



16 A 20 DE ABRIL
URI / ERECHIM / RS
SALÃO DE EVENTOS

***XXV FÓRUM DE ESTUDOS DAS
CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
VI MOSTRA CIENTÍFICA***

2018



ORGANIZADORES:

Giana Lisa Zanardo Sartori
José Plínio Rigotti
Simone Gasperin de Albuquerque
Vera Maria Calegari Detoni

Uma Abordagem Multidisciplinar - VI Mostra Científica do Curso de Direito da URI



**ERECHIM - RS
2018**

Todos os direitos reservados à EDIFAPES.

Proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma e por qualquer meio mecânico ou eletrônico, inclusive através de fotocópias e de gravações, sem a expressa permissão dos autores. Os dados e a completude das referências são de inteira e única responsabilidade dos autores.

Editoração/Diagramação: EdiFAPES

Revisão: Autores

Capa: (Assessoria de Marketing, Comunicação e Eventos /URI Erechim)

Conselho Editorial:

Adilson Luíz Stankiewicz (URI / Erechim/RS) - Presidente

Cláudia Petry (UPF / Passo Fundo/RS)

Elcemina Lucia Balvedi Pagliosa (URI / Erechim/RS)

Elisabete Maria Zanin (URI /Erechim/RS) – Presidente

José Eduardo dos Santos (UFSCar - São Carlos/SP)

Maria Elaine Trevisan (UFSM / Santa Maria/RS)

Jadir Camargo Lemos (UFSM / Santa Maria/RS)

Michèle Satto (IFMT / Cuiabá/MT)

Neila Tonin Agranionih (UFPR / Curitiba/PR)

Sérgio Bigolin (URI / Erechim/RS)

Yuri Tavares Rocha (USP / São Paulo/SP)

A154 Uma abordagem multidisciplinar [recurso eletrônico] / organizadores Giana Lisa Zanardo Sartori ...[et al.]. – Erechim, RS: EdiFAPES, 2018.

1 recurso online

ISBN 978-85-7892-155-2

Acesso em:

<http://www.uricer.edu.br/site/informacao.php?menu_superior_adicional=18>

Evento realizado na Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - Campus de Erechim / VI Mostra Científica do Curso de Direito da URI

1.Direito penal 2. Processo penal 3.Direito do trabalho 4. Direito de família 5. Direito do consumidor I. Sartori, Giana Lisa Zanardo II. Rigotti, José Plínio III. Albuquerque, Simone Gasperin de IV. Detoni, Vera Maria Calegari

C.D.U.: 34

Catálogo na fonte: bibliotecária Sandra Milbrath CRB 1012/78



EDIFAPES

Livraria e Editora
Av. 7 de Setembro, 1621
99.709-910 – Erechim-RS
Fone: (54) 3520-9000
www.uricer.edu.br

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	6
A QUEBRA DE SIGILO PROFISSIONAL MÉDICO NOS CRIMES SEXUAIS: OBRIGATORIEDADE OU FACULDADE?	7
Matheus Achyles Anzanello	
Kamila Batista Da Silva	
Alessandra Regina Biasus	
A TRIPARTIÇÃO DE PODERES: DO ESTADO MODERNO AO ESTADO CONTEMPORÂNEO	17
Paula Ongaratto Trentin	
Gilmar Bianchi	
ANÁLISE DA TEORIA LABELLING APPROACH E A CRÍTICA AO DIREITO PENAL	24
Júlia Raíssa Mäder	
Kelín Pagliarini Daniel	
Luciano Alves dos Santos	
JUIZ DAS GARANTIAS: GARANTIR PUNINDO? OU PUNIR GARANTINDO?	35
Marco Aurélio Dorigon Dos Santos	
Karine Fontana	
Raquel Fellini	
MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO: ESTUDO DE MATERIAIS DISPONÍVEIS PARA MELHOR TRATAMENTO DOS CONFLITOS SOCIAIS	46
Leopoldo Bertolla Reisner	
MEDIAÇÃO FAMILIAR: AFASTANDO CONFLITOS E PRODUZINDO DIÁLOGOS	53
Luiza Soccol Fassina	
Victor Nilson Palharini	
Giana Lisa Zanardo Sartori	
REALIDADE DA ADOÇÃO: OS CAMINHOS PARA COMBATER A MOROSIDADE PROCESSUAL E A ESPERA NOS ABRIGOS.....	61
Cláudia Sobis Alves	
Carolina Ana Cecchin	
Giana Lisa Zanardo Sartori	
RECUSA EM REALIZAR O TESTE DO BAFÔMETRO: CONFLITO JURISPRUDENCIAL QUANTO À (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 165-A DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO	73
Lucilaine Belusso Pawelkiewicz	
Marjana Vaz	
Luis Alberto Espósito	
TRIBUNAL DO JÚRI: UMA ANÁLISE CRÍTICA ACERCA DA SUBJETIVIDADE DO PROCEDIMENTO.....	81
Carla Eduarda de Albuquerque Sangalli	
Fernanda Fellini	
Luciano Alves Dos Santos	

VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA SOB A ÓTICA JURÍDICA E BIOÉTICA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO PÓS CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	93
Mayara Lisiane Amaro	
Bruna Rampanelli	
Giana Lisa Zanardo Sartori	
DIREITO DO TRABALHO NA ATUALIDADE E A GLOBALIZAÇÃO HEGEMÔNICA E NÃO HEGEMÔNICA: DESAFIOS DO ESTADO BRASILEIRO NA NORMATIZAÇÃO E REFORMA DO DIREITO TRABALHISTA.....	103
Felipe Yuri Gasparin Ferri	
Leonardo Palú Jantara	
Luis Alberto Esposito	
COPARENTALIDADE: UMA NOVA ENTIDADE FAMILIAR	116
Camile Rossi Dos Santos	
Thaiane Picoli Tomazelli	
Giana Lisa Zanardo Sartori	
REFLEXÕES ACERCA DA PUNIBILIDADE DOS PSICOPATAS FRENTE AO DIREITO PENAL BRASILEIRO	124
Alice Cristiane Merib	
Luana Lanfredi	
Tamires Rufato	
Luciano Alves do Santos	
A AUTOCOMPOSIÇÃO NOS CONFLITOS AMBIENTAIS: UMA ANÁLISE SOBRE A UTILIZAÇÃO DO COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA.....	137
Daniela Assoni	
Bianca Litwin	
Giana Lisa Zanardo Sartori	
Júlia Veiga	
A JUSTIÇA RESTAURATIVA E A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA: UMA BUSCA PELO EMPODERAMENTO DA VÍTIMA	149
Bianca Litwin	
Giana Lisa Zanardo Sartori	
A TEORIA DO NÃO PRAZO E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE FRENTE	161
Carine Bonatto Brustolin	
Caroline Dallateze	
Gilmar Bianchi	
O RECALL COMO MECANISMO DE GARANTIA DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL AO CONSUMIDOR.....	172
Thaiane Picoli Tomazelli	
Gilmar Bianchi	

APRESENTAÇÃO

O XXV Fórum de Estudos das Ciências Jurídicas e Sociais, XVI Encontro de Diplomados e VI Mostra Científica - Homenagem ao Professor Glauber Serafini que se realizou de 16 a 20 de abril de 2018 é fruto do trabalho da Coordenação do Curso de Direito da URI-Erechim. Neste ano o evento pretendeu ressaltar diferentes visões e questionamentos, propiciando o diálogo sobre os problemas e dilemas contemporâneos da sociedade brasileira.

Por meio deste diálogo aglutinou esforços com outros pesquisadores na tentativa de observar e colaborar com a problemática jurídica. A relevância social do evento foi provocar reflexão a respeito da temática junto à comunidade acadêmica e demais interessados na discussão.

Para tanto, elaborou eixos temáticos visando o diálogo entre os pesquisadores, possibilitando a ampliação da pesquisa presente na universidade e região.

Os eixos temáticos foram: **Estado, Sociedade, Indivíduos e Instituições**, que esteve vinculado aos estudos e reflexões das ações de quebra de sigilo profissional médico nos crimes sexuais a tripartição de poderes, passando por uma análise da Teoria Labelling Approach, o garantismo judicial, a recusa em realizar o teste do bafômetro, a inconstitucionalidade do art. 165-A do Código de Trânsito Brasileiro, a subjetividade do procedimento no Tribunal do Júri, a globalização hegemônica na reforma do Direito Trabalhista, a punibilidade dos psicopatas pelo direito penal brasileiro, a Teoria do Não Prazo e o Princípio da Proporcionalidade na duração da prisão preventiva, o recall como garantia constitucional e, os direitos humanos e a guerra civil na Síria, nas perspectivas filosóficas, históricas, psicológicas e políticas do direito.

O eixo; **Instituições de Direito Público e Privado ou Solução de Conflitos**; vinculou-se aos estudos e reflexões sobre o encontro entre diferenças cognitivas, de geração, gênero, raça, etnia, religiosa e classe socioeconômica, com o objetivo de evidenciar a relação entre educação, diversidade e direitos em diferentes contextos. Neste eixo evidencia-se as ovas soluções de conflito, trazendo estudos sobre a mediação e conciliação para o tratamento dos conflitos sociais, a mediação familiar como forma de produzir diálogos, a autocomposição nos conflitos ambientais, o compromisso de ajustamento de conduta, a justiça restaurativa nos casos de violência doméstica, e a adoção e a morosidade processual. Dentro do mesmo eixo, foram elaborados trabalhos sobre a violência obstétrica sob a ótica da Bioética e a coparentalidade como nova entidade familiar.

Frente a essas discussões, o leitor encontrará nestes Anais os trabalhos apresentados que geraram discussões e ampliação do conhecimento nas temáticas abordadas.

Desejo a todos boa leitura!

Simone Gasperin de Albuquerque
Coordenadora do Curso de Direito

A QUEBRA DE SIGILO PROFISSIONAL MÉDICO NOS CRIMES SEXUAIS: OBRIGATORIEDADE OU FACULDADE?¹

THE BREAKING OF MEDICAL PROFESSIONAL SECRECY IN SEXUAL CRIMES: OBLIGATORY OR FACULTY?

Matheus Achyles Anzanello ²

Kamila Batista Da Silva ³

Alessandra Regina Biasus ⁴

RESUMO: O sigilo profissional médico é uma prerrogativa do paciente e sua violação do sigilo profissional médico trouxe e ainda traz à tona questões acerca dos limites da privacidade e da autonomia da relação médico-paciente. Entretanto, no cenário social em que estamos inseridos – isto é, vislumbrando-se índices crescentes de ocorrência de crimes sexuais – é necessário cada vez mais discutir-se acerca da possibilidade ou não da quebra de sigilo e consequente divulgação de informações outrora secretas nas investigações desses supostos crimes. Ocorre que, enquanto o Código Penal brasileiro configura como ilícita a omissão médica em reportar às autoridades competentes as vítimas de possíveis crimes, por outro lado o Código de Ética Médica prevê sanção ao profissional da saúde que revele dados de seus assistidos, sem a devida permissão. A escolha da temática justifica-se na medida em que tais informações podem vir a sanar a possível contradição existente entre o diploma criminal e a lei específica, afinal, não só a busca incessável pela premissa da justiça e segurança, é necessário também refletir exatamente acerca do respeito às extremas da relação entre o médico e o seu paciente. A pesquisa utiliza como técnica a busca bibliográfica e documental e como método o indutivo.

Palavras-chave: Sigilo profissional. Médico. Crimes sexuais. Obrigatoriedade. Faculdade.

ABSTRACT: Professional medical secrecy is a prerogative of the patient and the violation of these confidential information has brought and still raises questions about the limits of privacy and the autonomy of the doctor-patient relationship. However, in the social scenario in which we are inserted - that is, with increasing levels of occurrence of sexual crimes - it is very much necessary to discuss the possibility of breaching or not breaching the secrecy and the consequent disclosure of information that was once secret - sometimes in order to be used for investigations of alleged crimes. While the Brazilian Penal Code establishes as illicit the medical omission to report to the competent authorities the victims of possible crimes, on the other hand, the Code of Medical Ethics provides sanction to the health professional who reveals data of his or her assistants without the necessary permission. The choice of the subject is justified to the extent that such information can solve possible contradiction between the criminal law and the specific law. After all, not only the incessant search for the premise of justice and security is enough, it is also necessary to reflect carefully about the relationship extremes between the doctor and his or her patient. The research uses as a technique the bibliographical and documentary search and as method the inductive one.

Keywords: Professional secrecy. Doctor. Sexual crimes. Obligatoriness. College.

INTRODUÇÃO

O sigilo médico, também referido como segredo médico, é uma garantia que surgiu desde o início das civilizações mais remotas, em especial as da África e da Ásia Ocidental. Nesse escopo, a referida

¹ O presente artigo científico trata-se de pesquisa institucional pertencente a projeto de monografia de conclusão de curso de graduação em Direito, da URI Erechim/RS.

² Acadêmico do nono semestre do curso de Direito da URI Erechim/RS. E-mail: matheusanzanello@outlook.com

³ Acadêmica do nono semestre do curso de Direito da URI Erechim/RS. E-mail: kamila_batista_@hotmail.com

⁴ Orientadora, especialista em Direito e Administração Pública, professora do curso de Direito da URI Erechim/RS: E-mail: alebiasus@hotmail.com.

premissa compreende as confidências relatadas pelo paciente ao profissional da saúde e as percebidas por este no decorrer do tratamento, além daquelas descobertas pelo médico, mesmo quando o paciente não tem o intuito de informar. Assim, hoje, é notório que no lícito exercício da medicina, uma das principais premissas continua sendo a manutenção soberana do sigilo profissional e, dessa forma, a maior parte dos médicos brasileiros cumpre o dever ético do Código de Ética Médica, guardando o sigilo dos casos atendidos, por mais graves que o sejam. Entretanto, o próprio Código Penal brasileiro obriga o profissional da saúde a deixar de lado o sigilo inerente à sua profissão e a reportar os casos nos quais esteja visível a ocorrência das mais variadas “condutas típicas sexuais” nas situações em que se deseja mascarar tal acontecimento, muito embora se tenha juramentado o sigilo. Por conta disso, faz-se necessário a realização de uma análise acerca da possível contradição existente entre as leis brasileiras, as quais obrigam o profissional da área da saúde conviver com um dilema capaz de gerar consequências às vezes inimagináveis para si e sobretudo ao seu paciente.

O presente artigo científico delimitará brevemente os conceitos principais acerca do sigilo profissional e da sua violação, traçando parâmetros históricos, sociais e jurídicos, bem como explicará acerca dos crimes sexuais - os quais estão sendo cada vez mais recorrentes no país, sobretudo após o século XX - e as suas relações com a necessidade de cooperação médica para identificação de possíveis vítimas; relação na qual verifica-se a maior fragilidade da obrigatoriedade da quebra de sigilo profissional médico, considerando o sistema jurídico nacional. Buscar-se-á, ainda, verificar se atualmente há jurisdição suficiente para o tocante, a fim de demonstrar possíveis sugestões para quanto às lacunas presentes no assunto.

Não obstante, como suporte aos argumentos desenvolvidos, considerou-se as doutrinas pátrias à lume do Código Penal e Código de Ética Médica, bem como o direito positivo brasileiro, além de outros meios vinculativos de informação, inclusive relatos e fontes jurisprudenciais, primando-se sobretudo pelo método analítico-descritivo através da técnica bibliográfica.

DESENVOLVIMENTO

Da conceituação do sigilo profissional

De acordo com os preceitos da etimologia, o segredo é tudo aquilo que, por dizer respeito à privacidade, deve ser resguardado, não divulgado, tornado público ou simplesmente dado a conhecer as pessoas não autorizadas por aqueles nele interessados. Já o sigilo profissional, por sua vez, de acordo com Neves (1963), é aquilo que um profissional toma ciência em razão exclusivamente de sua profissão, devendo ser por este guardado, seja por pedido da parte interessada ou por mera inerência e natureza do serviço.

[...] a reserva que todo indivíduo deve guardar dos fatos conhecidos no desempenho das suas funções ou como consequência do seu exercício, fatos que lhe incumbe ocultar, quer porque o segredo lhe é pedido, quer porque ele é inerente à própria natureza do serviço ou à sua profissão. (NEVES, 1963, p. 15).

Assim, o segredo profissional se faz existir por conta da subsistência dos confidentes necessários, ou seja, indivíduos aos quais são confiados segredos em virtude de suas profissões (padres, médicos, advogado e afins). Ora, José Henrique Pierangeli (2008) demonstra que o agrupamento dos indivíduos mundanos em sociedade traz à tona a necessidade de recorrer ao auxílio de terceiros para os quais é preciso revelar fatos íntimos que deseja-se manter em segredo praticamente absoluto, a fim de que seja mantida a garantia da utilização dos mais variados serviços, com a segurança de revelar as mais profundas confidências, sem o risco de vê-las expostas.

