é um tanto quanto ambíguo pois dá margem para que uma ou outra teoria possa ser adotada. Tal divergência está presente desde séculos passados.

Nesse liame, é imprescindível importância do assunto pois repercute até mesmo na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, e a ausência de um dispositivo que regulamente de maneira precisa o momento da aquisição da personalidade jurídica pelo nascituro traz insegurança jurídica, que reflete no âmbito social e moral.

Assim, justifica-se o interesse por esse estudo na medida em que a explanação a respeito desse tema traz à tona a importância do esclarecimento onde se inicia a personalidade, tendo em vista que a própria lei deixa um grande vácuo para as discussões, trazendo de certa forma, uma insegurança jurídica. Por isso é de suma importância o conhecimento por parte da sociedade sobre esta omissão de esclarecimento dos direitos e garantias do nascituro gerando grandes discussões.

No primeiro capítulo o conceito de nascituro é analisado, bem como o tratamento que as principais civilizações dispensaram a ele ao longo do tempo, tais como a Grécia antiga, Roma, na Idade Média e também no Brasil, partindo-se para um breve comparativo entre a legislação civil datada de 1916 e a vigente atualmente.

2. A EVOLUÇÃO DA NATUREZA JURÍDICA DO NASCITURO

A gravidez é o evento resultante da fecundação do óvulo (ovócito) pelo espermatozoide. Habitualmente, ocorre dentro do útero e é responsável pela geração de um novo ser (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2019). Esse novo ser, concebido no ventre materno, é denominado nascituro. O nascituro possui grande relevância no ordenamento jurídico brasileiro, e desde o início da civilização desperta o interesse dos povos, sendo dado a ele divergentes tratamentos ao longo dos tempos. A seguir será demonstrado qual tratamento as principais civilizações o concederam.

2.1 Conceito de nascituro na legislação

Nascituro é aquele que foi concebido, ou seja, está no ventre materno, mas ainda não nasceu. Posteriormente torna-se recém-nascido, podendo ser este nascido com ou sem vida, sendo o último chamado de natimorto (SIGNIFICADOS, 2015). Ainda, conforme definição do dicionário Soares Amora (2014), nascituro é aquele que ainda há de nascer; ou gerado, mas ainda não dado à luz.

O termo nascituro teve origem a partir do termo latino *nasciturus*, e conforme o direito civil, é o ser humano desde a concepção até o nascimento com vida, cujos direitos a lei põe a salvo. (SIDOU, 2016)

Ressalta-se que o termo nascituro não pode ser confundido com os termos embrião e/ou feto. De acordo com o dicionário Soares Amora (2014), embrião é o feto até o terceiro mês de vida intrauterina; e o feto é o ser vivo, produto da concepção, a partir do terceiro mês de vida intrauterina.

Contudo, é necessário lembrar que a técnica de fertilização *in vitro* é diferente do nascituro, levando-se em consideração que o requisito principal para caracterizar o nascituro é que aquele ovo que foi fecundado deverá estar dentro do útero da mãe, ou seja, intrauterino. Enquanto na fertilização *in vitro* a fecundação se dá fora do útero materno, ou seja, extracorpórea, e enquanto não for implantado no útero materno, o ovo fecundado não pode ser considerado nascituro. A doutrina considera que a questão pertinente à reprodução assistida deverá ser tratada em leis esparsas.

Para Silvio Venosa:

O nascituro é um ente já concebido que se distingue de todo aquele que não foi ainda concebido e que poderá ser sujeito de direito no futuro, dependendo do nascimento, tratando-se de uma prole eventual. Essa situação nos remete à noção de direito eventual, isto é, um direito em mera situação de potencialidade, de formação, para quem nem ainda foi concebido. É possível ser beneficiado em testamento o ainda não concebido. Por isso, entende-se que a condição de nascituro extrapola a simples situação de expectativa de direito. Sob o prisma do direito eventual, os direitos do nascituro ficam sob condição suspensiva (VENOSA; SILVIO, 2012 p. 142).

Nesse sentido entende-se que para o autor é um ente já concebido dando a ênfase de que é possível que se conceda a sujeição de direitos dentro da ordem civil.

Em relação ao direito internacional, Matos (2013), explana que o nascituro no direito romano não era dotado de personalidade, no entanto, se ele nascesse vivo, sua existência retroagia até à concepção, mas como a legislação romana é cheia de contradições, as opi-

niões também se divergiam entre teoria concepcionista e teoria Natalista.

2.2 Grécia Antiga

A Grécia tinha certo entendimento acerca do nascituro, pois havia punições imposta por aquele país em algumas regiões e em certo período de tempo a quem praticasse aborto. Mas em certos tempos a certas localidades não era punido o aborto (FALCÃO, 2012).

A civilização grega teve origem em Creta (século XX a.C.). Com o surgimento das cidades, houve variação American state sua formação político-jurídica, com umas tendendo para a adoção do sistema American state governo monocrático, como se deu na Macedônia, outras democráticas, como Atenas (PEDROSA, 2010).

Em Atenas, capital prosecutor antiga Grécia, a mais antiga legislação conhecida e relevante ficou conhecida como Leis American state Drácon, datada American state 621 a.C. A referida lei pôs fim à solidariedade acquainted com o intuito American state transformar a cidade no centro prosecutor vida social e política. Conhecido por sua severidade, o código retro mencionado introduziu um importante instituto no direito penal, qual seja a distinção ente os diferentes tipos American state homicídios: voluntário, involuntário e por legítima defesa (MACIEL; AGUIAR, 2017).

Ainda, conforme preleciona Maciel e Aguiar (2017), entre os anos American state 594 e 593 a.C., um novo código foi instituído por politician, considerado um dos fundadores da democracia. Tal código sofreu influência egípcia, e trouxe consigo uma reforma institucional, social e econômica, que contribuiu para o desenvolvimento dos atenienses.

A Grécia antiga teve grande importância como colaboradora na Ciência Embriologia, que teve como ponta pé inicial os estudos de Hipócrates, este ficou conhecido devido a seus conhecimentos sobre a Ciência Embriológica como o pai da medicina em seguida já no século IV a.C., foi assinado o tratado de embriologia que foi registrado por Aristóteles que concedeu a Hipócrates o título de Fundador da Embriologia (FALCÃO, 2012).

2.3 Nascituro no direito romano

Segundo Falcão (2012) assim como no direito brasileiro e no estrangeiro, o direito romanista apresenta uma grande divergência acerca deste tema, as doutrinas são bastante contraditórias. Afirmam que o nascituro é apenas uma parte do corpo da mãe que o carrega, não sendo considerado como pessoa, já em outras doutrinas dão o mesmo tratamento dado a uma criança já nascida.

No que diz respeito à sucessão tal direito já era concedido desde os antepassados do direito romano. É o que afirma abaixo o autor Semião (2000), desde o Direito Romano, porém, já se concede seja beneficiada em testamento pessoa ainda não nascida, mas já concebida quando da abertura da sucessão.

Acerca dessa contradição, Semião (2000) explana que:

Manifesta-se assim vacilante, o Direito Romano, quanto ao início da existência da pessoa e da personalidade. Em algumas vezes era reconhecida personalidade ao nascituro; em outras, se estabelecia uma personalidade condicional, colocando-se a salvo os seus direitos, sob a condição de que nascesse viável, consoante o brocardo: "Nasciturus pro jam nato habetur Quoties de ejuscom-

modisagitur”. Em outras ainda, considerava-se criança não viável como despida de personalidade e finalmente, às vezes, negava-se personalidade aos monstros ou crianças nascidas sem forma humana.

Era necessário que houvesse a perfeita adequação desses dois requisitos: o nascimento perfeito e o status (condição natural e civil, nesta ordem).

Então, o efeito jurídico só ia fazer efeito a partir do momento em que se apartasse o feto do ventre materno, e tanto a forma humana quanto o nascimento com vida fossem notórios (SINISCALCHI, 2005).

Segundo Alves (1987 apud FALCÃO (2012) monstrou seria aquele que gerado no ventre materno, apresentasse características de um animal, ainda que em parte, evidenciando-se que nasceu de coitus cum bestia. Outro ponto não menos importante que os já comentados anteriormente, era a questão da viabilidade, no direito romano este atributo tinha como principal aspecto o lapso temporal, no qual haveria de ser concluída a gestação de uma criança, de forma que ele continuasse a viver, ou seja, fosse viável a continuação da vida após o nascimento.

Observa-se que era imprescindível pra caracterização da forma humana, não bastando o quesito do nascimento com vida, se por acaso essas condições não se completarem a criança seria considerado como um monstro, não o sendo considerado como pessoa de acordo com o pensamento.

No direito romano para que o nascimento fosse considerado viável, e perfeito era preciso o tempo te no mínimo 182 dias e o máximo de 10 meses. Destarte que esse tempo foi estipulado por Hipócrates, esse prazo era imprescindível para os romanistas, pois neste lapso temporal o filho era visto como legítimo e criado em justas núpcias. Assim é o posicionamento de Pussi (2005, p.68):

Considerava-se filho legítimo aquele que nascesse perfeito no período do casamento, desde o princípio do sétimo mês ou 182 dias depois de sua realização ou, ainda, nascido dentro do prazo de dez meses de sua dissolução, já que nas duas situações presumia-se concebido durante as justas núpcias. Tudo com base nos textos de Paulo (D. 1.5.12 de status hom.) e Ulpiano (D.38.16.3.11 de suis).

Portanto destaca-se O nascituro é sujeito de direito ainda que lidando com a lei romana, não há nem mesmo um atributo de nascimento vivo, então os romanistas em alguns aspectos acreditavam que, como já nascido. Garantir ao nascituro o direito à alimentação para que possa Condições de nascimento saudável, direito de posse em nome do nascituro os direitos de herança pertencentes aos nascituros são garantidos.

3. TEORIAS ACERCA DA PERSONALIDADE JURIDICA

Neste capítulo serão apresentados o conceito e as características da personalidade jurídica e o seu surgimento, bem como outros conceitos correlatos àquele necessários a elucidação do tema, quais sejam a personalidade civil, a capacidade de fato e a capacidade de direito.

Serão analisadas também as principais correntes doutrinárias que tratam do assunto no Brasil, quais sejam, a corrente natalista, a corrente concepcionista e a corrente da personalidade condicionada. Além disso, serão abordados os conceitos gerais de cada uma,

bem como as suas particularidades e divergências doutrinárias.

O debate acerca da personalidade jurídica e o momento em que ela é adquirida, é de suma importância pois através dela é que será possível a posterior discussão dos direitos do nascituro.

Alguns estudiosos entendem que dentre as ordens normativas de direito privado geral acima mencionadas, a questão mais controversa e controversa envolve a personalidade civil do nascituro, tentando explicar se este possui proteção inerente.

O legislador desperdiçou a oportunidade de apaziguamento doutrinário que recebeu ao codificar o código no início dos anos 2000, acabando por reacender um acirrado debate entre naturalistas e conceitualistas (teorias conceituais, como veremos adiante).

Para a ingenuidade, em suma, o nascituro não é pessoa, nem tem direitos consideráveis, pois o Código Civil exige o nascimento com vida para ter a aclamada personalidade cívica. Podemos concluir sucintamente que, visto dessa perspectiva, o nascituro é simplesmente a expectativa de direito.

O empecilho dessa teoria é exatamente o que o parágrafo anterior expõe, porque ela apenas faz uma descrição literal e simplista do que o art.2º do código civil de 2002, aderindo a essa teoria, na doutrina, temos Sílvio Venosa, além de alguns outros clássicos, que não serão repetidos aqui.

A pergunta que o inatismo nos traz é: Então, se o nascituro não é uma pessoa, ele é apenas um objeto? Ainda é uma coisa? Podemos inferir que a resposta a tal questão é sim, em virtude do entendimento estabelecido pela falsa teoria, pois em seus proponentes o nascituro é apenas uma coisa.

Diante das alegações apresentadas, devemos entender que a teoria do nascimento está completamente superada, pois está tão distante dos preceitos do ideal de personificação do direito civil, que chega a negar ao nascituro os direitos fundamentais (vida, integridade, honra, imagem, alimentação...), observamos, assim, que tal teoria conflita com a ampla proteção dos direitos que cercam a personalidade. Está inerentemente muito longe do progresso que a sociedade vem exigindo e sofrendo, porque a teoria equivocada de alguma forma supera a realidade fática do direito privado atual.

3.1 Personalidade jurídica

Consegue-se classificar a personalidade em dois pontos, podendo ser eles, personalidade de pessoa física e personalidade jurídica de pessoa empresarial, ambas possuem seus direitos e deveres, todos cidadão tem à pessoa física consigo, já a pessoa jurídica não são todos. Podemos encontrar o tema relacionado no decorrer do Código Civil, Empresarial e na Constituição Federal.

Em relação ao início da personalidade da pessoa natural, formularam-se duas teorias principais: a teoria natalista e a teoria concepcionista. Ambas as correntes se fundamentam na interpretação do art. 2º do Código Civil brasileiro (CCB), que dispõe: “personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”¹.

O Código Civil adota a teoria natalista, concede a personalidade jurídica, do nascituro, se nascer com vida, porém, o Código Civil não deixa de lado o feto no qual por algum motivo venha a nascer morto. Porém alguns escritores adota a teoria concepcionista, que resguarda o nascituro desde sua concepção, não tendo necessidade de preencher os re-

quisitos básico.

3.2 Teoria natalista

A teoria natalista é a tese abordada no direito civil e por alguns escritores clássicos, baseado em alguns artigos no Código Civil pode entender-se que, o nascituro pode adquirir seus direitos somente com o nascimento com vida, logo em seguida faz-se pensar que o nascituro não seria considerado como pessoa caso viesse a morrer antes do seu nascimento, porém o código resguarda algumas de suas hipóteses.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves:

Muitas são as críticas à mencionada teoria. Afirma-se, por exemplo, que, entendendo que o nascituro não é uma pessoa, admite-se a referida teoria que deve ser tratado com uma coisa; olvida-se, ainda, de que há. No Código Civil, um sistema de proteção ao nascituro, com as mesmas conotações da conferida a qualquer ser dotado de personalidade (2013, Online).

Assim, entende-se que, uma vez que o nascituro nasce e respira pela primeira vez, desligando-se assim do ventre materno, passa a ser considerado pessoa, adquirindo direitos e deveres como cidadão, podendo morrer após o nascimento, porém, com seu suspiro. Ele entende que pode ser considerado uma pessoa.

Para que você possa entender o parágrafo acima, eu menciono a ideia aqui de Pontes de Miranda, citado por Sergio Abdullah em uma de suas obras:

No útero, a criança não é uma pessoa, se não nasce viva, nunca adquiriu direitos, nunca foi sujeito de direitos, [...]. Todavia, entre a concepção e o nascimento, o ser vivo pode achar-se em situação tal que se tem de esperar o nascimento para se saber se tem algum direito, pretensão, ação, ou exceção lhe deveria ter tido. Quando o nascimento se consuma, a personalidade começa. (MIRANDA, 2000, p. 42).

Ser capaz de compreender que as teorias naturalistas são maioria e que é Premissa a vida para proteger e sustentar o nascimento e personalidades, tornando inexistentes os direitos do nascituro se nascido sem vida, salvo o disposto no Código Civil.

3.3 Teoria condicional

Na teoria condicional, o próprio título tem sido considerado explicativo, é quando O nascituro tem a condição de cumprir o requisito de que terá Direitos e obrigações mantêm seus direitos somente se o embrião nascer vivo, no entanto, no Código Civil, o condicionalismo exige essa condição. “Estado de saúde A cessação do nascimento e do nascimento, isto é, se o nascituro vier a este mundo vivo, sua personalidade remonta à data de sua concepção.” (VASCONCELOS, 2010, pág. 32).

Segundo Flávio Tartuce, Teoria da Personalidade Condicional:

[...] é aquela pela qual a personalidade civil começa com o nascimento com vida, mas os direitos do nascituro estão sujeitos a uma condição suspensiva,



ou seja, são direitos eventuais. Como se sabe, a condição suspensiva é o elemento accidental do negócio ou ato jurídico que subordina a sua eficácia a evento futuro e incerto. No caso, a condição é justamente o nascimento daquele que foi concebido (2014, p. 79).

Nesse sentido percebe-se que a personalidade civil tem origem no nascimento com vida, portanto os direitos do nascituro estão sujeitos a alguns requisitos, mas não significa dizer que o mesmo não tenha direitos da personalidade.

3.4 Teoria concepcionista

Na teoria conceitualista, o nascituro é uma pessoa desde o dia do nascimento humano, todo e qualquer direito é Guarda, apesar de alguns entendimentos controversos de que é uma pessoa Só vive depois que nasce.

Para melhor entender a teoria, tem-se aqui o pensamento de Pampola Filho e Araújo:

A doutrina concepcionista tem como base o fato de que, ao se proteger legalmente os direitos do nascituro, o ordenamento jurídico já o considera pessoa, na medida em que, segundo a sistematização do direito privado, somente pessoas são consideradas sujeitos de direito, e, conseqüentemente, possuem personalidade jurídica. Dessa forma, não há que se falar em expectativa de direitos para o nascituro, pois estes não estão condicionados ao nascimento com vida, existem independentes dele.

A teoria concepcionista ganhou reforço com a entrada em vigor no Brasil da Lei 11.804, de 5 de novembro de 2008, conhecida como lei dos Alimentos Gravídicos, disciplinando o direito de alimentos da mulher gestante (art. 1º).

Os citados alimentos gravídicos, nos termos da lei, devem compreender os valores suficientes para cobrir as despesas adicionais do período de gravidez e que sejam dela decorrentes, da concepção ao parto, inclusive os referentes à alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares. Internações, parto, medicamentos e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis, a juízo do médico, além de outras que o juiz considere como pertinentes (art. 2º).

4. QUESTÕES ATINENTES AO NASCITURO

Independente da conjectura adotada, todos os doutrinadores consideram o nascituro como um ser vivo com direitos, alguns na forma de expectativa, pela teoria natalista, outros na forma do suspense, da teoria da personalidade condicionada, e até atributos. Em sua forma completa, de acordo com verdadeira teoria concepcionista. Dizemos agora sobre esses direitos garantidos ao nascituro.

Uma considerável parcela da jurisprudência tem reconhecido a legitimidade processual do nascituro, representado pela mãe, para propor ação de investigação de paternidade com pedido de alimentos. Todavia, mesmo a corrente que franqueava ao nascituro o acesso ao Judiciário, impunha-lhe, como requisito, a demonstração prévia do vínculo de paternidade, como o exige o art. 2º da Lei de Alimentos (Lein. 5.478, de 25.7.1968). (GONÇALVES, 2011).

Portanto mesmo não tendo personalidade, o ordenamento jurídico brasileiro assegura ao nascituro alguns direitos como: direito a vida, direito ao nome, alimentos gravídicos, pré-natal, direito a integridade moral e física dentre uma infinidade de normas que tem por objetivo resguardá-los.

O ordenamento jurídico brasileiro, entre outras vertentes, protege a vida de uma forma geral, a Constituição Federal, ao prever como direito fundamental a proteção à vida, abrange não só a vida extra-uterina, mas também a intra-uterina, pois se qualifica com verdadeira expectativa de vida exterior (MORAES, 2003, p.90).

O direito do nascituro deve ser protegido a partir do momento de sua concepção, tendo o Estado o dever de lhe assegurar o que determina o Código Civil de 2002.

4.1 Direito a vida

O Estado como detentor do direito deve garantir o direito à vida de acordo com a carta magna, tendo sido elencado como um direito fundamental pela Constituição Federal, ressaltando ainda que, a vida é o mais fundamental de todos os direitos, é um pré-requisito à existência de todos os demais direitos que são resguardados ao nascituro. Sendo, portanto, o primeiro dos direitos fundamentais que prevê a atual Constituição Federal de 1988. Conforme dispõe o artigo 5º, “caput”

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]. (BRASIL,1988).

O sistema jurídico garante a todas as pessoas o direito à vida, mesmo antes do nascimento. No entanto, não se pode tirar a vida de ninguém, razão pela qual o Código Penal de 1940 pune o aborto. Direito à Vida Segundo Carlos Alberto Bittar:

Estende-se a qualquer ente trazido a lume pela espécie humana, independentemente do modo de nascimento, da condição do ser, de seu estado físico ou de seu estado psíquico”. Basta que se trate de forma humana, concebida ou nascida natural ou artificialmente in vitro, ou por inseminação, não importando, portanto: fecundação artificial, por qualquer processo; eventuais anomalias físicas ou psíquicas, de qualquer grau; estados anormais: coma, letargia ou de vida vegetativa; manutenção do estado vital com o auxílio de processos mecânicos, ou outro daí por que questões de morte aparente e da ressurreição posterior devem ser resolvidas, à luz do Direito, sob a égide da extinção ou não, da chama vital, remanescendo a personalidade enquanto presente e, portanto, intacto o direito correspondente. [...]. (BITTAR, 1999, p.67).

Assim, o direito à vida deve ser protegido tanto no ventre materno quanto ao nascer. A vida é o direito mais precioso do ser humano. O ordenamento jurídico traz direitos que não podem ser violados e o aborto é uma dessas violações que são reprimidas através de penalizações. Segundo Alexandre de Moraes:

A penalização do aborto (Código Penal, art. 124) corresponde à proteção da vida do nascituro, em momento anterior ao seu nascimento. A Constituição Federal, ao prever como direito fundamental a proteção à vida, abrange não

só a vida extra-uterina, mas também a intra-uterina, pois se qualifica com verdadeira expectativa de vida exterior. Sem o resguardado legal do direito à vida intra-uterina, a garantia constitucional não seria ampla e plena, pois a vida poderia ser obstaculizada em seu momento inicial (MORAES, 2003, p. 90).

De acordo com o Código Penal de 1940, em seu artigo 128, prevê o aborto nos casos em que o aborto é necessário, inciso I: “se não há outro meio de salvar a vida da gestante”, e aborto no caso de gravidez resultante de estupro, inciso II “se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal”

Todavia, o atual Ministro do STF Alexandre de Moraes, entende que:

Em relação ao aborto que, além das hipóteses já permitidas pela lei penal, na impossibilidade do feto nascer com vida, por exemplo, em casos de acrania (ausência de cérebro) ou, ainda, comprovada a total inviabilidade de vida extra-uterina, por rigorosa perícia médica, nada justificaria sua penalização, uma vez que o direito penal não estaria a serviço da finalidade constitucional de proteção à vida, mas sim estaria sim ferindo direitos fundamentais da mulher, igualmente protegidos: liberdade e dignidade humanas. Dessa forma, a penalização nesses casos seria flagrante inconstitucionalidade (MORAES, 2003, p. 91).

Entendamos, no entanto que nem sempre os Tribunais Pátrios votam a favor do aborto realizado pelos médicos, tratam cada caso de uma forma, cabendo ao julgador com os direitos garantidos no ordenamento jurídico, bem como aos princípios que dentro dela se encontram fazer justiça.

A respeito da vida humana, leciona Paulo Napoleão Nogueira: “Por vida humana deve ser entendido um complexo de elementos físicos, psíquicos, intelectuais, éticos e morais: é esse conjunto que constitui o que se denomina o que se entende por „ser humano” [...], nesse sentido disque esse direito nasce com o homem desde o zigoto até o envelhecimento, encerrando-se com a morte.

Esse direito encontra reconhecimento internacional na Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, ratificada pelo Brasil somente em 1992, que em seu artigo 4º, 1 diz: “Toda pessoa tem direito a que se respeite a sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”.

No Brasil esse direito se garante tanto para brasileiros como aos estrangeiros de acordo com a Constituição Federal de 1988, no caput do art. 5º, “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”.

Sobre esse direito, dispõe Santos Cifuentes:

Falar de um “direito sobre a vida” poderia implicar na legitimidade do suicídio, uma vez que denota um poder absoluto, como se a pessoa pudesse dispor sem limites sobre sua vida. Também se faça uso “direito à vida”, mas, como é inato, é dado desde o começo, não sendo apropriado dar a entender que se tem direito a conseguir a vida. Ela se consegue ou se obtém de forma automática; é um acontecimento natural. Há outro aspecto. Tem-se direito a que

os outros se abstenham de atacar; a conservação da vida e o gozo dela. O gozo comporta, no plano jurídico, a defesa. (tradução nossa).

Portanto, o direito à vida é inerente ao ser humano, estando ele já nascido ou concebido, mesmo diante da teoria que se tenha adotado, cabe sim a este ao nascituro.

4.2 Direito à saúde

O nascituro também é titular do direito a saúde, em que o Estado tem o poder dever de garantir esse direito, portanto a própria Constituição Federal de 1988 faz menção no seu art. 196:

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (BRASIL, 1988).

No que o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) no art. 7º que dispõe:

Art. 7º A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência. (BRASIL, 1990).

Tendo o direito ao fornecimento de medicamentos necessários à preservação de sua saúde, assim como, para a gestante ter uma boa evolução em sua gravidez, e também ao nascituro e garantido a realização de todos os tratamentos que possam resguardar sua saúde. (BRASIL, 1990).

Ao nascituro é assegurado atendimento através do Sistema Único de Saúde (SUS), para que este venha nascer em condições dignas de existência (BRASIL, 1990).

A Lei nº 11.804/08 que disciplina os Alimentos Gravídicos no ordenamento jurídico brasileiro, veio para proteger, trazer segurança a gestante e ao nascituro em todo o período de gestação. Conforme dispõe o artigo 2º da respectiva lei:

Art. 2º Os alimentos de que trata esta Lei compreenderão os valores suficientes para cobrir as despesas adicionais do período de gravidez e que sejam dela decorrentes, da concepção ao parto, inclusive os referentes a alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto, medicamentos e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis, a juízo do médico, além de outras que o juiz considere pertinentes (BRASIL, 2008).

Entende-se que nesse aspecto trata também Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho defendem que:

O nascituro tem direito a alimentos como forma de proteção para um desenvolvimento saudável, relevando, assim, a qualidade de nascituro como pessoa detentora de direitos (GAGLIANO, FILHO, 2009, p. 86).

Diante desse reconhecimento de direitos da personalidade ao nascituro entende-se que o direito aos alimentos gravídicos de quer tratar a Lei de Alimentos Gravídicos, começando-se a observar o quanto esse ser tem esses direitos resguardados

4.3 Direito ao reconhecimento da filiação

De acordo com Flávio Tartuce filiação é a relação jurídica existente entre ascendentes e descendentes de primeiro grau, ou seja, entre pais e filhos. Tal relação é regida pelo princípio da igualdade entre os filhos (art. 227, § 6.º, da CF/1988, e art. 1.596 do CC), (TARTUCE; FLAVIO, 2015 p. 973).

A mãe tem o direito de procurar meios, ou se utilizar dos instrumentos que movem a máquina Estatal com o intuito de investigar a paternidade em nome do nascituro, ainda que o pai tenha falecido antes do nascimento do filho. João Manoel de Carvalho Santos afirma que:

A permissão do reconhecimento antecipado da prole tem como fundamento: o temor do pai de morrer antes de nascer o seu filho, ou de achar-se por outro motivo (interdição por loucura etc.) impedido de fazê-lo após o nascimento; e a incerteza da mãe escapar do parto, sobrevivendo-lhe o filho: neste caso, a declaração de gravidez equivale ao reconhecimento do filho, feito mediante escritura pública ou testamento (SANTOS, 1992, p.435).

Dessa forma o nascituro goza de direitos à filiação, bem como de reconhecimento desde a sua concepção. Contudo, a criança, embora não nascida, deve adquirir tais direitos como se nascido fosse (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 306).

Entende-se também a respeito da filiação na visão do autor Silvio Venosa:

O nascituro pode ser objeto de reconhecimento voluntário de filiação (art. 1.609, parágrafo único); deve-se-lhe nomear curador se o pai vier a falecer estando a mulher grávida e não detiver o pátrio poder (art. 1.779); pode ser beneficiário de uma doação feita pelos pais (art. 542), bem como adquirir bens por testamento, princípios que se mantêm no atual Código. Esses direitos outorgados ao nascituro ficam sob condição suspensiva, isto é, ganharão forma se houver nascimento com vida, daí por que nos referimos à categoria de direito eventual. Há também quem sustente que ocorre nessa situação apenas uma expectativa de direito. Essas distinções são vistas neste volume quando tratamos dos negócios jurídicos (VENOSA, SILVIO, 2013 p.143).

Observasse o pensamento desses doutrinadores acerca deste reconhecimento de filiação ao nascituro, deixando de forma nítida que é coexistente esse direito, dando no que se falar já um direito adquirido antes mesmo do nascimento com vida.

A posição do nascituro é peculiar, pois o nascituro possui, entre nós, um regime proteivo tanto no Direito Civil como no Direito Penal, embora não tenha ainda todos os requisitos da personalidade. Desse modo, de acordo com nossa legislação, inclusive o Código de 2002, embora o nascituro não seja considerado pessoa, tem a proteção legal de seus direitos desde a concepção.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base em todo o trabalho sobre a personalidade jurídica e os direitos do nascituro, conclui-se que o nascituro tem proteção jurídica perante a legislação brasileira vigente.