A vida mantida em meio a uma comunidade apresenta fatos e problemas para cuja solução temos de recorrer a terceiros, pessoas qualificadas técnica e profissionalmente para removê-los, e as pessoas que exercem certos ministérios, aos quais se confiam segredos da intimidade pessoal ou doméstica, que devem ser mantidos em sigilo não só em benefício do cidadão confidente, mas da própria convivência social, interesses de ordem natural, moral, social ou econômica. (PIERANGELI, 2008, p. 187-188).

Por conta disso, então, surgem espécies de sigilo profissional distintas em suas particularidades, como é o caso do sigilo inerente à advocacia e o sigilo profissional médico. No caso da Medicina, o sigilo profissional é um princípio consagrado de maneira universal, sendo aferido como uma das premissas mais rígidas e respeitadas pelos profissionais da área. Além disso, compreende tanto as confidências expressamente mencionadas pelo paciente quanto as descobertas pelo próprio profissional atendente, ao decorrer do processo médico entre a prevenção, o diagnóstico e o tratamento.

Ainda, de acordo com a definição de Hércules Sidnei Pires Liberal:

É o segredo médico uma espécie de segredo profissional, devido pelos denominados confidentes necessários, cujas confidências são expostas por imperiosa necessidade de busca de auxílio para reparação de um estado mórbido ou de lesões de ordem moral ou patrimonial. Alinham-se, neste caso, os sigilos impostos aos profissionais que, para prestação de qualquer tipo de serviço, necessitem penetrar na intimidade do cliente. (LIBERAL, 2010, p.01).

Tão logo o fundamento do sigilo médico seja deontológico (moral), o desígnio do sigilo médico é coibir que certos acontecimentos ganhem uma publicidade inadequada, o que por vezes, caso aconteça, acarreta prejuízos morais, sociais e financeiros, tanto para o paciente quanto para o próprio profissional da saúde, que fica à mercê de duas legislações distintas e por vezes imprecisas, conforme será visto posteriormente.

Das considerações históricas do sigilo profissional médico

Desde a sua existência, a ciência do Direito nunca permaneceu inerte, já que uma de suas principais finalidades sempre foi a de regular a convivência em sociedade e, tendo em vista a constante transformação e formulação de ideais, teorias e preceitos, inúmeros regramentos jurídico-profissionais acabaram por ter sua essência deturpada, mesmo que não propositalmente. Não obstante, no mesmo período que as ciências jurídicas se assentavam em termos mundiais, ao mesmo tempo as civilizações mais antigas, como África e Ásia Ocidental levaram as culturas europeias a exercerem as práticas medicinais que após expandiram-se para o resto do globo terrestre.

Foram as civilizações mais antigas, como África e Ásia Ocidental, que levaram as culturas europeias a exercerem as práticas medicinais que em seguida se expandiram pelo restante do globo. Na Antiguidade surgiram os primeiros praticantes da Medicina, os curandeiros, que utilizavam forças misteriosas que supostamente dispunham, fazendo invocações aos deuses e ao desconhecido. (SANTIAGO, 2011, p. 02).

A partir disso, é sabido que tanto o Direito quanto a Medicina introduziram-se com mais afinco no mesmo período histórico, de modo que, desde muito cedo pode-se verificar a existência de uma proteção aos segredos da relação médico-paciente, unindo tanto a ciência médica quanto a ciência jurídica. Ora, especialmente com o achado do Juramento de Hipócrates (460 a.C), surge a primeira referência ao sigilo médico conhecida pela sociedade, sendo que tal documento já reunia os principais conceitos fundamentais da ética médica, afirmando inclusive que o sigilo deveria ser prezado pelo médico que queria manter a sua dignidade intacta perante o mundo, empregando-se atitudes de discrição para proteger os segredos dos doentes.

O respeito ao paciente, o compromisso em honrar a profissão e o segredo médico são alguns dos ideais de Hipócrates presentes até hoje nos juramentos. Algumas partes perderam validade, como os votos de honrar seu mestre e seus filhos e provê-los financeira e intelectualmente se necessário. Temas atualmente conflitantes, como eutanásia e aborto, passaram a ser discutíveis em alguns casos, enquanto outros temas não implícitos no juramento, mas que adquiriram grande importância nos dias atuais, como consentimento informado e justiça social, passaram a ser inclusos em discussões éticas. (GONZAGA, 2010, p. 22-23).

Em contrapartida, por exemplo, na Idade Média, a proteção ao sigilo estava profundamente ligada à religião e não só ao exercício do ofício dos curandeiros, posto que especificamente nesse período histórico a

Medicina restou prejudicada em decorrência da desorganização da profissão. Assim, naquela época, onde a prática da chamada “revelação de confessorário” era corriqueira, a violação de um segredo confiado a um sacerdote no confessorário sem a anuência expressa do penitente era punida rigorosamente pelo direito canônico.

Por outro lado, o sigilo profissional retomou a sua importância quando da chegada do século XVIII, surgindo de maneira mais atualizada e fundado no desenvolvimento técnico e sócio científico da área da saúde, em prol do regime jurídico da coletividade: a partir desse momento, o sigilo passou a tomar dois diferentes caminhos, dependendo sobretudo do advento dos códigos de ética e dos valores resguardados pelos Estados em suas cartas maiores.

A partir desse período o sigilo médico tomou dois caminhos: um legal e um deontológico. O primeiro se deu com as primeiras tipificações da violação do sigilo profissional nos diplomas legais, enquanto o caminho deontológico foi trilhado sob o advento dos códigos de ética. (SANTIAGO, 2011, p. 06).

Dessa forma, a França foi a pioneira em incriminar a violação do sigilo profissional, inserindo uma punição para a quebra de sigilo entre os crimes contra o livre gozo e exercício dos direitos individuais. No diploma penal do país, o artigo 378 determinava que nenhum profissional, seja ele médico, cirurgião, enfermeiro, farmacêutico ou afins, poderia violar segredos que alguém lhe confiou, coibindo inclusive a revelação daqueles que assumiam as funções em caráter temporário.

Por sua vez, essa disposição seguiu inspirando outros diplomas legais pelo mundo, contudo, de outro norte, no cenário jurídico brasileiro, as Ordenações Filipinas – documento que originou grande parte das leis brasileiras – foram omissas, resguardando apenas os segredos da realeza e não os de natureza privada. Dessarte, no Brasil, então, foi apenas no Código Penal de 1890 (BRASIL, 1890) em que houve a primeira tipificação da violação de segredo profissional, inserindo-se o artigo 192 no capítulo IV, que tratava acerca das condutas contra o livre gozo e exercício dos direitos individuais. Ademais, já no século XX, o país manteve novamente a tutela do segredo profissional no Código Penal de 1940 (BRASIL, 1940), o qual vige até os dias de hoje.

Atualmente, portanto, pode-se observar que o sigilo profissional médico está em pauta desde os períodos históricos mais arcaicos, atravessando séculos e compondo a relação médico-paciente, funcionando como mecanismo de proteção ao paciente no tocante a seus valores e vivências pessoais.

Dos fundamentos legais do sigilo profissional e as obrigações médicas

Levando-se em consideração exclusivamente o parâmetro brasileiro a partir de agora, a confidencialidade de dados, fatos e afins ganhou maior importância com o advento da Constituição Federal de 1988, que tutelando os direitos individuais e coletivos dos indivíduos, assegurou em seu artigo 5º, inciso X, a inviolabilidade à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas.

Nesse sentido, muito se confunde o sigilo com a privacidade, que se trata de um ideal de limitação ao acesso às circunstâncias que fazem parte do intrínseco de um indivíduo em particular. Todavia, na realidade, o sigilo trata-se de um dever por parte daqueles que exercem a nobre carreira da Medicina, resguardando a intimidade dos seus pacientes. Entre outras palavras, compõe um dever médico e uma prerrogativa dos enfermos, seja lá qual for o grau de enfermidade que possuem.

A confidencialidade é, portanto, uma forma de privacidade informacional que acontece no âmbito de uma relação especial entre o médico e seu paciente. As informações pessoais obtidas no curso deste relacionamento não podem ser comunicadas para terceiros a menos que autorizadas previamente por aquele que as revelou. Assim sendo, toda e qualquer informação decorrente desta situação, revelada para o profissional da saúde por palavras ou exame físico, é confidencial, a menos que o paciente permita ou requirite sua violação a terceiros. (LOCH, 2010, p. 53).

Em termos legais, o Código Penal de 1940 (BRASIL, 1940) instituiu o crime de violação de segredo profissional no capítulo dos crimes contra a liberdade individual, conferindo a sanção de detenção de 03 (três) meses a 01 (um) ano, ou multa, à aquele que revelar sem justa causa um segredo de que tenha ciência

em razão da função, mistério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa causar dano a outrem. Não obstante, para o referido diploma, a averiguação da conduta típica se dá apenas por intermédio de representação do ofendido.

E, não bastasse a prática inexorável da quebra de sigilo no geral, ainda, o diploma penalista também norteia quanto aos limites do sigilo profissional, instituindo que em determinados casos a quebra do sigilo profissional também é uma obrigação legal atribuída aos médicos, como por exemplo, o artigo 269.

Artigo 269. Deixar o médico de denunciar à autoridade pública doença cuja notificação é compulsória:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa. (BRASIL, 1940).

De outro norte, a ruptura da confidencialidade também é admitida pelo supra referido diploma penal em quatro situações ou condições gerais, quais sejam, quando houver alta probabilidade de acontecer sério dano físico a uma pessoa identificável e específica, estando, portanto, justificada pelo princípio da não-maleficência; quando um benefício real resultar da quebra de sigilo, baseando-se essa decisão no princípio da beneficência; quando for o último recurso, depois de esgotadas todas as demais formas de resolução do conflito e quando a decisão de revelação puder ser utilizada em outras situações com características idênticas, independentemente da posição social do paciente.

Em se tratando de vítimas de crime de ação pública – seja ela incondicionada ou não - a comunicação à autoridade pública é obrigatória, sob pena de ser o médico processado. Por isso, entende Hungria que o dever ao sigilo profissional cede lugar ao interesse maior de se reprimir infrações de terceiros, em relação aos quais o médico não tem qualquer obrigação ético-jurídica ou profissional de silenciário, pois “o segredo é devido pelo médico ao seu cliente, e não ao seu algoz” (HUNGRIA, 1945, p. 147-148).

Sob outra perspectiva, é entendimento pacífico que o sigilo médico é essencial sob o panorama do próprio médico, já que esse instituto torna possível o exercício da Medicina de forma plena e tranquila e do contrário seria impossível a prática da atividade. Nesse norte, a Constituição Federal também tutela o livre exercício da profissão como um direito à liberdade:

Artigo 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional; (...). (BRASIL, 1988).

Ademais, o sigilo profissional também foi contemplado pelo Código Civil (BRASIL, 2002), que garante que os profissionais, dentre os quais os médicos, ficam desobrigados de depor quando isso implica revelar dados acerca do seu paciente, ou seja, violar o segredo médico. Porém, já no caso do Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990), especialmente, também se encontra escopo para o tema do sigilo profissional, afinal o artigo 245 da lei citada configura como infração administrativa a omissão do profissional em comunicar vestígios de maus tratos.

Artigo 245. Deixar o médico, professor ou responsável por estabelecimento de atenção à saúde e de ensino fundamental, pré-escola ou creche, de comunicar à autoridade competente os casos de que tenha conhecimento, envolvendo suspeita ou confirmação de maus-tratos contra criança ou adolescente:

Pena - multa de três a vinte salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência. (BRASIL, 1990).

Para além disso, o sigilo profissional está previsto igualmente com prerrogativas nos códigos e legislações específicas das profissões. Fato é que foi com base nessas normas que o Código de Ética Médica (BRASIL, 2009) impôs o segredo médico, em seu capítulo IX, por meio de três artigos, aos profissionais de saúde, fomentando uma seleção de normas auto regulamentadoras da prática profissional que possuem conteúdo deontológico, ou seja, moral, garantindo o aperfeiçoamento técnico e humano da atividade médica.

Hoje o segredo médico aparece invariavelmente como mandamento privilegiado dos pronunciamentos e códigos éticos-deontológicos dos médicos, correspondendo, por isso, a um dos referentes irrenunciáveis da auto-representação do médico em todo mundo. Para além disso, a sua violação aparece sistematicamente reprovada e punida como atentado contra um bem jurídico de dignidade penal, a todos os títulos consensual. (ANDRADE, 2008, p. 172).

E, à exemplo disso, o artigo 73 do Código de Ética Médica assim define:

Artigo 73. Revelar fato de que tenha conhecimento em virtude do exercício de sua profissão, salvo por motivo justo, dever legal ou consentimento, por escrito, do paciente. Parágrafo único. Permanece essa proibição: a) mesmo que o fato seja de conhecimento público ou o paciente tenha falecido; b) quando de seu depoimento como testemunha. Nessa hipótese, o médico comparecerá perante a autoridade e declarará seu impedimento; c) na investigação de suspeita de crime, o médico estará impedido de revelar segredo que possa expor o paciente a processo penal. (BRASIL, 2009).

Este último diploma referido também trata do sigilo profissional relacionado à pessoa menor de idade (artigo 74), bem como diz respeito à identificação e divulgação midiática dos casos clínicos, sejam eles corriqueiros ou de extrema raridade (artigo 75). Já no artigo 76, por exemplo, é estabelecido que revelar informações confidenciais obtidas através de exame médico em trabalhadores, aos dirigentes da empresa, ainda que esta tenha requisitado a realização do exame é terminantemente vedado, exceto quando a omissão puder gerar risco para a saúde dos demais empregados ou da comunidade em geral; além de tantos outros dispositivos concernentes à exposição de segredos inerentes à relação médico-paciente.

Por conseguinte, o próprio Conselho Federal de Medicina – CFM – edita resoluções acerca do assunto, como por exemplo a resolução nº 1.605, de 2000, que estabelece que o médico não pode revelar conteúdo do prontuário do paciente sem o consentimento do mesmo. Essa resolução ainda preconiza que nos casos de notificação de doença compulsória, o médico deve se restringir a comunicação da mesma, não fazendo extensão das informações, bem como, não exibindo o prontuário do paciente.

Por fim, a resolução supra referida trata também da hipótese de cometimento de crime, vedando-se ao médico expor paciente a processo quando se tratar de investigação criminal e, no caso de instrução criminal, o médico deverá disponibilizar os documentos solicitados por autoridade judicial ao perito para que este realize a perícia restrita aos fatos questionados. Assim, é compreensível que as três principais obrigações médicas – e que se relacionam completamente com o sigilo profissional médico – são as de não exhibir e não revelar informações dos prontuários médicos, não expor o paciente à processo criminal e não depor em juízo. Ademais, conclui-se então que o sigilo profissional é um direito-dever inerente ao exercício da Medicina, tendo amparo sob o ponto de vista constitucional, penal, civil e sobretudo ético.

Da aplicabilidade da quebra de sigilo profissional, dos crimes contra a dignidade sexual e a possível contradição

Do exame das legislações em tela, vê-se que o Código de Ética Médica cuida do sigilo médico no capítulo I, concernente aos princípios fundamentais da profissão. Em seguida, portanto, a abordagem passa a ser específica, como por exemplo a disposição de um capítulo exclusivo acerca das vedações das condutas médicas - e é aí que encontram-se algumas das contradições e possibilidades interpretativas diferentes, analisando-se o Código penal brasileiro e a legislação específica em comento.

O já referido artigo 73 da legislação elaborada pelo Conselho Federal de Medicina (CFM) cuida da conduta reprovada, qual seja, a revelação sem justa causa de um fato e elenca ainda as hipóteses em que se permite a revelação de segredo, quais sejam, o motivo justo, o dever legal e o consentimento por escrito do paciente. Por outro lado, o parágrafo único já demonstra em quais situações o sigilo profissional deve persistir, independente da circunstância (falecimento do paciente, depoimento testemunhal em juízo, investigação de suspeita de crime que possa expor o paciente a processo criminal, dentre outras).

Ora, na ocorrência dos mais variados crimes tipificados no ordenamento jurídico brasileiro, em especial nos crimes sexuais, muitas vezes ações como o depoimento de médicos em juízo ou a conferência de

prontuários são essenciais para o esclarecimento de enigmas e transgressões, o que é reconhecido pelo Código Penal e até tornado obrigatório, sob pena de responsabilização e configuração de possível omissão por parte do próprio profissional envolvido. Entretanto, qual regramento realmente vale? O celeuma se resolve pelo típico conflito aparente de normas ou sua resolução está em um patamar mais arraigado?

Ocorre que a incidência dos crimes sexuais está cada vez mais crescente em nosso país e é justamente nesses casos em que se configura o conflito mais aparente da obrigatoriedade ou não da quebra de sigilo profissional. Afinal, são nessas condutas típicas contra a dignidade sexual (estupro, estupro de vulnerável, violação sexual mediante fraude e afins) em que se encontram os maiores dilemas do profissional de saúde que atende aos pacientes em um exame de corpo de delito ou mesmo em exames rotineiros, onde possivelmente venham descobrir indícios da ocorrência de um crime o qual a vítima luta para esquecer.

É por isso que, não só pelo Código Penal como também através do próprio Código Civil quanto pelo Código de Ética Médica ou mesmo o Estatuto da Criança e do Adolescente, identifica-se uma problemática no tocante à obrigatoriedade da quebra de sigilo médico, em especial nos crimes sexuais, que facilmente envolvem os sentimentos mais arraigados dos indivíduos envolvidos em tais episódios sórdidos.

Atualmente, muitos tribunais e doutrinadores vêm se posicionando divergentemente no sentido da possibilidade de quebra de sigilo profissional médico na ocorrência de condutas, mesmo que tais fatos delituosos não encontrem totalmente o respaldo necessário nas hipóteses de possibilidade de quebra estipuladas pela lei.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO E CRIMINAL. REQUISICÃO DE PRONTUÁRIO. ATENDIMENTO A COTA MINISTERIAL. INVESTIGAÇÃO DE “QUEDA ACIDENTAL”. ARTS. 11, 102 E 105 DO CÓDIGO DE ÉTICA. QUEBRA DE SIGILO PROFISSIONAL. NÃO VERIFICAÇÃO.

O sigilo profissional não é absoluto, contém exceções, conforme depreende-se da leitura dos respectivos dispositivos do Código de Ética. A hipótese dos autos abrange as exceções, considerando que a requisição do prontuário médico foi feita pelo juízo, em atendimento à cota ministerial, visando apurar possível prática de crime contra a vida ou dignidade sexual. Precedentes análogos. Recurso desprovido. (BRASIL, 2003).

Vê-se que apesar da proibição outrora referida como absoluta, tanto pelo Código Penal quanto pelo Código de Ética Médica, alguns tribunais superiores vêm permitindo a exibição fundamentada dos prontuários médicos, analisando-se todo o contexto fático de cada uma das situações apresentadas. À vista disso, ainda em 2007, o Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo (CREMESP) publicou o parecer nº 51.676/2003, discutindo acerca da obrigatoriedade de quebra de sigilo quando o médico tem conhecimento de prática de pedofilia por seu paciente. No referido documento, destacou-se se é necessário, quais são as instituições que devem ser comunicadas e se o sigilo pode ser quebrado em casos em que existe somente o risco de violência ou de abuso sexual do menor e não propriamente a ocorrência fatídica (que se traduz através da justa causa), o que põe em dúvida a presença ou não de dever legal.

Nesse sentido, explicita Rodrigo Lobato Junqueira Enout:

É dever legal do médico que, ao atender paciente pedófilo, tem conhecimento da prática ou de fantasia pedofílica, dar ciência aos agentes da rede de proteção da infância e da juventude? Em face do que dispõe o Art. 102 do Código de Ética Médica, tem o médico, psiquiatra ou outro, o dever legal de tomar providências concretas para que a vítima do pedófilo seja atendida em suas necessidades? Diz o mencionado artigo 102: É vedado ao médico: Revelar fato de que tenha conhecimento em virtude do exercício de sua profissão, salvo por justa causa, dever legal ou autorização expressa do paciente. Muitas opiniões invocam a denominada "justa causa" para a quebra do sigilo, ou, na moderna terminologia dos juristas, transferência do sigilo a profissional a quem tem a competência legal de prestar proteção à vítima, ou vítimas, porque em geral o agressor age durante certo período de tempo contra mais de um menor indefeso. A justa causa existe, com certeza, nestes casos, a eximir o médico de responsabilidade civil e criminal se dá ciência a quem de direito da prática de pedofilia, afastando o crime previsto no artigo 154 do Código Penal. (ENOUT, 2005).

Ademais, o parecer-consulta nº 3.678/2009, do CRM-MG, envolvendo um caso de abuso sexual, também deixa em aberto a possibilidade ou não da quebra de sigilo profissional médico, condicionando-a às variáveis do caso concreto, ressaltando que a manutenção do segredo prejudica um bem maior em termos sociais, uma vez que a sociedade prioriza a proteção da criança que não tem defesa ante a prática de abuso.

A manutenção do segredo prejudica um bem maior em termos sociais, uma vez que a Sociedade prioriza a proteção da criança que não tem defesa ante esta prática. Também é imperativo, categórico “tomar providências para proteger um indefeso”. E mais: “não agir para impedir uma ação condenável.” Além de falha ética, pode ser considerado cumplicidade ou omissão de socorro. (MINAS GERAIS, Conselho Regional de Medicina, 2009).

Outrossim, no caso de abortos, do ponto de vista do profissional da Medicina, ainda hoje há demasiada insegurança sobre como agir diante da possível situação apresentada, pois o Brasil só permite a prática abortiva em situações muito específicas, como se não houver outra forma de salvar a vida da gestante, em gravidez decorrente de estupro ou em situações de diagnóstico de anencefalia.

Conforme já referido anteriormente, o regulamento penalista nacional dá amparo ao médico na questão do sigilo em situações variadas. Sucede-se que, a lacuna deixada pela expressão “justa causa” no artigo 154 do código possibilita ao profissional da Medicina contatar a polícia ao receber uma paciente vítima de arma de fogo, por exemplo, até por não saber se o crime ainda está acontecendo, ou se o ferido é o responsável pelo crime, mas em contrapartida o mesmo princípio não dá guarita legal em situação de solicitação de aborto.

Fato é que uma denúncia criminal de paciente que fez aborto apresenta complicador fora da esfera legal. Cria-se apreensão no gênero feminino, ampliando a chance de a mulher recorrer às clínicas clandestinas e de a mortalidade aumentar ainda mais. Estimativas da Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia (Febrasgo) dão conta de que 900.000 (novecentos mil) abortos são realizados no país anualmente, sendo que em 2013 o Sistema Único de Saúde (SUS) registrou somente 1.523 procedimentos legais, o que implica em dizer que tanto paciente quanto médico vêm enfrentando muita insegurança frente às decisões a serem tomadas e às consequências a serem enfrentadas no que tange a respeito ao confidencialismo.

Hoje, do jeito que o assunto está configurado, é notório que pacientes sentem-se oprimidos em revelar seus problemas e prejudicar os profissionais da saúde, ao mesmo passo que os próprios profissionais fazem questão de “fecharem os olhos” para os vestígios e ferimentos incomuns de seus enfermos, com a desculpa de não quererem se incomodar e vivenciar o duro dilema de decidir entre o cumprimento do juramento ético ou do dever para com a pátria brasileira.

É por isso que a melhor solução, atualmente, está se dando pelo entendimento das instâncias superiores, que salutarmente vêm analisando e levando em consideração as especificidades e particularidades de cada caso, a fim de causar o menor impacto para a vítima, a sociedade e sobretudo ao profissional de saúde. Assim, é plenamente possível afirmar que o sigilo médico há muito deixou de ser uma prerrogativa absoluta, devendo prevalecer o que melhor protege o direito, com base no princípio da proporcionalidade.

CONCLUSÃO

Da análise do vasto conteúdo em tela, é possível compreender que o sigilo profissional surgiu há muitos anos, frente à necessidade de convívio em sociedade dos indivíduos civilizados. Esse mesmo convívio em sociedade, por diversas vezes, nos obriga a socializar propriamente dito, enaltecendo a necessidade de se recorrer ao auxílio de terceiro para sanarmos as nossas carências. No caso da superveniência de uma doença, por exemplo, a assistência médica torna-se de suma importância para a manutenção do bem estar, diante dos conhecimentos e da prática que estes profissionais possuem.

Uma vez estabelecida uma relação entre médico e paciente, para que o profissional consiga determinar precisamente os diagnósticos, tratamentos e recomendações, é indispensável que o enfermo disponha de confidências ao seu respeito, no intuito de colaborar com a manutenção da sua saúde. E é aí que surge a vertente necessidade de confiança entre os envolvidos na presente relação, na medida em que é preciso assegurar ao paciente a tranquilidade em revelar informações íntimas e ao mesmo passo permitir que o médico exerça livremente sua profissão, seguro para adotar as medidas que entender cabível.

Considerando-se a proteção jurídica do sigilo profissional, então, o referido assunto compõe prerrogativa amplamente protegida na legislação pátria, tanto do ponto de vista ético, quanto civil e penal, possuindo caráter deontológico e legal de direito-dever.

Nesse cenário, tanto o Código Penal quanto o Código de Ética Médica delimitam condutas típicas concernentes à violação do sigilo profissional médico, muito embora a violação do segredo também seja garantida quando se trata de um interesse coletivo que seja mais relevante que a sua manutenção, ou mesmo em determinadas situações em que a própria lei permita a quebra. Fato é que em determinadas situações, sobretudo nos crimes contra a dignidade sexual, encontram-se possíveis contradições e lacunas na lei, colocando em risco o equilíbrio da relação médico-paciente e deixando tanto pacientes quanto profissionais a mercê do medo de represálias ou sanções cabalísticas.

Em busca de encontrar soluções para as lacunas e possíveis contradições apresentadas e, a partir dos exemplos definidos ao longo do artigo, vê-se que é plenamente possível realizar um juízo de ponderação de interesses para sopesar a necessária preponderância de outros interesses fundamentais sobre o direito à intimidade, como, por exemplo, o interesse público decorrente da notificação de doenças de comunicação obrigatória, ou, ainda, nas hipóteses de crimes que dependam de informações médicas para serem solucionados. Ocorre que é importante ressaltar que a quebra do sigilo pode ocorrer e poderá resultar não apenas de obrigações legais ou oficiosas, como também até fatores como a ignorância e a falta de entendimento por parte do paciente, além da negligência do profissional ou da instituição para com essas questões.

Assim sendo, verifica-se que em termos de sigilo profissional médico, atualmente muitos discutem e levam em consideração as particularidades de cada caso concreto na observância do dever legal da quebra ou manutenção do sigilo, considerando tanto os limites da relação médico-paciente e a sua primazia da confiança e privacidade quanto o interesse público e o melhor interesse dos envolvidos. Por outro lado, a única certeza que se encontra é que diante dos avanços desenfreados da humanidade (e da própria Medicina, por assim dizer), o sigilo médico, em toda sua importância, deve ser preservado e valorizado como preceito fundamental da ordem ética e legal.

Enfim, considerando os crescentes índices de ocorrência dos crimes sexuais em nossa sociedade, cada vez mais será necessário discutir acerca do presente assunto, de modo que este estudo justifica-se porquanto a vertente necessidade em amparar tanto os profissionais da saúde quanto os pacientes em vista da presença de lacunas acidentais na lei.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Manuel da Costa. **Direito penal médico: SIDA – testes arbitrários, confidencialidade e segredo**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008.

BRASIL. Código de Ética Médica (2009). **Resolução nº 1.931**. Brasília, DF: Conselho Federal de Medicina, 2009.

BRASIL. Constituição (1998). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Código Penal (1940). **Decreto-Lei nº 2.848**. Brasília, DF: Senado Federal, 1940.

BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente (1990). **Lei nº 8.069**. Brasília, DF: Senado Federal, 1990.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Região). Recurso ordinário em mandado de segurança no 11.453, originário da Quinta Turma do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 25 de agosto de 2003. **Lex: jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**, São Paulo, p. 324.

ENOUT, Rodrigo Lobato Junqueira. O sigilo médico e a proteção devida à criança vitimizada – dever legal. **Jornal do CREMESP**, São Paulo, dez. 2005. Disponível em: <<http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Jornal&id=607>>. Acesso em: 05 dez. 2017.

GONZAGA, Samanta Tatiane Guilger. **Reflexão ética sobre o sigilo médico na pesquisa clínica**. Faculdade de Ciências Médicas da Santa Casa de São Paulo. Disponível em: <https://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:tij_bN0NlNwJ:www.fcmscsp.edu.br/posgraduacao/cursos/d

own.php%3Ffile%3D200912170756552008-samantatatieggonzaga.pdf+tatiane+Guilguer+Gonzaga+sigilo+m%C3%A9dico&hl=ptBR&gl=br&pid=bl&srcid=ADGEESj8VhDK5Etu7C1ROd_TFmnEwSlzOXpWbkzdhu6km8z9CUuuxYSMBWBOKB1k5vdI3Ae3a_uwOfFCdRPNy1SXDJHbW_4BoxjpMznp4_Hn7YmRdT2vnCfoUmFIRpB3mOW1WE7S7gJ&sig=AHIEtbRo_9Bu3c_h2smPyfV2HPFTUrsxmw>. Acesso em: 14 mar. 2018.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**: vol. VI: arts. 137 a 154. Rio de Janeiro, RJ: Revista Forense, 1945.

LOCH, Jussara de Azambuja. Confidencialidade: natureza, características e limitações no contexto da relação clínica. **Revista Bioética**, Brasília, DF, v. 11, n. 1, p. 51-64, nov. 2003. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/149>. Acesso em: 23 mar. 2018.

LIBERAL, Hercules Sidnei Pires. Sigilo profissional. **Portal Médico**. Conselho Federal de Medicina. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/include/biblioteca_virtual/des_etic/10.htm>. Acesso em: 25 mar. 2018.

MINAS GERAIS. Conselho Regional de Medicina do Estado de Minas Gerais. **Parecer-Consulta nº 003678-0000/09**, de 18 de maio de 2009. Disponível em: <http://sistemas.crmmg.org.br/pareceres/visualizar_documento.php?ID_ORGAO=1&NU_NUMERO=3678&DT_ANO=0&ID_RELATOR=0&IN_ASSUNTO=0&TX_PESQUISA=&IN_ORDENAR=1&id=385&pagina=1&qtd=10>. Acesso em: 14 nov. 2018.

NEVES, Correia das. **Violação do sigilo médico e exercício ilegal da Medicina**. Lisboa: Livraria Petrony, 1963.

PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte especial. 2. ed. rev., atual., ampl. e compl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SANTIAGO, L. C. F. O sigilo médico e o Direito Penal. **Revista Debate Virtual (Direito UNIFACS)**, Salvador, n. 128, 01 fev. 2011. Disponível em: <revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/download/1409/1096>. Acesso em: 26 mar. 2018.

SÃO PAULO. Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo. **Consulta nº 51.676/03**, de 08 de maio de 2007. Disponível em: <<http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Pareceres&dif=s&ficha=1&id=6943&tipo=PARECER&orgao=Conselho%20Regional%20de%20Medicina%20do%20Estado%20de%20S%3E3o%20Paulo&numero=51676&situacao=&data=08-05-2007>>. Acesso em: 11 mar. 2018.

A TRIPARTIÇÃO DE PODERES: DO ESTADO MODERNO AO ESTADO CONTEMPORÂNEO¹

THE TRIPARTITION OF POWERS: FROM THE MODERN STATE TO THE CONTEMPORARY STATE

Paula Ongaratto Trentin²
Gilmar Bianchi³

RESUMO: A Teoria da Tripartição de Poderes, desenvolvida por Montesquieu, trouxe novas possibilidades a uma Europa marcada pelo arbítrio dos monarcas absolutistas. Juntamente com o movimento Iluminista, ela possibilitou a criação de formas de limitar o poder estatal e de realizar maior controle dos atos governamentais. Ao longo dos séculos, acompanhou a evolução do Estado, do fim do absolutismo até o atual Estado Democrático de Direito. Para isso, teve que se adaptar às exigências de cada época e moldar-se aos conceitos que foram angariados em seu cerne, a exemplo do constitucionalismo e da própria democracia. Durante esse processo de constantes modificações, alguns teóricos apontam para uma problemática crescente, a deturpação da clássica teoria da tripartição de poderes e a sua aplicação de uma forma híbrida, que não corresponde ao seu intuito inicial e básico: limitar o poder por meio de três frentes independentes e diversas, evitando a centralização e o domínio do governante. Diante disso, a interferência crescente do Executivo nos demais poderes mostra-se perigosa, pois ingressa na competência do outro, rompendo significativamente com sua autonomia e independência. Além disso, aponta-se a criação de instituições que não se integram nos três poderes, acarretando, na prática, a criação de novos poderes, haja vista que não se encontram sob a tutela de nenhum deles e possuem plena autonomia. Para a realização da pesquisa utilizou-se o método indutivo, com consulta bibliográfica, tendo como fonte livros, artigos e a Constituição Federal brasileira.