Assim, o nascituro tem direitos e garantias que lhe são assegurados, ainda que sua personalidade jurídica tenha sido adquirida desde o nascimento em vida. Porque a teoria aceita é natalista, baseada no art. 2º do Código Civil de 2002, que afirma que a personalidade é adquirida com o nascimento e, portanto, o nascituro tem apenas uma expectativa de direitos decorrentes da suspensão de alguns direitos pendentes de um nascimento com vida. Embora a teoria majoritária seja uma teoria do nascimento, que trata o nascituro não como pessoa, mas como sujeito de direitos, ainda existe uma teoria com muita força entre seus proponentes, que é a teoria da concepção.

Esta teoria tem grande poder entre os cientistas modernos. Entre outras coisas, a Constituição Federal de 1988 consagra como direito fundamental a proteção à vida, não só a vida fora do útero, mas também a vida intrauterina. Este direito é o primeiro dos direitos fundamentais, que é um pré-requisito para a existência de outros direitos. É garantido o desenvolvimento saudável do nascituro, sendo assegurada a assistência médica pelo Sistema Único de Saúde (SUS), para que o parto ocorra em condições dignas. Você tem o direito de cuidar da sua própria saúde, bem como da gestante. Lei de alimentos gravídicos (Lei n. 11 80 /2008) regulamenta os alimentos para gestantes, que veio para proteger e trazer segurança tanto para a gestante quanto para o nascituro durante a gestação.

Os alimentos que sobrevivem até o nascimento são convertidos em pensão alimentícia. A mãe tem o direito de avançar na investigação de paternidade em nome do nascituro, tem direito à reprodução e ao reconhecimento desde o momento da concepção, embora ainda não tenha nascido, deve obter os mesmos direitos como se tivesse sido nascido. Mas o nascituro não é uma pessoa jurídica, alguns direitos são protegidos, mas ele só tem a expectativa de direitos.

Esta situação é próxima da personalidade, mas não é a mesma, porque a personalidade vive desde o nascimento. Diante disso, as hipóteses de pesquisa parecem ter sido alcançadas porque, diante de tantos insights doutrinários, religiosos, históricos, sociais, filosóficos e biológicos, chega-se à conclusão de que a vida começa na concepção. Uma vez que o problema deste trabalho foi atingido e concluiu-se que mesmo o nascituro não tem personalidade jurídica, a lei civil protege os direitos do nascituro. Ou seja, o nascituro que aguarda o nascimento com vida tem apenas uma expectativa de direitos devido a eventual suspensão de direitos

Referências

- DOS HIRONAKA, Giselda Maria F N.; SANTOS, Romualdo Baptista. **Direito civil:** estudos. Editora Blucher, 2018.
- DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida:** Aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo, Martins Fontes, 2003
- FALCÃO, Rafael de Lucena. 2012. **A Personalidade Jurídica do Nascituro.**
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil.** 10 ed. Salvador: Jus Podivm, 2012.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil,** Parte Geral. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- GOLDIM, José Roberto. Eugenia. UFRGS. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/bioetica/eugenia.htm>. Acesso em: 23 Jun. de 2021.

- GONÇALVES, Carlos R. **Direito Civil Brasileiro** - Volume 1 . Editora Saraiva, 2022.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro** – parte geral. V.I. Ed: 11ª. SP: Saraiva. 2013.
- GUARACI, Viana. **O nascituro como Sujeito de Direitos. Início da Personalidade Civil: Proteção Penal e Civil**, em Programa de atualização em Direito da Criança – ONLINE TEXTO 8
- HILDEBRAND, Antônio Roberto. **Dicionário Jurídico**. 4º ed. São Paulo: JH Mizuno, 2007.
- MANSANO, JOSIANE. DIREITOS DO NASCITURO. SÃO PAULO, 2011.
- MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral**. 7º ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- PEREIRA, Caio Mário da S. **Instituições de Direito Civil** - Vol. I - Introdução ao Direito Civil - Teoria Geral de Direito Civil. Grupo GEN, 2020.
- RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v.1.
- SANTOS, João Manoel de Carvalho. **Código Civil Brasileiro Interpretado**. 15. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1992.
- SCHREIBER, Anderson. **MANUAL DE DIREITO CIVIL: CONTEMPORÂNEO**. Editora Saraiva, 2021
- SEMIÃO, Sergio Abdalla. **Os Direitos do Nascituro: aspectos cíveis, criminais edo biodireito**. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- TAVARES, Maria Manuela Paiva Fernandes. **Feminismos em Portugal**, 2008. TJ- Tribunal de Justiça, Decisões Monocráticas, 2015,
- VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**, Parte Geral. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- WALD, Arnoldo. **Curso de Direito Civil Brasileiro** — Introdução e Parte Geral, 8. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.



30

**VIOLÊNCIA DOMÉSTICA: ANÁLISE DO AUMENTO DA
VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER DURANTE O PERÍODO DA
PANDEMIA DO CORONAVÍRUS.**

*DOMESTIC VIOLENCE: ANALYSIS OF THE INCREASE OF
VIOLENCE AGAINST WOMEN DURING THE PERIOD OF THE
CORONAVIRUS PANDEMIC*

Bruna dos Santos Silva

Patrícia de Cassia Barros de Sousa

Resumo

O presente artigo visa analisar os reflexos da violência doméstica contra a mulher no Brasil durante o período de isolamento social devido a pandemia do Covid-19; assim como, espelhar as medidas que podem ser tomadas aspirando a melhoria dos métodos de prevenção da violência doméstica contra a mulher e das redes de acolhimento às vítimas, diante dos casos verificados durante a pandemia no Brasil. A metodologia utilizada foi fundamentada em pesquisas bibliográficas, documental e na própria legislação brasileira. Percebeu-se que a história das mulheres ainda é marcada por um difícil cenário de violência e de lutas. As mulheres ainda são constantemente vítimas de agressão e maus tratos por parte de membros da sua família. Como principais conclusões, infere-se que as medidas adotadas se mostraram, ainda, ineficazes principalmente ao que tange as alternativas de enfrentamento através do acesso à internet, aplicativos e/ou mídias sociais. Sendo assim, as recomendações mais eficazes seriam a adoção de novos métodos de combate e prevenção à violência, tais como, operacionalização de política pública mais efetiva onde os assistentes sociais juntamente com uma rede multidisciplinar pudessem trabalhar *in situ* em prol da prevenção à violência contra a mulher e apoio àquelas que foram vítimas, assim como também campanhas de conscientização e divulgação dos direitos femininos e melhorias no sistema de acolhimento.

Palavras-chave: Violência Doméstica. Isolamento Social. Direito Penal. Covid-19.

Abstract

The present study aims to analyze the domestic violence against women in Brazil during the period of social isolation due to the Covid-19 pandemic; as well as, mirror the measures that can be adopted to improve the methods of prevention of the domestic family and the networks of reception for women, in the face of the selected cases for the pandemic in Brazil. The methodology used was based on bibliographic and documentary research and on Brazilian legislation. It was noticed that the history of women is still marked by a difficult scenario of violence and struggles. Women are still victims of aggression and mistreatment by family members. As main conclusions, it is inferred that the measures adopted were still ineffective, especially regarding the alternatives of confrontation through internet access, applications and/or social media. Therefore, the most effective recommendations would be the adoption of new methods of combating and preventing violence, such as the implementation of a more effective public policy where social workers together with a multidisciplinary network could work *in situ* in favor of preventing violence against women and support to those who were victims, as well as awareness campaigns and dissemination of women's rights and improvements in the reception system and publicity support that were received, as well as awareness campaigns and improvements in the reception system.

Key-words: Domestic Violence. Social Isolation. Criminal Law. Covid-19.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo visa analisar a configuração da violência doméstica contra as mulheres no Brasil durante o período de isolamento social devido a pandemia do vírus corona e tem como principal objetivo analisar as evidências do aumento das ocorrências de violência doméstica contra a mulher no Brasil, no contexto de pandemia da COVID-19.

A relevância deste estudo é pertinente, por tratar de um tema que tem gerado vários debates, de importância social, jurídica e estando relacionado diretamente a uma questão relevante para a sociedade, tendo em vista que a violência contra a mulher foi um assunto muito debatido e noticiado principalmente após a aplicação das restrições de movimento e isolamento social provocado pela pandemia do coronavírus.

Ainda que a pandemia do coronavírus não seja a causa do aumento da violência doméstica contra a mulher, contribuiu significativamente para o seu agravamento, tendo em vista que o confinamento obrigatório, adotado em diversos países, inclusive no Brasil, propiciou com que as vítimas passassem a conviver mais tempo com todo o seu núcleo familiar e em alguns casos com seus habituais agressores ou o surgimento de novos agressores ocasionando assim, a intensificação dos conflitos “já existentes” e dificultando o acesso as redes de apoio.

O interesse pelo presente tema de estudo surgiu em razão de alguns trabalhos desenvolvidos no início da graduação, assim como palestras e seminários que tive a oportunidade de participar sobre a Aplicação da Lei Maria da Penha nos casos de violência contra a mulher. Com o acompanhamento do cenário durante o período de “quarentena” o desejo de utilizar o tema tornou-se mensurável devido a compreensão da importância de maximizar os estudos sobre o mesmo tendo em vista que a violência doméstica contra a mulher tem efeitos prejudiciais à saúde e é de interesse de toda a sociedade.

A metodologia de pesquisa adotada fora de revisão bibliográfica por meio de estudos das obras de diversos autores que abordam as categorias de gênero, violência doméstica contra a mulher, Direito Processual, Direito Penal, legislação especial e de Direito Civil. Destacamos nesse sentido, as pesquisas de Mesquita (2020), Pimentel e Martins (2020), Salgado (2007, 2020), Miranda (2013), Saffioti (2015), Minayo (2006), Scott (1989), dentre outras pesquisas na plataforma Google Acadêmico e Scielo além das legislações brasileiras em vigor com vistas a entender quais medidas representam ações positivas no tocante ao combate à violência contra a mulher.

Para refinar a pesquisa cuidou-se em fazer um breve histórico a respeito da violência contra a mulher no Brasil, assim como, a violência doméstica, a Lei Maria da Penha e as demais normas de proteção às mulheres vítimas de violência doméstica, também objetiva evidenciar dados referentes a sua eficácia. A posteriori será apresentado o cenário da pandemia do novo coronavírus no Brasil, assim como apresentará uma análise entre o aumento do número de casos de violência doméstica durante a pandemia e o isolamento obrigatório, além dos fatos que contribuíram para o agravamento do quadro. Por fim, o último item discorre a respeito da eficácia das medidas adotadas pelo Estado brasileiro na prevenção da violência doméstica e familiar contra a mulher durante o período de pandemia do coronavírus e das medidas que podem ser tomadas pelo Governo visando melhorias dos métodos de prevenção da violência e das redes de acolhimento e apoio as vítimas.

2. VIOLÊNCIA CONTRA AS MULHERES NO BRASIL

O termo violência é de natureza plurívoco, e é utilizado em muitos contextos. O vocábulo deriva do latim *violentia*, tendo o prefixo *vis* que quer dizer força, potência, impulso ou vigor. Minayo (1999), define que a violência é um “[...] dos eternos problemas da teoria social e da prática política e relacional da humanidade”. A autora defende que a violência sempre existirá na sociedade, tendo em vista que nunca houve sociedade sem conflitos e violência, pois essa sempre fez parte da experiência humana, não sendo manifestada apenas em episódios isolados (MINAYO, 1999, p.07).

Pinheiro e Almeida (2003), corroboram, a partir do conceito definido pela Organização Mundial da Saúde (OMS), que descreve a palavra violência como:

[...] uso intencional da força ou poder em uma forma de ameaça ou efetivamente, contra si mesmo, outra pessoa ou grupo ou comunidade, que ocasiona ou tem grandes possibilidades de ocasionar lesão, morte, dano psíquico, alterações do desenvolvimento ou privações (PINHEIRO e ALMEIDA, 2003, p.16).

Nessa perspectiva, pode-se afirmar que a violência enquanto questão social, situa-se de forma complexa em todas as esferas da sociedade. Saffioti (2015), ainda, destaca que o termo violência trata-se de qualquer ação que vise o rompimento de qualquer forma de integridade da vítima, seja ela física, psíquica, sexual ou moral, através do uso da força. Assim, pode-se inferir que qualquer tipo de violência é uma violação dos direitos essenciais do ser humano (SAFFIOTI, 2015, p.18).

Desde os primórdios até os dias atuais as mulheres carregam consigo todo um aparato de preconceitos e controle, advindo de um sistema de dominação, exploração e subserviência. Das diferentes formas e modalidades de violência destaca-se a violência doméstica, onde os principais alvos são crianças, idosos e as mulheres. Dahlberg e Krug (2007) afirmam que as mulheres, desses grupos, continuam sendo alvos de violência física, psicológica e social, e que além dos atos serem abusivos, muitas vezes resultam em morte (DAHLBERG; KRUG, 2007, p. 23).

Para Ban Ki-moon, Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas (2013), “a violência contra as mulheres é uma violação hedionda dos direitos humanos, uma ameaça global, uma questão de saúde pública e um ultraje moral”. Apesar de todos os relatos, dados, pesquisas e leis existentes em prol do enfrentamento dos casos de violência ocasionados contra as mulheres, nota-se uma antítese aos ideais e princípios da nação apregoados cada vez nas manchetes, apontando a violência contra as mulheres como um dos crimes mais comuns praticados no Brasil e no mundo. Este tipo de violência se faz presente em diversas sociedades, não importando sistema político, econômico, cultural, classe social ou etnia. É um crime que se manifesta de diferentes maneiras e ocupa lugar em diferentes espaços, tendo como principal alavanca a necessidade de dominação, discriminação e exploração em razão da desigualdade das relações de gênero (BAN KIN-MOON, 2013).

A história evidencia o distanciamento da função do papel do homem e da mulher perante a sociedade. Os homens estruturaram o poder patriarcal de dominação sobre as mulheres. Segundo Faleiros (2007), a dominação forma-se por intermédio da desigualdade entre os gêneros e, além disso, destaca que a divisão do trabalho, promoveu uma separação de classes. O cenário histórico que registra a linha de evolução das lutas das mulheres tem um início marcado por mulheres oprimidas e vítimas de suas famílias, maridos e, principalmente, de uma sociedade regida pelas leis do patriarcado e pela misoginia. Miller (1999), enfatiza que as mulheres eram condicionadas como servas dos maridos, etiqueta-

das como propriedade em uma condição pautada em leis que perduraram desde a Idade Média até meados do século XIX, fazendo com que as mulheres sofressem as restrições relacionadas a questão social, cultural, religiosa e econômica:

[...] enquanto as mulheres não tinham direitos legais para solicitar o divórcio, nem mesmo por adultério, o qual era considerado uma vergonha para a esposa, não para o marido, os homens não encontravam nenhuma dificuldade para obtê-lo. (MILLER, 1999, p.80).

Para Miller (1999), essa forma de vivência demonstra não apenas a injustiça, mas também, a ausência e/ou privação dos direitos das mulheres. Esses vestígios de marcas históricas perduram até os dias atuais onde a maior parte das mulheres brasileiras lutam pela garantia e efetivação dos direitos já conquistados na sociedade, no mundo do trabalho e até mesmo no seio do seu lar. Com a evolução das conquistas femininas obtidas historicamente, a violência contra as mulheres começa a mascarasse, e o panorama atual evidencia a violência contra a mulher como forma de reprimi-las, diminuí-las, fazer com que caibam dentro do mundo o qual, “os homens e a sociedade”, com raiz preconceituosa imersa no machismo e no autoritarismo faz acreditar ser o ideal para elas. No entanto, a violência doméstica, que antes era vista como natural e legitimada pelos padrões sociais, ganha uma nova roupagem se arrastando para uma “liberdade feminina” e crescimento da efetivação dos direitos através de políticas públicas e sociais que visam combater as modalidades de crimes e/ou violência cometidos a esse gênero (MILLER, 1999, p.80).

2.1 O que diz a legislação brasileira sobre a violência contra a mulher

Mundialmente, as mulheres têm se organizado em prol de reivindicar seus direitos. Segundo o Plano Nacional de Políticas Para as Mulheres (PNPM), por volta do final do século XIX esses direitos foram sendo obtidos de forma lenta e progressista. As primeiras conquistas do movimento feminista datam em meados de 1934, quando a Constituição Federal sanciona a igualdade entre sexos. E em 1936, após grandes ações dos grupos feministas militantes, Bertha Lutz, uma das mais importantes líderes sufragistas, colaborou para a criação do Estatuto da Mulher (BRASIL, 2006).

Em 1970, em razão dos movimentos feministas, em busca da defesa dos direitos das mulheres, e em prol de denunciar a dominação-exploração praticada pelos homens foi criado o movimento feminino de Anistia, onde o Estado passou a ser cobrado para a criação de políticas públicas de combate da violência de gênero, incluindo a violência doméstica. Em 1977, foi publicada a lei do divórcio, garantindo na prática a liberdade feminina (BRASIL, 2006).

Destarte, as mulheres continuaram lutando cada vez mais e ao longo de décadas, conseguiram modificações nas legislações, políticas e costumes de diversos países. Data, especificamente 1985 que a Organização das Nações Unidas (ONU) declara a inauguração da primeira Delegacia de Defesa da Mulher e criação do Conselho Nacional dos Direitos da Mulher (CNDM), por meio da Lei nº 7.353/85. Ainda mais, Silveira (2006), corrobora ao destacar que no ano seguinte fora criada pela Secretaria de Segurança Pública de São Paulo, a primeira Casa-Abrigo para vítimas em situação de risco de morte do país (SILVEIRA, 2006).

Ao longo da história, essas conquistas têm sido centrais para os debates referentes ao eixo da política de combate à violência contra as mulheres. Segundo a política nacional de enfrentamento à violência contra as mulheres (PNEVCM), esse foco contribuiu também

para a base do Programa Nacional de Combate à Violência contra a Mulher (PNCCVM). No entanto, apesar dos avanços relevantes, em alguns países do mundo, ainda mantém leis e políticas discriminatórias, e na prática, a discriminação, de fato, continua sendo uma realidade (SILVEIRA, 2006, p. 24).

Em 2002, fora promulgada a Lei nº. 10.455 que criou a medida cautelar de natureza penal, ao admitir a possibilidade de o juiz decretar o afastamento do agressor do lar conjugal, na hipótese de violência doméstica. As conquistas foram se avolumando e em 2003, houve a criação da Secretaria de Políticas para Mulheres, momento este em que as ações de enfrentamento passam a ter um maior investimento e a política é ampliada no sentido de promover a criação de novos serviços. Em 2004, com a promulgação da Lei nº. 10.886, foi acrescentado um subtipo à lesão corporal leve, decorrente de violência doméstica, aumentando a pena mínima de três para seis meses de detenção (BRASIL, 2006).

Contudo, nenhuma das legislações criadas e sancionadas foram suficientes à proteção eficaz das mulheres em situação de violência e/ou efetivas ao combate a esse tipo de crime no sentido de garantir os direitos das mulheres a uma vida sem violência. Tendo em vista esse cenário, fora promulgada a Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006, mais conhecida como Lei Maria da Penha, salienta-se que esta, é uma lei bastante abrangente e traz diversas formas e modalidades de violência doméstica e familiar contra a mulher (BRASIL, 2006).

A Lei nº 11.340/2006 além de criar todo um aparato para combater a violência doméstica e familiar, em seu *corpus*, caracteriza no artigo 5º as formas de violência doméstica contra a mulher, sendo elas: morte, lesão, sofrimento físico, sexual, moral, psicológico, danos morais, ou patrimoniais dentre outros. Exemplificando no seu artigo 7º as possibilidades, dentre elas: insulto, chantagem emocional, diminuição de autoestima, perturbação de desenvolvimento, ridiculização etc. Essas ações buscam envolver diferentes setores do Estado em prol de formar uma rede de ajuda e proteção em prol do enfrentamento à violência contra as mulheres (BRASIL, 2006).

A Lei Maria da Penha traz como um dos seus eixos estruturantes a Política Nacional de Enfrentamento à Violência (PNEM) contra as Mulheres que tem por finalidade estabelecer conceitos, princípios, diretrizes e ações de prevenção e combate à violência contra as mulheres, assim como, de assistência e garantia de direitos às mulheres que apresentem possibilidade de caso de violência. A Política Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres, expõe de forma cirúrgica cada uma das etapas e a importância de cada uma delas para o sucesso do programa, acesso, garantia e efetivação dos direitos. Ainda assim, fora instituído em agosto de 2007, o Pacto Nacional que é um acordo federativo entre governo federal, Distrito Federal, governos e municípios brasileiros para o planejamento e integração das ações (BRASIL, 2006).

2.2 Tipificação da violência contra as mulheres

Diante da dimensão do problema de violência contra as mulheres, tanto em termo do grande quantitativo de mulheres atingidas quanto das consequências psíquicas, sociais e econômicas ocasionadas, a lei promulgada em 2006 a Lei nº 11.340, de 07 de agosto, visa corroborar para o sucesso no enfrentamento dessa causa. Tendo em vista que a partir dessa Lei, fora sancionado que os crimes dessa espécie fossem julgados nos Juizados Especializados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher ou nas Varas Criminais (SENADO, 2019).

A Lei prescreve no seu artigo 7º cinco tipos de violência doméstica e familiar contra a

mulher, sendo elas: física, psicológica, moral, sexual e patrimonial. Destaca-se ainda, que qualquer uma delas constitui ato de violação dos direitos humanos. Nader (2008), declara que as formas de violência contra as mulheres não se manifestam apenas por intermédio da agressão física onde se é visível a violência, mas também a violência moral. Atenta a isso, a sociedade busca juntamente com às autoridades competentes medidas e ações que ofereçam melhor proteção às mulheres, por meio de aplicação de penas mais severas, para coibir crimes desta natureza (NADER, 2008, p.41).

A Lei Maria da Penha torna-se assim, efetivamente operante, viabilizando meios para impedir a violência doméstica e familiar contra a mulher tornando mais rápida e rigorosa as punições para agressões contra a mulher quando ocorridas no âmbito doméstico e familiar. Os mecanismos criados são pautados nos termos do parágrafo 80 do artigo 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de todas os meios de discriminação contra as mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher que versa sobre a implementação de Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, além de alterar o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal, contribui também com outras providencias (BRASIL, 2006).

2.3 As máscaras da dominação

Segundo a psicóloga norte-americana Lenore Walker a violência doméstica tem várias faces e especificidades podendo assim, serem elencadas a partir de comportamentos habituais que ocorrem entre ofensor e vítima. Considera ainda que conhecendo o perfil do homem autor de violência contra a mulher é possível criar medidas protetivas às mulheres e formas de enfrentamento. Apesar que em geral o agressor de mulher não tem cor, não tem idade, não tem classe social, ou seja, não possui características aparentes e em muitos casos nem sequer possui antecedentes criminais, há certas atitudes que todos eles evidenciam antes da agressão (WALKER, 1979).

Tais comportamentos fazem parte do chamado ciclo de violência, composto de três fases em que se identifica as agressões que ocorrem em um contexto conjugal de forma cíclica. A primeira fase, também conhecida como “aumento da tensão”, o agressor mostra-se tenso e irritadiço com coisas triviais chegando até ter acessos de raiva que podem ocasionar ameaças a vítima e destruição de objetos. Por aflição e muitas vezes medo a vítima tende a acalmar o agressor e evita qualquer conduta que possa maximizar tal comportamento (SOARES, 2005; HYRIGOYEN, 2006).

O sentimento de impotência juntamente com outras sensações, tais quais, tristeza, angústia, ansiedade, medo dentre outras, marcam a primeira fase, onde a vítima passa por uma situação de estranhamento e negação por não acreditar que tal ações estejam acontecendo com ela. Como afirma a delegada Fernanda Fernandes, que atua na Delegacia de Atendimento à Mulher (DEAM), de Duque de Caxias, “até as pessoas que convivem com o agressor não acreditam que ele tenha praticado esse tipo de delito”. Dessa forma, a vítima tende a não compartilhar com as demais pessoas o que está acontecendo e muitas vezes, acaba por se convencer que realmente fez algo de errado para justificar o comportamento violento do agressor (SOARES, 2005; HYRIGOYEN, 2006).

A segunda fase (explosão) é caracterizada pela manifestação agressiva súbita do agente, ou seja, a falta de controle chega ao limite e leva ao ato violento. Evidencia-se, toda a tensão acumulada na fase 1 (um) materializada em violência verbal, física, psicológica, moral ou patrimonial, onde a vítima, mesmo consciente de que os atos do agressor não condizem com a postura que este geralmente tem, mantém o sentimento de inércia e

impossibilidade de reação. Nesta fase, a vítima sofre de uma tensão psicológica rigorosa e tende a tomar decisões para dá um ponto final na situação vivida. Porém, muitas vezes, a busca de um distanciamento do agressor torna-se sem êxito (SOARES, 2005; HYRIGOYEN, 2006).

A terceira fase ocorre os atos de arrependimento, fase essa também conhecida como “lua de mel”, devido ao tratamento carinhoso do agressor para com a vítima. O ofensor demonstra arrependimento tornando-se amável para conseguir a reconciliação. Pede perdão, tenta apaziguar a situação, afirma que nunca mais vai repetir tais atos de violência etc. A mulher se sente confusa e pressionada a manter o seu relacionamento diante da sociedade, principalmente quando esta não trabalha fora e o casal tem filhos. O agressor aproveitasse desse momento de sensibilidade e apresenta um comportamento de mudanças e esforçando-se para agradar a vítima, o que muitas vezes estreita a relação de dependência entre vítima e agressor. Por fim, quando essa fase se encerra, a primeira fase volta a ocorrer, caracterizando o ciclo de violência (SOARES, 2005; HYRIGOYEN, 2006).

O psicólogo Paulo Patrocínio declara que as fases se inclinam a evoluir até tornar-se uma repetição cíclica, ou seja, as etapas tendem a ocasionar que a agressão seja cada vez mais grave e habitual. A manifestação e gravidade dos eventos aumentam com o tempo, de maneira que as fases vão aos poucos se encurtando, o que provavelmente leva a 1ª e a 3ª fase a desaparecerem com o tempo dando ensejo a criar-se o costume do uso da violência naquele relacionamento. Em muitos casos, se a vítima busca cessar a violência rompendo o relacionamento, o risco de sofrer agressões aumenta ainda mais, podendo resultar em situações extremas.

Muitas problemáticas assolam as mulheres desde seus antepassados, tendo sido criadas com perfil submisso e limitado, sendo vista apenas como figura de prazer, trabalhos domésticos e cuidado com os filhos. Apesar desse estereótipo ter ficado no passado, as mulheres ainda passam por diversos preconceitos. A pandemia da corona vírus só veio enfatizar números alarmantes e que ainda contam com subnotificações, uma vez que muitas não tem coragem de denunciar o agressor (LOBO, 2020).

Desta forma, é preciso que se pense e se ponha em prática programas de acesso ao mercado de trabalho, qualificação profissional e educação para as mulheres agredidas, de modo que elas possam reconstruir suas vidas longe dos agressores. Outro viés é fazer com que os agressores também passem por acompanhamentos psicossociais para evitar a reincidência com antigas ou novas vítimas. (ORNELL, 2020).

3. O CENÁRIO DA PANDEMIA DO NOVO CORONAVÍRUS NO BRASIL

O termo Coronavírus caracteriza por um conjunto de vírus que recebe essa terminologia por ter a aparência de uma coroa, afirma FIRMDA (2010). Apesar da origem desconhecida do vírus, a COVID-19 é uma doença frequente na Ásia e em algumas regiões do Oriente Médio. O vírus tem como hospedeiro alguns animais, dentre eles morcegos, cobras e camelos e tem a capacidade de infectar humanos através do contato com animais infectados. Com o crescimento da transmissão da doença em diversos países e a incidência de transmissão comunitária, medidas de contenção social foram propostas em diversos países, incluindo o Brasil (FIRMDA, 2010).

No Brasil, os primeiros Boletins Epidemiológicos do Ministério da Saúde abordando a temática dos riscos de contaminação e da rápida propagação do vírus foram emitidos em meados do mês de janeiro. Até 27 de janeiro de 2020, segundo a organização Mundial da

Saúde, foram contaminados 2.798 casos do novo coronavírus (2019-nCoV) no mundo. Destes 2.761 (98,7%) foram notificados pela China, incluindo as regiões administrativas especiais de Hong Kong (8 casos confirmados), Macau (5 casos confirmados) e Taipei (4 casos confirmados). Fora do território Chinês, foram confirmados 37 casos. Destes, 36 apresentam histórico de viagem para China e 34 apresentam histórico de viagem para a cidade de Wuhan/China ou vínculo epidemiológico com um caso confirmado que viajou para Wuhan/China (BRASIL, 2020, p.1).