Palavras-chave: Teoria da Tripartição de Poderes. Montesquieu. Estado de Direito. Constituição.

ABSTRACT: The Theory of the Tripartition of Powers, developed by Montesquieu, brought new possibilities to a Europe marked by the will of the absolutist monarchs. Together with the Enlightenment movement, it enabled the creation of ways to limit state power and to achieve greater control over governmental acts. Over the centuries, it has followed the evolution of the state, from the end of absolutism to the present democratic state of law. To do so, it had to adapt to the demands of each era and to conform to the concepts that were raised at its core, such as constitutionalism and democracy itself. During this process of constant changes, some theorists point to a growing problem, the misrepresentation of the classical theory of tripartition of powers and its application in a hybrid way, which does not correspond to its initial and basic intention: to limit power through three independent fronts and diverse, avoiding the centralization and domination of the ruler. Faced with this, the growing interference of the Executive in other powers is dangerous because it enters the competence of the other, significantly breaking with its autonomy and independence. In addition, it is pointed to the creation of institutions that do not belong to the three branches of government, leading in practice to the creation of new powers, since they are not under the tutelage of any of them and have full autonomy. For the accomplishment of the research the inductive method was used, with bibliographical consultation, having as source books, articles and the Brazilian Federal Constitution.

Keywords: Theory of the Tripartition of Powers. Montesquieu. Rule of law. Constitution.

INTRODUÇÃO

O presente artigo propõe uma breve reflexão sobre a Teoria da Tripartição de Poderes de Montesquieu, por meio de uma análise histórica a partir do fim do absolutismo, passando pelo Estado Liberal, pelo Estado Social e pelo atual Estado Democrático de Direito.

Ressalta-se que diversos autores criticam a expressão Tripartição de Poderes, uma vez que o poder é uno, indelegável e indivisível, não podendo ser dividido, apenas manifestar-se por meio de órgãos que exercem funções distintas, sendo a expressão mais adequada, função dos poderes. Contudo, optou-se pela nomenclatura mais tradicional, decorrente da utilizada no texto da Constituição Federal de 1988, Da Organização dos Poderes, dando base à Tripartição de Poderes.

Em breve análise, são evidenciadas as mudanças realizadas para que a teoria se adaptasse à realidade social e à forma de conduzir o Estado em cada época. Além disso, aponta-se os conceitos que foram agregando-se a ela, e tornaram-se indispensáveis para sua caracterização e efetividade prática.

No Brasil, adota-se esta teoria na íntegra, entretanto, com o surgimento da Constituição de 1988, verifica-se a existência de reiteradas modificações em sua estrutura clássica, pois ela já não comporta as necessidades emergentes de uma sociedade cada vez mais veloz (DALLARI, 2014).

A criação das medidas provisórias e a indicação dos Ministros da Suprema Corte pelo Presidente da República caracterizam interferências de um poder na esfera de competência do outro. Podendo, desta forma, ocasionar uma dominância do Executivo sobre os demais poderes, em relação à composição dos membros da cúpula do Poder Judiciário e da atividade típica do Legislativo, que é legislar.

Diretamente na Organização dos Poderes, cabe destacar a criação dos Tribunais de Contas, do Ministério Público, e da Defensoria Pública, que são instituições amplamente independentes, com autonomia funcional, administrativa e orçamentária. Tais características são típicas de um poder, portanto, o Brasil, segundo Fernando Aurélio de Azevedo Aquino (2009), poderia ser caracterizado como um país com o poder quinta partido, ou até mesmo sexta partido, considerando a criação da Defensoria Pública.

A TRIPARTIÇÃO DE PODERES

A evolução da Teoria da Tripartição de Poder

A Tripartição de Poder iniciou com Aristóteles, ainda na antiguidade, na obra *A Política*, porém com visão absolutista. A concentração do poder perdurou e fortaleceu-se com o tempo, chegando aos séculos XV e XVIII em plena efetividade, mantendo a maior parte da Europa sob a égide de um governo forte, absoluto e centralizador. O absolutismo monárquico dominava o cenário e o rei confundia-se com a própria figura do Estado como Luís XIV, na França, ressaltava “o Estado sou eu”. Entretanto, nem mesmo a força do Antigo Regime conseguiu resistir ao tempo e às crescentes pressões populares (LENZA, 2017).

Em 14 de julho de 1789, ocorreu a Queda da Bastilha, marco da Revolução Francesa, que simbolizou o fim do regime absolutista e a abertura da Europa ao Iluminismo e às ideias de Locke e Montesquieu. Consequentemente, surge o Estado Liberal, e com ele a necessidade de uma nova forma de organizar o poder, pois o modelo unitário comprovadamente já não figurava dentre as opções.

Pedro Lenza (2017, p. 531) destaca:

Esta teoria surge em contraposição com o absolutismo, servindo de base estrutural para o desenvolvimento de diversos movimentos, como as revoluções americana e francesa, caracterizando-se, na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, em seu art. 16, como verdadeiro dogma constitucional.

Locke ressaltava que os direitos e garantias fundamentais, inerentes ao homem, não seriam garantidos enquanto a estrutura do poder mantivesse-se nas mãos de um soberano. Contudo, foi Montesquieu (2010, p. 169) quem delimitou esta necessária divisão e a fez aplicável à realidade da época, conforme se observa:

Quando na mesma pessoa, ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo é reunido ao executivo, não há liberdade; porque é de temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado faça leis tirânicas, para executá-las tiranicamente. Tampouco há liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estiver unido ao poder legislativo, será arbitrário o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos; pois o juiz será legislador. Se estiver unido ao poder executivo, o juiz poderá ter a força de um

opressor. Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo de principais ou de nobres ou do povo exercesse estes três poderes: o de fazer as leis, o de executar das resoluções públicas e o de julgar os crimes e os litígios dos particulares.

A partir desse raciocínio, Montesquieu aperfeiçoou e criou a célebre Teoria da Tripartição de Poderes, na qual preceitua que o Poder Legislativo tem como incumbência a elaboração das leis, sua correção e revogação; o Poder Executivo, a promoção das políticas externas e de segurança; e o Poder Judiciário, a punição dos crimes e os julgamentos, tanto na esfera pública quanto na privada (BARBOSA, 2006).

Esta teoria abordada na obra *Do Espírito das Leis*, de 1748, de autoria de Montesquieu, permitia a efetivação da liberdade individual e a possibilidade de controlar o poder, evitando os abusos anteriormente ocorridos, de forma mais eficaz. Para aplicá-la, no entanto, ressalva-se a necessidade de uma Constituição que trouxesse as garantias de uma atuação harmônica entre os poderes e que possibilitasse a desconcentração das atribuições estatais (BARBOSA, 2006).

Destaca Dalmo de Abreu Dallari (2014, p. 215):

Quando se pretende desconcentrar o poder, atribuindo o seu exercício a vários órgãos, a preocupação maior é a defesa da liberdade dos indivíduos, pois, quanto maior for a concentração de poder, maior será o risco de um governo ditatorial.

De tal modo é perceptível que o constitucionalismo e a própria democracia, confundem-se com o advento do Estado Liberal e com a divisão dos poderes. São interdependentes, pois não há garantia de liberdade sem que haja a implantação de um sistema de freios e contrapesos, do mesmo modo que esse sistema não conseguiria ser efetivo sem uma constituição democrática que o estabelecesse.

Foi a intenção de enfraquecer o poder do Estado, complementado com a função limitadora da Constituição, que impôs a separação de poderes como um dos dogmas do Estado Moderno, chegando-se mesmo a sustentar a impossibilidade de democracia sem aquela separação (DALLARI, 2014, p. 217).

Nesse viés surgiram as denominadas dimensões ou gerações de direitos, consagradas por Norberto Bobbio (2004), que as caracterizou contemplando a evolução estatal. Desse modo, a chamada Primeira Dimensão buscou efetivar a liberdade dos direitos civis e políticos, ao passo que a Segunda Dimensão trouxe a igualdade por meio dos direitos sociais, e os de Terceira Dimensão, a fraternidade, pelos direitos transindividuais. Atualmente, alguns teóricos apontam o surgimento da Quarta e da Quinta Dimensões que compreendem os direitos à democracia e ao pluralismo e à paz, respectivamente.

Retornando à análise da Tripartição de Poder, ressalta-se que frear o Estado, dividir o poder e garantir a liberdade dos indivíduos, não foi o suficiente. A Primeira Guerra Mundial, as consequências da Revolução Industrial, a Crise de 1929, e o surgimento dos ideários socialistas conferiram novas necessidades à atuação estatal, sendo que esta passou a visar à promoção dos direitos sociais e coletivos, bem como a diminuição das desigualdades materiais, ou seja, efetivar os direitos fundamentais de Segunda Dimensão, impondo ao Estado, como missão, garantir o bem-estar do povo.

A evolução da sociedade criou exigências novas, que atingiram profundamente o Estado. Este passou a ser cada vez mais solicitado a agir, ampliando sua esfera de ação e intensificando a sua participação nas áreas tradicionais. Tudo isso impôs a necessidade de uma legislação mais numerosa e mais técnica, incompatível com os modelos da separação dos poderes (DALLARI, 2014, p. 219).

O Estado torna-se parcialmente obrigacional, e para adaptar-se a esta nova realidade, a clássica divisão dos poderes teve de ser remodelada como ressalta Marília Costa Barbosa (2006, p.10):

Os poderes do Estado deixaram de ser interpretados como efetivamente separados e rigidamente especializados, para serem compreendidos como distintos e coordenados. Fez-se necessária a interpenetração entre os poderes, com o intuito de viabilizar a prática governamental, em oposição à intangibilidade recíproca que antes os caracterizava.

Este processo de adaptação e revisão permitiu a queda da rígida separação clássica, para que surgisse uma ideia de que os poderes, mesmo tendo atuações diversas, devem cooperar entre si, para que sua atuação se mantenha harmônica e satisfatória no que tange à organização do Estado e da própria sociedade (BONAVIDES, 2008).

José Afonso da Silva (2014) aponta o surgimento da independência orgânica como uma forma de possibilitar a auto-organização dos poderes, e o desempenho de suas funções sem subordinações entre si, ressalvados os ditames legais e a manutenção da harmonia. Tal independência possibilitou a agilidade intervencionista que o Estado Social exigiu à sua época.

Porém, a evolução da célebre teoria da Tripartição de Poder não estagnou. Os horrores do nazismo exigiram uma renovação do Estado, e conseqüentemente, da divisão de poder. Com o Holocausto, a humanidade percebeu que não bastava a existência de uma constituição, mas sim de uma constituição que garantisse a democracia e prezasse pela transformação do *status quo* (VAINER, 2007).

Diante dessa constatação, a Tripartição de Poderes passou a estar intimamente ligada ao Estado Democrático de Direito, tornando-se um de seus princípios basilares. Cada função governamental já era exercida por um órgão específico, entretanto, os poderes passaram a encontrar previsão constitucional para participar das atribuições uns dos outros, de forma secundária, desempenhando funções diferenciadas, visando à rápida solução dos problemas estatais (LENZA, 2017). “Dando origem a uma engenhosa construção doutrinária, conhecida como sistema de freios e contrapesos” (DALLARI, 2014, p. 218).

Verifica-se a aplicabilidade desta remodelada teoria na atual Constituição Federal brasileira, que a erigiu à categoria de cláusula pétrea, e que em seu segundo artigo preceitua: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” (BRASIL, 1988). Entretanto, Lenza (2017) aponta que a expressão poder é utilizada equivocadamente, haja vista que o Poder é uno, indivisível e indelegável, não podendo ser partido, apenas manifestado por meio de órgãos que exercerão funções diversas.

PROBLEMÁTICA DA ATUALIDADE NO BRASIL

De acordo com Pedro Lenza (2017, p. 535):

A teoria da “tripartição de Poderes”, exposta por Montesquieu, foi adotada por grande parte dos Estados Modernos, só que de maneira abrandada. Isso porque, diante das realidades sociais e históricas, passou-se a permitir uma maior interpenetração entre os Poderes, atenuando a teoria que pregava a separação pura e absoluta deles.

Contudo, Dalmo de Abreu Dallari (2014, p. 218-219) destaca:

A primeira crítica feita ao sistema de separação dos poderes é no sentido de que ele é meramente formalista, jamais tendo sido praticado. A análise do comportamento dos órgãos do Estado, mesmo onde a Constituição consagra enfaticamente a separação dos poderes, demonstra que sempre houve uma intensa interpenetração. Ou o órgão de um dos poderes pratica atos que, a rigor, seriam de outro, ou se verifica a influência de fatores extraleais, fazendo com que algum dos poderes predomine sobre os demais, guardando-se apenas a aparência de separação. Outro argumento importante contra o sistema é que ele jamais conseguiu assegurar a liberdade dos indivíduos ou o caráter democrático do Estado. A sociedade plena de injustiças criada pelo liberalismo, com acentuadas desigualdades e a efetiva garantia de liberdade apenas para um pequeno número de privilegiados, foi construída à sombra da separação de poderes.

Diante disso, pode-se dizer que apenas na teoria esse modelo permite a atuação harmônica e a cooperação entre os poderes. No Brasil, aponta-se para uma preponderância do Poder Executivo, que acaba por interferir demasiadamente na esfera de competência dos outros poderes, além do surgimento de novas esferas estatais que não estão compreendidas em nenhum dos três poderes, ambas hipóteses acarretando uma deturpação da clássica teoria (GUEDES, 2012).

O sistema brasileiro revela expressiva preponderância do Executivo em relação ao Judiciário, na escolha dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, que são indicados pelo Presidente da República e chancelados pelo Senado Federal. O Presidente da República possui liberdade para indicá-los, obedecendo critérios altamente subjetivos, resumidos em idade mínima de 35 anos e máxima de 65 anos, notório saber jurídico e reputação ilibada.

É visível que tais critérios permitem ao chefe do Executivo uma discricionariedade imensa, a qual pode levar à arbitrariedade, uma vez que o foco desta decisão, que deveria ser impessoal, está voltado às qualidades pessoais do indivíduo, que normalmente se resumem em apaniguado político. Nem mesmo a chancela do Senado Federal permite que as indicações sejam filtradas adequadamente, pois na história brasileira foram rejeitadas apenas cinco indicações no governo de Floriano Peixoto, isso na época da República Velha. Desse modo, verifica-se que a participação do Senado Federal na escolha dos Ministros é meramente formal, porque esta acaba ficando unicamente nas mãos do Presidente da República, que ao proceder a sua escolha pode se favorecer e gerar uma eterna troca de favores políticos entre si e a Corte Suprema do País, colocando em xeque o próprio Estado Democrático, uma vez que é o órgão guardião da Constituição Federal e, esta é a defensora e a garantidora do regime democrático.

Utilizando a frase do político e historiador francês Guizot, “Quando a política penetra no recinto dos Tribunais, a Justiça se retira por alguma porta” (PENSADOR, 2018), reforça-se a preocupação com os critérios praticados atualmente no processo de escolha dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, pois predominantemente político e aparentemente mesclado com deveres de reciprocidade.

Também a ingerência do Executivo na esfera do Legislativo é perceptível na usurpação da função legiferante, uma vez que o Presidente da República pode editar a medida provisória, cuja apreciação tem grandes reflexos na pauta das Casas do Congresso Nacional, nos termos do art. 62, § 6º, da Constituição Federal (BRASIL, 1988). Elas têm previsão constitucional para serem utilizadas em situações de emergência e extrema relevância, critérios estes dotados de grande subjetivismo, que permitem ao chefe do Executivo a utilização de função típica do Legislativo, que deveria ser utilizada de forma excepcional, mas isso não ocorre na prática. Faz-se uso destas medidas, com exceção das matérias expressamente vedadas na própria Constituição Federal de 1988, na forma do artigo 62, § 1º, principalmente, para tratar de matérias delicadas e controversas, que se submetidas ao processo legislativo comum causariam grande repercussão na imprensa e consequentes pressões popular. Seu uso recorrente, como atualmente ocorre, desvirtua sua finalidade original e fere sua previsão constitucional, sendo que o Congresso Nacional, pelas suas Casas, na competência da comissão mista de Deputados e Senadores, pode fulminá-las diante da ausência de relevância e urgência, mas na prática nada faz (GUEDES, 2012).

De outra parte, o surgimento de instituições que não se encontram abarcadas por nenhum dos clássicos poderes, com destaque para o Tribunal de Contas, o Ministério Público e a Defensoria Pública, revelam uma contradição com a Tripartição de Poderes, uma vez que possuem autonomia funcional, financeira e administrativa, o que caracteriza um poder independente. Desse modo, surgem novas ideias que apontam não para uma tripartição, mas para uma sexta partição do poder, que além dos clássicos Executivo, Legislativo e Judiciário, abrangeria o Ministério Público, que tem por função a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais; o Tribunal de Contas, que fiscaliza e julga contas onde circula dinheiro público (MOISES, 2007). Além das citadas, acrescentam-se as Defensorias Públicas Estaduais e da União, como órgãos garantidores dos direitos fundamentais dos hipossuficientes.

CONCLUSÃO

Pode-se dizer que a evolução histórica da teoria do poder tripartido faz parte da própria evolução do Estado e do movimento chamado de Constitucionalismo, servindo de base para uma maior solidez do Estado Democrático.

A teoria da Tripartição de Poderes, surgida na era das luzes, trouxe consigo a possibilidade de limitar o poder, dividindo-o em três órgãos distintos: Executivo, Legislativo e Judiciário. Em poucas palavras, o primeiro resolve os problemas concretos e individualizados de acordo com a lei, o segundo edita as leis e o terceiro aplica o direito aos casos concretos a fim de dirimir os conflitos.

Esses poderes, ou na visão crítica, funções do poder, permitiriam alcançar a liberdade por meio de um Estado absenteísta, restringindo a sua ação para que o indivíduo pudesse gozar de seus direitos de Primeira Dimensão. Além disso, a tripartição também permitiu que o Estado agisse e suprisse as

necessidades de um mundo abalado pela Revolução Industrial e pela crescente desigualdade, consagrando os direitos de Segunda Geração e, numa linha evolutiva, oportunizou transformações do *status quo*, para alcançar a igualdade substancial e a construção de uma sociedade solidária e fraterna, ou seja, a efetivação dos direitos de Terceira Dimensão, todos verdadeiros pilares do Estado Democrático de Direito.

Atualmente, é possível identificar uma maleabilidade na interpretação do poder, embasada no sistema de freios e contrapesos. Nessa linha de raciocínio, pode-se apontar uma preponderância do Executivo em face do Legislativo e do Judiciário, uma vez que ele indica os componentes do Supremo Tribunal Federal e realiza essa competência com expressiva discricionariedade, e a edição de medidas provisórias, interferindo intensamente no funcionamento dos outros poderes.

A necessidade de se evoluir no critério de escolha dos Ministros do Supremo Tribunal Federal é urgente, seja instituindo critérios mais objetivos ou exigindo maior envolvimento do Senado Federal, sabatinando o indicado de forma mais técnica, adentrando na vida pregressa, e não apenas referendar um nome alisado pela política partidária.

O arranjo constitucional brasileiro optou por igualar as funções básicas do poder do Estado estendendo autonomia financeira e administrativa, inserindo no Título IV da Constituição Federal, Da Organização dos Poderes, junto do Legislativo o Tribunal de Contas como órgão auxiliar, o Ministério Público da União e dos Estados, a Defensoria Pública da União e dos Estados, juntos ao Capítulo III, Do Poder Judiciário, sob o título As Funções Essenciais à Justiça, ambas como instituições permanentes, isto é, não podem ser extintas da organização dos poderes, com as mesmas prerrogativas de poder.

Sob essa ótica pode-se afirmar que em nosso país, a clássica Teoria da Tripartição de Poderes, sofreu expressiva mutação, permitindo dizer que se transformou em Teoria da Múltipla Partição do Poder.

Diante do exposto, cabe aferir que as mudanças suprarreferidas, apesar de cada vez mais acentuadas, são essenciais para que o Estado se mantenha limitado e para que se construa uma democracia e um Estado de Direito mais efetivo.

REFERÊNCIAS

AQUINO, Fernando Aurélio de Azevedo. **A partição dos Poderes da União e a necessidade de equilíbrio institucional como elemento de sustentabilidade do Estado democrático de direito**. IDP. Brasília, 2009. Disponível em: < <http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/handle/123456789/161>>. Acesso em: 11 dez. 2017.

BARBOSA, Marília Costa. Revisão da Teoria da Separação dos Poderes do estado. **Revista Científica FAC Lourenço Filho**. Fortaleza, v. 5, n. 1, 2006. Disponível em: <<http://www.amandaalmozara.com.br/wp-content/uploads/2016/03/Revis%C3%A3o-da-Teoria-da-Separa%C3%A7%C3%A3o-dos-Poderes-do-Estado.pdf>>. Acesso em 10 dez. 2017.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Elviesier. Rio de Janeiro, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria do estado**. Malheiros. 7. ed. São Paulo, 2008.

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

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da Teoria Geral do Estado**. Saraiva, 32 ed. São Paulo, 2014.

GUEDES, Juliana Santos. **Separação dos Poderes?** O poder executivo e a tripartição dos poderes no Brasil. Unifacs. Salvador, 2012. Disponível em:

<https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwj0s-0p4TYAhUIEpAKHT_2Dh4QFggnMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.unifacs.br%2Frevistajuridica%2Farquivo%2Fedicao_fevereiro2008%2Fdiscente%2Fdis16.doc&usg=AOvVaw0ul1VyNUvltmzj3LriOYKJ>. Acesso em: 10 dez. 2017.

GUIZOT, François Pierre Guillaume. **Pensador**. Disponível em: <https://www.pensador.com/frase/MjIzNDU1OQ/>. Acesso em: 25 mar 2018.

KRISTCH, Raquel. Elementos da política e da teoria do Estado em De o espírito das leis de Montesquieu. **Revista Espaço Acadêmico**. Maringá, v. 10, n. 117, fev. 2011. Disponível em: <<http://ojs.uem.br/ojs/index.php/EspacoAcademico/article/view/12324/6539>>. Acesso em: 13 dez. 2017.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 21 ed. Saraiva. São Paulo, 2017.

MOISES, Cristian Ricardo Prado. **A superação da clássica Tripartição do Poder na Magna Carta de 1988: aspectos institucionais**. 124 f. Dissertação (Mestrado na área de Instituição do Direito no Estado). PUC-RS. Porto Alegre, 2007. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp038024.pdf>>. Acesso em: 09 dez. 2017.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **Do espírito das leis**. Martin Claret. São Paulo, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. Malheiros 37. ed. São Paulo, 2014.

VAINER, Bruno Zilberman. A força normativa da Constituição como garantidora da segurança jurídica: uma análise das obras de Konrad Hesse e de Ferdinand Lassale. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. N. 10, jul./dez., 2007. Disponível em: <<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/26123>>. Acesso em: 12 dez. 2017.

ANÁLISE DA TEORIA LABELLING APPROACH E A CRÍTICA AO DIREITO PENAL¹

ANALYSIS OF LABELLING APPROACH THEORY AND THE CRITICISM TO CRIMINAL LAW

Júlia Raíssa Mäder²

Kelin Pagliarini Daniel³

Luciano Alves dos Santos⁴

RESUMO: O presente artigo faz uma análise da teoria do *Labelling Approach* e a sua visível crítica ao Direito Penal. Foi realizada pesquisa bibliográfica através de obras a respeito do tema. Para a compreensão do assunto, o estudo é iniciado com uma síntese de o que é Criminologia, bem como suas escolas. Então, é feita a abordagem relacionada à teoria em questão, de modo a conceituá-la, contextualizá-la socialmente e analisar como se dão os processos de desenvolvimento. Por fim, são expostas algumas críticas que a teoria recebeu, e uma possível evolução para a teoria do Direito Penal Mínimo, com o objetivo de suprir suas falhas. O *Labelling Approach* analisa como a rotulação que certo grupo recebe (em geral, classes desfavorecidas economicamente) pode influenciar para que tais indivíduos tornem-se criminosos no futuro; isso não quer dizer que a situação social em que se encontrem seja fator motivador para delinquir, mas sim que, suas condutas têm muito mais chances de serem taxadas como criminosas, do que as condutas de pessoas de estrato social elevado. O etiquetamento tem relação com o *status* social.

Palavras-chave: *Labelling Approach*. Rotulação social. Criminologia.

ABSTRACT: This article does an analysis of Labelling Approach theory and its visible criticism to Criminal Law. A bibliographical research was done through books about the subject. For the comprehension of the topic, the study begins with a synthesis of what is Criminology, as well its schools. Thus, an approaching about the theory was done, in order to conceptualize it, to socially contextualize it and to analyze how the development of the process happens. Lastly, some critics that the theory owned are exposed, and a possible evolution to Minimal Criminal Law theory, in order to supplies its failures. Labelling Approach analyses how the label that a certain group receives (generally, disadvantaged economic classes) can influence on these individuals becoming criminal people in the future; it doesn't mean that the social situation that they are in is a motivational factor to turn someone a criminal, but that their behaviors have more chances to be labelled as criminal, than the conducts of high social class people. Labelling is related to social status.

Keywords: Labelling Approach. Social labelling. Criminology.

¹ Estado, Sociedade Indivíduos e Instituições. Projeto de Iniciação Científica realizado para a participação no evento promovido pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI Erechim, a VI Mostra Científica do Curso de Direito

² Graduanda do curso de Direito; 5º semestre; Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI Erechim. E-mail: juliaraissamader@hotmail.com

³ Graduanda do curso de Direito; 5º semestre; Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI Erechim. E-mail: kelin_daniel@hotmail.com

⁴ Orientador; Mestre em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI Santo Ângelo. E-mail: lucianoa@uricer.edu.br

INTRODUÇÃO

Buscar compreender as causas para o surgimento da criminalidade é um trabalho desenvolvido pelos estudiosos do Direito Penal há centenas de anos. No presente artigo, trata-se de abordar a teoria do *Labelling Approach*, ou ainda, etiquetamento social, bem como sua relação com o atual Direito Penal.

Para que se possa chegar ao surgimento e analisar como evoluiu a teoria em questão, é mister entender o que é Criminologia, e como ela se desenvolveu historicamente ao longo dos anos. A princípio, o leitor será situado dentro das Escolas Criminológicas, chegando, por fim, à Criminologia Crítica, que é onde nasce o *Labelling Approach*. Passa-se então, a conceituar essa nova teoria, analisando quais são as circunstâncias que permitem o seu surgimento e a crítica feita ao sistema social e ao próprio Direito Penal.

Ao observar o crime por outro ângulo, é possível buscar soluções diferentes para os problemas sociais que dele decorrem, de modo que aconteça uma verdadeira evolução na maneira de lidar com o sistema. Para desenvolver o trabalho, o método utilizado foi o dedutivo e a técnica de pesquisa foi a bibliográfica documental.

CRIMINOLOGIA

A criminologia é uma ciência que busca respostas diretas no que se aproxima do fenômeno delitivo, por meio de explicações a respeito das condições sociais, culturais, políticas e econômicas, em determinado período de tempo, e em diferentes culturas; busca o poder de prevenir o crime e intervir o infrator.

A origem da palavra advém do estudo do comportamento do homem, baseado na sociologia e na psicologia, caracterizando-se como uma disciplina que participa de diversas teorias do Direito Criminal. É uma ciência de base empírica interdisciplinar, podendo também ser considerada uma ciência causal, dedutiva, objetiva e dinâmica, ou seja, uma ciência do ser que analisa a realidade (MOLINA, 2006). No ponto de vista de Molina, criminologia é:

[...] uma ciência empírica e interdisciplinar, que se ocupa do estudo do crime, da pessoa do infrator da vítima e do controle social do comportamento delitivo, e que trata de subministrar uma informação válida, contrastada, sobre a gênese, dinâmica e variáveis principais do crime – contemplando este como problema individual e como problema social –, assim como sobre os programas de prevenção eficaz do mesmo e técnicas de intervenção positiva no homem delinquente e nos diversos modelos ou sistemas de respostas ao delito. (MOLINA, 2006, p. 28).

Para Shecaira, criminologia é uma denominação genérica utilizada para definir temas que estão intimamente ligados, incluindo nesse estudo explicações para o crime, o modo como a sociedade lida com atos delinquentes e atende suas vítimas, e, por fim, a visão do agente considerado desviante (SHECAIRA, 2004).

ETAPAS DA CRIMINOLOGIA

É possível identificar dois momentos na evolução da Criminologia, quais sejam, a etapa pré-científica e a científica. A partir desta última fase, os métodos de pesquisa passaram por notável evolução, chegando aos dias presentes com teorias críticas e com pensamentos moldados ao atual contexto social, dentre estas, a teoria objeto deste estudo, *labelling approach*.

Etapas Pré-Científica

Faz-se necessário salientar que, antes mesmo da obra mundialmente conhecida de Lombroso, que apresentou a Criminologia como ciência, houve diversas teorias sobre a criminalidade. Nessa etapa pré-científica, o foco está na Criminologia Clássica, cujos disseminadores identificavam-se com os ideais iluministas e com o método abstrato, dedutivo e formal. Analisa-se então, a etapa pré-científica da Criminologia (MOLINA, 2006).

Criminologia Clássica

O movimento de criminologia clássica tem raízes no período do Iluminismo, quando surgiu a burguesia – classe social detentora das riquezas, que buscava também o domínio do poder e maneiras de

limitar a autoridade dos nobres. O Direito Penal, nessa época, não era bem definido, pois não havia prévia determinação dos crimes e sanções, deixando a livre arbítrio das autoridades a decisão de punir os cidadãos por seus eventuais delitos.

Surge então uma crescente necessidade de limitar e justificar o poder dos governantes, iniciando

[...] uma luta contra as penas cruéis utilizadas como instrumentos de vingança, contra as arbitrariedades cometidas pelo rei e pelos magistrados, contra a indeterminação dos crimes e das penas, contra a inexistência de leis claras e escritas, contra a tortura como forma de obtenção da confissão e também contra os julgamentos secretos. (ARAÚJO, 2010, p. 20).

Foi Cesare Bonesana, ou ainda, Marquês de Beccaria, que materializou essa necessidade de trazer um Direito Penal que fosse superior ao governo, ou seja, que fosse feito pelo homem e para o homem, de maneira clara e igual para todos. Beccaria sintetizou ideias iluministas da época, sendo a orientação *jusnaturalista* do Iluminismo a vertente que caracteriza a Criminologia Clássica (SHECAIRA, 2004).

Na Escola Clássica não é analisado o sujeito infrator, tampouco sua personalidade ou meio social em que vive, sendo o único objeto de estudo o crime como fato individual. A falha da Escola Clássica está justamente em não se preocupar em perquirir as causas do comportamento do indivíduo, abordando o crime como uma abstração jurídico-formal (MOLINA, 2006).

Mesmo assim, muitas foram as contribuições do classicismo, especialmente na aplicação da pena. Molina, em sua obra **Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos**, cita algumas das principais pesquisas elaboradas pela Escola Clássica, em diversas áreas (MOLINA, 2006).

Ao levar em conta a fisionomia, são iniciados os estudos das características físicas do criminoso, relacionando sua aparência com o psíquico; nessa área, com pouco rigor técnico-científico, os estudiosos criaram a figura de um criminoso natural, baseado em seu aspecto exterior. Já a frenologia (antecessora da neuropsiquiatria) contribuiu com pesquisas a respeito das funções psíquicas do cérebro humano, que, nos criminosos, seriam anormais, em virtude de uma malformação cerebral (MOLINA, 2006).

Etapa Científica

A Etapa Científica surge com o positivismo criminológico, trazendo à tona um novo método, qual seja, o indutivo, que é baseado na observação de fatos. No início do século XX, nos Estados Unidos, o contexto social é favorável para que se inicie uma nova fase da Criminologia, passando por algumas teorias, analisadas a seguir.

Criminologia do consenso

Entende-se por teorias consensuais as que afirmam que a sociedade existe da maneira como é, em virtude de os indivíduos aceitarem e contribuírem para que isso ocorra, internalizando regras sociais e vivendo de acordo com as mesmas. Isso quer dizer que as pessoas compartilham entre si, voluntariamente, diversos valores, por mais que não haja um consenso geral em torno destes, mas sendo suficiente a análise de que a sociedade é concebida em termos de consenso (SHECAIRA, 2004).

Assim [...], as funções sociais são atividades das estruturas sociais, dentro do processo de manutenção do sistema – perspectiva em que as disfunções são atividades que se opõem ao funcionamento do sistema social – e em que toda mudança social é uma disfunção, uma falha no sistema, que não consegue mais integrar as pessoas em suas finalidades e valores. (SHECAIRA, 2004, p. 137).

Faz-se agora uma breve síntese a respeito das três principais teorias que integram a criminologia do consenso, a fim de introduzir e contextualizar histórica e socialmente o tema central do presente artigo.