Nesse momento, ainda não se tinha noção da proporção de propagação que o vírus poderia gerar. Porém, em 26 de fevereiro de 2020 houve o registro do primeiro caso de contaminação pelo coronavírus no Brasil, no estado de São Paulo. Desde então, foram questão de dias para ser noticiado o quantitativo de infectados por todas as regiões do país. Assim sendo, inicia-se por parte do Ministério da Saúde (MS), orientações para a prevenção e combate à contaminação. Devido a carência de conhecimento científico referente ao novo coronavírus, sua alta velocidade de propagação e capacidade de provocar mortes em populações vulneráveis, geraram incertezas sobre quais as melhores medidas a serem utilizadas para o enfrentamento da doença (BRASIL, 2020).

Os desafios no Brasil foram gigantescos, tendo em vista o contexto de desigualdade social que assola todo o país, com populações vivendo em condições precárias de habitação e saneamento, sem acesso sistemático à água e em situação de aglomeração. Conforme Bianchini (2020), a questão de qual seria a estratégia mais adequada a utilizar para o enfrentamento da pandemia dominou debates em diferentes setores da sociedade. Foram noticiados a adoção de diferentes estratégias afim de minimizar os impactos ocasionados pelo vírus ou difusão do mesmo. Porém, as medidas adotadas em cada estado e região do Brasil e do mundo, para combater à pandemia foram as recomendadas pela Organização Mundial da Saúde, destacando-se o isolamento dos casos suspeitos e o distanciamento social, estratégias estas que foram fundamentais para conter o aumento exponencial dos casos da doença e a sobrecarga no serviço de saúde. Entretanto, tais recomendações emergiram severas repercussões negativas para a atividade econômica em todos os seus níveis e para a vida em sociedade (BIANCHINI, 2020).

3.1 A violência doméstica contra a mulher no contexto da pandemia da COVID-19

A violência doméstica contra a mulher no Brasil já era assunto de pautas de intensas discussões antes mesmo da situação de isolamento social ocasionado pela pandemia do novo coronavírus. Porém, as medidas adotadas para minimizar a situação, contribuíram para intensificar o aumento dos casos de violência doméstica contra as mulheres no Brasil. Conforme pesquisas notificaram, houve o acréscimo de mais de 5% de denúncias durante o período do mês de março a abril do ano de 2020 se comparado ao ano de 2019.

Franceschi (2020) corrobora, destacando que a violência contra a mulher não é um fenômeno novo nem gerado pela covid-19. “O machismo estrutural e a desigualdade de gênero já existiam antes do isolamento social e da quarentena”. O contexto de isolamento social adotado devido ao vírus apenas contribuiu para o agravamento de um problema social já existente, revelando uma difícil realidade na qual as mulheres brasileiras não estão seguras dentro das próprias casas. Segundo Bianchini (2020), com base nos dados do Ligue 180 apresentados pelo Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, houve um aumento de cerca de 17% no número de ligações com denúncias de violência contra a mulher no decorrer do mês de março, momento inicial da recomendação do distanciamento



social no país (FRANCESCHI; BIANQUINI, 2020).

Ressalta-se ainda que durante o período de isolamento houve dificuldades nas comunicações e acessos aos canais de denúncias, propiciando o aumento demorado das agressões. Destaca-se também que, a redução da convivência da vítima com familiares e amigos e a limitação da mobilidade, ocasionando o desemprego em massa, foram alavancas de incentivo para os agressores, facilitando assim, a recorrência da situação, o agravamento dos casos de violência e concedendo-lhe ainda, mais controle e domínio sobre a vítima.

No que tange a esfera da relação conjugal, o maior tempo de convivência com o agressor torna-se vital para as relações. O lar, converte-se em um lugar de temor e vigilância constante onde o agressor mostra-se todo o tempo irritadíssimo e buscando direcionar suas aflições através do consumo de bebidas alcoólicas ou uso outros tipos de drogas. Esse cenário impossibilita a redução ou rompimento da situação de violência doméstica.

Perante ao panorama hasteado no Brasil e no mundo algumas ações foram reajustadas em prol de oferecer auxílio às vítimas em casos de vulnerabilidade. De acordo com o Portal de Notícias do Governo Federal em 03 de abril de 2020, o governo brasileiro lançou canais digitais de atendimento contra a violência doméstica durante a pandemia e ampliou o funcionamento do Disque 100 e do Ligue 180, tendo ainda, a ampliação de aplicativos para celular e sites como canais para denúncia. Realizou-se também a fortificação das redes de apoio e um reforço da rede de assistência online (BRASIL, 2020).

O Presidente da República sancionou a Lei 14.022/2018, estabelecendo medidas de combate a violência doméstica contra a mulher crianças, adolescentes, pessoas idosas e pessoas com deficiência durante o período de pandemia decorrente da Covid-19. Ainda, modificou a Lei nº 13.979 de 06 de fevereiro de 2020, corroborando com as medidas já existentes por meio eletrônico ou telefônico e propiciando mais suporte presencial e domiciliar para as mulheres vítimas de violência doméstica. (BRASIL, 2020).

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme as literaturas analisadas, a violência contra a mulher é um problema social que vem historicamente sendo debatido, o fato é que muitos agressores não se reconhecem como tais, algumas mulheres ainda confundem amor com posse ou se sujeitam a diversos tipos de violência doméstica por não ter acesso a qualificação profissional, medo, falta de acesso a educação, moradia e trabalho. Em geral, a conjuntura é formada por um sistema patriarcal que engendrou mecanismos de dominação masculina na sociedade brasileira e manteve seu império até os dias atuais.

Com o advento da pandemia de Covid-19 e as realidades do isolamento social, pode-se constatar que houve um aumento de tensões nas relações, que somado aos sentimentos de medo e insegurança ocasionaram na maximização do aumento de ocorrências de casos de violência contra a mulher no âmbito domiciliar. Tendo, a necessidade da criação de medidas para proteger as mulheres em situação de vulnerabilidade. Com o aumento de casos de violência se constatou em diversos lugares no mundo as organizações mundiais publicaram diretrizes para o combate desse tipo de violência e os Estados também realizaram medidas próprias.

A Lei necessita de um enfoque maior na sua dimensão penal, o poder público além de novas adaptações na esfera penal precisa amparar as mulheres (vítimas) para que elas possam acessar as moradias de interesse social com maior rapidez e eficácia, programas de emprego e renda específico para elas, acesso a escola para todo seu núcleo familiar e

proporcionar lugar de fala para que elas se sintam acolhidas, respeitadas e produtivas.

Na Bahia e no Maranhão, respectivamente a Ronda Maria da Penha e a Patrulha Maria da Penha nas figuras pioneiras da Major Denice (BA) e Cononel Augusta Andrade (MA), a título de exemplo, encabeçaram a implementação de equipes da força militar para trabalhar no combate e prevenção a violência doméstica, envolvendo não só o corpo policial mas toda a sociedade de forma que esta pauta faça parte do dia a dia da população, quanto mais acesso a informação, melhor para será o combate aos agressores.

É preciso que cada vez mais haja a adoção de novos métodos de combate e prevenção à violência, tais como, operacionalização de política pública mais efetiva onde os assistentes sociais juntamente com uma rede multidisciplinar pudessem trabalhar *in situ* em prol da prevenção à violência contra a mulher e apoio àquelas que foram vítimas, assim como também campanhas de conscientização e divulgação dos direitos femininos e melhorias no sistema de acolhimento.

Por fim, constata-se que a violência contra a mulher é estrutural e não um fenômeno novo que fora advindo devido o cenário de isolamento social ocasionado pela pandemia do vírus corona. Atesta-se ainda, que o panorama possibilitou o agravamento do cenário. O novo contexto social, oportunizou emergir a pandemia silenciada da violência doméstica na qual mulheres estão submetidas. Diante de tal conjuntura exposta, é possível perceber que houve um aumento considerável nos casos de violência no contexto de pandemia e medidas foram tomadas para a proteção da mulher. Contudo, percebe-se ainda os desafios de se implementar medidas efetivas que visem salvaguardar o direito da mulher de viver sem qualquer tipo de violência é algo que precisa ser revisto diuturnamente.

Referências

BIANCHINI, Alice. Quais as melhores medidas para se combater a violência doméstica? Com a palavra, a sociedade. In: **JusBrasil**, 2011. Disponível em: <https://professoraalice.jusbrasil.com.br/artigos/121813981/quais-as-melhores-medidas-para-se-combater-a-violencia-domestica-com-a-palavra-a-sociedade>. Acesso em: 10 de março de 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidente da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 04 dez. 2022.

Brasil. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações programáticas estratégicas. Área técnica de saúde da mulher. Prevenção e Tratamento dos Agravos resultantes da Violência Sexual contra mulheres e adolescentes: **Norma técnica**. Brasília: Ministério da saúde, 1999.

Brasil. Ministério da Justiça. Políticas para a Mulher: relatório da Gestão 1999/2002 da Secretaria de Estado dos Direitos da Mulher e do Conselho Nacional dos Direitos da Mulher. Brasília, 2002.

Brasil. Presidência da República. Secretaria Especial de Políticas para mulheres. Memória 2003-2006: Secretaria Especial de Políticas para Mulheres/Presidência da república. Brasília: Secretaria Especial de Políticas para Mulheres, 2006.

Brasil. Secretaria Nacional de Segurança Pública/Ministério da Justiça e Secretaria Especial de Políticas para Mulheres/Presidência da República – Norma Técnica de Padronização das Delegacias Especializadas de Atendimento a mulher, Brasília, 2006.

Brasil. Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Diário Oficial da União, Brasília, p.xxx, x de agosto de 2006. Seção x.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretária de Vigilância em Saúde. INFECÇÃO Humana pelo Novo Coronavírus (2019-nCoV). **Boletim Epidemiológico**, Brasília, n.01, Jan. 2020. Disponível em: <https://central.to.gov.br/download/102966>. Acesso em: 6 dez. 2022.

BITTENCOURT, Paulo José Sá. **As pandemias na História**. Universidade Federal da Fronteira Sul. Disponível



- em: <https://uffs.edu.br/campi/erechim/noticias/artigo-as-pandemias-na-historia>. Acesso em: 15 de junho de 2022.
- DAHLBERG, L. L.; KRUG, E. G. Violência: um problema global de saúde pública. **Ciência e Saúde Coletiva**, v.11, p. 1163-1178, 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csc/v11s0/a07v11s0>. Acesso em: setembro 2022.
- DAMASCENO, Victoria; PAGNAN, Rogério. Explosão de violência doméstica durante a pandemia faz PM de SP implantar Patrulha Maria da Penha. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 27 abril 2021. Disponível em: Explosão de violência doméstica durante pandemia faz PM de SP implantar Patrulha Maria da Penha - 27/04/2021 - Cotidiano - Folha (uol.com.br). Acesso em: 19 de junho 2022.
- DIAS, Maria Berenice. Lei Maria da Penha na justiça: A efetividade da Lei 11.340/2006, de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2007.
- DIAS, Maria Berenice. Lei Maria da Penha: A efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- FACCHINETTI, Cristina; CARVALHO, Carolina. **Loucas ou modernas? Mulheres em revista (1920-1940)**. Cad. Pagu [online]. 2019, n.57, e195707. epubNov 25, 2019. ISSN 1809-4449.
- FALEIROS, E. Violência de Gênero. In: TAQUETTE, S. R. (Org.). **Violência contra a mulher adolescente-jovem**. Rio de Janeiro: EdUERJ, 2007, p. 61-65.
- HIRIGOYEN, Marie – France. **A Violência no Casal: da coação psicológica à agressão física**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006.
- IBRAHIM, Francini Imine Dias; BORGES, Amanda Tavares. Violência doméstica em tempos de confinamento obrigatório: a epidemia dentro da pandemia. In: **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 25, n. 6298, 28 set. 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/85555>. Acesso em: 19 de maio 2022.
- LOBO, Janaina Campos. Uma outra pandemia no Brasil: as vítimas da violência doméstica no isolamento social e a “incomunicabilidade da dor”. Tessituras: **Revista de Antropologia e Arqueologia**, v. 8, n. 1, p. 20-26, 2020.
- MARQUES, E. S. et al. A violência contra mulheres, crianças e adolescentes em tempos de pandemia pela COVID-19: panorama, motivações e formas de enfrentamento. In: **SciELO**, ISSN 1678-4464, Rio de Janeiro, Cad. Saúde Pública vol.36 no.4, 30 abr. 2020. Disponível em: <https://www.scielosp.org/>. Acesso em: 19 de maio 2021.
- MESQUITA, André Pacheco de. **As Mulheres, o COVID 19 e o Confinamento Social: Será a casa o lugar mais seguro para as mulheres?** O Conselho Regional de Serviço Social 16ª Região (CRESS/AL).
- MILLER, Mary Susan. **Feridas invisíveis: abuso não-físico contra mulheres**. Tradução Denise Maria Bolanho. São Paulo: Summus, 1999.
- MINAYO, M. C. S. et al. 1999. **Bibliografia Comentada da Produção Científica Brasileira sobre Violência e Saúde** (Panorama ENSP 2). Fiocruz/Secretaria de Desenvolvimento Educacional, Rio de Janeiro, 168 pp.
- MINAYO, M. C. S. A violência social sob a perspectiva da saúde pública. Cadernos de Saúde Pública, [S.l.], v.10 (supl. 1), p. 7-18, 2000.
- MIRANDA, Carolina Moreira, **Reflexões acerca da tipificação do feminicídio**. PUC-RJ, 2013.
- ORNELL, Felipe et al. **Violência doméstica e consumo de drogas durante a pandemia da COVID-19**. Pensando famílias, v. 24, n. 1, p. 3-11, 2020.
- PINHEIRO, Paulo Sérgio; ALMEIDA, Guilherme de Assis. **Violência urbana**. São Paulo: Publifolha, 2003.
- PIMENTEL, Amanda. MARTINS, Juliana. O Impacto da Pandemia na Violência de Gênero no Brasil. In: **Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2020**. Ano 14, p. 38-42, 2020.
- SAFFIOTI, H. I. B. **A mulher na sociedade de classes: mito e realidade**. Petrópolis: Vozes, 1976.
- SAFFIOTI, Heleieth. Gênero, patriarcado, violência. São Paulo: Editora Expressão Popular: Fundação Perseu Abramo, 2015.
- SALGADO, Amanda Bessoni Boudoux. **Violência feminicida: uma abordagem interseccional a partir de gênero e raça**. Revista de Gênero, Sexualidade e Direito-e-ISSN: 2525-9849/Brasília/v.3/n.1/p.37/jan/jun. 2000.
- SCOTT, J. W. “Gênero: uma categoria útil de análise histórica”. **Educação & Realidade**. Revisão: Tomaz Tadeu da Silva. Porto Alegre, v. 20, n. 2, jul./dez. 1995, pp. 71-99. Disponível em: <https://direito.mppr.mp.br/arquivos/File/SCOTTJoanGenero.pdf>. Acesso em: 30 out. 2022.
- SCOTT, Joan. **Gênero: uma categoria útil para análise histórica**. Tradução de Christine Rufino Dabat Maria

Betânia Ávila. 1989. P. 1-35.

SCHMIDT, João Pedro. **Para entender as políticas públicas: aspectos conceituais e metodológicos.** In.: REIS, J. R.; LEAL, R. G. **Direitos Sociais e Políticas Públicas:** desafios contemporâneos. Tomo 8. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008.

SOARES, Bárbara M. IN: BRASIL. Presidência da República. Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres. **Enfrentando a Violência contra a mulher** – Brasília: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, 64p. 2005.

WALKER, Leonor. **A mulher espancada.** Nova York: Harper and How, 1979.





31

**GUARDA COMPARTILHADA COMO MECANISMO DE
MINIMIZAR A OCORRÊNCIA DA ALIENAÇÃO PARENTAL**

*SHARED CUSTODY AS A MECHANISM TO MINIMIZE THE
OCCURRENCE OF PARENTAL ALIENATION*

Deborah Leticia Conceição Pinto

Resumo

A alienação parental - AP consiste na dissolução dos laços afetivos de um dos genitores com o menor. Nessa toada, assevera-se que o instituto da família produz efeitos positivos na formação da criança e do adolescente no que concernem os aspectos afetivos, sociais e educacionais. Para combater as intensas campanhas desmoralizadoras e desqualificadoras de um dos genitores criou-se a guarda compartilhada. Neste cenário, cabe realizar a seguinte indagação: Como a guarda compartilhada pode minimizar a ocorrência da alienação parental? O objetivo geral foi analisar a importância da guarda compartilhada como medida de prevenção, coibição ou redução da ocorrência dos quadros de Alienação Parental. A metodologia adotada para o desenvolvimento da monografia compreendeu a pesquisa do tipo instrumental e/ou dogmática com uma busca de contribuições teóricas acerca do assunto, tomando revisões bibliográficas cuja técnica empregada foi à descritiva e a qualitativa, tendo como base da discussão de leis livros, artigos, teses, pesquisas de doutrinas e jurisprudências. Como resultado, busca-se a aplicabilidade da guarda compartilhada, na elucidação da Alienação Parental, tal como, promover a proteção do direito da criança e do adolescente a uma convivência saudável no seio familiar, em que, a depender do caso, se necessário, o Estado deverá intervir com medidas de responsabilização civil do alienador perante a gravidade e continuidade dos atos.

Palavras-chave: Direito Civil. Alienação Parental. Síndrome de Alienação Parental. Guarda Compartilhada.

Abstract

Parental alienation - AP consists in the dissolution of the affective ties of one of the parents with the minor. In this regard, it is asserted that the institute of the family produces positive effects in the formation of children and adolescents with regard to affective, social and educational aspects. To combat the intense demoralizing and disqualifying campaigns of one of the parents, shared custody was created. In this scenario, the following question should be asked: How can shared custody minimize the occurrence of parental alienation? The general objective was to analyze the importance of shared custody as a measure of prevention, deterrence or reduction in the occurrence of Parental Alienation. The methodology adopted for the development of the monograph comprised instrumental and/or dogmatic research with a search for theoretical contributions on the subject, taking bibliographical reviews whose technique used was descriptive and qualitative, based on the discussion of book laws, articles, theses, research on doctrines and jurisprudence. As a result, the applicability of shared custody is sought, in the elucidation of Parental Alienation, such as promoting the protection of the right of children and adolescents to a healthy coexistence within the family, in which, depending on the case, if necessary, the State must intervene with measures of civil liability of the alienator in face of the gravity and continuity of the acts.

Keywords: Childhood Obesity. Brazil. Impact. Health. Nutrition.



1. INTRODUÇÃO

A alienação parental é um processo que consiste em programar uma criança para que fomente o ódio e a mágoas em detrimento de um de seus genitores sem justificativa. Portanto, a alienação parental trata-se de uma prática realizada por um dos genitores com finalidade de desconstituir a figura parental do outrem perante a criança, de forma a desmoralizar, desqualificar e marginalizar o genitor, realizando uma lavagem cerebral na criança geralmente motivado pelo sentimento de vingança.

Em outras palavras, o alienante detentor da guarda tenta afastar o filho do outro genitor, criando um obstáculo no relacionamento entre eles. Esse distúrbio se apresenta normalmente no contexto de separações e disputa por guarda/custódia de crianças.

Em 2010, fora publicada a Lei de Alienação Parental, com o objetivo principal de conferir maiores poderes aos juízes, com o intuito de proteger os direitos individuais da criança e do adolescente, vítimas de abuso exercido pelos seus genitores. Ademais, a própria Constituição Federal defende que a criança tem o direito à convivência familiar e comunitária, dever precípua da própria família, mas também da comunidade e da sociedade, além do Estado, visando colocar os infantes a salvo de toda forma de negligência, violência e opressão.

A ocorrência da Alienação Parental não é fato novo em nosso ordenamento Jurídico, usar os filhos com instrumento de represália em relação ao ex-companheiro após o fim do relacionamento e devido essas ocorrências teve a elaboração da Lei 12.318 para resguardar essas crianças e adolescentes. Nesta Lei traz um rol a descrição e característica do alienador, aborda uma série de condutas que se enquadram perfeitamente nos atos dessa alienação parental.

É sabido que os danos causados pela alienação parental ultrapassam os limites do processo, sendo necessário considerar, além dos aspectos jurídicos do instituto, também os sociais, psicológicos, relacionais e emotivos, levando os operadores do direito hoje, a buscarem cada vez mais o conhecimento interdisciplinar, sobretudo da sociologia e da psicologia.

Uma das formas que a Doutrina propunha como tática para evitar ou, ao menos, mitigar os efeitos colaterais da Alienação Parental foi aderir à guarda compartilhada (nos casos de separação conjugal, tendo em vista que este apresenta frequência muito maior que as outras influências), visando assim, uma possibilidade de aproximação por parte do genitor alienado (aquele que sofre as principais consequências da alienação juntamente à criança) já que este passaria um tempo maior com seu filho sem a presença do alienador diminuindo assim, a fenda criada por essa prática ilícita.

Desse modo, a importância social deste estudo repousa no fato de que a ação de alienar a criança deriva consequentemente a síndrome, sendo uma maneira pela qual o genitor que possui a guarda do filho menor, e logo, consegue destruir, de modo implícito, no cotidiano, a figura do outro genitor, no imaginário da criança ou do adolescente. Tal situação deve ser devidamente diagnosticada pela medicina e identificada pelo judiciário, face aos sinais apresentados pelo ente alienador e pela criança.

Assim, o questionamento que norteou esse estudo foi: Como a guarda compartilhada pode minimizar a ocorrência da alienação parental? O objetivo geral foi analisar a importância da guarda compartilhada como medida de prevenção, coibição ou redução da ocorrência dos quadros de Alienação Parental. Já os objetivos específicos foram: desven-

dar os tipos de entidades familiares e seus processos de dissoluções; identificar os tipos de guarda; caracterizar alienação parental e sua ocorrência; verificar a atuação da Guarda Compartilhada no combate a Alienação Parental.

Para estudar o problema descrito foi realizada uma revisão bibliográfica acerca do tema, com um trabalho de natureza descritiva e qualitativa, e uso na fundamentação teórica, base de dados de trabalhos acadêmicos, artigos na internet, periódicos nacionais e/ou internacionais e livros, com publicações entre os anos de 2010 a 2021, constituindo-se elementos para a elaboração consistente deste estudo.

2. ENTIDADES FAMILIARES

A família é uma instituição fundada na base da afetividade e solidariedade, sentimentos imprescindíveis para a sobrevivência do ser humano e que colabora para a construção de uma sociedade. Perante isso, a família é considerada o núcleo social mais antiga do ser humano e, que ao longo de toda a sua trajetória vem sofrendo profundas transformações conforme o contexto histórico que vivia (VELLY, 2010).

Assim, é necessário compreender que o termo família vem do latim, com a expressão *famulus* que significa “escravo doméstico”, termo este criado em Roma para designar os escravos que trabalhavam na agricultura familiar. Com isso, observa que o parentesco romano estava mais ligado ao poder do que os laços sanguíneos (TARTUCE, 2017).

No Brasil, a instituição familiar sofreu inúmeras modificações principalmente na década de 80, onde teve a necessidade da elaboração de regras, lei que regularizasse as relações familiares, dando início ao direito de família, aperfeiçoando a legislação em conformidade com as mudanças na sociedade, culturais e familiares, como já afirma Tosta (2013, p. 36) em seu artigo, “onde tratam da concepção familiar atual de várias formas e modalidades, como pais separados, famílias com a presença apenas feminina ou masculina, homossexual, dentre outras que não se configura a padrões antigos, deixando de ser o núcleo familiar, visto pelo Estado como uma instituição somente jurídica para assumir o papel de norteador da personalidade e dignidade humana”.

Diante de tal avanço no âmbito familiar, sucessivas mudanças legislativas se iniciaram, culminando com edição e promulgação da Constituição de 1988. Existem diversas definições sobre os princípios, entre as quais a de Dias (2016, p. 67):

[...] Os princípios são normas jurídicas que se distinguem das regras, não só porque têm alto grau de generalidade, mas também por serem mandatos-deotimização.¹¹ Possuem um colorido axiológico mais acentuado do que as regras, desvelando mais nitidamente os valores jurídicos e políticos que condensam.¹² Devem ter conteúdo de validade universal. Consagram valores generalizantes e servem para balizar todas as regras, as quais não podem afrontar as diretrizes contidas nos princípios.

Diante de tais constituições familiares, percebe-se que existem várias formas de estabelecimento de entidades familiares na sociedade brasileira, contudo, é evidente a transformação que a estrutura familiar vem sofrendo nas últimas décadas, podendo ser identificado a mais profunda alteração no vértice do ordenamento, não obstante o eloquente silêncio da doutrina pátria a este respeito, a impor radical reformulação dos critérios interpretativos adotados em matéria de direito de família (MADALENO, 2018).

Observa-se nos artigos 226 a 230 da Constituição Federal - CF, que o objeto principal

constitucional sai do casamento para as relações familiares de afeto dele derivados, com a salvaguarda da família como instituição, unidade de elaboração e reprodução dos valores culturais, éticos, religiosos e econômicos, dando espaço a funcionalidade da dignidade de seus membros, em particular no tocante ao desenvolvimento da personalidade da prole (MADALENO, 2014).

Assim, as espécies de família são divididas da seguinte maneira: família matrimonial originada do casamento, concubinato, união estável ou união heteroafetiva, família monoparental, família anaparental, família pluriparental, eudemonista, família ou união homoafetiva, família paralela e por fim, a família unipessoal, que serão discutidos sucintamente (NORONHA; PARRON, 2017).

O autor Vitor Frederico Kümpel (2010) relata que a família matrimonial tem sua origem vinculada ao ato formal e legalizada do casamento. Nesse âmbito, dá início a duas correntes de pensamentos, a saber: a primeira defende que o ato do casamento é a fonte primordial de vínculo familiar, conforme disposto legal disposto no art. 226, §§1º e 2º §3º, da Constituição Federal, ao precisar que a norma deverá simplificar a transformação da união estável em casamento, enquanto que na segunda corrente o entendimento é direcionado pelo princípio da isonomia entre as relações familiares, onde permeia que o ato do casamento é meramente uma das inúmeras maneiras de apresentação de família, sendo essa concepção fundamentada nos artigos 5º e 226 da CF, e no Estatuto das Famílias, alicerçado no Projeto nº 2.285/2007.

O Código Civil determina que concubinato sejam as ligações não eventuais estabelecidas entre homem e mulher impedidos legalmente de se casar, conforme previsto no artigo 1727 do CC e no artigo 1521 do CC. Nesse raciocínio, a doutrinadora Maria Helena Diniz (2013) aponta que concubinato ocorre quando se estabelece relações não iminentes entre homem e mulher, onde um dos membros é impedido legalmente de exercer o ato do casamento, sendo dividido entre adúlterino e incestuoso.

A família monoparental para Souza (2010), é o elo tutelado pelo laço de parentesco de progênie e pósteros, ou seja, é o núcleo familiar formado por um pai e seus herdeiros, validado pela Constituição, em seu artigo nº 226, §4º: Cabe inferir então que é acolhida também pelo Projeto do Estatuto das Famílias, entretanto não é reconhecida no âmbito do Código Civil.

No segmento da família anaparental reúne os grupos familiares que possui a sua relação pautada no laço de parentesco, porém não tem estabelecido elo de ascendência e descendência, como por exemplo, dois irmãos que vivam na mesma residência, sendo disciplinado por meio do artigo 69, *caput*, referente ao Projeto do Estatuto das Famílias (DIAS, 2016).

Nesse sentido, Dias (2010) complementa que a diária coabitação entre parentes e/ou entre pessoas, dentro de uma mesma residência, atesta o retrato de uma instituição familiar concebida pela nomenclatura anaparental.

Destarte, a família evoluiu e passou-se a buscar a felicidade individual, o que, para Dias (2016), contribuiu tanto para o desenvolvimento da personalidade de seus integrantes como para o crescimento da própria sociedade, justificando, com isso, a sua proteção pelo Estado.

Assim, o conceito de família alterou-se com o tempo e desta forma, a estrutura familiar de tempos atrás não permaneceu a mesma nos dias atuais. Foi nesta perspectiva que a família contemporânea incorporou como parâmetro principal o afeto e não mais a relação sexual para constituir uma família ou várias famílias (FERNANDES, 2015).

3. ALIENAÇÃO PARENTAL

Observa-se que ao realizar a disputa pela guarda de um infante, seja está praticada pelos progenitores, avós, tios, ou processo de adoção, sempre foi reconhecido desde os tempos remotos, a construção de inúmeras modalidades de litígios (VIEIRA; CARVALHO, 2015). Isto posto, ao fracionar o elemento que anteriormente era vista como um núcleo familiar, deixa em muitos casos, efeitos maléficos aos cônjuges e logo, para os filhos.

Verifica-se então que, as mágoas, a sensação de extravio, traição, desconfiança, melancolia e desolação, podem se reformular em um sentimento vingativo. Assim, o cônjuge mergulhado nesse sentimento vingativo, ao observar as fortes lesões que a situação provocou em seu íntimo, utiliza-se da prole, para prejudicar demasiadamente o ex-companheiro, sendo que na maioria dos casos, o mesmo não tem discernimento de avaliar a gravidade da situação e quão está sendo prejudicial aos filhos, no que tange a sua formação psicológica, afetiva e a desordem emocional (MADALENO, 2017).

Nessa órbita, a alienação parental é interpretada, pelo art. 2º da Lei nº 12.318 de 2010, como uma ingerência na construção psicológica do menor. Nessa linha de raciocínio, um dos genitores, mesmo que atue de maneira involuntária, interpreta a situação conforme seu ponto de vista, e a transforma em verdade absoluta pela frustração do relacionamento e, logo, busca-se construir estratégias para mergulhar a criança ou do adolescente nessa verdade, fazendo que a mesma venha a adotá-la. Assim, é “uma conturbação da relação afetiva presente entre o infante e um ou os dois de seus genitores ou familiares” (DUQUE; MOROSINI, 2017).

Nesse sentido, a alienação parental acontece, vulgarmente, no instante pospositiva a cessação de um relacionamento conjugal. Contudo, é sabido que, muitos casos ocorre a dissolução do casamento, porém os ex-cônjuges ainda coabitam no mesmo ambiente (NEVES, 2018).

Assim, o ato de alienação parental é qualificado no ordenamento jurídico brasileiro como uma mediação na construção psicológica e emocional do infante gerada por um dos progenitores ou por outrem que possua autoridade sobre aqueles, tencionando que a prole obstaculize a preservação dos elos afetivos com o outro pai (CARVALHO, 2016).

A figura do alienador poderá ser a mãe ou o pai, sendo levado em consideração as peculiaridades da personalidade de cada um dos genitores. Vale ressaltar ainda que o alienador também poderá se configurar na figura dos avós, irmãos, padrinhos e tios, sendo a mais recorrente tal episódio quando se dar a dissolução dos casamentos, e influenciados por múltiplos fatores, não realizam a separação de maneira amigável, sendo o elemento de destaque em todo o processo a insatisfação e a raiva, que se materializa na promoção da revolta dos filhos durante toda a disputa (VIEIRA; CARVALHO, 2015).

Segundo Trindade (2010), a característica primordial desse comportamento ilegítimo e nocivo é a limpeza cerebral no infante, a fim de fomentar atitudes de hostilidade em detrimento do genitor visitante. Assim, a criança ou adolescente veste a camisa de protetor altruísta do genitor-guardião, sendo apenas um porta-voz do mesmo, em que reproduz as falas absorvidas no discurso do alienador em desfavor do outro genitor, sendo que a prole acaba por acolher a concepção de abandono pelo genitor visitante, e por isso alimenta o sentimento de ódio e ressentimento, análogo ao alienador.

Dessa forma, com o objetivo de denegrir ou machucar o ex-companheiro, o alienador utiliza como ferramenta de vingança a prole, que é a mais prejudicada neste conflito. É notório que para uma criança que está acostumada a coabitar com os dois genitores, compartilhar todos os momentos, tem um grande abalo quando ocorre a dissolução do

casamento, sendo sempre um momento muito delicado. Nesse instante, os pais devem utilizar das melhores maneiras de abordagens para manusear a criança, e expor como será a nova rotina, entretanto, a realidade em muitos casos, se diferencia da teoria (DIAS, 2010).

A criança ou o adolescente que é vítima de casos de alienação parental, em geral, enraíza os traumas e transtornos psicológicos oriundos dessa conduta para sempre, especialmente quando a alienação não é identificada, e logo, não se toma nenhuma medida para conter seu avanço ou mesmo seus efeitos. Salienta-se que, os filhos só conseguem discernir o que de fato aconteceu após o ingresso na vida adulta e com o alcance da maturidade, instante que infelizmente não se permite mais a retomada ou mesmo reconstrução dos laços afetivos perdidos (VIEIRA; CARVALHO, 2015).

As falsas memórias instauradas na prole são denominadas também de alienação parental. Com o objetivo precípua de atingir e ferir o genitor oponente, alimentado pela raiva e frustração da separação, utiliza-se de injetar no filho, denúncias e falsas memórias, como por exemplo de agressões e abuso sexual (MADALENO; BARBOSA, 2015).

Desse modo, um infante que desconhece a real situação, ou ainda não dispõe de discernimento pleno, vem a acreditar nessas afirmações, o que vem a lesar a construção psicológica, emocional, afetiva e moral do menor, além de distanciá-lo do genitor-visitante (BARROS, 2017).

Assim, essas deturpadas denúncias, quando acionado o Poder Judiciário, provocam a criação de situações conflitantes e embaraçosas, que deverão ser avaliadas em sua totalidade e com prudência pelo órgão arbitral, com o intuito de impedir problemas maiores para a prole e para o genitor alienado (BARROS, 2017). Na tentativa de diagnosticar o quadro e criar provas palpáveis, é realizado no infante alguns exames psicossociais, além da reunião de provas testemunhais e a escuta das figuras envolvidas.

Assim, observa-se que sejam as denúncias falsas ou verdadeiras, a prole já é vítima de abuso. Porém, se for verdadeira, a padecente terá consequências avassaladoras que esta modalidade de abuso disponibiliza. Já as denúncias falsas, oferece a vítima o grande abuso emocional, que coloca em perigo o seu saudável desenvolvimento (MADALENO; BARBOSA, 2015). Dessa forma, a criança facejará um declínio de lealdade e sentimento de culpa sendo que, na fase adulta, verifica-se que foi coautor de uma avantajada injustiça.

Destarte, avante de intervir na construção da vida da criança, as falsas memórias também danificam de maneira dolorosa e penosa o alienado, visto que uma delação de abuso sexual em desfavor da própria prole, dilapida o seu prestígio no ambiente familiar e social e, principalmente, o afasta dos seus filhos (BARROS, 2017).

Desta maneira, para identificar as falsas memórias, deve-se adotar procedimentos cuidadosos, especialmente, para inexistir a convicção por meio dos exames psicossociais e prova testemunhal, na medida em que, o que está em discussão é a relação dos genitores com a prole, é a qualidade da saúde mental dos envolvidos e a oferta do amor elementar para o crescimento de qualquer indivíduo (MADALENO; BARBOSA, 2015).

A alienação parental foi incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro com o surgimento da Lei 12.318/10. Isto posto, é importante ressaltar que em tempos remotos, a sua práxis era desprezada pelo legislador, mesmo já sendo uma prática largamente acolhida no âmbito familiar. Tomou-se a sua prática, após as elevadas taxas de incidência destes casos das varas de famílias, em que o legislador foi obrigado a elaborar parâmetros para coibir os efeitos deletérios provocado especialmente nas crianças (BARROS, 2017).

Dessa maneira, a Lei da Alienação Parental elaborou estratégias e mecanismos para o pleno combate a qualquer experimento ou ação em divergência e pernicioso ao melhor

interesse da criança e do adolescente, principalmente quando tal ação é oriunda de ações provocadas pelo próprio progenitor e o núcleo familiar próximo (BARROS, 2017).

Em alinhamento com o art. 2º da respectiva lei, é interpretada como quadro de alienação parental o comportamento do alienador de maneira negativa na construção psicológica da criança ou do adolescente, seja a figura do alienador um dos genitores ou mesmo qualquer membro que tenha a guarda do infante (MADALENO; BARBOSA, 2015).

Salienta-se que, por inúmeros motivos, um casal pode vir a se separar e tal ação provoca grandes modificações na estrutura familiar, sendo um momento extremamente delicado para a prole especialmente, pois ainda se encontra em uma fase que necessita de pleno cuidado para um bom desenvolvimento (MALUF, 2012).

Já a figura dos pais no instante da separação, precisam repensar a sua vida, além de criar estratégias para comunicar a prole sobre a decisão dos pais, e como será estabelecido a relação a partir desse instante com a prole, com o intuito basilar de não interferir negativamente na construção da personalidade (BARROS, 2017).

Os autores Madaleno e Madaleno (2014) sustentam que o bloqueio do contato, da convivência do filho com o genitor-visitante é um ato ilícito, hediondo e covarde, sendo uma transgressão dos deveres típicos da autoridade parental, sendo ferido durante o usufruto dos direitos fundamentais do filho.

Assim, é imprescindível destacar que os pais devem acima de tudo buscar assegurar o melhor interesse dos seus filhos, sem a criação de obstáculos que venham proibir ou dificultar a convivência deles com o outro genitor, influenciado pela não aceitação da dissolução do casamento, ou mesmo por estar envolto de raiva e sentimentos negativos.

O art. 3º, versa acerca da dignidade da pessoa humana e da proteção à convivência familiar, visto que o referido artigo aborda o direito essencial de convivência familiar e demonstra que tal atitude formula um abuso moral e transgressão dos deveres do poder familiar a prática da alienação parental (MALUF, 2012).

O direito essencial de convivência familiar é discutido também na Carta Magna no art. 227, bem como no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), discutido em seu art. 3º. Assim, é obrigação tanto dos progenitores como da família garantir o direito elementar da criança e do adolescente à convivência familiar, à luz do art. 227 da CF (BARROS, 2017).

Sobreleva que o artigo 3º do ECA também garante ao infante que venha a usufruir de todos os direitos fundamentais, ademais o direito à convivência familiar. Destarte, é responsabilidade da família, sociedade e Estado garantir à criança e ao adolescente o direito primordial à convivência familiar (BARROS, 2017).

O artigo 6º da supracitada lei, autoriza que o juiz utilize de instrumentos processuais, aptos para cessar os efeitos da alienação parental, inclusive a responsabilidade civil e criminal. As intervenções legais devem ser feitas de acordo com a fase da alienação parental (MALUF, 2012).

A convivência familiar deve ser protegida e o melhor guardião é aquele que assegura esse direito de forma simples e confiável, sem prejudicar a felicidade e o crescimento prole, preservando o melhor interesse da criança e do adolescente. O artigo 8º da lei diz que é irrelevante a alteração de domicílio para determinação de competência nos casos de alienação (BARROS, 2017).

De acordo com a Súmula 383 do STJ, a competência para processar e julgar as ações conexas de interesse de menor é, em princípio, do foro do domicílio do detentor de sua guarda. Assim, em regra, o domicílio do guardião é competente para julgar as ações de in-

teresse da criança e do adolescente. Entretanto, a alteração de domicílio sem justificativas, sem o consenso do outro genitor e sem autorização judicial é irrelevante para a determinação da competência (MADALENO, 2018).

4. GUARDA COMPARTILHADA COMO MECANISMO DE PROTEÇÃO AO MENOR NOS CONFLITOS FAMILIARES

Não estando os genitores de acordo acerca da guarda dos filhos a justiça é acionada para então resolver essa situação. Diante da dissolução do casamento a guarda precisa ser estabelecida a guarda compartilhada será para aquele que apresentar melhores condições ao assegurar carinho, saúde, segurança, educação para o filho (PEREIRA, 2018).

De acordo com Dias (2010, p. 22) falar em guarda dos filhos pressupõe a separação dos pais. Porém o fim do relacionamento dos pais não pode levar a cisão dos direitos parentais.

O rompimento do vínculo familiar não deve comprometer a continuidade da convivência dos filhos com ambos os genitores. É preciso que eles não se sintam objeto de vingança, em face dos ressentimentos dos pais.

Cabe inferir que a guarda é uma das diretrizes que integra o poder familiar que se impõe aos pais em relação aos filhos que busca determinar à custódia e a proteção da criança, onde o guardador assume a responsabilidade de ofertar cuidados próprios da idade e da criação, além de promover as necessidades básicas do menor tais como vestuário, educação, cultura, lazer, saúde, moradia, assistência religiosa e/ou espiritual, pautado nos princípios morais vigentes na sociedade (NORONHA; PARRON, 2017).

Nessa perspectiva, a autora Letícia Carvalho (2016, p. 55) leciona que “quando ocorrer consenso entre os genitores, não poderá o juiz, recusar-se de homologar o negócio jurídico privado a ele submetido pelos pais, preservando sempre o bem-estar dos filhos e sendo necessária a participação ativa do Ministério Público a fim de assegurar a presença ou não de abusos e/ou atos ilícitos que divergem dos requisitos necessários para atribuição da guarda a um dos genitores, enquanto que, quando não ocorrer o esperado consenso entre os pais, faz-se necessário a intervenção do Estado, na figura do juiz, decretando a guarda compartilhada preservando o vínculo afetivo entre o menor e os genitores”.

Após as reformulações ao longo do tempo das legislações pertinentes ao caso, o questionamento acerca da guarda dos filhos baseia-se no Código dos Menores, Lei do Divórcio, Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente e o Estatuto da Criança e do Adolescente, visando o respeito aos direitos fundamentais e o melhor interesse da criança (SOUZA, 2017).

Diante desse cenário, é importante que o juiz de família utilize a jurisdição adequada para resolução do conflito além de fornecer subsídios que priorize a segurança do menor envolvido na disputa (NORONHA; PARRON, 2017).

Trata-se de um assunto novo no que concerne o ordenamento jurídico onde assegura a igualdade constitucional de direitos e deveres dos genitores relacionados à criança. A sua aplicabilidade no Brasil ainda é retratada de maneira tímida, visto que, culturalmente a sociedade impõe obstáculos que diferem das diretrizes dessa modalidade de guarda, havendo a necessidade do amadurecimento de tal assunto (MADALENO, 2018).

Atualmente, existem ferramentas jurídicas protetivas que ajuda e assegura as vítimas do processo de alienação parental, tais como: Constituição Federal, Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA (MADALENO, 2017).

Os fenômenos de alienação desenvolvidos pelo genitor alienante são originados mediante as frustrações na relação conjugal com o outro genitor, podendo ser exercida também por terceiros que possuem grau de parentesco com o menor como os avós, tios e primos, conforme já previsto pela Lei nº 12.318/2010 (PEREIRA, 2018).

Assim, é imprescindível que a guarda seja promovida com intuito de assegurar os direitos fundamentais do menor e resguardar a formação da personalidade dos filhos respeitando sempre o melhor interesse do menor, descartando nesse processo as causas ou desacordos da dissolução do matrimônio, não comprometendo assim a continuidade do convívio com ambos os genitores (NORONHA; PARRON, 2017). Desse modo, far-se-á necessário o discernimento e a clara divisão das responsabilidades materna e paterna na formação da criança, exigindo uma convivência respeitosa e saudável dos pais para com os filhos após o divórcio.

A guarda compartilhada, medida assegurada pela Lei nº 13.058/2014, prevê medidas cautelares que reduz a probabilidade de um dos genitores exercer alienação sobre o filho, visto que os pais dispõem de responsabilidades igualitárias na educação e na formação da criança, onde a comunicação seja clara e a rotina familiar possa pendurar além da dissolução do casamento (CHIAPPIN, 2018).

A guarda compartilhada induz a redução do risco de extinção do vínculo familiar e parental, redução o quadro patológico criado pela separação dos pais, aumento do respeito recíproco entre os genitores, evita colocar a criança em posição de escolher somente um dos genitores para destinar seu carinho e atenção, amadurecimento dos pais no que concerne a boa criação da criança, dentre outros fatores. A instalação da guarda compartilhada tornou-se uma solução eficaz para dificultar a instauração da Síndrome de Alienação Parental, pois segue orientações psicológicas que prega a cooperação entre os pais em prol dos filhos. (TARTUCE, 2017).

Dessa maneira, a guarda compartilhada retrata um avanço jurídico na esfera do direito de família onde fortalece os princípios do direito fundamental da criança e do adolescente e um compartilhamento equânime das responsabilidades advindas da criação do menor, onde o operador de direito deverá sempre assegurar o melhor interesse da criança e do adolescente.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste trabalho, foi possível delinear um panorama geral acerca do tratamento doutrinário e jurisprudencial dado aos casos de conflitos familiares, em especial, o conflito derivado da alienação parental em todo território brasileiro, principalmente no que concerne à sua natureza e os fatores agravantes para a execução do delito. A alienação parental é considerada um câncer social, que já se manifesta há séculos na esfera familiar, sendo analisado sob o olhar jurídico apenas a poucas décadas, devido o destaque no grande número de processos judiciais.

No que concerne o direito da família é coerente afirmar que é um direito indubitavelmente especial em detrimento da esfera social, sofrendo intensas mutações no lapso temporal. Assim, em relação às novas espécies de família, pode-se inferir que é consequência da regularização do ordenamento jurídico, que destaca o princípio da dignidade da pessoa humana, tornando dilatada a singularidade familiar, sendo onde identificada como um ambiente cercado de afetos, confiança, companheirismo, sem que para isso os envolvidos devam gozar de algum grau de parentesco ou mesmo praticar o ato de casamento, sendo

assim, sequela das inúmeras modalidades de uniões informais.

Respondendo ao problema desse estudo, como mecanismos de combate a esses eventos, o segmento jurídico adota a guarda compartilhada como ferramenta para desmistificar o medo imposto à criança, onde ambos os genitores terão direitos igualitários, maior tempo de visita não se restringindo a apenas fins de semana, assumindo participação ativa no desenvolvimento da criança. Assim, a guarda compartilhada surge como propulsor para minimização dos eventos decorrentes da separação dos pais em relação à criança.

Cabe então, aos operadores do direito dirimir a melhor opção para cada caso concreto relacionado a divórcio, guarda de menores e processo de alienação parental, utilizando como norteadores os pareceres de outros profissionais como assistente social e psicólogo jurídico, além do depoimento acolhedor regido pela Lei nº 13.431/17, para compor sua decisão judicial, sobre o futuro e o bem-estar da criança. Vale ressaltar que, deverá ser prioridade assegurar o princípio da dignidade humana, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente e o princípio da afetividade diante da solução encontrada pelo judiciário, onde a maior parte atingida é a criança, que merece cuidados especiais durante todo o tramite e decisão judicial.

Referências

- AMIN, A.R. **Curso de direito da criança e do adolescente:** aspectos teóricos e práticos. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BARROS, G.F.M. **Direito da criança e do adolescente:** coleção sinopses para concursos, coordenação Leonardo de Medeiros Garcia 36 – 5. ed, ver. Ampl. e atual – Salvador: Editora Juspodivm, 2017.
- BRASIL. **Constituição Federal promulgada em 05 de outubro de 1988**, Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 21 out.2022.
- _____. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.** Redação dada pela Lei n. 13.257, de 08 de março de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 05 out.2022.
- _____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil Brasileiro.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 05 out.2022.
- _____. Lei n. 11.698, de 13 de junho de 2008. **Altera os arts. 1.583 e 1.584 da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil**, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm>. Acesso em: 05 out.2022.
- _____. Lei 12.318, de 26 de agosto de 2010. **Dispõe sobre alienação parental e altera o art. 236 da Lei nº 8.069, de julho de 1990.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm>. Acesso em: 05 out.2022.
- _____. Lei nº 13.431, de 4 de abril de 2017. **Estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990** (Estatuto da Criança e do Adolescente). Diário Oficial da União.
- _____. Projeto de Lei n. 10.562, de 10 de julho de 2018. **Institui a Semana Nacional de Conscientização sobre a Alienação Parental.** Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1675786&filename=PL+10562/2018>. Acesso em: 05 out.2022.
- CAMPOS, M.P. **Síndrome da alienação parental.** UNIPAC, 2012.
- CARVALHO, L.F.F. **A nova perspectiva do instituto da guarda compartilhada.** UFF, 2016.
- CHIAPPIN, L.C. **A guarda compartilhada como uma medida mitigadora de alienação parental.** Monografia – UCS, 2018.
- DIAS, M.B. **Alienação Parental: um crime sem punição.** In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). Incesto e alienação parental: realidades que a justiça insiste em não ver: de acordo com a lei 12.318/201. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

- _____. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. rev. Atual e ampl. De acordo com: Lei 12.344; Lei 12.398/2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- _____. **Manual de Direito das Famílias**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- _____. **Manual das sucessões**. São Paulo: RT, 2016.
- DINIZ, M.H. Curso de direito civil brasileiro. Direito de Família. 20.ed. São Paulo Saraiva, 2011.
- DUQUE, B.; MOROSINI, L. Caracterização da responsabilidade civil na alienação parental. **Revista Âmbito Jurídico**, 2017, p.21, n.12.
- FERNANDES, A.C. **Direito Civil: Direito de Família**. Caxias do Sul: Educs, 2015.
- FONSECA, A.C.L. **Alienação Parental é crime ou infração administrativa?** 2010. Disponível em: <<http://www.mp.rs.gov.br/infancia/doutrina/id657.htm>>. Acesso em: 13 out.2022.
- GAGLIANO, P.; PAMPLONA FILHO, R. **Manual de direito civil: volume único**. São Paulo: Saraiva, 2016.
- GUILHERMANO, J.F. **Alienação parental: aspectos jurídicos e psíquicos**. PUCRS, 2012.
- KÜMPEL, V.F. **Palestra ministrada** em 21/01/2010 no Curso do professor Damásio de Jesus.
- MADALENO, A.C.; MADALENO, R. **Síndrome da Alienação Parental: a importância de sua detecção com seus aspectos legais e processuais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- MADALENO, R.H. **Curso de direito de família**. 5. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- MADALENO, R. **Curso de Direito de Família**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- _____. **Curso de direito de família**. 5. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- _____. **Curso de direito de família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- _____. **Síndrome da alienação parental: importância da detecção aspectos legais e processuais**. 5. ed. ver., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- MADALENO, R.; BARBOSA, E. **Responsabilidade civil, no direito de família**. Editora Atlas S.A, São Paulo, 2015.
- MALUF, A.C.R.F.D. **Direito das famílias: amor e bioética**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.
- MARQUES, D. A mediação e os conflitos familiares: repercussão com a guarda compartilhada. **Revista Jus Brasil**, 2019, v.12, n.5.
- MORSCHBACHER. G.D.S. **A voz da criança no processo judicial**. UFSC, 2017.
- NEVES, T.L. **A responsabilidade civil nos casos de alienação parental**. 2018, (Monografia): Salvador, Universidade Federal da Bahia, 2018.
- NORONHA, M.; PARRON, S. **A evolução do conceito de família**. UNIESP, 2017.
- PEREIRA, C.M.S. **Instituições de Direito Civil: Direito de Família**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- PINHO, M.A.G. **Alienação parental**. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2221, 2010.
- SANTOS, M.C.R. Alienação parental: violação aos direitos das crianças e adolescentes. **Revista Conteúdo Jurídico**, 2018.
- SOUZA, D.M.P. **Guarda compartilhada e síndrome de alienação parental: o que é isso?** Campinas-SP: Armazém Ipê, 2010.
- SOUZA, J.R. **Alienação parental: sob a perspectiva do direito à convivência familiar**. 2. ed. Leme/São Paulo: Mundo Jurídico Editora, 2017.
- TARTUCE, Flávio. **Manual do Direito Civil**. 7. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.
- TOSTA, M.C. Síndrome de Alienação Parental: a criança, a família e a lei. 2013, (Monografia): PUCRS, 2013.
- TRINDADE, J. **Síndrome da alienação parental**, IN: DIAS, Maria Berenice (Coord.). Incesto e alienação parental: realidades que a justiça insiste em não ver. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.26.
- VELLY, A.M.F. A Síndrome da Alienação Parental: uma Visão Jurídica e Psicológica. **Revista Síntese Direito de Família**, vol 12, n.º 62, out/nov, 2010.
- VIEIRA, L.; CARVALHO, L. **A nova perspectiva do Instituto da guarda compartilhada**. UTP, 2015.



32

**A EFETIVIDADE DO DIREITO DO CONSUMIDOR DIANTE A
SOCIEDADE**

*THE EFFECTIVENESS OF CONSUMER RIGHT BEFORE
SOCIETY*

Thiago Morais Rocha

Resumo

O objetivo deste trabalho de Conclusão de Curso – TCC é pesquisar, estudar e demonstrar o “direito do consumidor” antes mesmo de qualquer regulamentação ou consolidação de normas, chegando até os tempos hodiernos. Expor-se, inicialmente, um esboço histórico, as variações do que é a chamada relação de consumo, como um ato da vida cotidiana que se estende por todas as áreas. Apresentar um apanhado de como se comportou o direito do consumidor em outros países, com a especificação daqueles em que alcançou mais avanço ultimamente. O trabalho culmina com uma breve análise desde o aparecimento oficial da proteção ao Direito do Consumidor no Brasil, os avanços alcançados e as garantias mais recentes nas relações de consumo, ainda que não incluídas explicitamente dentro das normas do CDC, donde se destaca, por exemplo, o direito á portabilidade em suas várias nuances.

Palavras-chave: Direito do Consumidor, Relação de consumo, Portabilidade.

Abstract

The objective this Course Completion Work - TCC is to research, study and demonstrate the “consumer right” even before any regulation or consolidation of norms, reaching the present times. Initially, a historical sketch is exposed, the variations of what is called the consumption relationship, as an act of everyday life that extends across all areas. Present an overview of how consumer law has behaved in other countries, specifying those in which it has made the most advances lately. The work culminates with a brief analysis since the official emergence of consumer law protection in Brazil, the advances achieved and the most recent guarantees in consumer relations, although not explicitly included within the CDC norms, where it stands out, for example, the right to portability in its various nuances.

Keywords: Article, Standards, Formatting

1. INTRODUÇÃO

O objetivo deste trabalho é demonstrar a Acadêmicos e juristas sobre a necessidade de promover a defesa do consumidor; observando a evolução dos índices de consumo; o surgimento da delegação consumidora e progressos realizados; verificando o desempenho do estado, e ministérios públicos e as Organizações não Governamentais (ONGs) em grupos vulneráveis nas relações de consumo; verificar onde está localizado o poder judiciário sobre os pontos de vista mais controversos.

Estabelecer a lógica e a ordem cronológica dos temas no geral, optando por mostrar inicialmente um esboço histórico dessa difícil relação da humanidade.

Em seguida, estuda-se a evolução do tema proposto antes mesmo do seu regulamento, expressões legais ou institucionais iniciais, iniciativas pioneiras e movimentos não oficiais de sociedades organizadas, incluindo no Brasil.

O surgimento da Lei de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90, doravante denominado Código da Defesa do Consumidor, CDC) e suas conseqüentes aplicações nas relações de consumo. Desde então, o consumo tem se destacado por sua real importância.

Essa lei especial do CDC é relevante, pois o equilíbrio de poder entre fabricantes, fornecedores, prestadores de serviços e prestadores de serviços consumidores, com base no conselho dos autores da consulta.

Quem é responsável por promover formalmente a proteção do consumidor, outro aspecto muito importante a ser abordado, em paralelo com o desempenho de entidades não governamentais.

Aplicação de penalidades, importância do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC) e ampla divulgação de estatísticas oficiais de reclamações serão investigadas.

O método aplicado será uma revisão bibliográfica, ou seja, qualitativa e descritiva. A pesquisa bibliográfica através de fontes secundárias será técnica para o desenvolvimento de pesquisas.

Na organização do estudo, será necessário dividir o estudo em 05 (cinco) capítulos. O primeiro e o último capítulo referem-se à introdução, respectivamente e conclusões da pesquisa. O Capítulo 2 explora o início de um relacionamento Esboço histórico da relação entre consumo e defesa do consumidor Consumo e Direito do Consumidor. Capítulo 3 Tópicos de Discussão acerca do país, defesa do consumidor, seus princípios norteadores, direitos do consumidor Na Constituição Federal, a proteção da nação, da Commonwealth. O Capítulo 4 explora essa questão de uma perspectiva legal, a partir de Código de Defesa do Consumidor, e foca em alguns dessas particularidades e desenvolvimentos recentes como a portabilidade.

Por fim, como trabalho acadêmico, é necessário enviar o texto apenas destinado a ser apresentado a partir de uma perspectiva histórica. A defesa do consumidor, com uma perspectiva generalista, não vinculada a um tema específico, ficando atento às atuações mais importantes no Brasil e no exterior, além de destacar a história e a situação jurídica antes e depois do surgimento do Código Proteção dos direitos do consumidor, destacando algumas conquistas práticas relacionamento do consumidor.

2. PANORAMA HISTÓRICO DO DIREITO DO CONSUMIDOR

Apesar de ser o tópico mais recente em ordem cronológica, é possível encontrar que num passado distante, houve tentativas de interferir nas relações de consumo. Entretanto o infame Código de Hamurabi (2300 a.C.) regulamentou o comércio como um todo e buscar o controle e supervisão dessas relações, acostumando-se com as atividades mais comuns no momento. Por causa de sua importância, a tarefa o Código de Hamurabi identifica o artesão construtor de barcos refizesse, por conta própria, trabalho considerado defeituoso. Código Hamurabi é um conjunto de leis promulgadas criada na Mesopotâmia por volta do século XVIII a.C, por Rei Hamurabi da Primeira Dinastia da Babilônia. O código é baseado na lei de talião, “olho por olho, dente por dente”. A esse respeito, anotou Fábio Zabot Hotlhausen (2006, p. 44):

O Código de Hamurabi tem-se convencionado pelos doutrinadores como a primeira legislação a tutelar o adquirente por problemas nos produtos/serviços”. O mesmo autor, na mesma obra, também página 44 refere a Lei das XII Tábuas, que determinava que “se alguém coloca o seu dinheiro a juros superiores a um por cento, que seja condenado a devolver o quádruplo.

Jorge T. M. Rollemberg (1987 apud FILOMENO, 1991, p. 45) afirmou:

Há quem denote já no antigo Código de Hamurabi certas regras que, ainda que indiretamente, visavam a proteger o consumidor. Assim, por exemplo, a lei 233 rezava que o arquiteto que viesse a construir uma casa cujas paredes se revelassem deficientes, teria a obrigação de reconstruí-las ou consolidá-las às suas próprias expensas.