Teoria da Ecologia Criminal ou Escola de Chicago

É baseada no conceito de ecologia que nasceu a Teoria da Ecologia Criminal, na Universidade de Chicago, por volta dos anos de 1890. A cidade desenvolvia-se rapidamente nesse período, tanto por crescer demograficamente, quanto por receber cada vez mais imigrantes, expandindo-se do centro em direção às margens. Foi esse crescimento desordenado e sem qualquer tipo de planejamento ou controle que possibilitou o surgimento de inúmeros problemas de ordem social, potencializando, com isso, também situações criminais (ARAÚJO, 2010).

Assim, a teoria buscava encontrar explicações para a criminalidade na relação entre grupos distintos que convivem em um espaço limitado: a área urbana de Chicago. “O pressuposto da ecologia criminal é o de que a delinquência apresenta taxas mais elevadas onde se identifica uma maior desorganização social, considerada pelos teóricos da Escola como uma patologia social”. (ARAÚJO, 2010, p. 46).

A teoria faz um zoneamento da cidade de Chicago, dividindo-a de áreas centrais, com elevado índice de comércio e centros administrativos, até áreas periféricas, com residências e nenhum tipo de outra atividade. A relação entre essas zonas com a criminalidade, é de que, quanto mais próxima ao centro, maior a população delinquente. A zona intermediária, que é a de transição, é a com maior taxa de crimes, pois é onde a cidade está mais desorganizada, tanto urbanisticamente, como socialmente, em virtude da heterogeneidade de grupos populacionais e atividades que acontecem nesse meio (ARAÚJO, 2010).

A Escola de Chicago acreditava que o problema da criminalidade não poderia ser solucionado através do tratamento do indivíduo, mas sim, da busca de melhores condições de vida para a população, através de um meio urbano adequado. Porém, a teoria da ecologia não pôde explicar a criminalidade que acontecia fora das zonas de delinquência, pois não teve o interesse de descobrir o porquê e o processo em que essas áreas se desenvolveram (ARAÚJO, 2010). Assim, abriu espaço para uma nova teoria da criminologia: a da associação diferencial.

Teoria da Associação Diferencial

Após a Primeira Guerra Mundial (1918), os Estados Unidos presenciaram um momento de grande crescimento econômico, caminhando para tornarem-se a maior potência do mundo, o que ocorreu após a Segunda Guerra. Em função dos lucros consideráveis obtidos pelas grandes empresas, foi observado também um aumento da corrupção administrativa, que tomou proporções jamais vistas anteriormente (SHECAIRA, 2004).

Alguns grandes empresários tornavam-se cada vez mais ricos ilicitamente, dando espaço para o surgimento de um novo tipo de criminoso, que nada tinha a ver com a figura de classe social baixa que vivia em um meio propício ao crime, conforme estudado até agora. Conforme Shecaira, “[...] tal pensamento traduz uma grande discussão dentro da perspectiva social. O homem aprende a conduta desviada e associa-se com referência nela”. (SHECAIRA, 2004, p. 193). O conceito de criminoso visto pelo viés biológico vai sendo deixado para trás, surgindo a ideia de que as pessoas se tornam criminosas em virtude de sua socialização.

A teoria da associação diferencial assenta-se na consideração de que o processo de comunicação é determinante para a prática delitiva. Os valores dominantes no seio do grupo “ensinam” o delito. Uma pessoa converte-se em delinquente quando as definições favoráveis à violação superam as desfavoráveis. (SHECAIRA, 2004, p. 194).

O nome **associação diferencial** é explicado pelo fato de as pessoas entrarem para a criminalidade pois têm contato com populações que já estão inseridas nesse contexto favorável à delinquência. O criador da teoria, Edwin Sutherland, passa a chamar essas figuras envolvidas em escândalos de corrupção de **criminosos do colarinho-branco**, ou seja, pessoas respeitadas pela sociedade que cometem crimes no exercício de suas profissões (SHECAIRA, 2004).

Porém, a teoria da associação diferencial recebeu diversas críticas, pois não se deteve em explicar o surgimento da criminalidade individualmente, analisando apenas o crime como um processo aprendido; a teoria não esclarece como uma pessoa que nunca teve contato com criminosos poderá se tornar um (ARAÚJO, 2010). Assim, nasce a Teoria da Anomia.

Teoria da Anomia

A Teoria da Anomia é representada por ver o crime como uma conduta normal na sociedade. Percebe-se cada vez mais uma busca em distanciar-se da criminologia dos primeiros estudiosos, que relacionava o crime à aspectos biológicos de um determinado indivíduo. Sob a perspectiva da teoria em questão, a conduta delinquente está relacionada ao funcionamento natural da ordem social, deslocando, então, os estudos para tentar explicar de que maneira a sociedade forma um criminoso (ARAÚJO, 2010).

Para Durkheim, criador da teoria, “a lei serve, nas sociedades modernas, para regulamentar as ações dos diferentes grupos que dela fazem parte. Quando essa regulação é inadequada ou incipiente, forma-se uma

situação de anomia”. (ARAÚJO, 2010, p. 58). Já para Merton, que continuou os estudos de Durkheim, o indivíduo nas sociedades contemporâneas se vê diante de uma situação na qual os valores sociais estão em constante e rápida modificação, não conseguindo estabelecer uma referência de regras a ser seguidas, o que constitui uma situação anômica (ARAÚJO, 2010).

A busca pela ascensão social, tendo êxito nas ações e alcançando objetivos impulsiona as pessoas a tomarem atitudes para que isso ocorra, tendo essa situação como um ideal, um verdadeiro estilo de vida almejado. Fato é que, para que esse sucesso aconteça, diversos são os meios, sendo estes diferentes para cada grupo de pessoas, em virtude de seu posicionamento na sociedade, especialmente em quesito econômico. Em uma sociedade marcada pela desigualdade, esse caminho pode vir a ser o da criminalidade, dando início a um comportamento delinquente para atingir objetivos, que, embora tenham os fins bem quistos por todos, os meios são reprovados pela maioria.

Baratta conceitua anomia como sendo

Aquela crise da estrutura cultural, que se verifica especialmente quando ocorre uma forte discrepância entre normas e fins culturais, por um lado, e as possibilidades socialmente estruturadas de agir em conformidade com aquelas, por outro. (BARATTA, 2002, p. 63).

Porém, ainda assim, esse é um comportamento tido como normal, pois os indivíduos podem se comportar de maneira conformista com as regras que lhes são impostas, ou então, serem os desviantes, buscando seus objetivos por outros caminhos. Com isso, é possível observar que a sociedade, além de ter efeito repressivo sobre os indivíduos, tem também efeito estimulante, sendo que os fatores que conectam a estrutura social com as motivações das pessoas em suas ações são de mesma natureza, seja para os conformistas ou para os desviantes (BARATTA, 2002).

A Teoria da Anomia, porém, deixa brechas, não conseguindo explicar o porquê de os desvios surgirem também em crimes não-patrimoniais, assim como não esclarece as influências individuais para a criminalidade. A partir de então, surge uma nova forma de estudar o crime, através da criminologia crítica.

Criminologia crítica e o *Labelling Approach*

O que todas as teorias anteriores têm em comum, é o fato de tentarem combater a criminalidade (mal) através da ciência e em defesa da sociedade (bem). Esse é o modelo consensual da sociedade que existe por de trás desse paradigma, que, por sua vez, não questiona o Direito Penal, mas sim as pessoas que o violam, estando aí o grande maniqueísmo (ANDRADE, 1995).

As representações do determinismo/ criminalidade ontológica/ periculosidade/ anormalidade/ tratamento/ ressocialização se complementam num círculo extraordinariamente fechado conformando uma percepção da criminalidade que se encontra, há um século, profundamente enraizada nas agências do sistema penal e no senso comum. (ANDRADE, 1995, p. 3).

A Criminologia Crítica, uma segunda fase da Etapa Científica, surge por volta dos anos de 1960, através de movimentos se opondo às ideias tradicionais da Criminologia, fazendo o uso multidisciplinar das mais variadas áreas, tais como o Direito, a Sociologia e a Psicologia. Essas novas correntes nascem durante a crise do *Welfare State* (estado de bem-estar social), na segunda metade do século XX, quando era nítido o descontentamento social (ARAÚJO, 2010).

Esse período foi marcado por manifestações contrárias a preconceitos arraigados na coletividade, tais como a segregação racial e a desigualdade de gênero. Então nascem as ideias revolucionárias no campo do Direito Penal, pois o momento histórico apresenta características peculiares, jamais vistas anteriormente, as quais a Criminologia tradicional não poderia explicar (ARAÚJO, 2010). A Criminologia Crítica traz novos conceitos, ao salientar a existência de relação entre o homem e o meio social, analisando o crime através do enfoque político, e, sobretudo, sociológico.

As correntes defensoras dessa nova teoria estão sendo construídas até os dias de hoje, observando-se uma grande heterogeneidade entre os pensadores, com ideias que vão desde críticas ferrenhas ao sistema capitalista, até defensores do abolicionismo do Direito Penal como um todo. No presente artigo, detêm-se ao estudo da corrente conhecida como **etiquetamento social**, ou ainda, *labelling approach*.

O diferencial da teoria supracitada está em sua maneira de observar como o comportamento dos indivíduos acontece em virtude das reações que a sociedade tem do mesmo,

Isso porque é somente devido às respostas negativas que recebe dos membros da sociedade que uma conduta é qualificada como adequada ou inadequada, desviada ou não desviada. Não está na sua natureza a determinação de seu acerto ou de sua ilicitude, mas sim nas manifestações que enseja. (ARAÚJO, 2010, p. 78).

Além disso, o *labelling approach* se destaca das demais teorias ao afirmar que é necessário fazer o estudo da ação do sistema penal para poder compreender a criminalidade, visto que, o criminoso não é mero ponto de partida para explicar o objeto da investigação criminológica, mas sim a própria realidade social (BARATTA, 2002).

LABELLING APPROACH

É ao compreender a criminalidade, tomando como princípio a ação do sistema penal, que surge o *labelling approach*. O sistema penal, ao mesmo tempo em que define a criminalidade, vai de encontro a ela,

[...] começando pelas normas abstratas até a ação das instâncias oficiais (polícia, juízes, instituições penitenciárias que as aplicam), e que, por isso, o *status* social de delinquente pressupõe, necessariamente, o efeito da atividade das instâncias oficiais de controle social da delinquência, enquanto não adquire esse *status* aquele que, apesar de ter realizado o mesmo comportamento punível, não é alcançado, todavia, pela ação daquelas instâncias. (BARATTA, 2002, p. 86).

A teoria é marcada pelos preconceitos da sociedade, chegando a uma de suas piores faces, qual seja, aquela que pode rotular como criminosos certos indivíduos, apenas pelo fato de pertencerem a um grupo.

Dessa maneira, tamanha é a opressão sofrida, que a pessoa rotulada como delinquente assume, finalmente, o papel que lhe é consignado, comportando-se de acordo com o mesmo. (ZAFFARONI, 2003).

Andrade faz a relação da criminalização com a condição social do indivíduo e a situação familiar no qual se encontra. É frisado que, o fato de pertencer a certo grupo não faz com que o sujeito fique mais motivado ao comportamento delinquente, mas sim que, por estar nessa situação, suas condutas têm mais chances de serem rotuladas como criminosas – especialmente por aqueles que conduzem o sistema penal –, do que se esse mesmo comportamento partir de alguém de estrato social elevado. Os riscos de ser etiquetado não tem tanta relação com a conduta em si, mas sim com o *status* social da pessoa (ANDRADE, 2015).

CONTEXTO SOCIAL

Após a Segunda Grande Guerra, por volta de 1950, os Estados Unidos viviam o seu melhor período econômico, assumindo o papel de maior potência capitalista do mundo. Apesar de, no plano externo, o mundo estar vivendo uma dualidade social (a chamada Guerra Fria), a nível interno, o sucesso americano atingiu boa parte da população, especialmente a classe média, que passou a usufruir dos benefícios materiais produzidos pelo país (SHECAIRA, 2004).

Entretanto, os posicionamentos do governo americano, na época, eram fortes e capitalistas. A hostilidade dos Estados Unidos para com países como a China e o Vietnã (mais tarde, culminando em uma das mais cruéis guerras entre dois países), o racismo nítido e o preconceito contra as mulheres, foram alguns dos motivos que contribuíram para a revolta da população, que já não concordava mais com as políticas adotadas pelos governantes, bem como o consumismo exagerado que as pessoas haviam adotado como estilo de vida. Essa cultura consumista americana passa a ser repensada por parte da população, especialmente os jovens (SHECAIRA, 2004).

Ainda se manifesta Shecaira dizendo que:

Nem todos estavam dispostos a assumir os papéis costumeiros na sociedade. Especificamente nos EUA, uma parte dos jovens já não tinha interesse de reproduzir seu papel de coadjuvante de seus pais que pensavam exclusivamente na aquisição de coisas desnecessárias e que faziam dessa sociedade de consumo sua razão de existência. O *American Way of Life* passa a ser analisado de maneira crítica, pois eles estavam em busca

de uma verdadeira liberdade, de emoções diferentes, sensações novas. (SHECAIRA, 2004, p. 274).

É a partir do momento em que o estilo de vida americano começa a ser questionado que se iniciam as revoluções. As intensas lutas sociais fizeram surgir questionamentos a respeito do indivíduo e seu papel na sociedade, concluindo que este não deve ser analisado isoladamente, mas sim inserido na comunidade (SHECAIRA, 2004).

Foi em decorrência das grandes mudanças que estavam acontecendo na sociedade norte-americana na década de 1960, que surgiu a teoria *labelling approach*. Os movimentos revolucionários da época embasavam-se na urgência de uma mudança estrutural no sistema vigente, em seus mais variados aspectos. Da mesma maneira, o crime passa a ser visto como uma criação do homem, que assim o determinou, e não meramente consequência de um ato independente (SHECAIRA, 2004).

A Criminologia não poderia mais ser vista como sustentadora de um sistema social que apoiava discriminações de certos grupos de pessoas (ARAÚJO, 2010). A antiga Criminologia já não tinha mais espaço em uma sociedade que passa a se conscientizar de suas desigualdades.

A DUPLA SELEÇÃO DO SISTEMA PENAL

Ao analisar o modo como o sistema penal opera, conforme a teoria do *labelling*, é possível identificar grande disparidade de realidades, ficando evidente que a heterogeneidade entre os grupos sociais é uma das principais causas da rotulação, que leva à criminalidade.

De modo geral o sistema penal, por ser uma forma de controle social, trabalha de modo díspar. Isso ocorre mediante uma dupla seleção: de um lado, mostra a igualdade formal entre as pessoas, e, de outro, a desigualdade material, fazendo com que essa contradição abra a oportunidade para que os indivíduos que vivem em desigualdade social sejam estigmatizados como desviantes. Desse modo, o Estado opera, em princípio, selecionando os bens jurídicos que devem ser protegidos (criminalização primária), e, após isso, analisando quais são os sujeitos que tiveram comportamento desviante (criminalização secundária). Esses indivíduos, por estarem separados em agências, quais sejam, a das pessoas conformistas e a das pessoas desviantes, formam o sistema penal (NOLLI, 2010).

Criminalização Primária

A criminalização primária faz uma seleção inicial de indivíduos criminalizáveis ao estabelecer as leis penais, tipificando condutas que são consideradas delituosas – ao mesmo tempo em que protege os bens jurídicos relevantes – e estabelecendo as penas a serem aplicadas para cada tipo penal (NOLLI, 2010).

De modo geral, são as agências políticas que regulam a criminalização primária, sendo esta denominada como uma declaração que se refere a condutas e atos (ZAFFARONI, 2003). “Criminalização primária é o ato e o efeito de sancionar uma lei penal material que incrimina ou permite a punição em certas pessoas” (ZAFFARONI, 2003, p. 43).

Andrade faz uma crítica à maneira como o Direito Penal enfatiza a repugnância a respeito de certas condutas, e minimiza a importância dada a outras, evidenciando que a criminalização primária se volta para as classes sociais mais fracas e marginalizadas (ANDRADE, 2015).

Portanto, essa seleção criminalizadora tem seu início no processo legislativo da lei penal e se concretiza com a escolha dos comportamentos considerados desviantes, que, na realidade, já são as condutas pré-definidas e estigmatizadas sobre as classes inferiores. Novamente, o que se observa é um caráter extremamente seletivo do Direito Penal, pois o processo de rotulação inicia muito antes do indivíduo no cárcere, tendo suas raízes no preconceito já instaurado nas classes dominantes, que são as próprias criadoras e mantenedoras do sistema.