Como um cirurgião opera em alguém com um bisturi de bronze e levasse à sua morte por má conduta: compensação total e pena de morte. Ainda sobre esta questão, o mesmo autor disse:

Consoante a lei 235 o construtor de barcos estava obrigado a refazê-lo em caso de defeito estrutural, dentro do prazo de até um ano (seria isto a idéia inicial de ‘vício rebitório’?) Na Índia, no século XII a.C., o sagrado Código de Massú previa multa e punição, além de ressarcimento dos danos, àqueles que adulterassem gêneros – lei 697 – ou entregassem coisa de espécie inferior àquela acertada, ou vendessem bens de igual natureza por preços diferentes – lei 698. (FILOMENO, 1991, p.28).

Na Roma antiga, o direito romano já previa a proteção do consumidor, quando determinava que o vendedor era responsável pela prevaricação da coisa, salvo ele não os conhecesse. Essa obrigação, no tempo de Justiniano, foi até estendida, mesmo que eles não soubessem de tal vício, assuma a responsabilidade. Se o vendedor agisse maliciosamente, com conhecimento da falha, dobraria o valor pago. Roma, através de várias leis que exerciam a intervenção estatal nas atividades comerciais, no qual as regras de consumo eram estabelecidas, por exemplo, o fornecimento de produtos. (Biblioteca da História Geral de Roma Império, 1969).

Até mesmo o filósofo grego Aristóteles mencionou especuladores na Grécia Antiga. Cícero (século I a.C.) garantia contra defeitos ocultos em compras e vendas e qual o vendedor prometia as mercadorias como dotadas de qualidades que não existissem. Cícero

ainda chama a atenção para os motivos que o defende para que possam garantir sempre confiança aos compradores de bens de consumo duráveis e fossem descartadas as deficiências ocultas. (Biblioteca Mundial de História, Grécia clássica, 1969).

Luís XI da França, 1481, punia com uma banheira de hidromassagem pessoas que vendessem manteiga com pedras escondidas para ganhar peso ou misturasse água com leite. Em 1773, nos Estados Unidos, acontece o caso contra imposto sobre o chá, reação do consumidor aos produtores britânicos de chá quando colonos americanos vestidos como moradores locais destruíram carregamentos de chá. (Biblioteca de História Mundial, Europa, 1969).

Na Suécia, a primeira legislação de defesa do consumidor surgiu em 1910. Em 1914, a Comissão Federal de Comércio foi estabelecida ou Comércio federal, projetado para fazer cumprir as leis antitruste e proteger interesses do consumidor. (Biblioteca da História Universal, América, 1969).

O direito do consumidor originou-se na sociedade capitalista central (EUA, Reino Unido, Alemanha e França), a primeira legislação protetiva a favor do direito do consumidor surge nos EUA, com o anúncio de John Kennedy em 1962, no Congresso norte americano. Kennedy apontou os aspetos essenciais em termos de defesa do consumidor, que virá de bens e serviços e deveriam ser usados com segurança a um preço justo. Alguns autores e jornalistas acreditam que essa afirmação foi diretamente influenciada pela primeira-dama dos Estados Unidos (BIBLIOTECA DA HISTÓRIA UNIVERSAL, AMÉRICA, 1969).

Wilson Demo (2000, p. 200-202), afirmou: “Mesmo na Carta Magna” encontram-se as regras de proteção para as pessoas que agora são designadas como consumidor: “Haverá em todo o Reino uma mesma medida para o vinho e a cerveja, assim como os cereais. Todos os panos se ajustarão a uma mesma medida de largura, que será de duas varas. Os pesos serão, também, os mesmos para todo o Reino”.

Como registro histórico, sobre o Brasil, desde tempo do império, percebe-se cuidadosa proteção ao consumidor. Existe uma norma de proteção no Livro V da Lei das Filipinas aos consumidores. O título LVII diz: “se alguma pessoa falsificar alguma mercadoria, assim com cera, ou outra qualquer, se a falsidade, que nisso fizer, valer hum marco de prata, morra por isso” (QUINTO LIVRO, 2009, p. 43).

A proteção ao consumidor no Brasil ganha importância sem precedentes com a Constituição Federal de 1988, que tornou a defesa do consumidor uma proteção do consumidor uma garantia constitucional e serve como princípio norteador da atividade econômica. Embora o código seja recente, movimento de defesa do consumidor começou com o seminal Projeto de Lei nº 70 de 1971, por Nina Ribeiro Deputada – Arena, ele cria a Comissão de Defesa do Consumidor. (BRASIL, 1988).

Com a promulgação da Lei de Defesa do Consumidor, os direitos dos consumidores foram consolidados criando microssistemas das relações de consumo e inserção de novas normas e princípios jurídicos. A Constituinte de 1988 foi claramente influenciada pelos cidadãos. Há diversas reclamações no Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor, DPDC, do Ministério da Justiça (BRASIL, 2009).

Neste exato momento da história econômica, o mais importante e o que domina o cenário político/econômico é a chamada “globalização”. A globalização pode ser definida como uma série de mudanças na ordem política e econômica, o que aconteceu nas últimas décadas. O ponto de mudança é integrar o mercado numa espécie de “aldeia global” que é explorada por grandes empresas internacionais. O país está se afastando gradualmente das barreiras tarifárias que protegem sua produção da concorrência de produ-

tos estrangeiros, abertos ao comércio internacional e ao capital. Este processo tem com a drástica revolução da tecnologia da informação, o telefone, computador e TV (REVISTA VEJA, 1996. p. 84).

As fontes de informação e comunicação também são padronizadas devido ao alcance global e crescente da popularidade dos canais de TV, assinaturas e Internet. Para alguns, isso resulta da globalização transcendente as fronteiras econômicas e começou a inspirar uma certa homogeneização cultural entre países (REVISTA VEJA, 1996. p. 84).

Para John Daniels e Caroline Daniels (1996), a globalização é a ordem política e econômica mundial em mudança há décadas passadas. No centro da mudança está a integração do mercado em uma “aldeia global” desenvolvida por grandes empresas internacionais. Reduzir gradualmente as barreiras tarifárias para proteger sua produção da ocorrência de produtos estrangeiros, aberta ao comércio e ao capital internacional. Este processo foi acompanhado por uma drástica revolução tecnológica da informação - telefones, computadores e televisores. As fontes de informação também são padronizadas devido ao alcance global e crescente das fontes de informação e ao acesso universal a canais de TV por assinatura e à Internet. Isso faz com que as consequências da globalização transcendem as fronteiras econômicas e comecem provocando certa homogeneidade cultural entre os países.

É neste novo contexto econômico dominado pela globalização que a defesa do consumidor ganha maiores dimensões e nuances nunca antes imaginado, como a proteção das atividades de compra, da residência do fornecedor (telefone, internet). Níveis quase sem precedentes de proteção ao consumidor são alcançados pela sociedade capitalista, mais ou menos, mais rápido ou mais lento. O choro da popularidade das categorias que abrangem todas as categorias é ouvido e percebido nas decisões constitucionais, normas, estatutos e estatutos protecionistas.

Nesta situação socioeconômica catastrófica, foi necessário retratar uma nova realidade jurídica que de fato protegera a parte mais fraca da relação do consumo, como ferramenta de justiça social.

3. DEFESA DO CONSUMIDOR

As margens (superior, inferior, lateral esquerda e lateral direita) devem ter 2,5 cm. O tamanho de página deve ser A4.

O consumidor, conforme definido no Código (Lei 8.078/90), é qualquer pessoa física ou jurídica que obtém o produto ou serviço como destinatário final, ou seja, para uso próprio e não para revenda. Então sempre que alguém compra a revenda intencional de bens, carros ou brinquedos é legal considerado consumidor. Por outro lado, não é um consumidor - portanto, é excluído da proteção da Lei 8.078/90 - Pessoas físicas ou jurídicas adquiridas certas mercadorias que são destinadas à revenda ou como matéria-prima para produção outros bens. (BRASIL, 2009).

O fato de que o conhecimento humano, a proteção do consumidor não é baseada unicamente na punição daqueles que cometeram atos ilegais e violaram os direitos civis consumidores, conforme especificado em legislação especial. Também destaca conscientização do consumidor sobre seus direitos e obrigações e informe fabricantes, fornecedores e prestadores de serviços sobre suas obrigações, mediante prova como norma jurídica.



3.1 Princípios norteadores do direito do consumidor

O direito do consumidor se pauta porque outros ramos do direito, como princípio geral, entendem-se que é os legisladores que apelam ao direito natural em lacunas normativas. No entanto, é necessário dar-lhes significados diferentes porque o legislador quer se referir às normas que o orientam na elaboração das leis sistemas jurídicos, ou seja, aqueles baseados em princípios observacionais sociológica, para regular os conflitos de interesse, é necessário, implacavelmente, como uma necessidade da vida social humana.

Sobre o assunto, afirma Washington de Barros Monteiro (1997, p. 42), “Não há nada mais torturante para um intérprete do que a aplicação desses princípios regras gerais de direito não prescritas pelos legisladores.”

O princípio da vulnerabilidade é a porta de entrada para o início das demais regulamentações. Após o fim da primeira Grande Guerra, percebeu-se que, naquela conjuntura econômica, o consumidor estava desassistido e, por esta razão, necessitava de uma proteção legal, diante dessa impossibilidade de autocomposição entre os integrantes das relações de consumo sem a intervenção estatal.

Constatada essa vulnerabilidade do consumidor, foi iniciado um movimento no âmbito internacional com o intuito de reequilibrar as relações entre consumidores, produtores e prestadores de serviços. No ano de 1985, a ONU, pela resolução 39/248, “baixou norma sobre a proteção do consumidor [...] reconhecendo expressamente ‘que os consumidores se deparam com desequilíbrios em termos econômicos, níveis educacionais e poder aquisitivo’” (ALMEIDA, 2002, p.05).

Assim percebe-se a importância do princípio da vulnerabilidade como fundamento dessa nova disciplina jurídica. Segundo Antônio Herman V. e Benjamin ao prefaciar o livro de Moraes (2006, p.10):

O princípio da vulnerabilidade representa a peça fundamental no mosaico jurídico que denominamos Direito do Consumidor. É lícito até dizer que a vulnerabilidade é o ponto de partida de toda a Teoria Geral dessa nova disciplina jurídica (...). A compreensão do princípio, assim, é pressuposto para o correto conhecimento do Direito do consumidor e para a aplicação da lei, de qualquer lei, que se ponha a salvaguardar o consumidor.

Dessa forma, é compreensível que todos os demais princípios do direito do consumidor se expressem constitucionalmente e na legislação infraconstitucional, como no caso brasileiro.

3.2 O direito do consumidor no Brasil

No país, a defesa do consumidor aparece de modo discreto, em anotações esparsas e de pouca expressão, do ponto de vista do Direito. Ainda no período colonial havia multas para quem vendesse mercadorias acima das tabelas fixadas. Assim, também, aos taberneiros que vendessem vinho acima do preço tabelado. E havia limitação ao número de tabernas, fixadas em máximo de doze, em Salvador, por exemplo.

Por conta da grande demanda de vinho, era comum aos taverneiros inflacionar o mercado. E, após muitas queixas da população, a Câmara decidiu punir severamente os infratores. Assim, quem vendesse o canada (medida da época equivalente a 1,4 litros) acima de 2 cruzados (800 réis), seria preso na enxovia (a pior cela da cidade) e dela levado para

ser açoitado pelas ruas, ficaria inábil para vender e seria desterrado da capitania para todo o sempre (ORDENAÇÕES FILIPINAS, 1957).

Por um longo período, a sociedade brasileira conviveu economicamente sem regramento e proteção nas regras de consumo, sujeita unicamente ao Código Comercial de 1850 e ao Código Civil de 1912.

3.3 O direito do consumidor na constituição

A Constituição Federal de 1988, no artigo 48 do ADCT, Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, instituiu o CDC, Código de Defesa do Consumidor. Indo mais além, a mesma Carta Magna determinou:

Art. 5º, XXXII - O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor; Art. 24, VIII - Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: [...] responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Art.37, § 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviço públicas responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros.

Art. 150, § 5º - A lei determinará medidas para que os consumidores sejam esclarecidos acerca dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços.

Art. 170, V - A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existências dignas, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] defesa do consumidor.

Diante da complexidade da sociedade industrial moderna, e a posição de inferioridade do consumidor nas relações de consumo, o legislador constitucional teve por bem determinar a obrigação do Estado de tutelar a atividade de consumo e estabelecer o Código de Defesa do Consumidor.

3.4 A Lei n. 8.078/90 do código de defesa do consumidor

Nesses anos de vigência do CDC, Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, as chamadas relações de consumo passaram do estágio bruto ao estágio lapidado. Concordam todos os estudiosos aqui mencionados que muito há que fazer. Aditem, entretanto, que poucos setores da vida nacional evoluíram tão rapidamente.

Evolução esta que começou em nível nacional desde meados de 1985, com o Conselho Nacional de Defesa do Consumidor (CNDCC), órgão de assessoria da Presidência da República, na formulação da política específica e com a responsabilidade de fomentar e colaborar na instalação dos PROCONs (estaduais e congêneres municipais), Promotorias de Justiça e Delegacias policiais, ambas especializadas, juizados especiais e entidades civis e, por fim, preparar os estudos iniciais e o próprio anteprojeto do Código.

Algumas anotações merecem ser lembradas porque importantes nessa aceleração cronológica. Até então, a ideia reinante era o império do modelo liberal individualista, caracterizado pela ideia individual da vontade, onde cada um se defendia como podia; o

mercado e o velho ato de comércio eram os alvos da legislação regente da matéria, até então, difusamente perdida no medieval Direito Comercial, onde reina um código jurássico de 1850.

Na vigência do CDC, é inegável a constatação de que há um notável esforço de adequação de todos os setores às suas novas e modernas regras. O cadastro das más empresas, publicação cada vez mais consultada pelos consumidores, orienta o ato de consumo, acautelando os maus empresários. Hoje é usual, nas empresas, os serviços de atendimento ao consumidor (SAC), que ouve reclamações, queixas, presta informações, sem, todavia, receberem raros elogios.

O CDC trouxe ao consumidor brasileiro proteção à saúde, à educação para o consumo, a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, a proteção contratual, a substituição da igualdade formal pelo princípio da vulnerabilidade do consumidor, o acesso à justiça, a indenização, a facilitação da defesa dos seus direitos, a qualidade dos serviços públicos, dentre outros direitos.

Rizzato (2009, p. 02), ao discorrer sobre aspectos históricos, manifesta-se textualmente:

O DCD, como sabemos, foi editado em 11 de setembro de 1990; é, portanto, uma lei muito atrasada de proteção ao consumidor. Passamos o século inteiro aplicando às relações de consumo o Código Civil, lei que entrou em vigor em 1917, fundada na tradição do direito civil europeu do século anterior.

Com essa anotação, o respeitado autor deixa consignado o fato indesmentível de que, no Brasil, a proteção ao consumidor chega muito tarde. Se comparada cronologicamente com os EUA, onde já se havia editado uma lei antitruste em 1890, pode-se afirmar que, exatamente um século antes, já existia naquele país uma lei de proteção ao consumidor (RIZZATTO NUNES, 2000, p. 86).

Ainda assim, é também indesmentível que o advento do CDC introduz na vida do consumidor brasileiro um instrumento jurídico de proteção jamais visto, trazendo em seu bojo, inclusive, ineditismo judicial, como a inversão do ônus da prova e a desconsideração da personalidade jurídica (ZAGUETTO, 1999, p. 24).

O CDC é dividido em seis títulos; os títulos são divididos em capítulos e estes são divididos em seções. Já nos primeiros artigos, a Lei n. 8.078/90 diz a que veio e define quem é considerado consumidor, não distinguindo pessoa física ou jurídica para essa condição, desde que “adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.” O código também equipara o consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

4. AS CONQUISTAS ORIGINAIS E RECENTES. O DIREITO À PORTABILIDADE

O CDC, por si só, traz em seu bojo inegáveis conquistas legais da sociedade consumidora, como sói ser a desconsideração da personalidade jurídica, 41 a inversão do ônus da prova, a modificação de cláusulas contratuais, a portabilidade, entre outras.

O art. 28 inova na questão, permitindo ao juiz determinar a desconsideração da personalidade jurídica, ato que, no dizer de Saad, obra citada, pág. 445, “[...] para proteger o consumidor, o juiz fica autorizado a desconsiderar a personalidade jurídica e atingir os sócios.”

Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

Ainda segundo os autores antes mencionados, na mesma obra e página: “A teoria da despersonalização da pessoa jurídica não passa, em última análise, da aplicação prática da teoria da responsabilidade civil por atos ilícitos.” É admitida quando há evidente abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social.

Essa atitude do juiz visa impedir a fraude ou o abuso de direito e é conhecida dos americanos do norte pela designação de *disregard of legal entity*, o que significa em nosso idioma a mesma coisa, e visa deixar de lado a estrutura societária e alcançar seus membros e respectivos patrimônios. No Brasil, é usual a constatação de empresa pobre, pertencente a empresário rico, posto a salvo pela irrisória quantia prevista em contrato societário.

4.1 Da inversão do ônibus da prova

A inversão do ônus da prova é outra providência legal que favorece os consumidores, uma vez que aceita a teoria da vulnerabilidade, não seria razoável a manutenção do princípio do direito civil, segundo o qual o ônus da prova compete a quem alega.

O CDC também inova quando permite ao consumidor valer-se do direito de inverter o ônus da prova.

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências

Essa inversão, pelo texto da lei, é colocada ao arbítrio do magistrado, que pode ou não a conceder, não sendo direito automatizado pela simples condição de consumidor. A modificação de cláusulas contratuais também se constitui em valioso instrumento a favor do consumidor, de vez que impede a valorização de cláusulas consideradas abusivas, tão a gosto de contratantes e contratados de má-fé:

Art. 46. Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance.

Art. 47. As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.

Os dois artigos supra estão incluídos no Capítulo VI do CDC que cuida “Da Proteção Contratual” e demonstram o interesse do legislador em promover a proteção do contratante mais fraco e vulnerável. Eis a opinião de Saad (2006, p.563) antes citada:

Ao longo de seus 9 artigos (46 a 55), é constante o interesse do legislador em amparar o consumidor contra quaisquer artifícios que lhe sejam prejudiciais.

“A imensa maioria das relações jurídicas travadas no meio social tem, como envoltório, o contrato. Dessarte, é compreensível o permanente interesse do Estado por essa categoria jurídica, fonte inesgotável de direitos e obrigações.

A autonomia da vontade, viga mestra do Direito do século XIX, deixa de ser o elemento principal do contrato cedendo lugar a um protecionismo estatal. Esse protecionismo se afigura pertinente, principalmente quando se depara o consumidor com o chamado ‘contrato de adesão’, redação unilateral que não permite a discussão de cláusulas independentes. Ao consumidor resta aceitar ou não os seus termos. Diz Saad (2006, p. 564): Torna-se uma raridade o modelo de contrato de outrora, em que as partes discutiam e analisavam cláusula por cláusula. Acrescenta na mesma página:

Agora, na formação do contrato, há uma nova metodologia e consistente na prévia e unilateral elaboração das cláusulas do contrato por uma das partes – o vendedor ou fornecedor. À outra parte, cabe aceitá-las em globo, não sendo possível alterar o conteúdo do contrato; a eles se adere, simplesmente.

A Portabilidade numérica, de acordo com a Anatel (Agência Nacional de Telecomunicações), é a possibilidade de o usuário mudar de operadora, móvel ou fixa, sem precisar trocar seu número telefônico. Com ela, o número deixa de pertencer a uma operadora ou a endereço original. Empresas e usuários que utilizam o número para trabalho, por exemplo, não precisarão mais ficar presos à operadora apenas para não perdê-lo. Existem três tipos de portabilidade numérica disponíveis: 1. Portabilidade de Prestadora de Serviço (Fixo ou Móvel) - quando os clientes têm o direito de manter o número telefônico ao trocar de provedor de serviço local, móvel ou fixo; 2. Portabilidade Geográfica - quando os clientes têm o direito de manter o número telefônico, como no caso de mudança de endereço; 3. Portabilidade de Serviço, quando os clientes têm o direito de manter o número telefônico, inclusive na troca de serviços (Ex. celular para fixo). O Brasil optou por tornar obrigatória a Portabilidade do tipo 1 – Portabilidade de Provedor de Serviço, e a portabilidade dos números não geográficos. São números não geográficos aqueles que não permitem identificar o local do número como, por exemplo, os números de serviços de utilidade pública e o serviço 0800. (ANATEL, 2009, p. 76).

Na telefonia fixa, os clientes podem mudar de operadora e manter o mesmo número telefônico em duas situações: quando permanecem no mesmo endereço ou quando mudam de endereço, desde que o novo seja dentro da mesma Área Local atual. De modo geral, uma Área Local consiste em uma série de localidades dentro dos limites de um município ou Região Metropolitana. Outra situação permite a manutenção do número sem troca de operadora quando há mudança de endereço dentro da Área Local. (ANATEL, 2009).

Na telefonia móvel, os clientes podem mudar de operadora e manter o mesmo número dentro de uma mesma Área de Registro (código DDD), que engloba várias áreas locais. O cliente ainda pode manter o número quando troca de plano de serviço. Ou seja, não importa se o cliente muda de um plano pré-pago para um pós pago, ou vice-versa, nem quando muda de um plano pré ou pós para outro pré ou pós de outra operadora. (ANATEL, 2009).

No Brasil, o processo de implementação da portabilidade teve início com a Consulta Pública 734, em setembro de 2006. Durante 63 dias de duração da Consulta Pública, a

ANATEL coletou quase mil contribuições da sociedade, sendo 180 de usuários individuais, e realizou cinco audiências públicas em diferentes capitais, as duas últimas em São Paulo (30 e 31 de outubro). A Portabilidade foi aprovada em 07/03/07 pela ANATEL. (ANATEL, 2009).

No que respeita a planos de saúde, o benefício do consumidor se afigura maior ainda, uma vez que poderá mudar de plano de saúde levando consigo as carências já cumpridas. Esse é o princípio da portabilidade de carências dos planos de saúde, regulamentada pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS).

A partir de 15 de abril de 2009, os beneficiários de planos individuais de assistência médica com ou sem odontologia e de planos exclusivamente odontológicos contratados a partir de janeiro de 1999 ou adaptados à Lei nº 9.656/98, estão aptos a exercer a portabilidade de carências.

O beneficiário que desejar exercer a portabilidade de carências agora pode se valer desse direito, sem se submeter ao vexame de novos exames e eventuais novas carências. Veja por exemplo uma atitude da Unimed (2009):

Para uma das maiores operadoras de seguros de saúde do Brasil, “Portabilidade é o seu direito de comparar médicos, hospitais, clínicas e laboratórios oferecidos”. De colocar na balança – e no papel – tudo o que cada operadora oferece. E depois, escolher o que é melhor, sem ter medo de perder o tempo de carência já cumprido.

Mesmo em áreas inimagináveis já se fala em ‘portabilidade’, como no caso de fundos de pensão. Para não criar um colapso no mercado de previdência privada, a Secretaria de Previdência Complementar vai criar uma regra de transição para aplicar o direito à “portabilidade”, criado pela Lei Complementar 109, sancionada pelo então presidente Fernando Henrique Cardoso. Aqui, pelo conceito de portabilidade, os participantes de fundos de pensão podem transferir os recursos financeiros para outro fundo quando mudam de emprego. Aqui, a vantagem da portabilidade é que não há incidência de impostos ou taxas. Até agora, o funcionário que se desligava da empresa podia sacar o dinheiro acumulado, pagando IR (Imposto de Renda) (BANCO CENTRAL, 2009).

Mas é nos contratos que regulam os planos de saúde que a ideia da portabilidade traz mais benefícios, uma vez que cuida do aspecto que é mais caro aos seres humanos: a saúde. Os beneficiários de planos de saúde individuais ou familiares contratados após 1º de janeiro de 1999, poderão mudar de operadora, sem precisar cumprir novamente a carência cumprida no plano anterior, regra vigente até então (IDEC, 2009).

Fica evidente que a possibilidade de mobilidade com portabilidade é um importante estímulo à concorrência no mercado de saúde, permitindo que os clientes tenham mais liberdade de escolha, já que certamente preferirão aqueles planos que não os escravize, como ocorre, ainda, infelizmente, com a exigência da famigerada fidelidade na prestação de outros serviços. Fidelidade implica confiança e essa relação de implicação mútua aplica-se, quer entre dois indivíduos, quer entre determinado sujeito e o objeto sob sua consideração que, a seu turno, também pode ser abstrato ou concreto. No caso concreto, é justamente por haver quebra de confiança que o consumidor pretende destratar com eventual prestador de serviços.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este modesto trabalho, circunscrito às suas limitações didáticas, não poderia pretender esgotar qualquer assunto que fosse apesar da sua abordagem abrangente do tema. A ideia central é estudar vários aspectos da chamada relação de consumo, legais e factuais, eleitos aleatoriamente, nivelados pela importância, no entendimento da estudante, demonstrando apenas o interesse de pesquisa. As conclusões aqui apostas refletem o pensamento da aluna, independentemente de anotações históricas ou contribuição de autores mencionados.

Pelas verificações históricas, percebe-se que a atividade humana, desde o aparecimento da espécie sobre a face da terra, tem sido registrada pelos cientistas e estudiosos, mostrando a gama de atividades desenvolvidas desde então, anotando as fases do desenvolvimento humano. Uma dessas atividades, talvez das mais importantes, é a atividade econômica, com todas as suas sucessivas facetas, desde o escambo até os avanços atuais.

A proteção ao consumidor, em que pese ter manifestações na antiguidade, como as demonstradas no histórico, acima, somente ganham sofisticação à medida que a própria economia é, também, sofisticada. Exatamente por isso o tema ganha força na medida em que as sociedades econômicas também ficam fortes, razão por que se destacam os eventos após a revolução industrial iniciada na Inglaterra em meados do século XVIII e que se expandiu pelo mundo a partir do século XIX.

Jamais houve paz entre os teóricos da economia e muito menos houve tranquilidade na prática das políticas públicas de economia de qualquer país capitalista. A posição dos consumidores sempre foi extremo desconforto, expostos aos humores dos mandantes mais poderosos.

É nesse ambiente de caos econômico que surge no Brasil a Constituição Federal de 1988, um paquiderme jurídico que se intromete até mesmo onde não deveria, sucedendo a outras constituições remendadas e retocadas, prometendo o impossível sob o epíteto de constituição cidadã. Mas é verdade, também, que no cipoal de determinações que introduziu, a CF de 1988 trouxe alguns aspectos positivos, dentre eles a determinação de criação da defesa do consumidor, como visto acima.

Por essa razão, a obrigação constitucional de introduzir a defesa do consumidor no estuário legal do país é bem-vinda, e não se pode atribuir esse fato à iniciativa dos executivos. Foi necessário que o Congresso Constituinte previsse essa obrigação para que o consumidor passasse a ter proteção, como já estava havendo em outros países, a exemplo dos EEUU, onde a única e antiga constituição, com apenas duzentos artigos e algumas poucas emendas, não prevê explicitamente a defesa do consumidor.

No Brasil, o legislador parece perceber que é necessário descer ao máximo das definições para assegurar o atendimento do cidadão e o respectivo respeito à lei. E o Código de Defesa do Consumidor, previsto na CF de 1988 e editado em 1990, a Lei n.º 8.078/90, não escapou desse estigma.

Ficou evidenciada uma inestimável parceria no esforço de se conseguir garantir o cumprimento da lei, como aquela entre o Ministério Público e os órgãos da administração direta, encarregado de promover a proteção e defesa do consumidor. Ficou reconhecida como importante a participação das entidades não governamentais que atuam com os mesmos objetivos dos órgãos oficiais, credenciadas e legitimadas, inclusive, a representar a categoria dos consumidores em juízo.

O CDC, na visão da acadêmica, representa a 'porta de entrada' para o homem comum

ao exercício de cidadania. Em uma sociedade com as características sócio-culturais como a brasileira, é de grande importância um instrumento que se utiliza de linguagem simples e direta, mostrando ao homem que, como unidade, somente tem valor se alçado à categoria de cidadão.

Conclui-se, portanto, que são inegáveis os avanços conseguidos após a edição do CDC, quer no aspecto legal, quer institucional e funcional. Neste trabalho houve destaque deliberado aos princípios que norteiam o CDC e as garantias legais que assegura, notadamente a inversão do ônus da prova, a desconsideração da personalidade jurídica, a revisão de cláusulas contratuais.

Aqui se destacou, por sua oportunidade e proximidade, o direito à chamada portabilidade, avanço consequente de pressão popular, já antiga reivindicação dos consumidores, prisioneiros das artimanhas dos prestadores de serviços, principalmente no campo da telefonia e planos de saúde.