Assim, como cita Andrade, além de o Direito Penal privilegiar os interesses das altas classes, neutraliza as condutas danosas tipicamente relacionadas a elas, que são aquelas ligadas aos acúmulos capitalistas (ANDRADE, 2015). Porém, apesar de a criminalização primária dar o primeiro passo em direção à seletividade, ainda não sabe de fato a quem serão aplicadas essas seleções, abrindo espaço para a segunda fase: a criminalização secundária.

Criminalização Secundária

A criminalização secundária, contudo, apresenta-se ainda como a realização de uma parte ínfima do processo seletivo. Isso quer dizer que mesmo com a existência da lei, não existe uma segurança completa em relação à sua própria aplicação, pois para que a norma seja concretizada, é imprescindível a intervenção dos aplicadores do Direito, que, por sua vez, carregam consigo uma carga de estereótipos guiando suas decisões (NOLLI, 2010).

Isso faz com que seja impossível que os operadores analisem o fato isoladamente, desprendidos de suas concepções particulares. Apesar de serem inevitáveis, essas influências ideológicas podem ajudar a rotular os indivíduos. Conforme explica Baratta:

Os processos de criminalização secundária acentuam o caráter seletivo do sistema penal abstrato. Têm sido estudados os preconceitos e os estereótipos que guiam a ação tanto dos órgãos investigadores como dos órgãos judicantes, e que os levam, portanto, assim como ocorre no caso do professor e dos erros nas tarefas escolares, a procurar a verdadeira criminalidade principalmente naqueles estratos sociais dos quais é normal esperá-la. (BARATTA, 2002, p. 176-177).

A criminalização secundária surge de circunstâncias variáveis e se embasa na ideia de ação punitiva a pessoas reais. Para Zaffaroni, ela é caracterizada pela seletividade e vulnerabilidade, isso porque, é facilmente tendencioso punir pessoas escolhidas com determinadas fragilidades. Assim, a criminalização secundária opera seletivamente aos vulneráveis pelo fato de alguém manejar todo o sistema penal harmonicamente (ZAFFARONI, 2003), o que leva à conclusão de que a seletividade e vulnerabilidade de Zaffaroni compactuam fortemente com o *labelling approach*.

O *Labelling Approach* e a crítica à ilusão de igualdade

A crítica ao Direito Penal, para Baratta, está ligada à ilusão de igualdade. Ao mesmo tempo em que se apresenta como defensor de todos, indistintamente, observa-se que a sua aplicação é seletiva, distribuindo a criminalidade desordenadamente (BARATTA, 2002).

Em princípio, o autor afirma que o Direito Penal pune as ofensas aos bens juridicamente protegidos de forma desigual e fragmentada. Então, chama a atenção para o fato de o *status* de criminoso também ser distribuído desigualmente, além de isso ser feito sem que haja qualquer preocupação com os possíveis danos sociais (BARATTA, 2002).

CRÍTICAS AO LABELLING APPROACH

Alessandro Baratta apresenta, em sua obra, as oposições esquerdistas inspiradas no marxismo feitas ao *labelling*, que, mais tarde, possibilitaram o surgimento de novas escolas no campo da Criminologia Crítica. Conforme os defensores das filosofias de Marx, o etiquetamento social limitou-se a introduzir a problemática, mas não foi a fundo nas possíveis soluções para um sistema penal estigmatizado (BARATTA, 2002).

Três foram as principais críticas de esquerda à rotulação: analisar a criminalidade como resultado de uma definição pode fazer com que sejam ocultadas as verdadeiras mazelas sociais; criar uma tese de não intervenção é o mesmo que dificultar as intervenções que sejam realmente justas e necessárias; concentrar as atenções sobre setores desviantes, através da rotulação, pode fazer com que sejam esquecidos outros comportamentos delinquentes, como aqueles praticados pelos poderosos das classes dominantes (BARATTA, 2002).

Ainda nesse sentido, Baratta observa que:

[...] mesmo uma teoria materialista que se refira de forma não-dogmática aos ensinamentos de Marx, pode operar com uma correta e radical aplicação do novo paradigma criminológico, sem cair, por isso, nas mistificações do emprego idealista do *labelling approach*; ela pode denunciar e superar este uso idealista, sem ter, por isso, que utilizar uma concepção ontológica ou naturalista da criminalidade, ou permanecer no nível do sentido comum. (BARATTA, 2002, p. 212).

Para finalizar os estudos acerca da teoria do *labelling approach*, passa-se agora a analisar, em apertada síntese, o surgimento de uma nova corrente que estudou mais precisamente a rotulação social, com possíveis soluções às problemáticas.

LABELLING APPROACH: O INÍCIO DO SISTEMA PENAL MÍNIMO?

A teoria do minimalismo do sistema penal é um aprofundamento da teoria do *labelling*, na qual seus autores defendem a ideia de que a criminologia atual ignora as desigualdades, à medida que o Direito Penal é feito pelas classes dominantes e aplicado às classes mais baixas, rotulando como criminosos certos grupos sociais que não mais toleram o sistema. Assim, é proposta uma análise da criminalidade por outro ângulo, qual seja, o do infrator, que, segundo a teoria, é também vítima do capitalismo explorador que sustenta a sociedade (SHECAIRA, 2004).

Conforme Shecaira, a corrente minimalista pode ser sintetizada em três pontos principais. Primeiramente, deve haver uma transformação social profunda, para que se possa atingir a democracia e a igualdade, que seria uma superação da produção capitalista e suas consequências. Em segundo lugar, o sistema penal deve ser mais presente nas áreas onde estão os interesses coletivos, e não tão atuante em crimes sem violência ou grave ameaça à pessoa, por exemplo. Por fim, a teoria minimalista defende a consagração de certos princípios que exaltem e assegurem os direitos humanos fundamentais, para que, em longo prazo, possa haver a implantação do abolicionismo penal (SHECAIRA, 2004).

O foco central do problema, tanto na visão do *labelling approach*, como para o minimalismo, é que, ao estigmatizar alguém, essa pessoa vê seus direitos básicos sendo retirados, pois está sendo julgada em virtude de sua etnia, gênero, ou poder econômico. Um sistema penal que coloca suas principais forças em um determinado grupo é conivente com essas discriminações, não podendo ser considerado democrático ou igualitário.

Com isso, não se quer dizer que a criminalidade esteja presente apenas nas classes baixas, pois se distribui em todos os grupos sociais, mas sim, que existe apenas uma criminalidade perseguida. Alessandro Baratta ensina que:

[...] o sistema das imunidades e da criminalização seletiva incide em medida correspondente sobre o estado das relações de poder entre as classes, de modo a oferecer um salvo-conduto mais ou menos amplo para as práticas ilegais dos grupos dominantes, no ataque aos interesses e aos direitos das classes subalternas, ou de nações mais fracas; além disso, incide, em razão inversamente proporcional à força e ao poder de controle político alcançado pelas classes subalternas, no interior das relações concretas de hegemonia, com uma mais ou menos rigorosa restrição da esfera de ações políticas dos movimentos de emancipação social. [...] Portanto, a adoção do ponto de vista do interesse das classes subalternas para toda a ciência materialista, assim como também no campo específico da teoria do desvio e da criminalização, é garantia de uma práxis teórica e política alternativa que colha pela raiz os fenômenos negativos examinados e incida sobre suas causas profundas. (BARATTA, 2002, p. 198-199).

A teoria minimalista defende que o Direito Penal deve alcançar apenas os bens jurídicos realmente relevantes, pois é uma ciência com caráter subsidiário, ou seja, utilizada apenas quando todas as outras maneiras de solucionar o conflito já se esgotaram.

A contribuição dessas teorias críticas se dá no momento em que são propostas novas maneiras de analisar a criminalidade e o seu surgimento, uma verdadeira mudança de foco e de paradigma.

Na corrente minimalista, é feita a distinção entre os delitos da classe dominante (onde se encontram, por exemplo, os crimes do colarinho branco, a corrupção e o racismo), para os da classe subalterna (podendo citar como exemplo o aborto e os crimes que envolvam o consumo de drogas), sendo que, para aquela, deve haver uma maximização da punição estatal, enquanto nesta, o Direito Penal deve ser mínimo ou até mesmo não interventivo (SHECAIRA, 2004).

Dessa forma, seria alcançado um sistema justo, no qual suas vítimas deixam de ser estigmatizadas e os verdadeiros opressores passam a ser severamente punidos.

CONCLUSÃO

Pela análise da teoria do *labelling approach*, foi possível identificar a estreita relação entre o preconceito enraizado na coletividade e a maneira como o Direito Penal atua. Por ser um sistema criado pelas classes dominantes e poderosas, é exatamente para elas que o mecanismo funciona, de modo a rotular grupos sociais simplesmente pelo fato de ser esperado que certos núcleos sejam delinquentes.

Conforme a teoria em questão, o conceito de crime teve modificações, agora visto como uma criação do homem, tendo suas origens nas concepções morais dos criadores das normas. O delinquente nada difere dos demais membros da sociedade, ostentando esse título apenas em virtude de uma imposição e de uma rotulação como forma de reação ao seu comportamento.

A crítica ao Direito Penal acontece no momento de o mesmo pregar uma igualdade formal, mas ter muita dificuldade em aplicá-la à realidade, pois atua de modo a estigmatizar grupos, interferindo demasiadamente em esferas com pouca importância para o todo, ao mesmo tempo em que neutraliza condutas relacionadas às classes dominantes. Além de haver uma seleção de condutas e pessoas taxadas como criminosas através do processo legislativo, a rotulação social é intensificada quando os aplicadores do Direito decidem sem conseguir analisar o fato isoladamente, mas aplicando também seus valores morais, mesmo que de maneira inconsciente. Essa crítica é a evolução da teoria do *labelling approach* para a teoria do Direito Penal mínimo, que defende que a intervenção estatal seja feita apenas aos bens jurídicos realmente importantes, honrando então, seu caráter de subsidiariedade.

A relevância do presente estudo se deu no sentido de buscar novas visões a respeito da criminalidade, para que, em um futuro, seja possível chegar a uma solução plausível para as problemáticas sociais. Ao rotular alguém, não é revelado o mal intrínseco nos indivíduos, mas sim, revela com clareza a ideologia desigual de uma sociedade.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?id=AEVPDwAAQBAJ&pg=PT423&lpg=PT423&dq=A+ilus%C3%A3o+de+seguran%C3%A7a+jur%C3%ADica:+do+controle+da+viol%C3%Aancia+%C3%A0+viol%C3%Aancia+do+controle+penal+revista+sequencia&source=bl&ots=S7Eu0Z9F9y&sig=in2e3AZcCmFum062PQITQsLhhOE&hl=pt-BR&sa=X&ved=0ahUKEwi_-qrBz5vaAhUDFpAKHZIBCi4Q6AEIQDAE#v=onepage&q&f=false> Acesso em: março 2018.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum**. Revista Sequência, Florianópolis, v.16, n. 30, 1995. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/do-paradigma-etiol%C3%B3gico-ao-paradigma-da-rea%C3%A7%C3%A3o-social-mudan%C3%A7a-e-perman%C3%Aancia-de-paradigmas-c>> Acesso em: março 2018.

ARAÚJO, Fernanda Carolina de. **A Teoria Criminológica do Labelling Approach e as Medidas Socioeducativas**. 2010. 251 f.. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-06072011-111256/pt-br.php>> Acesso em: março 2018.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal**. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

MOLINA, Antonio Garcias-Pablo de. **Criminologia**: introdução a seus fundamentos teóricos; introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95, Lei dos Juizados Especiais Criminais. 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

NOLLI, Elinton Cassiano. **Os processos de criminalização**: uma abordagem crítica da atuação seletiva do sistema penal. 2010. 82 f.. Monografia (Bacharel em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí. Disponível em:

<<http://siaibib01.univali.br/pdf/Elinton%20Cassiano%20Nolli.pdf>> Acesso em: março 2018.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl, et al. **Direito Penal Brasileiro**: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

JUIZ DAS GARANTIAS: GARANTIR PUNINDO? OU PUNIR GARANTINDO?¹

JUDGE OF GUARANTEES: GUARANTEE PUNISHING? OR PUNISH GUARANTEE?

Marco Aurélio Dorigon Dos Santos²

Karine Fontana³

Raquel Fellini⁴

RESUMO: Este artigo trata da figura do juiz das garantias, que consta na proposta legislativa de alteração do Código de Processo Penal (PLS nº 156/2009). Analisou-se os sistemas processuais penais (inquisitório - acusatório), a persecução criminal, com a atuação do juiz na investigação criminal, o juiz como garantidor da legalidade do procedimento, e por fim, o comprometimento da imparcialidade objetiva do juiz. Fazendo um apanhado geral sobre os pontos anteriormente elencados, consubstanciados num breve histórico e sua evolução. Perpassando pelos aspectos controvertidos, positivos e negativos do projeto de Lei nº 156/2009, que prevê o papel do juiz das garantias, responsável pelo controle da legalidade na investigação criminal, e os direitos individuais. Por fim, reconhece-se a compatibilidade do instituto do juiz das garantias com a Constituição Federal, de modo a garantir o controle da legalidade da investigação criminal, e a atuação imparcial do juiz de forma mais efetiva. O estudo foi relevante, pois avalia a configuração do juiz das garantias conforme as disposições do texto projetado e contrapõe os pontos de vista favoráveis e contrários dos doutrinadores em relação à nova figura. Para a realização da pesquisa utilizou-se o método indutivo, com consulta bibliográfica, tendo como fonte livros, artigos, leis e a Constituição Federal brasileira.

Palavras-chave: Juiz das Garantias. Processo Penal. Inquérito Policial. Investigação. Imparcialidade.

ABSTRACT: This article deals with the figure of the guarantor judge, which appears in the legislative proposal to amend the Criminal Procedure Code (PLS nº 156/2009). The criminal procedural systems (inquisitorial - accusatory), the criminal prosecution, the judicial action in the criminal investigation, the judge as guarantor of the legality of the procedure, and, finally, the commitment of the objective impartiality of the judge were analyzed. Making a general overview about the points previously listed, based on a brief history and its evolution. In contrast to the controversial positive and negative aspects of Bill 156/2009, which provides for the role of the guarantee court, responsible for controlling the legality of criminal investigations, and individual rights. Finally, it is recognized the compatibility of the institute of the guarantee court with the Federal Constitution, in order to ensure the control of the legality of the criminal investigation, and the impartial performance of the judge more effectively. The study was relevant because it evaluates the configuration of the judge of the guarantees according to the provisions of the projected text and contrasts the favorable and contrary views of the doctrinaires with respect to the new figure. For the accomplishment of the research the inductive method was used, with bibliographical consultation, having as source books, articles, laws and the Brazilian Federal Constitution.

1 Pesquisa vinculada a linha de pesquisa Instituições de Direito Público e Privado do Grupo de Pesquisa das Ciências Sociais Aplicadas no Curso de Direito da URI Erechim/RS.

2 Graduando do 9º semestre do Curso de Direito da Universidade Regional integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI Erechim. *E-mail:* marco@grittiemorais.adv.br

3 Graduanda do 6º semestre do Curso de Direito da Universidade Regional integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI Erechim. *E-mail:* kari_fonta@hotmail.com

4 Orientadora docente do Curso de Direito da Universidade Regional integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI Erechim. *E-mail:* raquelfellini@hotmail.com

Keywords: Judge of Guarantees. Criminal Procedure. Police Inquiry. Investigation. Impartiality.

INTRODUÇÃO

Nos moldes como é hoje, o juiz que norteia a investigação preliminar é considerado preventivo e, assim, será aquele que na fase judicial julgará. Com a alteração do Código de Processo Penal, tema em estudo, propõe-se um juiz que não se envolva na fase da investigação preliminar, ou seja, no inquérito policial. O objetivo é que o juiz não formule uma convicção, um pré-conceito com o que foi apurado na fase investigatória, mantendo a imparcialidade para julgar, convencendo-se com a prova produzida pela acusação e pela defesa durante a fase judicial.

A proposta deste trabalho consiste em analisar a figura do Juiz das Garantias dentro do ordenamento jurídico e analisar a viabilidade de sua aplicação.

Para tanto, inicialmente se faz necessário abordar a análise dos sistemas processuais penais. Na sequência, a investigação preliminar (inquérito policial) e o papel desempenhado pelo juiz na investigação criminal. Após, será analisado o projeto de lei e as possíveis atribuições do Juiz das Garantias.