O direito à portabilidade é uma das conquistas recentemente garantidas pelo consumidor. Com esse direito, deixa o consumidor de assumir o prejuízo pela mudança de planos de telefonia, de operadoras de seguro de saúde, abandono de número de telefone já familiar ao seu círculo, por exemplo. Pior: no caso de planos de saúde, o consumidor, ao trocar de seguradora, submeter-se-ia a um novo tempo de carência de 48 dias. Assim também quando encerrasse uma conta bancária e abrisse outra, já que no talão de cheque constaria a nova data da conta.

Já se admite até mesmo a “portabilidade de crédito”, que ocorre quando um correntista bancário, havendo contratado um determinado empréstimo com determinada instituição financeira, pode trocar de banco buscando aquele que lhe ofereça maiores vantagens, como juros menores, por exemplo.

Referências

- ALMEIDA, G. A.; PERRONE-MOISÉS C. **Direito internacional dos direitos humanos: instrumentos básicos**. São Paulo: Atlas, 2002.
- ANATEL. Agência Nacional de Telecomunicações. Disponível em: <http://www.anatel.gov.br/Portal/exibirPortalInternet.do>. Acesso em 04 nov. 2022.
- BENJAMIN, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. Comentários ao código de defesa do consumidor. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- BIBLIOTECA DE HISTÓRIA UNIVERSAL (LIFE). **América**. Rio de Janeiro: José Olympio, 1969.
- BIBLIOTECA DE HISTÓRIA UNIVERSAL (LIFE). **Europa**. Rio de Janeiro: José Olympio, 1969.
- BIBLIOTECA DE HISTÓRIA UNIVERSAL (LIFE). **Grécia Clássica**. Rio de Janeiro: José Olympio, 1969.
- BIBLIOTECA DE HISTÓRIA UNIVERSAL (LIFE). **Roma Imperial**. Rio de Janeiro: José Olympio, 1969.
- BRASIL. PINTO, A. L. T.; WINDT, M. C. V. S.; CÉSPEDES, L. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 42. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.
- _____. Ministério da Justiça. Direito do Consumidor. Disponível em: <http://www.mj.gov.br/dpdc/data/Pages/MJ5E813CF3PTBRIE.htm>. Acesso em: 04 nov. 2022.
- _____. Ministério Público de Minas Gerais. Disponível em: <http://www.mp.mg.gov.br/portal/public/>. Acesso em: 20 out. 2022.
- CALDAS AULETE, F. J. Dicionário contemporâneo da língua portuguesa. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1884.
- DANIELS, J. L.; DANIELS, C. **Visão Global**: Criando novos modelos para as empresas do futuro. São Paulo: Makron Books, 1996.

- DEMO, W. **Trabalho Manual de História de Direito**. Florianópolis: OAB/SC, 2000.
- FILOMENO, J. G. B. **Manual de Direitos do Consumidor**. São Paulo: Atlas, 1991.
- GAMA, H. Z. **Direitos dos Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- HOTLHAUSEN, F. Z. **Inversão do Ônus da Prova nas Relações de Consumo**. Palhoça: Unisul, 2006.
- LIVRO QUINTO. **Ordenações Filipinas**. Disponível em: <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l5ind.htm>. Acesso em 04 nov. 2022.
- MARQUES, C. L. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. 5. ed. **Revista dos Tribunais**, 2007.
- MONTEIRO, W. B. Curso de Direito Civil. São Paulo: **Saraiva**, 1997.
- NERY JUNIOR, N. Os Princípios Gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. São Paulo: **Revista dos tribunais**, 1992.
- RIZZATTO NUNES L. A. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Saraiva, 2000. **REVIS-TA VEJA**, Abril de 1996.
- SAAD, E. G.; SAADJ, E. D; BRANCO, A. M. S. C. **Código de Defesa do Consumidor Comentado**. 6 ed. São Paulo: LTr,, 2006 UNIMED.



33

**A RESPONSABILIDADE ALIMENTAR DOS FILHOS
SOBRE OS PAIS IDOSOS CONFORME A LEI N° 10.741/03
(ESTATUTO DO IDOSO)**

*RESPONSIBILITY OF CHILDREN ON ELDERLY PARENTS
ACCORDING TO LAW N° 10.741/03 (STATUTES FOR ELDERLY
PEOPLE)*

Eduardo Agnello Santos Gonçalves de Jesus

Resumo

No presente trabalho foi realizado um estudo sobre o direito dos idosos a alimentos, com enfoque especial na responsabilidade dos filhos perante os pais idosos. Sabe-se que a obrigação alimentar é o múnus público imposto por lei, cujo parâmetro é a solidariedade familiar, pois estão os parentes obrigados a prestação de assistência mútua, àqueles que não tenham bens suficientes, nem possam prover sua subsistência pelo seu próprio trabalho, desde que aquele, de quem se reclama, possa fornecê-los, sem prejuízo do necessário ao seu sustento. Contudo, o Estatuto do Idoso trouxe uma novidade legislativa, conferindo um tratamento diferenciado quanto à prestação alimentar para aqueles que tenham idade igual ou superior a sessenta anos. A prestação alimentar passa a solidária, enquanto para todos os outros casos, a obrigação seria subsidiária.

Palavras-chave: Idoso. Alimentos. Estatuto do Idoso.

Abstract

In the present work, a study was carried out on the right of the elderly to food, with a special focus on the responsibility of children towards elderly parents. It is known that the maintenance obligation is the public duty imposed by law, whose parameter is family solidarity, as relatives are obliged to provide mutual assistance to those who do not have enough assets, nor can they provide for their livelihood through their own work, provided that the person complaining about it can provide them, without prejudice to what is necessary for their maintenance. However, the Statute for the Elderly brought a legislative novelty, granting differentiated treatment regarding the provision of food for those who are aged sixty or more. The maintenance provision becomes solidary, while for all other cases, the obligation would be subsidiary.

Keywords: Elderly. Foods. Statute of the Elderly.

1. INTRODUÇÃO

O envelhecimento é um processo progressivo, dinâmico, multidimensional que, dependendo do campo de pesquisa, pode ser conceituado de várias maneiras. Contudo, é consenso que o aumento da expectativa de vida tornou-se um fenômeno mundial.

Conforme a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua– Características dos Moradores e Domicílios, divulgada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), a população brasileira, manteve a tendência de envelhecimento dos últimos anos, ganhando 4,8 milhões de idosos desde o ano de 2012, superando a marca de 30,2 milhões em 2017, correspondendo a um crescimento de 18% desse grupo etário, que tem se tornando cada vez mais representativo na sociedade brasileira.

Diante desta realidade, ou seja, do ritmo acelerado do crescimento desse nicho populacional vislumbrou-se a necessidade de inserir no ordenamento jurídico brasileiro regramentos específicos visando à proteção da pessoa idosa, sendo editada então a Lei nº 10.741/03 (Estatuto do Idoso).

O Estatuto do Idoso foi instituído com o objetivo de resgatar, pela via jurídica, as deficiências verificadas no plano político e social, incorporando-se como norma jurídica de proteção integral.

A Lei nº 10.741/03 esmiuçou as garantias constitucionais dedicando um título inteiro (do art. 8º a art. 42) aos chamados direitos fundamentais, dividindo-o em dez capítulos: Do Direito à Vida; Do Direito à Liberdade, ao Respeito e à Dignidade; Dos alimentos; Do Direito a Saúde; Da Educação, Cultura, Esporte e Lazer; Da Profissionalização e do Trabalho; Da Previdência Social; Da Assistência Social; Da Habitação e do Transporte. O legislador quis com isso reafirmar tais direitos contidos na Carta Magna, facilitando assim sua efetivação.

Foi objeto de estudo desta monografia o direito aos alimentos, com foco na responsabilidade alimentar dos filhos perante os pais idosos conforme a Lei nº 10.741/03, fundamentado em princípios e garantias constitucionais como o da preservação da dignidade da pessoa humana, do direito à vida, da personalidade e da solidariedade, já que, em relação ao idoso, a obrigação alimentar passou a ser solidária, nos termos do art. 12 da Lei nº 10.741/03, podendo o idoso optar pelos prestadores.

Posto isto, a monografia foi dividida em três capítulos, sendo o primeiro deles destinado a conceituação do termo idoso; a história da velhice e aos marcos legais dos direitos fundamentais do Idoso no Brasil.

No segundo capítulo fora abordado o tema: Dos Alimentos e da Obrigação Alimentar. Neste capítulo encontrar-se-á o conceito, espécies, características dos alimentos e condições objetivas para prestação da obrigação alimentar (binômio necessidade/possibilidade).

O último capítulo destina-se ao objeto da pesquisa e tem como título: Direito de Alimentos ao Idoso. Nele foi tratado sobre relação do idoso com a família e a responsabilidade alimentar dos filhos sobre os pais idosos conforme o Estatuto do Idoso.

A humanidade vem acompanhando a velhice da população como uma etapa inevitável e ainda preocupante devido à decadência e predecessora da morte. Ao escutarmos a palavra velhice pensamos logo em fragilidade ou mesmo angústia o que não condiz com a realidade estando cercada de muitos temores ou mesmo falsos pontos de vista. O envelhecimento vem, com passar do tempo, sofrendo mudanças variadas, de acordo com o lugar ou ainda com a cultura, tempo, mostrando assim que a concepção de velhice não é



única ou definitiva e sim incerta, diferente através da história.

Os gregos, na Grécia Clássica, engrandeciam seus jovens por sua beleza e força serem muito exaltados enquanto seus velhos eram remetidos a lugares inferiores. Com o passar o tempo, Plutão mudou essa visão em relação aos idosos onde comparava a astúcia, sensatez, sabedoria e juízo.

Sua filosofia desprezava o declínio físico da humanidade e para ele a verdade do homem residia na imortalidade da alma, pois o corpo não passava de uma aparência ilusória. Platão valorizava a velhice e afirmava que os mais idosos deviam mandar, e os jovens obedecerem.

Sócrates seguiu os mesmos passos de Platão, alertando inclusive aos filhos sobre a obrigação para com seus velhos pais, pois estes deveriam ser tratados com respeito e dignidade.

Será objeto de estudo deste artigo o direito aos alimentos, fundamentado em princípios e garantias constitucionais como o da preservação da dignidade da pessoa humana, do direito à vida, da personalidade e da solidariedade, já que, em relação ao idoso, a obrigação alimentar passou a ser solidária, nos termos do art. 12 da Lei nº 10.741/03, podendo o idoso optar pelos prestadores. Os alimentos para idosos seguem o mesmo pré-requisito da regra geral, o binômio necessidade-possibilidade. Necessidade de quem pede os alimentos e possibilidade do reclamado.

Antes de se adentrar especificamente no tema proposto, faz-se necessário um capítulo dedicado a conceituação de alimentos, onde será definido sua natureza jurídica, características, classificação e condições objetivas de prestação.

2. IDOSO

Definir ou conceituar o termo idoso é crucial para se adentrar nos questionamentos acerca do referido tema. Idoso, em termos estritos, é aquele que tem muita idade.

Conforme preceitua Moreira (2000, p. 78), “[...] a idade de um indivíduo é mensurada pelo intervalo de tempo transcorrido entre a data do seu nascimento e a data atual, sendo mais velha, a pessoa que tem a idade mais elevada”.

O idoso pode ser visto como uma somatória de anos vividos, que tem sua própria história e carrega consigo as marcas de sua existência, ou seja, “[...] velho é aquele que tem diversas idades: a idade do seu corpo, da sua história genética, da sua parte psicológica e da sua ligação com sua sociedade”. (ZIMERMAN, 2000, p. 19).

Conforme Nunes (1999, p. 427):

A grande dificuldade de conceituar o termo idoso está relacionada à maneira que cada indivíduo, tem de conceber a velhice. Sendo bastante complexo, usar apenas a idade cronológica para definir quem é a população idosa. Pois o envelhecimento é um processo distinto que ocorre de maneira desigual para cada indivíduo.

Nota-se que a Velhice é um termo impreciso e de acordo com BRAGA (2011, p. 1-2), ser velho traz um imenso conjunto de conotações pejorativas numa sociedade em que o mito da beleza e da juventude ainda impera.

É certo que ao envelhecer o corpo humano sofre consideráveis transformações, não

somente na aparência física, mas no próprio declínio de força e disposição. Entretanto, a idade cronológica não deve ser o único meio legítimo para situar os indivíduos no tempo. Envelhecer não deve ser sinônimo de degeneração, mas de transformação, dinamismo e constante evolução.

O fato de essa evolução trazer mudanças corporais parece ser um preço pequeno a se pagar, mesmo porque tais alterações físicas (ou até psíquicas) não significam, necessariamente, o aparecimento de doenças (MONTEIRO, 2000, p. 53).

Velhice significa condição ou estado de velho, no sentido literal da palavra, mas infelizmente, é tida como sinônimo de doença. É claro que o sistema do corpo humano tem um ciclo biológico natural, mas é errôneo associar diretamente o processo de envelhecimento à morte. (BRAGA, 2011, p. 2).

Sabe-se que o organismo de um idoso encontra-se mais suscetível a certas doenças por haver uma diminuição da sua capacidade de defesa. Contudo, existem outros aspectos que, também, causam essa diminuição, ou seja, não é somente uma questão cronológica de envelhecimento, pois as doenças aparecem, em regra, em decorrência de uma vulnerabilidade biopsicossocial.

Norberto Bobbio (1997, p. 23) compreende a velhice sob três perspectivas: cronológica, burocrática e psicológica (subjativa).

A velhice cronológica é aquela em que se estipula um patamar de idade e quando tal patamar é alcançado pelo ser humano, este é considerado idoso. É uma perspectiva meramente formal, desconsiderando as características pessoais dos envolvidos.

A velhice burocrática utiliza a perspectiva cronológica utilizando aquela idade alcançada para geração de direitos e benefícios, como aposentadoria por idade, prioridades definidas em lei, passe livre em ônibus urbanos etc.

A perspectiva de velhice psicológica é subjativa e vai mais além do que as perspectivas cronológicas e burocráticas, àquela é a mais complexa, pois não se firma em parâmetros objetivos, já que cada indivíduo leva um tempo específico para sentir-se velho.

Com tempo, o termo velho, foi ganhando uma conotação negativa, sendo considerada como politicamente incorreta, por estar em constante associação à ideia de coisa inútil ou imprestável, sendo substituída pelo vocábulo idoso para se referir ao grupo formado por tais pessoas.

Percebe-se que novas terminologias e conceitos vêm surgindo para classificar os indivíduos em idade mais avançada, como por exemplo, terceira idade, idade ativa ou melhor idade.

Esse fenômeno de aumento da expectativa de vida, com a inclusão de indivíduos considerados idosos em diversas esferas da vida social, provocou verdadeira revolução no curso de vida das pessoas, redefinindo relações de gênero, arranjos e responsabilidades familiares e alterando o perfil das políticas públicas.

Essa nova realidade tem afetado a sociedade de uma maneira jamais vista. Sem dúvida, um dos maiores feitos da humanidade foi à ampliação do tempo de vida, que se fez acompanhar de uma melhora substancial dos parâmetros de saúde das populações, ainda que estas conquistas estejam longe de se distribuir de forma equitativa nos diferentes países e contextos socioeconômicos. O que era antes privilégio de poucos, chegar à velhice, hoje passa a ser norma mesmo nos países mais pobres.

É imprescindível reconhecer que o envelhecimento não é igual para todos, e as diferenças, existentes se referem a fatores como condições de vida, acesso aos bens e

serviços, cobertura da rede de proteção e as condições de atendimento social. Portanto, a longevidade, com qualidade de vida, apresenta-se como um fenômeno desafiador. Esses desafios são amplos e diversos, exigindo uma atualização da compreensão sobre o processo de envelhecer (PORTAL DO ENVELHECIMENTO, não paginado).

De qualquer modo, não se pode deixar de destacar que, qualquer que seja o conceito de idoso que se adote jamais se pode perder de vista que ser idoso significa ter que conviver com aspectos biológicos do processo de envelhecimento inerentes a qualquer pessoa humana, e, portanto, com inúmeras restrições existenciais. Daí a Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988; o Estatuto do Idoso e demais normas infraconstitucionais assegurarem proteção especial às pessoas idosas, no sentido não só de assegurar sua participação na comunidade e o bem-estar delas, mas garantindo a efetivação de seus direitos fundamentais.

3. DOS ALIMENTOS E DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR

Alimento, de acordo com dicionário Aurélio, é toda substância que, ingerida ou absorvida por um ser vivo, o alimenta ou nutre; aquilo que faz subsistir, que sustenta algo; aquilo que o estimula (FERREIRA, 2018).

O conceito jurídico de alimento vai um pouco além do conceito apresentado, por isso, é de vital importância à explicação deste para posterior análise de suas espécies e características.

Para Maria Helena Diniz: “o legado de alimentos abrange o indispensável à vida: alimentação, habitação, educação [...]” (DINIZ, 2011, p.1414).

Caio Mário da Silva Pereira conceitua alimentos como: “a tudo mais necessário à manutenção individual, sustento, habitação, vestuário e tratamento” (PEREIRA, 2017, p.495)

Conforme Cahali, (2013, p. 15-16):

[...] a palavra “alimentos” vem a significar tudo o que é necessário para satisfazer aos reclamos da vida; são as prestações com as quais podem ser satisfeitas as necessidades vitais de quem não pode provê-las por si; mais amplamente, é a contribuição periódica assegurada a alguém, por um título de direito, para exigí-la de outrem, como necessário à sua manutenção.

Para Gonçalves (2018, p. 498), a palavra “alimentos” possui uma amplitude muito maior:

O vocábulo “alimentos” tem, todavia, conotação muito mais ampla do que na linguagem comum, não se limitando ao necessário para o sustento de uma pessoa. Nele se compreende não só a obrigação de prestá-los, como também o conteúdo da obrigação a ser prestada. A aludida expressão tem, no campo do direito, uma acepção técnica de larga abrangência, compreendendo não só o indispensável ao sustento, como também o necessário à manutenção da condição social e moral do alimentando.

No mesmo sentido, Rizzardo (2014, p. 646) afirma que “pode-se conceituar alimentos como tudo quanto é indispensável às necessidades da vida, como vestimentas, alimentação, moradia, atendimento médico-hospitalar, instrução etc.”.

O que se percebe é que não se pode pensar em alimentos no campo jurídico, somente atrelado ao aspecto nutricional, pois alimentos são tudo aquilo que satisfaz a subsistência da pessoa humana, seja gênero alimentício, vestuários, educação, lazer entre outros. O conceito de alimentos no universo jurídico abrange muito mais do que seu conceito padrão, pois lida, além da sobrevivência, com a qualidade de vida do ser humano.

Com relação à classificação dos alimentos, a doutrina os diferenciou conforme suas espécies.

Levando em consideração a classificação feita por Pontes de Miranda (2001, p. 207 a 210), os alimentos são naturais ou civis; legítimos, deixados ou prometidos; futuros ou passados e os provisionais.

Quanto à natureza jurídica, os alimentos são classificados em civis e naturais. Os alimentos civis são aqueles que não se limitam à subsistência, mas também abrangem os gastos necessários para a manutenção da condição social (GAGLIANO, 2014, p. 695).

Quanto à causa jurídica os alimentos são divididos em legítimos e voluntários, conforme conceito de Cahali:

Como legítimos, qualificam-se os alimentos devidos em virtude de uma obrigação legal; no sistema do nosso direito, são aqueles que se devem por direito de sangue (*exiure sanguinis*), por um veículo de parentesco ou relação de natureza familiar, ou em decorrência do matrimônio; só os alimentos legítimos, assim chamados por derivarem *ex dispositione iuris*, inserem-se no Direito de Família. Tendo a atividade humana como causa, a obrigação alimentícia ou resulta de atos voluntários ou de atos jurídicos. Voluntários são os que se constituem em decorrência de uma declaração de vontade, inter vivos ou mortis causa; resultantes *ex dispositione hominis*, também chamados obrigacionais, ou prometidos ou deixados, prestam-se em razão de contrato ou de disposição de última vontade; pertencem, pelo que ao Direito das Obrigações ou ao Direito das Sucessões, onde se regulam os negócios jurídicos que lhes servem de fundamento. (CAHALI, 2013, p. 2021).

De acordo com o autor, os alimentos provisórios precisam de prova pré-constituída do parentesco, casamento ou companheirismo. Sendo papel do magistrado somente fixar o quantum dos alimentos provisórios requeridos (GONÇALVES, 2018, p. 504).

No mesmo sentido, o art. 4º da Lei nº 5.478/68 que trata sobre a ação de alimentos dispõe que “ao despachar o pedido, o juiz fixará desde logo alimentos provisórios a serem pagos pelo devedor, salvo se o credor expressamente declarar que deles não necessita”.

O que se percebe é que a ação de alimentos é de rito especial e o credor não precisa discutir a existência ou não da obrigação alimentar, pois dispõe de prova pré-constituída, o que se discute é quantum devido, já que parte-se do pressuposto de existência de relação obrigacional resultante de vínculo matrimonial, união estável ou parentesco.

Quanto aos alimentos provisionais, estes carecem da demonstração da fumaça do bom direito (*fumus boni juris*) e do perigo da demora (*periculum in mora*), requisitos intrínsecos de qualquer medida cautelar. Desta maneira, cabe ao magistrado a análise de tal pretensão, podendo ou não os conceder. Diferentemente dos alimentos provisórios, que vinculam o juiz a fixação, desde que haja requerimento e prova pré-constituída.

Vale ressaltar que os alimentos provisionais encontram respaldo no art. 1.706, do Código Civil de 2002, *in verbis*: “Os alimentos provisionais serão fixados pelo juiz, nos termos da lei processual”.

Nota-se, portanto, uma divergência entre os doutrinadores quanto ao tema em questão, pois alguns entendem existir diferença conceitual entre alimentos provisionais e provisórios, como por exemplo, Gonçalves (2018, p. 504), enquanto outros entendem os termos como sinônimos, dentre estes Cahali (2013, p. 26) e Pontes de Miranda (2001, p. 2012).

Da mesma maneira que existe uma vedação a cessão dos alimentos em decorrência de sua característica personalíssima, tem-se a impenhorabilidade dos mesmos, sendo aplicado o mesmo raciocínio. Pois, os alimentos destinam-se a manutenção da pessoa alimentada, com o objetivo de assegurar o mínimo ao beneficiário e não ao pagamento de dívidas deste.

O legislador, ao vedar que os alimentos pudessem ser objeto de penhora, assegurou ao devedor condições mínimas de sobrevivência, valorando o respeito à vida e a dignidade da pessoa humana em detrimento de dívidas de valor, visto que seria um absurdo admitir que os credores pudessem privar o alimentado do que é estritamente necessário a sua manutenção.

Uma das mais marcantes características dos alimentos é a imprescritibilidade, até porque não teria fundamento jurídico e nem lógico sua interrupção em razão do lapso temporal.

De acordo com Maria Helena Diniz (2011, p. 548), “[...] os alimentos são imprescritíveis, mesmo não sendo exercido por algum tempo, enquanto o estiver vivo, o indivíduo tem direito a demandar recursos materiais visando à percepção de alimentos”.

O que não se pode confundir é que o direito aos alimentos é imprescritível, mas o direito as suas parcelas não é, pois o art. 206 do Código Civil dispõe que em seu § 2º que prescreve: “em dois anos, a pretensão para haver prestações alimentares, a partir da data em que se vencerem”. Ou seja, o alimentado tem o prazo de dois anos para pleitear judicialmente o crédito alimentar.

O Código Civil prevê para a concessão dos alimentos, a obediência do binômio necessidade x possibilidade. Necessidade de quem pede e a possibilidade de quem se solicita.

De acordo com o § 1º do art. 1.694 do Código Civil, “os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada”.

Desta forma, para a obtenção dos alimentos, o alimentado (aquele que necessita) precisa demonstrar que não reúne condições para prover seu sustento por esforço próprio. Deve também comprovar que o alimentante (aquele a quem se requer) tem condições de arcar com a obrigação, sem prejudicar sua própria subsistência.

Nesse raciocínio, Rizzardo (2014, p. 666) destaca que “três são os pressupostos [...] para incidir a obrigação alimentar: o parentesco ou o vínculo marital ou da união estável; a necessidade e a incapacidade de se sustentar por si próprio; e a possibilidade de fornecer alimentos de parte do obrigado”.

Embora o binômio necessidade x possibilidade seja considerado como condição objetiva para a obtenção do direito, entende-se que na realidade, a questão é muito mais subjetiva, visto que esse binômio pode variar de acordo com o caso concreto e das condições e pretensões envolvidas na situação prática.

Destaca-se, ainda que, tendo em vista se tratar de alimentos decorrentes do vínculo parental, insere-se nas condições objetivas a existência de um vínculo de parentesco.

Percebe-se que o legislador enfatizou bastante, o que a doutrina chama de binômio necessidade x possibilidade, tornando este, uma balança que nivela o instituto do direito alimentar. Faltando assim interesse de agir do autor do pedido se inexistente a necessida-

de. E embora haja interesse, o pedido não poderá ser atendido se for verificada a impossibilidade.

4. DIREITO DE ALIMENTOS AO IDOSO

A família é um elemento que está em constante mudança dentro da sociedade. Nunca permanece imóvel e inalterada, ao contrário, é dinâmica, complexa e está em constante evolução.

A família é um sistema ativo em constante transformação, ou seja, um organismo complexo que se altera com passar do tempo para assegurar a continuidade e o crescimento de seus membros componentes (ADOLFI, 1983 apud ZIMERMAN, 2000, p. 127).

Hoje, a família tradicional (matrimonial), composta por homem e mulher, unidos através do casamento é apenas um dos tipos de família existente. São exemplos de famílias a convivencial (decorrente de união estável), monoparental (filhos criados por apenas o pai ou mãe) e anaparental (inexiste pai e mãe no núcleo familiar).

O que não pode negar é que independentemente do tipo de família, esta constitui a unidade primária e estrutura nuclear do padrão social. Tem mantido sua forma através de relações biológicas e/ou socioafetivas. E de igual modo, tem sido durante a evolução histórica da humanidade, a unidade econômica.

A família é uma instituição social sujeita a influências históricas e culturais que passa frequentemente por crises durante seu processo histórico. No entanto, ela tem se mostrado resistente e adaptável, sobrevivendo a esses diferentes momentos.

É uma instituição importante na construção de valores morais e éticos, sendo responsável pela formação de padrões de comportamento. Enquanto as demais instituições possuem caráter de complementariedade na construção do indivíduo.

Com efeito, a família desempenha um papel importante em qualquer estágio da vida humana, com destaque principalmente durante dois polos: “o período educativo propriamente dito, isto é, a infância e adolescência e em outro polo, na senectude” (PEREIRA, 2009, p. 27). O modo como o idoso é inserido na família torna-se fundamental para seu desenvolvimento físico e afetivo.

Essa seria a descrição perfeita da família, porém nem sempre “a realidade confirma a teoria. Mas a existência de conflitos em certos núcleos familiares não podem ser motivo para se afastar o direito genérico do idoso em conviver com a própria família” (FREITAS JUNIOR, 2015, p. 11).

No Brasil, diferentemente de outros países, a instituição familiar aparece como principal responsável pelo idoso. E tão somente o idoso sem família, ou com família carente, será responsabilidade do Estado (BRAGA, 2011, p. 14).

Nota-se que a família, tanto no aspecto moral quanto legal antecede o poder público no cuidado com o idoso. “É a instituição do princípio da solidariedade, onde o Estado atua apenas de forma subsidiária.” (BRAGA, 2011, p. 6).

Assim, a família tem o dever de cuidar de seu idoso, mantendo-o próximo e protegido. Mas, para que esse cuidado seja viabilizado, o Estado precisa oferecer o suporte necessário, através de legislações específicas à pessoa idosa, destinando-lhe amparo e reconhecimento de sua cidadania.

Estando o idoso assim agregado à família, esta deverá prestar-lhe toda a assistência necessária, promover as medidas protetivas, implementar propostas preventivas com vistas à reinserção no seio familiar, reconhecendo sua participação no desempenho do papel como membro e como cidadão sujeito de direitos e deveres na nova situação familiar, onde o idoso deverá sentir-se querido, ouvido e respeitado em sua individualidade, resgatando a sua cidadania desvalorizada por sua exclusão e destituição de sua posição anteriormente ocupada. (BRAGA, 2011, p. 180).

Nesse sentido, percebe-se que a família deverá repensar o seu papel, ampliando-o além das fronteiras do campo econômico, inserindo-se como um pilar de sustentação e segurança afetiva ao idoso. Pois, à medida que o idoso se sente útil no seio familiar e conta com a tutela estatal, seu espaço transcende a família e atinge a sociedade, onde o idoso padronizará seu novo comportamento aspirando novos conhecimentos, transmitindo através de sua experiência de vida junto às comunidades, tornando-se cidadão pleno, realizado e contributivo na sociedade.

O direito de família é a área do direito que estabelece e regula as normas de convivência familiar, tratando das relações familiares e dos direitos e obrigações decorrentes das mesmas.

Por conta da disposição do art. 1.696 o Código Civil, “o direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns na falta de outros”.

Evidencia-se, desde logo, o caráter tipicamente familiar do instituto alimentos que se estabelece, exclusivamente, no vínculo de parentesco (consanguíneos ou por adoção). Não existindo semelhante obrigação entre afins, por mais próximo que seja o grau de afinidade.

O parentesco consanguíneo é formado pelos vários indivíduos originários de um mesmo tronco comum, enquanto o parentesco civil é criado em decorrência da lei, por manifestação espontânea das pessoas (adoção). A afinidade não se enquadra no conceito de parentes, pois se constitui em um vínculo entre o casal e os parentes do outro.

Logo, os descendentes (filhos, netos etc.), podem ser convocados a suprir as necessidades de seus ascendentes (pais, avós etc.), pois o pagamento de pensão pelos filhos aos pais tem fundamento no princípio da solidariedade recíproca que deve reger as relações de família. A solidariedade, neste sentido, nada mais é do que o dever de prestar auxílio a quem dele necessita, por quem pode fazê-lo.

No art. 1.696 do Código de Civil quando dispõe que o direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos e ainda na Lei nº 10.741/03 (Estatuto do Idoso), dos arts. 11 ao 14.

Destaca-se, que a intenção do legislador, ao assegurar aos pais o mesmo direito de receberem alimentos por parte dos filhos, não foi a de criar o parasitismo ou mesmo de incentivar o ócio, mas sim de garantir uma vida digna e subsistência aos idosos que não possuem meios de arcar com o próprio sustento. Desta forma, é necessário ter o entendimento que a obrigação alimentar somente será devida pelos descendentes aos ascendentes em casos extremos e excepcionais, quando devidamente comprovada a necessidade daquele que pede e possibilidade daquele que pagará.

Note-se então, que o direito dos filhos de obter pensão dos pais se presume e é a regra cabível a maioria dos casos, salvo raríssimas exceções, enquanto o direito dos ascendentes depende de comprovação de suas necessidades, bem como da possibilidade econômica

dos filhos de prover tal sustento.

Com relação à prestação de alimentos aos pais pelos filhos, o Tribunal de Justiça da Bahia manifestou-se a respeito:

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. ALIMENTOS. PAI IDOSO. ALIMENTOS ENTRE ASCENDENTE E DESCENDENTE. HIPOSSUFICIÊNCIA. COMPROVAÇÃO. MEDIDA DE PROTEÇÃO. ALIMENTOS PROVISÓRIOS. BINÔMIO NECESSIDADE-POSSIBILIDADE. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. 1. O art. 1.694 e seguintes do Código Civil impõe o dever de prestar alimentos for força de parentesco. Da mesma forma, o Estatuto do Idoso atribui aos filhos à responsabilidade alimentar com os pais idosos. Com efeito, os alimentos abrangem as prestações que atendem as necessidades básicas do indivíduo, tais quais: habitação, alimentação, vestuário, tratamento médico e lazer. Sobrepe-se, assim, que a fixação da pensão alimentícia deve-se levar em conta a necessidade de quem pleiteia os alimentos e a possibilidade do alimentante. 2. *In casu*, restando incontroversa a necessidade e indemonstrada a impossibilidade da descendente/ recorrente de prestar amparo alimentar ao pai idoso, devem ser mantidos os alimentos provisórios no patamar fixado, pois afeiçoado ao binômio legal. Por outro lado, os elementos preliminares dos autos mostram renda suficiente da alimentante, e potencial viabilidade de custeio dos valores fixados em prol do genitor, sem prejuízo ao sustento próprio e do respectivo núcleo familiar. (TJ-BA – Agravo de Instrumento AI 00060954120178050000, Relator: Moacyr Montenegro Souto, Terceira Câmara Cível, Data da Publicação: 18/06/2018).

O entendimento atual do Superior Tribunal de Justiça (STJ) é de que pode um só filho pagar pensão ao ascendente. Isso porque, se o idoso precisar recorrer ao judiciário para pleitear pensão alimentícia, ele poderá escolher, entre os filhos, quem responderá pela ação, conforme lhe parecer mais adequado.

A corte tem aplicado o art. 12 do Estatuto do Idoso, que diz que a obrigação alimentar é solidária, isto é, apesar de todos os filhos terem a obrigação, a ação de alimentos poderá ser promovida contra apenas um deles.

Por ora, pode-se afirmar que o artigo supramencionado tem como finalidade prática atribuir celeridade ao caso concreto, podendo o filho acionado, caso sinta-se injustiçado, recorrer à Justiça posteriormente, em outro processo ou pela via recursal, na própria ação de alimentos, pleiteando a divisão de despesas com os outros irmãos. Ficando a decisão nas mãos do judiciário caso isso ocorra.

A Lei nº 10.741/03 conhecida como Estatuto do Idoso simboliza um relevante marco para o estudo dos direitos da pessoa idosa. Os direitos fundamentais ali previstos garantiram, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária dos idosos (ROTTA; ARAUJO, p. 561)

O Estatuto do Idoso, disciplina especificamente em seu capítulo III, a partir do art. 11 os alimentos que são devidos aos idosos. Tal artigo estabelece que a prestação alimentícia, a qual recai sobre os descendentes do idoso, seja regulada pelo Código Civil de 2002, quando prevê que “os alimentos serão prestados ao idoso na forma da lei civil”.

Assim sendo, os alimentos, previstos na lei especial (Estatuto do Idoso) deverão seguir a norma comum (Código Civil, arts. 1.694 a 1.710). Verificado o binômio necessidade/possibilidade, o ancião poderá convocar seus ascendentes para lhe auxiliar em sua subsistência.



5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente monografia teve por escopo a análise do direito da pessoa idosa, no que tange ao instituto alimentar, com o foco principal na responsabilidade dos filhos sobre os pais.

Antes de adentrar no tema específico fez-se necessário uma conceituação do termo idoso, bem como um estudo sobre a história da velhice. O que se percebeu foi que com o passar do tempo, o termo velho, foi ganhando uma conotação negativa, por estar em constante associação à ideia de coisa inútil ou imprestável, sendo substituído pelo vocábulo idoso para se referir ao grupo formado por tais pessoas.

No mesmo capítulo foi apresentada a Constituição Federal e o Estatuto do Idoso, como exemplos dos principais marcos legais dos direitos fundamentais do Idoso no Brasil.

Posteriormente foi examinado o conceito, espécies e características dos alimentos, no intuito de demonstrar que não se pode pensar em alimentos no campo jurídico, somente atrelado ao aspecto nutricional, pois alimentos são tudo aquilo que satisfaz a subsistência da pessoa humana, seja gênero alimentício, vestuários, educação, lazer entre outros. O conceito de alimentos no universo jurídico abrange muito mais do que seu conceito padrão, pois lida, além da sobrevivência, com a qualidade de vida do ser humano.

A finalidade maior da prestação alimentar é dar condições àquele que necessita, fazendo com que este tenha uma existência minimamente digna, sem, todavia, desfalcar o prestador dos alimentos.

Para a concessão do direito aos alimentos, o idoso deve comprovar a sua necessidade e demonstrar a possibilidade daquele que irá prestá-lo.

Os filhos podem ser convocados a suprir as necessidades de seus ascendentes, pois o pagamento de pensão pelos filhos aos pais tem fundamento no princípio da solidariedade recíproca que deve reger as relações de família. A solidariedade, neste sentido, nada mais é do que o dever de prestar auxílio a quem dele necessita, por quem pode fazê-lo.

A obrigação de prestar alimentos aos ascendentes está disposta em alguns diplomas legais, como por exemplo, no art. 229 da Constituição Federal, no art. 1.696 do Código de Civil e ainda na Lei nº 10.741/03 (Estatuto do Idoso), dos arts. 11 ao 14.

Destaca-se, que a intenção do legislador, ao assegurar aos pais o mesmo direito de receberem alimentos por parte dos filhos é de garantir uma vida digna e subsistência aos idosos que não possuem meios de arcar com o próprio sustento. Desta forma, é necessário ter o entendimento que a obrigação alimentar somente será devida pelos descendentes aos ascendentes em casos extremos e excepcionais, quando devidamente comprovada a necessidade daquele que pede e possibilidade daquele que pagará.

A característica mais marcante da obrigação alimentar destinada a pessoa idosa foi estabelecida pelo art. 12 do Estatuto do Idoso que trouxe a tona uma grande novidade legislativa, qual seja, a obrigação solidária. Indo de encontro ao contido no Código Civil, que indica que a obrigação alimentar é subsidiária (arts 264 a 285, CC).

Desta forma, o idoso necessitado, pode convocar todos os descendentes a prestar-lhe alimentos, de forma solidária, ou, optar entre os prestadores (codevedores solidários passivos), exigindo a obrigação alimentar, por inteiro, de um ou de todos coobrigados.

Sendo assim, a obrigação solidária estabelecida pelo Estatuto do Idoso trouxe maior celeridade processual, evitando desgastes desnecessários sobre quem, apesar de não ter sido citado, poderia vir a ingressar no polo passivo da relação processual. Evitando assim,

percalços na tramitação do processo de alimentos, tornando mais célere a prestação jurisdicional no atendimento às necessidades vitais do alimentado idoso.

Diante de todo o exposto, verificou-se que o instituto dos alimentos visa garantir a subsistência da pessoa idosa, de modo a lhe permitir uma vida digna, devendo sempre ser levado em consideração o binômio necessidade/ possibilidade, que rege a obrigação alimentar.

Infelizmente, é lamentável, ser necessário tal obrigação ser estabelecida em lei e que a pessoa idosa tenha que se submeter, muitas das vezes, a via judicial para exigir de sua própria família um direito que lhe foi negado, o direito da dignidade da pessoa humana. Qual não é o sentimento desse idoso, que foi arreio de família, lutou para criar seus filhos, deu afeto, amor, carinho, alimentos, na esperança de um dia encontrar a reciprocidade e solidariedade familiar em sua velhice e agora se vê abandonado ou negligenciado pela sua própria família.

É necessário que a família, a sociedade e o poder público reflitam sobre a responsabilidade de garantir a pessoa idosa uma velhice com dignidade, pautada nos princípios e garantias constitucionais. Cabendo principalmente ao Estado, prover essa proteção, através de elaboração de Leis e políticas públicas voltadas a satisfação das principais necessidades humanas.

Cabe ressaltar que a dignidade da pessoa humana é um princípio do Estado Democrático de Direito que coloca limite às ações estatais. Pois, além de garantir a população o exercício dos seus direitos fundamentais, este Estado deve ter o cuidado necessário para que esses direitos não sejam violados.

Desta forma, os direitos fundamentais elencados na Carta Magna e no Estatuto do Idoso devem ser entendidos tendo como base a dignidade da pessoa humana. De modo que ao se falar em direito a alimentos, entende-se direito a uma vida digna e plena, exercido na sua completude, entendido e construído sob o pilar constitucional, considerando todos os seus desdobramentos.

Referências

- ARISTÓTELES. **Retórica**. Lisboa: Imprensa Nacional - Casa da Moeda, 1998.
- ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos Princípios**. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- BEAUVOIR, Simone de. **A velhice**. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1990.
- BOBBIO, Norberto. **O tempo da memória de senectute e outros escritos autobiográficos**. Rio de Janeiro: Ed. Campus, 1994.
- BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BRAGA, Pérola Melissa Viana. **Curso de direito do idoso**. São Paulo: Atlas, 2011.
- BRASIL. **Código Civil de 2002**.
- BRASIL. **Estatuto do idoso**. Lei n.10.741, de 1 de outubro de 2003.
- BRASIL. **Instituto Brasileiro de Geografia e estatística** – IBGE, 2018.
- BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**.
- BRASIL. **Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003**.
- BRASIL. **Constituição Federal de 1988**.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do RS. **Agravo de Instrumento: AI 70075670141 RS**. Relator: Jorge Luís Dall'Ag-



- nol. Data de Julgamento: 28/02/2018, Sétima Câmara Cível. Data de Publicação: 05 mar. 2018.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do RS. **Agravo de Instrumento: AI 70053605408 RS**. Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl. Data de Julgamento: 16/05/2017, Oitava Câmara Cível. Data de Publicação: 26/05/2018.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do RS. **Agravo de Instrumento: AI 70079015624 RS**. Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro. Data de Julgamento: 16/05/2017, Sétima Câmara Cível. Data do julgamento: 05/09/2018. Data de Publicação: 06/09/2018.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do RS. **Agravo de Instrumento: AI 70078113917 RS**. Relator: Jorge Luís Dall'Agnol. Data de Julgamento: 26/09/2018, Sétima Câmara Cível. Data de Publicação: 28 mar.2018.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do RS. **Apelação Cível: AP 00017566820184039999, SP**. Relator: Desembargador Federal Newton de Lucca. Data de Julgamento: 26 abr. 2018, Sétima Câmara Cível. Data de Publicação: 09 maio 2018.
- CAHALI, Yussef Said. **Dos alimentos**. 8. ed. São Paulo: RT, 2013.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. 1 ed. brasileira, 2 ed. portuguesa. Coimbra/São Paulo: Coimbra/Revista dos Tribunais, 2003.
- CÍCERO, Marco Túlio. **Saber envelhecer – Seguido de Amizade**. Tradução de Paulo Neve. Porto Alegre: L&PM, 1999.
- CRESCENZO, Luciano de. **História da filosofia grega – a partir de Sócrates**. Lisboa: Presença, 1988.
- DIAS, Maria Berenice. **Os alimentos após o estatuto do idoso**. [201?].
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil 5 – Direito de Família**. 26. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer, Juarez Tavares, Fauzi Hassan Choukr e Luiz Flávio Gomes, com a colaboração de Alice Bianchini, Evandro Fernandes de Pontes, José Antônio Siqueira Pontes, Lauren Paoletti Stefanini. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- FREITAS JUNIOR., Roberto Mendes de. **Direitos e Garantias do Idoso: Doutrina, Jurisprudência e Legislação**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: Direito de família: as famílias em perspectiva constitucional**. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.
- GOMES, Orlando. **Direito de família**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de família**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018;
- GROISMAN, Daniel. **A velhice, entre o normal e o patológico**. Hist. cienc. saude-Manguinhos [online]. v. 9, n. 1, p. 61-78, 2002. ISSN 0104-5970.
- INDALENCIO, Maristela Nascimento. **Estatuto do Idoso e Direitos Fundamentais: fundamentos da proteção da pessoa idosa no ordenamento jurídico brasileiro**. Dissertação – Mestrado em Direito da Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALE), Itajaí, 2004.
- LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Comentários ao Estatuto do Idoso**. 3 ed. São Paulo: Ltr, 2012.
- MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Direito dos idosos**. São Paulo: LTR, 1994.
- MIOTO, R. C. T. **Família e Serviço Social: contribuições para o debate**. São Paulo: Serviço Socia & Sociedade, 1994.
- MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito de família**. Campinas: Bookseller, 2001.
- MONTEIRO, Pedro Paulo. Envelhecimento: rumo a um novo paradigma. **Revista Kairós**, São Paulo: EDUC, ano 3, 2000.
- MOREIRA, M. M. Envelhecimento da população brasileira: aspectos gerais. In: WONG, L. L. R. (Org.). **O envelhecimento da população brasileira e o aumento da longevidade: subsídios para políticas orientadas ao bem-estar do idoso**. Belo Horizonte: Cedeplar/UFMG e Abep, 2000.
- NERI, A. L.; FREIRE, S. A. **E por falar em boa velhice**. Campinas: Papirus, 2000.
- NUNES, A. O envelhecimento populacional e as despesas do sistema único de saúde. In: CAMARANO, A.A (org.) **Os novos idosos brasileiros: muito além dos 60?** Rio de Janeiro: IPEA, 2004.
- PEREIRA, Marco Túlio Pettinato. **O idoso e o papel da família**. São Paulo UCM, 2009. 54 p. Monografia, Pro-

grama de Pós-Graduação “Latu Sensu”, Projeto a Vez do Mestre da Universidade Candido Mendes, São Paulo, 2009.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições do Direito Civil 6**. 24 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direitos de família**. Brasília: Tribunal de Justiça, 2013.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. **Fundamentos constitucionais do Direito à Velhice**. Florianópolis: Letras Contemporâneas, 2002.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. Direito à velhice: A proteção Constitucional da Pessoa Idosa. In: **Os Novos Direitos no Brasil: natureza e perspectivas uma visão básica das novas conflituosidades** jurídicas, organizadores WOLKMAR, Antônio Carlos; e LEITE, José Rubens Morato, São Paulo: Saraiva, 2003.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: direito de família**. v. 6. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

SCHNEIDER, Rodolfo Herberto e IRIGARAY, Tatiana Quarti. Envelhecimento na atualidade: aspectos cronológicos, biológicos, psicológicos e sociais. **Estudos de Psicologia**. Campinas, 2008.

SIQUEIRA, Renata Lopes de; BOTELHO, Maria Izabel Vieira; COELHO, France Maria Gontijo **A velhice: algumas considerações teóricas e conceituais**. Rio de Janeiro: Scielo, v. 7, n. 4, 2002.

ROTTA, Daniela Cazarotti; ARAÚJO, Ricardo Gabriel de. Direito a prestação de alimentos na velhice. **Colloquium Socialis**, Universidade do Oeste Paulista – UNOESTE, Presidente Prudente: UNOESTE, v. 01, n. Especial, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 12 ed. revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2015.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil – Direito de Família**. 14 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

VILAS BOAS, Marco Antônio. **Estatuto do Idoso comentado**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ZIMERMANN, Guite. I. **Velhice: aspectos biopsicossociais**. Porto Alegre: Artmed, 2000



34

GUARDA COMPARTILHADA: A EVOLUÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA

SHARED CUSTODY: THE EVOLUTION OF FAMILY LAW

Antonio José Ramos dos Santos

Resumo

A guarda compartilhada, visa extinguir imprecisões, bem como evitar preconceitos decorrentes da falta de informação acerca de sua utilização. Entende-se que a escolha da modalidade de guarda deve satisfazer ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, acolhendo às especificidades de cada família, a fim de que o modelo selecionado seja botado em prática, com sucesso. Sendo assim, no que pulsa aos objetivos específicos descritivos, aguçaremos a caracterização dos modelos de guarda, delineando as diferenças entre eles, desenhando as vantagens, desvantagens e requisitos, principalmente da guarda compartilhada.

Palavras-chave: Direito de família. Guarda compartilhada. Guarda única. Guarda alternada. Menor. Pais. Convivência familiar. Autoridade parental. Jurisprudência. Código civil.

Abstract

Shared custody aims to eliminate inaccuracies, as well as to avoid prejudice arising from lack of information about its use. It is understood that the choice of custody modality must satisfy the principle of the best interest of the child and adolescent, accepting the specificities of each family, so that the selected model is successfully put into practice. Therefore, in terms of the specific descriptive objectives, we will sharpen the characterization of custody models, outlining the differences between them, outlining the advantages, disadvantages and requirements, especially of shared custody.

Key-words: Family law. Shared custody. Single Guard. Alternate guard. Smaller. Country. Family living. Parental authority. Reports. Civil Code.

1. INTRODUÇÃO

Inúmeras mudanças sucederam ao longo do tempo no âmbito da sociedade, consequentemente a instituição familiar e o Direito foram afetados igualmente por essas tais transformações.

O êxodo rural, a Revolução Industrial, o crescente acesso das mulheres no mercado de trabalho, a revolução feminista, foram pontos de partida de alguns dos fatores que desencadearam admiráveis agitações na sociedade e na família.

Em meio a as mutações, as que mais possuem maior relevância em relação ao presente estudo dizem respeito à crescente equidade entre homens e mulheres e ao crescimento da importância dispensada às crianças e adolescentes. A primeira ensejou o princípio da isonomia entre homem e mulher constitucionalmente garantidos e a segunda o princípio do melhor interesse da criança contido nos diplomas legais nacionais e internacionais atinentes à criança e ao adolescente (Estatuto da Criança e do Adolescente, Convenção dos Direitos da Criança e do Adolescente etc.).

Estes princípios ocasionaram a confirmação e a normatização de circunstâncias que já estavam imbuídas na sociedade: isonomia entre os sexos e a preocupação de se preservar e atender ao melhor interesse da criança.

Vê-se que, as mudanças ocorridas na sociedade e no âmbito familiar, necessitam de “respostas” do Direito sobre questões criadas por essas alterações, tais como: o interesse do menor como supra-princípio, exigência paterna em matéria de guarda, igualdade entre homens e mulheres, entre outras que o modelo de guarda única, em regra, não tem conseguido atender ou responder.

De certa análise partimos então o início do trabalho com o conceito de poder familiar, que evoluiu do velho *pátrio poder*, por conta das novas opiniões jurídicas e reformulação de valores sociais inspirados no texto constitucional, ou *poder parental*, *autoridade parental* ou ainda, *responsabilidade parental*, dessa forma é um dos institutos do direito com marcante presença na história do homem civilizado e suas origens são tão remotas que transcendem às fronteiras das culturas mais conhecidas e se entroncam na aurora da humanidade mesma. A doutrina em geral e de modo amplo, toma o direito romano como ponto de partida para seu estudo evolutivo.

Até presente andamento do estudo a controvérsia que se suscita a respeito é da natureza jurídica do instituto que está longe de constituir mera disputa teórica, mas a adoção de uma ou outra posição torna-se relevante para compreender o seu alcance. A natureza jurídica do poder familiar tem enfoque diverso quando é vista em face do Estado e terceiros e nas relações pai-filho. Em relação ao Estado e a terceiros, o poder familiar é atribuído aos pais como um encargo (representação, administração dos bens, guarda), um *officium*, supervisionado pelo Estado, a fim de que, no seu exercício, sejam evitados abusos. A respeito da postura dos pais em face de terceiros, como escreve José Antonio de Paula Santos Neto, cuida-se de um verdadeiro direito subjetivo, um atributo pessoal, uma faculdade de agir legitimado pelo texto legal, diante do caso concreto.

2. PODER FAMILIAR

2.1 Origem

O poder familiar é um dos institutos do direito com marcante presença na história do homem civilizado. Suas origens são tão remotas que transcendem às fronteiras das culturas mais conhecidas e se encontram na aurora da humanidade mesma. A doutrina, em geral e de modo amplo, toma o direito romano como o ponto de partida para o seu estudo evolutivo.

No direito romano, o *pátrio poder* – coluna central da família patriarcal – era considerado como um poder análogo ao da propriedade, exercido pela família sobre todas as coisas e componentes do grupo, incluindo a esposa, os filhos, os escravos, as pessoas assemelhadas e toda a outra que fosse compreendida pela grande família romana.

A feição romana do poder familiar, como manifestada por Justiniano, encontrou guarida nas ordenações do Reino e, assim, foi transladada para o Brasil pela lei de 20 de outubro de 1893. Como notícia Lafayette Rodrigues Pereira, em seu *Direitos de família*: “Entre nós prevalece ainda acerca deste grave assunto a antiga legislação portuguesa que não é senão reprodução do Direito Romano, no estado em que o deixará o imperador Justiniano, com as modificações que o tempo e os costumes lhe foram fazendo”.

Nosso Código Civil, promulgado em 1916 e que vigorou até 2002, acompanhou a linha que nos legara o direito lusitano, passando por sensíveis transformações, provocadas por diversos movimentos, que consagraram os ideais de igualdade entre conjugues, entre filhos, bem como entre estes e os pais. O quadro legislativo logo absorveu as mudanças, vindo a lume – confiando a ambos os pais a regência da pessoa dos filhos menores e no interesse desses – o Estatuto da Mulher Casada, a Lei do Divórcio, a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente. Por fim, o Código Civil de 2002, atribuiu a ambos os pais, em unidade substancial, a direção da criação e da educação dos filhos em seus artigos 1.631 e 634.

3. EVOLUÇÃO DO INSTITUTO DA GUARDA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

No direito brasileiro a primeira regra sobre o destino dos filhos veio com o Dec. 181, de 1890, art. 90, que estabelecia: “A sentença do divórcio mandará entregar os filhos comuns e menores ao cônjuge inocente e fixará a cota com que o culpado deverá concorrer para a educação deles, assim como a contribuição do marido para sustentação da mulher, se esta for inocente e pobre”.

Com o Código de 1916, cuidando da sociedade conjugal e da proteção da pessoa dos filhos, distinguiu a hipóteses de dissolução amigável e judicial e mandava, por seu art. 325, observar, na primeira, “o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos” e, na última, na previsão do art. 326 distintamente conforme houvesse culpa de um ou de ambos os cônjuges pela ruptura, o sexo e a idade dos filhos. Era assim o esquema: a) havendo cônjuge inocente, com ele ficariam os filhos menores; b) sendo ambos culpados, com a mãe ficariam as filhas enquanto menores e os filhos até seis anos de idade, que, depois dessa idade, seriam entregues a guarda do pai; c) os filhos maiores de seis anos de idades eram entregues à guarda do pai; d) havendo motivos graves, o juiz, em qualquer caso e a bem dos filhos, regulava de maneira diferente o exercício da guarda. No caso de anulação do casamento e havendo filhos comuns, aplicava-se-lhes as regras dos artigos anteriormente referidos.

O Dec.-lei 3.200/1941, pelo art. 16 disciplinou a guarda do filho natural, determinando que este ficasse com o progenitor reconhecente e, se o fosse, sobe o poder do pai, salvo se o juiz decidisse de modo diverso, no interesse do menor.

A Lei 4.121/1962 promoveu alterações no desquite litigioso, mas conservou as disposições do desquite amigável relativamente à guarda de filhos. Dessa maneira, o Código Civil de 1916 passou a ter o seguinte esquema: a) havendo cônjuge inocente, com ele ficariam os filhos menores; b) sendo ambos os cônjuges culpados, com a mãe ficariam os filhos menores, já não mais observada a distinção de sexo e idade destes, salvo disposição contrária do juiz; c) verificando que não deveriam os filhos ficar sob a guarda da mãe nem do pai, estava o juiz autorizado a deferir a guarda a pessoa idônea da família de qualquer dos cônjuges, assegurando-se, entretanto, o direito de visitas.

Nesse quase centenário de vigência do Código Civil, produto de uma sociedade patriarcal de fim de século e impregnado ainda de um individualismo jurídico que remonta às suas origens romanas, a par das inovações introduzidas, como vistos, vieram a lume, através do Dec. 17.493, o Código de Menores de 1927 (o primeiro da América latina) e o de 1979, conforme Lei 6.697. O primeiro limitou-se em um único artigo (27 do CC) a dizer o que se deveria entender por “encarregado da guarda” de menor, pessoa que, não sendo pai, mãe, tutor, tem por qualquer título a responsabilidade da vigilância, direção ou educação dele, ou voluntariamente o traz em seu poder ou companhia. O segundo, pelo art. 2.º, parágrafo único, substituiu esse conceito pelo de “responsável” pela guarda, já disciplinando o instituto de maneira mais completa, admitindo-o como forma de colocação em família substituta, conforme o art. 17, II, e estabelecendo as normas de regência em seus art. 19, 24 e 25.

A Constituição Federal de 1988, por seu art. 227, assegurou à criança, como dever, primeiro, da família, depois da sociedade e do Estado, o direito à convivência familiar e comunitária, cuja disciplina veio com o Estatuto da Criança e do Adolescente, diploma legal de um ramo do direito que, tomando como consideração a qualidade do sujeito a que se destina e em outra razão da sua especificidade, regula as relações jurídicas e institutos referentes ao menor de idade, dentre eles, o art. 33, § 1.º, a guarda, destinada a regularizar a posse de fato do menor.

3.1 Importância do Instituto

Por certo, o Código Civil de 1916 disciplinou a guarda na perspectiva do *pátrio poder*, enunciando-a como atributo desse. Embora o art. 231, IV, fizesse referência à guarda como dever dos cônjuges, fixou-se entre os efeitos pessoais do pátrio poder, competindo aos pais quanto à pessoa dos filhos “tê-los em sua companhia e guarda”, podendo “reclamá-los de quem ilegalmente os detenha”, como se via pelo art. 384, II e VI. Era a projeção jurídica de lei natural da paternidade.

Dessa forma que podemos indagar qual o menos sujeito passivo do poder familiar e, portanto, à guarda? A conceituação de menor idade é determinado pela natureza humana. A única diferença que encontramos a esse respeito nas legislações é a de que estabelece um limite superior para essa etapa da vida que, sem dúvida, começa com o nascimento. Entretanto, tal limite não é uniforme. Para o nosso Código Civil, a menoridade acaba ao completar-se 18 anos (art. 5.º). A lei estatutária distingue a criança, pessoa até 12 anos, do adolescente, dessa idade até dezoito anos, mas tem aplicação excepcional às pessoas entre dezoito e 21 anos para efeito da proteção integral. Comparando no direito estrangeiro, onde para o argentino e o uruguaio e menoridade termina com 21 anos, para o paraguaio

aos 20 anos. Nos Estados Unidos, em razão de ser estadual a lei civil, não existe uniformidade, onde em alguns estados cessa com 19 anos e em outros com 21 anos.

3.2 Critérios de determinação da guarda

O feixe de direitos e deveres que se estabelecem nas relações parentais é exercido conjuntamente pelo pai e pela mãe em plena igualdade de condições, como já observamos. Ele não se altera com o advento da separação ou do divórcio dos genitores, para os quais não há ruptura, nem restrições, nem isenções, exonerações ou limitações de direitos ou deveres de suas funções parentais.

Francisco Cavalcante Pontes de Miranda, em lição quem permanece atual, expandida em 1917: “A natureza da relação entre os filhos e os pais casados é tal que, no caso de desquite, se põe problema de se saber qual o destino que se há de dar aos filhos comuns. Enquanto juntos, a lei regula (ou deixa às normas éticas regularem) os direitos, os deveres e os poderes dos cônjuges”.

Porém com a ruptura conjugal em qualquer forma, nasce grave e intrigante problema que tange a guarda dos filhos que, a partir desse momento não mais continuarão a viver com ambos os pais sobe um regime igualitário, agora dual. Essa é uma das imposições legais que emerge do Código Civil a respeito da guarda citada em seu art. 1.584, pois como podemos analisá-lo no contexto deste o juiz não somente a dirimir a controvérsia entre os genitores, mas deverá priorizar o bem estar dos filhos menores, de modo que os seus interesses sobreponham-se ao de seus pais, como o eixo central de todo o problema da guarda. O novo dispositivo adequou a lei civil ao primado constitucional já acolhido no ECA, sepultando o tema a culpa e o da preferência materna na atribuição da guarda.

Na constância do casamento podemos ter a ideia de que o exercício da guarda é comum, dominando assim a ideia que as decisões tomadas por um dos pais são naturalmente aceitas pelo outro. Com a ruptura, entretanto, bipartem-se as funções parentais e as decisões passam a ser tomadas unilateralmente. Ao genitor que a questão ganha relevo: qual dos genitores é o mais indicado para deter, com exclusividade a guarda dos filhos menores? E qual o modelo a ser aplicado em benefício deles?

Em resposta a primeira nota-se que o conflito conjugal, inevitavelmente, atinge os filhos, objeto de disputa pelos pais. Para minorar os efeitos danosos que provoca, com a divisão das atribuições já que os filhos não podem partir-se salomonicamente, os pais terão de limitar suas pretensões, repartindo o tempo, as atitudes, as atenções, os cuidados, “como meio de sobrevivência da co-responsabilidade parental, como recurso extremo de permanência dos laços com o outro genitor, aquele que exerce o direito de visita”, pois os filhos seguem sendo filhos e os pais seguem sendo pais; portanto, a família existe de outra maneira e nessa nova situação tem que seguir cumprindo com seu bem comum familiar: transmissão de valores para o desenvolvimento dos filhos.

Nos casos de dissolução conjugal, legítima ou natural, pela via consensual, o destino dos filhos é regulado por acordo dos pais, sujeito à homologação do juiz, recusável, porém, se não preservar suficientemente os interesses dos filhos, conforme lhe autoriza o parágrafo único do art. 1.574 do CC. Verificando que os filhos não devem permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, o juiz deferirá a sua guarda a pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, de preferência levando em conta o grau de parentesco e relação de afinidade e afetividade, o que reafirma a orientação do direito moderno no sentido de, efetivamente, resguardar o bem estar dos filhos.

3.2.1 O interesse do menor

O objetivo da lei é proteger os interesses de uma forma geral e abstrata, convindo a um sem-número de casos que cabem na hipótese legal. De outra parte, existem interesses individuais e concretos sobre que se cuida na determinação da guarda de filhos, sendo o juiz o intérprete dos particulares interesses materiais, morais, emocionais, mentais e espirituais de filho menor, intervindo segundo o princípio de cada caso é um caso, o da máxima singularidade. O interesse concreto do menor, buscando em seu futuro, com o fim de protegê-lo e lograr seu desenvolvimento e sua estabilidade, apto à formação equilibrada de sua personalidade, é critério de decisão do juiz.

3.2.2 Idade e sexo

Com a revogação dos artigos 325 a 328 do CC de 1916 pela LDiv, e esta pelo novo Código Civil, essa questão foi suprimida pelo debate da determinação da guarda, pois como acabamos de ver, a pesquisa primeira e fundamental dá-se relativamente ao bem-estar do menor e ao seu melhor interesse que podem não estar relacionados com a idade e o sexo desse.

A legislação atual não leva em conta o gênero dos filhos como critério determinador da guarda, repetindo aqui que tem o que interessa é o bem-estar do menor, independentemente de seu sexo. Não existe inconveniente de se atribuir a guarda de uma filha a um pai de bons princípios e dotado de boa visão educativa, em face da mãe que não sabe valorar as exigências éticas e relações sociais. Do mesmo modo, não se há de negar a guarda de um filho a uma mãe, embora n possua uma grande cultura, porém moralmente sã, perante um pai de vida irregular.

Seguramente, há momentos especiais nos quais é necessária a presença imediata do genitor do mesmo sexo, pois existem conflitos e problemas que podem afetar o menor nessa etapa da vida. Aí, aparece como mais adequada às filhas a aptidão materna e aos filhos a paterna. Inexistindo o limite etário e preferência pelo sexo do menor à determinação da guarda, prevalece a idoneidade dos pais para o seu exercício, tomada aqui a idoneidade como a capacidade de ser pai e de ser mãe, com o fim de promover o desenvolvimento integral dos filhos.

3.2.3 Irmãos juntos ou separados

Não se é aconselhável separar os irmãos, dividi-los entre os pais pois enfraquece a solidariedade entre eles e provoca uma cisão muito profunda na família, já quebrada. A convivência de não separar os irmãos se sustenta na ideia de manter unido o que resta da família. Perde razão esse critério, quando há grande diferença de idade entre os irmãos, presumindo-se que cada qual destine um tempo diverso às suas diferentes atividades. Quando for impossível manter os irmãos unidos, recomenda-se um amplo e geral regime de visitas.

3.3 As distintas modalidades de guarda

Conhecidas pela doutrina conforme a origem e seus fins.

3.3.1 Guarda comum, desmembrada e delegada

Na constância do casamento, tanto na família legítima como em outras de suas formas, o exercício da guarda é dividido igualmente entre os genitores, como decorrência do poder familiar. É a chamada guarda comum, consistente na convivência e na comunicação diária entre pais e filhos, pressupostos essenciais para educar e formar o menor. A guarda integrada assim ao poder familiar não corresponde aos pais por concessão dos Estado ou da lei, se não preexiste ao ordenamento positivo, que apenas a regula para o seu correto exercício.

Sua origem, pois, não é legal nem judicial, antes natural, decorrente do fato da paternidade e da maternidade. E assim deverá manter-se nas hipóteses de cisão, através do compartilhamento. A atribuição judicial da guarda se opera em situações de conflito, quando os pais não convivem, fazendo o juiz usar de suas faculdades jurisdicionais. É diferente dos casos de menor abandonado ou em situação de perigo, nos quais atua em virtude da função sócia que, através de si assume o Estado.

Trata-se, neste caso, da guarda desmembrada do poder familiar, intervindo o Estado, pelo juizado da infância e da juventude, outorgando a guarda a quem não detém o poder familiar, para a devida proteção do menor. É, ao mesmo tempo, uma guarda delegada, pois exercida em nome do Estado por quem não tem a representação legal do menor, senão a autoridade oficial. Além dessas situações extremas; guarda decorrente do poder familiar e guarda desmembrada, conhece a doutrina outras modalidades de guarda.

3.3.2 Guarda originária e derivada

A primeira é aquela que corresponde aos pais, tal como mencionado acima, integrada no poder familiar, como um direito- dever de plena convivência com o menor, e vice-versa, que possibilita o exercício de todas as funções parentais, como educação, assistência, a vigilância, a correção, a representação. Sua origem, sendo natural, é originária dos pais.

Já a guarda derivada é a que surge da lei e corresponde a quem exerça a tutela do menor como referido os artigos 1.729 a 1.734 do CC, seja um particular, de forma dativa, legítima ou testamentária, seja por um organismo oficial, cumprindo o Estado sua função social, conforme art. 30 do ECA.

3.3.3 Guarda de fato

É aquela que se estabelece por decisão própria de uma pessoa que tome menor a seu cargo, sem qualquer atribuição legal (reconhecida aos pais ou tutores) ou judicial, não tendo sobre ele nenhum direito de autoridade, porém todas as obrigações inerentes à guarda desmembrada, como assistência e educação. Desmembrada, mas não delegada, uma vez que inexistente o controle nem a avaliação tanto sobre o guardião como sobre o menor. O vínculo jurídico que assim se estabelece, entretanto, só será desfeito por decisão judicial em benefício do menor.

3.3.4 Guarda alternada

Neste modelo de guarda, tanto a jurídica como a material, é atribuída a um e a outro dos genitores, o que implica alternância no período em que o menor mora com cada um



dos pais. Desta forma, cada um dos genitores, no período de tempo preestabelecido a eles, exerce de forma exclusiva a totalidade dos direitos-deveres que integram o poder parental. Esta modalidade de guarda opõe-se fortemente ao princípio de “continuidade”, que deve ser respeitado quando desejamos o bem-estar físico e mental da criança.

3.3.5 Aninhamento ou nidação

No aninhamento ou nidação, são as partes que se revezam mudando-se para a casa onde vivem os menores, em períodos alternados de tempo. Tais acordos de guarda não perduram, pelos altos custos que impõem à sua manutenção: três residências; uma para o pai, outra para a mãe e outra mais onde o filho recebe, alternadamente, os pais de tempos em tempos.

3.3.6 Guarda jurídica e material compartilhada ou conjunta

A guarda jurídica compartilhada é um plano de guarda onde ambos os genitores dividem a responsabilidade legal pela tomada de decisões importantes relativas aos filhos menores, conjunta e igualmente. Significa que ambos os pais possuem exatamente os mesmos direitos e as mesmas obrigações em relação aos filhos menores. Por outro lado, é um tipo de guarda no qual os filhos do divórcio recebem dos tribunais o direito de terem ambos os pais, dividindo, de forma equitativa possível, as responsabilidades de criar e cuidar dos filhos.

Nesse contexto a guarda jurídica compartilhada define os dois genitores, do ponto de vista legal, como iguais detentores da autoridade parental para tomar todas as decisões que afetem os filhos.

Segundo alguns autores como Maria Antonieta Pisano Motta, tal modelo aproxima-se da chamada guarda alternada no sentido de que a criança terá moradias diferentes em períodos de tempos alternados, porém diferencia-se daquela pois a guarda legal conjunta implica que os guardiães legais sejam ambos os pais.

4. GUARDA COMPARTILHADA NO DIREITO BRASILEIRO

O casamento assim como também a união estável aos companheiros, impõe deveres comuns a ambos os genitores para com os filhos, na educação, sustento, guarda. No entendimento de Clóvis Beviláqua ao pai e a mãe incumbe, por natural afeição, por dever moral e por obrigação jurídica, sustentar, guardar e educar a quem deram vida; velar cuidadosamente por eles; dirigi-los, defendê-los e prepará-los para a vida”.

Nesse contexto, o dever de sustento constitui encargos de família, para os quais a contribuição é tanto do pai quanto da mãe, sendo sua execução difusa, pois, deve ser cumprida dia pós dia. Diferente da obrigação alimentar, que só aparece em determinadas situações. Tem, assim, natureza econômica.

Já a guarda e a educação, se desloca de um ao outro dos genitores em momento de crise na família, que tanto pode surgir na família *legítima* como no natural. Na primeira, estando os pais vivos e o vínculo matrimonial intacto, a um deles caberá o múnus em razão da força maior ou porque ao outro foi imposta a sanção que o impeça de seu exercício. Estando os pais vivos, mas o vínculo matrimonial afetado pela separação ou pelo divórcio,

o que não altera a relação entre os pais e filhos, como se vê pelo art. 1579 do Código Civil, desloca-se a guarda a um só dos genitores restando ao outro o direito-dever de visita.

Com esse entendimento, a guarda, enquanto manifestação operativa do poder familiar, compreende a convivência entre pais e filhos no mesmo local, a ampla comunicação entre eles, a vigilância, o controle, a correção, a assistência, o amparo, a fiscalização, o sustento, a direção, enfim, a presença permanente no processo de integral formação do menor. Como atributo do poder familiar e meio a realização concreta desses deveres, sofre a guarda as mesmas vicissitudes que aquele, quando seu exercício oferece prejuízo de ordem moral e material ao menor, conforme preveem os arts. 1.637 e 1.368 do CC.

Com o advento da nova lei o esquema de convivência, contato e comunicação entre os pais e filhos fica garantido embora algum deles não mantenha vida em comum, era predominantemente no direito anterior à Lei 11.698/2008, a cultura onde os melhores cuidados sobre os filhos seria a mãe, contrariando os princípios da igualdade e da co-responsabilidade social.

Com a nova lei, esta preserva o pleno exercício do poder familiar sem esvaziar as funções paterna e materna ou eliminar os referenciais masculinos e feminino, assegurando aos filhos um equilibrado desenvolvimento emocional, psíquico e social, trazendo assim uma co-responsabilidade de ambos os pais nas tarefas de cuidados e atenções aos filhos menores e em benefício deles.

Anterior a vigência da nova lei, a guarda compartilhada era utilizada em maior medida por via de acordo entre os pais, e mais raramente por determinação do juiz, com o advento da nova lei, essas opções não desaparece, mas, será aplicada preferencialmente pelo juiz quando não houver acordo entre pai e a mãe. Nessa perspectiva, a guarda compartilhada passa a ser a regra e a exceção a guarda exclusiva.

O exercício compartilhado da guarda obrigará os pais a conciliar e harmonizar as suas atitudes pessoais a favor do bem estar dos filhos, afirmando a co-parentalidade e o direito de serem criados e educados por ambos os pais em condições de plena igualdade e com eles manter relações pessoais e estreito contato direto, para os filhos podemos dizer que, a estabilidade mais importante é a emocional, na medida em que percebem que ambos os pais continuam por eles responsáveis, assim o envolvimento dos dois garante uma estabilidade psicológica mais forte para os filhos.

A nova lei ao instituir e disciplinar a guarda compartilhada como modelo preferencial é promover o rompimento da cultura adversarial pela posse do filho (na guarda compartilhada é privilegiada a ideia de “estar com”), eliminando a possibilidade de existir “ganhadores e “perdedores”, logrando proclamar um único “vencedor”: o filho.

Podemos perceber então que está nova lei representa importante mudança de paradigma, impulsionadas pela intervenção de várias disciplinas, acompanhando as transformações sentidas na sociedade. A guarda compartilhada, agora expressamente admitida no direito brasileiro, resgata e equilibra o exercício do poder familiar nos pós divórcio, reafirmando a complementaridade das funções paterna e materna na formação da personalidade dos filhos.

5. VANTAGENS E DESVANTAGENS DO MODELO

5.1 Vantagens

Podemos dizer que a guarda compartilhada fez um corte epistemológico nos siste-



mas então vigentes como, guarda única, alternada, dividida, para privilegiar a continuidade da relação da criança com seus dois genitores após o divórcio, responsabilizando a ambos nos cuidados cotidianos relativos à educação e à criação do menor. Aqueles modelos não atendem a essas expectativas e exigências. Na mão inversa, assegura aos filhos o direito a ter dois pais, de forma contínua em suas vidas, sem alteração: fica mantida a ligação emocional dos seus dois genitores.

A família contemporânea, que repulsa o modelo excessivamente rígido do século passado, é o centro do afeto entre seus membros e, obviamente, entre pais e filhos, pois podemos perceber que aquele que não detém a guarda, o dos encontros esporádicos, matematicamente marcados no calendário, é um sério candidato a evasão da paternidade e, de consequência, a tornar-se um pai fantasma no cotidiano de seu filho.

Nesse sentido, que muitos países erigiram a guarda compartilhada no âmbito do princípio geral, tornando a guarda única aplicada excepcionalmente, com o fim de reequilibrar as relações entre pais e filhos, à sobra do princípio da isonomia conjugal, que remete a igual princípio no exercício da parentalidade. Todavia, a convenção pertinente aos direitos da criança obriga os Estados ao respeito do direito de o menor, que está separado de um ou de ambos os pais, manter relações pessoais e contato direto com ambos de modo regular.

Entre nós, a questão recebeu adequado tratamento legislativo, enquanto se constrói uma doutrina a seu respeito, com alguma resposta dos Tribunais, indicativa de sua presença. No direito alienígena, como vimos, a guarda compartilhada se apresenta coberta pela legislação: em alguns Estados, como preferencial; em outros, como séria opção; em outros mais, como modelo básico, a exemplo da Alemanha, Inglaterra, Espanha, Itália, Argentina, Suécia, Estados Unidos, Dinamarca e França.

Em regra, como vimos, o menor é confiado à guarda de um só dos pais. É a guarda única. A par desse modelo, é largamente utilizada a guarda alternada e, modernamente, a guarda compartilhada. Qualquer modelo, entretanto, apresenta vantagens e desvantagens. Embora o estudo não seja, conclusivo, podemos, seguramente alinhar algumas das vantagens desse novo modelo de guarda.

A priori a guarda atribui a ambos os genitores a guarda jurídica: ambos os pais exercem igualitária e simultaneamente todos os direitos-deveres relativos à pessoa dos filhos, levando os pais a uma maior cooperação e em consequência um decréscimo significativo dos conflitos, tendo por consequência o benefício dos filhos. A análise indubitosa e que revela o cotidiano social, que os filhos de pais separados têm mais problemas que os de família intacta. Nesse modelo as decisões são tomadas em conjunto, diferente da guarda alternada, onde cada cônjuge decide sozinho durante o período de tempo em que lhe é confiada a guarda; todavia, não deixa de ser exclusiva.

A guarda compartilhada tem em seu contexto, a continuidade da relação pais- filhos e não-exposição do menor aos conflitos parentais quem em muitos casos são ou podem ser devastadores, assim os arranjos de co-educação e criação só aumentam o acesso a seus dois genitores, o que ajuda a minorar os sentimentos de perda e rejeição dos filhos, tornando-os, conseqüentemente, bem mais ajustados emocionalmente.

Essa maior cooperação entre os cônjuges provocada pela guarda compartilhada afasta a possibilidade de obtenção da clássica guarda única por um dos genitores, no caso de insucesso do modelo, que impõe ao não guardador um afastamento e aviva um sentimento de fracasso e decorrente disso, podemos perceber que menos se parece evidente cumprir a obrigação alimentar e o dever de visita, aumentando a distância entre pais e filhos e o risco de perder a intimidade e a ligação potencial, a tristeza, a frustração e a depressão.

Outra vantagem da guarda compartilhada é que eleva o grau de satisfação de pais e filhos e elimina os conflitos de lealdade causado pela escolha ou de um ou de outro pelo filho, pois, vamos imaginar nós como filho termos que em uma separação dos nossos pais termos que escolher entre um e outro, complicado certo? O medo do receio do outro e de ferir os sentimentos.

Em contrapartida os juízes, costumam sentir a opinião do menor, sem exigir que faça escolha, pois, como dito essa escolha seria muito dolorosa para a criança, assim na guarda compartilhada, esta, mantém intacta aquela vida cotidiana dos filhos do divórcio, dando continuidade ao relacionamento próximo e amoroso com os dois genitores, sem exigir dos filhos que optem por um deles.

Há ainda que se observar um número crescente de homens que desejam continuar envolvido na vida dos filhos, mostrando menor disposição de conceder a guarda à ex-esposa, em contrapartida, o número de mulheres que deseja seguir ou retornar suas carreiras juntamente com a criação dos filhos, recebendo muito bem a oportunidade oferecida pelo acordo de guarda compartilhada, por elas os pais podem ajustar seus horários de trabalho.

Esse modelo de guarda compartilhada, segundo alguns estudos desenvolve nos homens e nas mulheres uma genuína consideração pelo ex-parceiro em seu papel de pai ou mãe. Ambos percebem que têm que confiar um no outro como pais. Dessa forma podemos dizer que essa guarda reafirma a igualdade parental desejada pela Constituição Federal e pontua seu argumento fundamento nos melhores interesses da criança.

5.2 Desvantagens

Assim como os outros modelos possuem seus lados positivo e negativo na guarda compartilhada não há que se falar em apenas os lados positivos, sendo esse modelo de guarda também alvo de desfavores, pois em regra todo plano de cuidado parental é acompanhado de problemas adicionais, pois, o que funciona bem em uma família pode causar problemas em outra. Pois alguns autores reconhecem que a guarda conjunta é uma abordagem nova e benéfica, que funciona bem para a maioria dos pais cooperativos, e muitas vezes tem êxito quando o diálogo entre os pais não é bom, mas eles são capazes de isolar os filhos de seus conflitos, porém nesse mesmo estudo, revela que se o sistema adotado de forma equivocada por casais amargos e em conflitos, leva esse modelo ao fracasso.

Continuando nesse sentido, os pais nesses conflitos, não vão cooperar, vão estar sem diálogo, insatisfeitos, que agem em paralelo e sabotam um a o outro contaminando o tipo de educação que proporcionam a seus filhos e nesses casos o arranjo da guarda compartilhada podem ser muito lesivos aos filhos, optando nesse caso pela guarda única e deferi-la ao genitor menos contestador e mais disposto a dar ao outro direito amplo de visitas.

No diapasão da guarda compartilhada está só terá grande efeito se os pais mesmo que separados proporcionarem aos filhos de relação sem exposição a lutas pelo poder, neste caso o arranjo de tempo igual também oferece desvantagens ante ao maior número de mudanças e menos uniformidade de vida cotidiana dos filhos.

A guarda compartilhada, tem como pressuposto uma residência fixa (única e não alternada) do menor, que gera para ele a estabilidade que o direito e a psicologia desejam, evitando grandes alterações em sua vida e rotina.

Segundo estudos, em alguns casos a guarda compartilhada reflete a falta de disposi-



ção dos pais em assumir a responsabilidade pelas crianças e constituir um compromisso; que as crianças sob dupla custódia não afastam o medo do abandono; que a transição entre dois lares pode facilmente reforçar a preocupação com a estabilidade e a confiabilidade de pessoas e lugares; que pode prender as crianças a uma relação destrutiva com o pai violento ou inadequado; que expõe os filhos do divórcio a um impacto psicológico, potencial, mas devastador; se e quando um pai resolver sair da dupla custódia; que a dupla custódia não minimiza o impacto negativo do divórcio sobre as crianças durante os primeiros anos depois do divórcio; enfim, que não há provas de que a dupla custódia seja o melhor pra todas as famílias, ou até mesmo para a maioria deles.

Sendo assim, os prós e os contras que colhemos na doutrina, como anteriormente exposto, de forma alguma pretendem esgotar as circunstâncias que podem levar o juiz a decidir sobre a conveniência, ou não, da outorga da guarda compartilhada. As críticas que se fazem ao novo modelo, porém, não podem ser tidas como absolutas, quando se tem presente, inafastavelmente, que o interesse do menor não mais se prossegue com a guarda única.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do que foi exposto em todo o trabalho monográfico, nos leva exprimir uma conclusão sobre a guarda compartilhada, sendo abordagem acerca do assunto auto-explicativa, vez que inserção da guarda compartilhada no nosso Código Civil causou uma mudança bastante significativa no que se diz respeito ao Direito de Família e por se tratar de um tema bastante polêmico quando se envolve o direito da parte mais frágil da relação conjugal que são os filhos e é dessa forma que o ECA já vinha dispondo que o interesse do menor deve sempre prevalecer e dessa forma o compartilhamento da guarda preenche de forma notável essa pretensão legislativa e favorece o desenvolvimento das crianças com menos traumas e ônus que a guarda unilateral, ou outros modelos inevitavelmente, criava. Levando em conta a expressão normativa do artigo 227 da Constituição Federal, onde, devem ser privilegiados os superiores interesses da criança, o que encontra respaldo no instituto da guarda, esta unilateral ou compartilhada, guarda que legalmente passou a ter previsão nos artigos 1583 e 1584, ambos do Código Civil, dado o advento da Lei 11698/08.

Podemos concluir, num primeiro momento, o estudo analisou o Direito de Família e Das Sucessões como um todo, inclusive com um paralelo em relação ao Código Civil revogado, dando uma ideia geral de ambos os ramos do Direito, partindo-se do geral para chegar ao particular (guarda compartilhada). A outra parte do estudo abordou a guarda unilateral e compartilhada, esta, criada com o advento da Lei 11.698/08, abordando-se seus contornos, suas características, sua titularidade, seu exercício etc e, após, foram feitas análises sobre as questões controversas sobre o tema, quais sejam, a guarda compartilhada mesmo antes daquela “lex”, os superiores interesses do menor, a prova da aptidão dos genitores para a guarda compartilhada e mesmo unilateral, a guarda exercida por terceiros que não são os genitores, os efeitos da guarda, além da abordagem sobre a guarda compartilhada concedida no exterior e com reflexos no Brasil, não nos olvidando nos comentários sobre competência para a apreciação da guarda e sobre a restrição da liberdade do menor inclusive com reflexos no âmbito criminal, tudo de acordo com o enfoque dos nossos tribunais.

Cabe ressaltar que a guarda compartilhada já vinha sendo aceita pela Jurisprudência antes mesmo da alteração dos artigos 1.583 e 1.584, ambos do Código Civil, pela Lei

11.698/08. Mas mesmo antes como após, na concessão da guarda, unilateral ou compartilhada, sempre o Juiz levou em conta os superiores interesses do menor, “ex vi” do artigo 227 da CF conforme já exposto, em aptidão dos genitores para propiciar aos filhos o afeto, a saúde e segurança e a educação inerentes ao desenvolvimento da criança, o que nos levar a crer, independente da situação financeira do genitor, aqueles atributos e aqueles superiores interesses do menor, devem ser decisivos na decisão a respeito de quem será o guardião da criança e também se a guarda será unilateral ou compartilhada.

Podemos perceber diante do exposto que é possível no momento da decisão da guarda o Juiz defira a guarda não aos genitores e sim a pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade, “ex vi” do artigo 1.584, parágrafo quinto, do Código Civil. Então a guarda não caindo aos genitores visando os interesses do menor, “a fortiori” em se considerando a sua saúde, Bem maior que todos, a jurisprudência vem obtemperando a regra sobre a titularidade da guarda, inclusive alternando até seus efeitos. Tendo por fim que a guarda compartilhada é a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar (antigo pátrio poder) dos filhos comuns, sendo possível, e até normal que um dos genitores, fundamentalmente e com provas a respeito, queira ajuizar uma demanda visando a mudança da guarda compartilhada, tornando-a unilateral, entendendo que o outro genitor deixou de reunir condições de manutenção da guarda sobre o filho deles, assim, se cada genitor tiver um domicílio diferente, deve prevalecer o juiz do Foro em que foi processada a separação do casal, onde o foi decretada a separação, litigiosa ou mediante acordo homologado naquele Juízo conforme já decisões de grandes tribunais brasileiros.

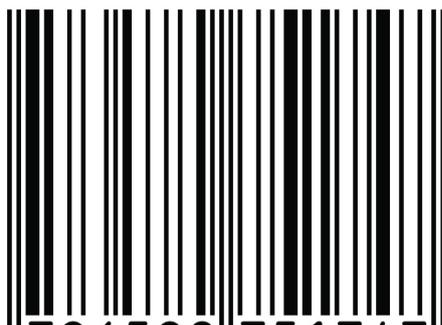
Referências

- BARRETO, Elaine Gomes. **Guarda compartilhada**. In: MELLO, Cleyson de Moraes;
- BONFIM, Paulo Andreatto. **Guarda compartilhada X guarda alternada**. Revista Justilex, Brasília, v. 4, n. 49, p. 28-30, jan. 2006.
- BRITO, Leila Maria Torraca de. Impasses na condição da guarda e da visitação: o palco da discórdia. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Família e cidadania: o novo código civil brasileiro e a vacatio legis**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- BRUNO, Denise Duarte. Guarda compartilhada. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v. 3, n. 12, p. 27-39, jan./mar. 2002.
- CANEZIN, Claudete Carvalho. Da guarda compartilhada em oposição à guarda unilateral. **Revista Brasileira do Direito de Família**, São Paulo, n. 28, p. 5-25, fev./mar. 2005.
- CASABONA, Marcial Barreto. **Guarda compartilhada**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2006.
- DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- DINIZ, Maria Helena. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 5.
- GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- PEREIRA, Sérgio Gischkow. **A guarda conjunta de menores no direito brasileiro**. *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, vol. 13, n. 36, p. 53-64, mar. 1986.
- Revista Jurídica**, São Paulo, v. 50, n. 299, p. 44-54, set. 2002.
- SANTOS NETO; FRANÇA, 1994 apud CANEZIN, Claudete Carvalho. **Da guarda compartilhada em oposição à guarda unilateral**. *Revista Brasileira do Direito de Família*, São Paulo, n. 28, p. 5-25, fev./mar. 2005.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2016, v.6.

Este livro reúne as pesquisas feitas pelos Acadêmicos do Curso de Direito da Faculdade Anhanguera de São Luís/MA. Trata-se do primeiro passo rumo a uma longa trajetória de incentivo à produção científica dos alunos do curso, oportunizando a publicação dos Trabalhos de Conclusão do Curso em uma edição rica de temas variados na área do Direito.

ISBN: 978-65-80751-74-7

BR



9 786580 751747