O método aqui utilizado será indutivo por intermédio de pesquisa bibliográfica, baseada em dados secundários, por abranger o que já se publicou acerca do assunto, em livros, teses, monografias, dissertações, periódicos científicos, sítios da internet. Buscar-se-á, com este tipo de pesquisa, uma abordagem diferenciada sobre o que foi escrito.

O tema não se esgota aqui, mas promove reflexões pertinentes às situações expostas.

SISTEMAS PROCESSUAIS PENAI: INQUISITIVO, ACUSATÓRIO E MISTO

Seria impossível compreender o Processo Penal sem elencar os sistemas processuais, já que estes refletem a ideologia política presente na estrutura de uma norma jurídica. “Os sistemas processuais, inquisitivo e acusatório, são reflexos da resposta do processo penal frente às exigências do Direito Penal e do Estado da época [...]” (LOPES JR., 2014, p. 63).

Preambularmente, conceituam-se três sistemas no processo penal: inquisitivo, acusatório e misto. O sistema inquisitivo se caracteriza pelo poder nas mãos do julgador, é ele quem também acusa, inexistindo contraditório e ampla defesa. (NUCCI, 2014).

Adotado inicialmente pela Igreja, nesse sistema o juiz atua de ofício, é parte, investiga, acusa e julga. “O juiz atua como parte, investiga, dirige, acusa e julga. Com relação ao procedimento, sói ser escrito, secreto e não contraditório. É da essência do sistema inquisitório um “desamor” total pelo contraditório [...]” (LOPES JR., 2014, p. 67).

Na opinião de Aury Lopes Júnior, que corrobora com a de Jacinto Coutinho, o sistema inquisitório deu-se para reprimir tudo o que fosse contrário aos interesses da Igreja Católica:

Na definição de JACINTO COUTINHO:¹⁵ “trata-se, sem dúvida, do maior engenho jurídico que o mundo conheceu; e conhece. Sem embargo de sua fonte, a Igreja, é diabólico na sua estrutura (o que demonstra estar ela, por vezes e ironicamente, povoada por agentes do inferno!), persistindo por mais de 700 anos. Não seria assim em vão: veio com uma finalidade específica e, porque serve – e continuará servindo, se não acordarmos –, mantém-se hígido [...]”. (LOPES JR., 2014, p. 68).

Buscava-se a verdade real, ou seja, a verdade dos fatos como forma de se obter a justiça, utilizando-se, para tanto, de diversos meios, dentre eles, a tortura visando à confissão do acusado:

A confissão era a prova máxima, suficiente para a condenação e, no sistema de prova tarifada, nenhuma prova valia mais que a confissão. O inquisidor EYMERICH fala da total inutilidade da defesa, pois, se o acusado confirmava a acusação, não havia necessidade de advogado. Ademais, a função do advogado era fazer com que o acusado confessasse logo e se arrependesse do erro, para que a pena fosse imediatamente aplicada e iniciada a execução.

Tendo em vista a importância da confissão, o interrogatório era visto como um ato essencial, que exigia uma técnica especial. Existiam cinco tipos progressivos de tortura, e o suspeito

tinha o “direito” a que somente se praticasse um tipo de tortura por dia. Se em 15 dias o acusado não confessasse, era considerado como “suficientemente” torturado e era liberado. Sem embargo, os métodos utilizados eram eficazes e quiçá alguns poucos tenham conseguido resistir aos 15 dias. O pior é que em alguns casos a pena era de menor gravidade que as torturas sofridas [...]”. (LOPES JR., 2014, p. 69).

O sistema acusatório, diferentemente do inquisitório, possui um órgão acusador e um julgador. Existe a liberdade de acusar e a liberdade da defesa, o procedimento é público e também existe a presença do contraditório. A liberdade do réu é a regra, existindo o livre sistema de produção de provas. (NUCCI, 2014).

Nesse sistema, ao contrário do inquisitório, a pretensão acusatória não pertence ao juiz, cabe às partes a provocação do poder estatal. O juiz não pode instaurar processo de ofício, devendo proporcionar igualdade de oportunidade entre as partes.

Luigi Ferrajoli entende que, nesse sistema, restou instituída a descentralização do poder do julgador, com vistas aos direitos fundamentais, tornando o processo penal um espaço de argumentação:

[...] se pode chamar de sistema acusatório a todo sistema processual que concebe o juiz como um sujeito passivo rigidamente separado das partes e o juízo como uma contenda entre iguais iniciada pela acusação, a quem compete o ônus da prova, enfrentada a defesa em um juízo contraditório, oral e público e resolvida pelo juiz segundo sua livre convicção [...]. (FERRAJOLI, 2002, p. 451/452).

Nesse sentido, sobre o papel do juiz do sistema acusatório, Aury Lopes Jr. conceitua:

O sistema acusatório é um imperativo do moderno processo penal, frente à atual estrutura social e política do Estado. Assegura a imparcialidade e a tranquilidade psicológica do juiz que irá sentenciar, garantindo o trato digno e respeitoso com o acusado, que deixa de ser um mero *objeto* para assumir sua posição de autêntica parte passiva do processo penal [...]. (LOPES JR., 2014, p. 66).

O processo penal acusatório é aquele em que as funções de investigar, acusar e julgar são atribuídas a órgãos diversos, sendo que a produção da prova fica a cargo das partes, competindo ao juiz apenas a sua coleta. (GRINOVER, 1999).

Já o sistema misto, surgido após a Revolução Francesa, uniu os dois acima elencados (inquisitório / acusatório), dividindo o processo em duas fases, quais sejam, a instrução preliminar, com elementos do sistema inquisitivo, e a fase judicial, com predomínio do sistema acusatório. (NUCCI, 2014).

Oportuno mencionar que o Código de Processo Penal de 1941, baseou-se no *Código Rocco*, da Itália, de 1930, cuja base era inquisitorial, oriundo do Código de Napoleão, da França de 1808, o qual adotou o sistema misto. Sistema este que servia aos interesses políticos de Napoleão. (COUTINHO, 2009, p. 111).

Guilherme de Souza Nucci coaduna com o entendimento acima elencado, lecionando que:

O sistema adotado no Brasil, embora não oficialmente, é o misto. Registre-mos desde logo que há dois enfoques: o constitucional e o processual. Em outras palavras, se fôssemos seguir exclusivamente o disposto na Constituição Federal, poderíamos até dizer que nosso sistema é acusatório (no texto constitucional encontramos os princípios que regem o sistema acusatório). Ocorre que nosso processo penal (procedimento, recursos, provas, etc) é regido por Código específico, que data de 1941, elaborado em nítida ótica inquisitiva (encontramos no CPP muitos princípios regentes do sistema inquisitivo, como veremos a seguir). (NUCCI, 2011, p. 122).

Aury Lopes Júnior discute a **falácia do sistema bifásico**, sustentando que o inquérito policial, por ser um procedimento administrativo, com ares de inquisitivo, não observa o contraditório e a ampla defesa, enquanto na fase judicial, conceituada como acusatória, as provas produzidas no inquérito são utilizadas para condenar:

A fraude reside no fato de que a prova é colhida na inquisição do inquérito, sendo trazida integralmente para dentro do processo e, ao final, basta o belo discurso do julgador para

imunizar a decisão. Esse discurso vem mascarado com as mais variadas fórmulas, do estilo: a prova do inquérito é corroborada pela prova judicializada; cotejando a prova policial com a judicializada; e assim todo um exercício imunizatório (ou melhor, uma fraude de etiquetas) para justificar uma condenação, que na verdade está calcada nos elementos colhidos no segredo da inquisição. O processo acaba por converter-se em uma mera repetição ou encenação da primeira fase [...]. (LOPES JR., 2014, p. 72).

Assim, verifica-se a importância do estudo do sistema processual penal a fim de compreender qual vige atualmente no ordenamento jurídico brasileiro.

A PERSECUÇÃO CRIMINAL

O INQUÉRITO POLICIAL

O inquérito policial consiste na atividade da autoridade policial em procurar informações sobre determinado fato, objetivando a apuração de infrações penais e sua autoria. (LOPES JR., 2014). É um procedimento de investigação preliminar conduzido pela polícia judiciária, mas que depende da intervenção judicial para tutelar as medidas restritivas de direitos fundamentais dos investigados, como no caso da interceptação telefônica (artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal).

Nesse sentido, leciona Aury Lopes Jr:

A polícia brasileira desempenha dois papéis (nem sempre) distintos: a polícia judiciária e a polícia preventiva. A polícia judiciária está encarregada da investigação preliminar, sendo desempenhada nos estados pela Polícia Civil e, no âmbito federal, pela Polícia Federal. Em regra, nenhum problema existe no fato de a polícia civil estadual investigar um delito de competência da Justiça Federal (como o tráfico ilícito de substâncias entorpecentes e demais delitos previstos no art. 109 da Constituição); ou de a polícia federal realizar um inquérito para apuração de um delito de competência da Justiça Estadual. Contudo, em geral, a atuação de cada polícia tende a limitar-se ao âmbito de atuação da respectiva Justiça (Federal ou Estadual). (LOPES JR., 2014, p. 195).

Então, o Inquérito Policial pode ser compreendido como um procedimento administrativo, fornecendo elementos para subsidiar a acusação a ser oferecida pelo titular da ação penal, que pode ser tanto o Ministério Público, nos casos de ação penal pública, nos moldes do artigo 129, I da Constituição Federal, c/c artigo 24 do Código de Processo Penal, como também o ofendido, nos casos de ação penal privada, *vide* artigo 30 do Código de Processo Penal.

Para Nucci, o objetivo do Inquérito Policial é:

Seu objetivo precípua é a formação da convicção do representante do Ministério Público, mas também a colheita de provas urgentes, que podem desaparecer, após o cometimento do crime, bem como a composição das indispensáveis provas pré-constituídas que servem de base à vítima, em determinados casos, para a propositura da ação privada. (NUCCI, 2014, p. 52).

Nesse passo, o Inquérito Policial, mesmo possuindo considerável valor, é dispensável, ou seja, se o Ministério Público ou o ofendido contemplarem elementos suficientes a manejar o oferecimento da denúncia ou queixa, a investigação preliminar será prescindível. (CAPEZ, 2012).

Importante salientar que o Inquérito funciona como um filtro, um obstáculo antes do início da fase processual, evitando, assim, acusações desnecessárias ou infundadas que poderiam resultar em processos penais pífios, como bem elenca Aury Lopes Jr:

A nosso juízo, a função de evitar acusações infundadas é o principal fundamento da investigação preliminar, pois, em realidade, evitar acusações infundadas significa esclarecer o fato oculto (juízo provisório e de probabilidade) e com isso também assegurar à sociedade de que não existirão abusos por parte do poder persecutório estatal. Se a impunidade causa

uma grave intranquilidade social, mais grave é o mal causado por processar irresponsavelmente um inocente. (LOPES JR., 2014, p. 180).

O PAPEL DO JUIZ NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

Nas palavras de Carnelutti¹ “*el juicio es un mecanismo delicado como un aparato de relojería: basta cambiar la posición de una ruedecilla para que el mecanismo resulte desequilibrado y comprometido [...]*” (CARNELUTTI, 1994 p. 342).

É assim que o juiz deve atuar quando chamado a intervir no inquérito policial, ou seja, como garante dos direitos fundamentais do investigado. (LOPES JR., 2010). Pode o juiz ordenar de ofício e na fase pré-processual, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, a adequação e a proporcionalidade da medida, nos moldes do artigo 156, I, do Código de Processo Penal, que assim dispõe:

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

I - ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; (BRASIL, 1941).

Durante a investigação criminal, o juiz será invocado todas as vezes em que a decretação de uma medida cautelar se fizer necessária, tal como a decretação da prisão preventiva, a homologação da prisão em flagrante e as medidas assecuratórias que tornam preventa a competência. Com efeito, o juiz que eventualmente foi chamado a atuar como garantidor no inquérito policial, proferindo uma decisão interlocutória, será o prevento e caberá a ele receber a ação penal e presidir o processo. (LOPES JR.; GLOECKNER, 2014).

O modelo acusatório adotado pelo atual Código de Processo Penal traz a baila a imparcialidade do julgador, que como figura representativa do Estado, deve colocar-se entre as partes e além do interesse destas, consoante se tratará no tópico seguinte.

O JUIZ DAS GARANTIAS

Como mencionado na parte introdutória deste estudo, o Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 156/2009, atualmente em tramitação na Câmara dos Deputados como o Projeto de Lei nº 8.045/2010, pretende estabelecer uma reforma global no atual Código de Processo Penal, em vigor desde 1941, a fim de que o novo diploma processual penal se mostre adequado à Constituição Federal.

Sobre o atual Código de Processo Penal passaram três ordens constitucionais diferentes, além de já terem sido operadas diversas reformas legislativas pontuais, fora a sedimentação de jurisprudência, sobretudo da Suprema Corte, que procurou adaptar a aplicação das normas processuais penais às diretrizes da Constituição Federal de 1988, a denominada “Constituição Cidadã”. (GOMES, 2010).

O Projeto de alteração do Código de Processo Penal inova em muitos sentidos, em especial em relação ao título do presente estudo, ou seja, a busca de um juiz que se envolva menos, ou em nada na fase investigatória. O objetivo é garantir que o julgador não formule um pré-conceito com o que foi apurado na fase probatória, não ficando viciado, mantendo desta forma, a imparcialidade para julgar apenas de acordo com o que está nos autos. (LOPES JR., 2010).

O cerne crítico norteador da proposta legislativa é no intento de assegurar a imparcialidade objetiva do julgador, ou mesmo a estética de imparcialidade, é preciso que o juiz esteja objetivamente afastado, não pratique atos de parte, e que não determine medidas assecuratórias, restritivas de direitos fundamentais de ofício. (LOPES JR., 2010).

Quando o juiz é chamado a decidir sobre uma condução coercitiva, uma busca e apreensão, ou uma quebra de sigilo, obrigatoriamente, **conhece** (cognição) da matéria a partir da versão unilateral do acusador e,

¹ “o julgamento é um mecanismo delicado como um relógio: basta mudar a posição de uma roda para que o mecanismo seja desequilibrado e comprometido [...]” (tradução nossa).

por conseguinte, forma sua pré compreensão, condicionando-o no julgamento, uma vez que preventivo para atuar na fase judicial. (LOPES JR., 2010).

O deferimento das medidas cautelares na fase investigatória, leva a um **pré-juízo** sobre condutas e pessoas. A dificuldade é delimitar se o juiz que atuou na fase investigatória tem reais condições de proceder ao que se chama de **uma ideia sobre a pequena história do processo**, sem intensidade para condicionar a originalidade cognitiva e o efetivo contraditório. (LOPES JR., 2010).

O Projeto De Lei do Senado (PLS) nº 156/2009 trata-se de um código totalmente novo, no qual se propõe uma modificação profunda no sistema processual penal brasileiro, buscando livrar-se dos resquícios inquisitoriais do atual Código. (GOMES, 2010).

Já para Fernando Capez, o Projeto de Lei (PLS) nº 156/2009 tem por finalidade garantir os princípios fundamentais ao acusado, que nas suas palavras visam:

Fortalecer os laços de submissão das regras processuais penais aos princípios garantidores derivados da devida persecução penal e, em última instância do princípio da dignidade humana corolário do Estado Democrático de Direito. (CAPEZ, 2012, p. 124).

Conforme definição do próprio Projeto de Lei (PLS) nº 156/2009, em seu artigo 14 dispõe que:

O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente: [...]. (BRASIL, 2010).

O artigo acima lista uma série de competências atribuídas às funções previstas no *caput*, como zelar pela observância dos direitos do preso (inciso III), decidir sobre o pedido de produção antecipada de provas (inciso VII), julgar sobre pedidos de obtenção de prova que atacam diretamente os direitos fundamentais do investigado como quebra de sigilo fiscal, bancário e telefônico, busca e apreensão (inciso XI), dentre outros. (BRASIL, 2010).

A atuação do juiz na fase de investigação não é novidade no sistema acusatório atualmente posto no ordenamento jurídico brasileiro. O cerne da questão cinge-se na criação de um juiz com competência exclusiva para atuação na fase investigatória, limitando sua atuação estritamente à fase pré-processual. Assim, tal juiz estaria impedido de julgar no processo, nos moldes do artigo 16 do Projeto de Lei (PLS) nº 156/2009, *in verbis*: “O juiz que, na fase de investigação, praticar qualquer ato incluído nas competências do art. 14 ficará impedido de funcionar no processo, observado o disposto no art. 748. (BRASIL, 2010).

Separando o juiz que atuou na fase investigatória daquele que atuará na fase judicial, busca-se a não contaminação deste com elementos probatórios colhidos durante o inquérito. Almeja-se o alcance do justo processo, no qual o juiz julgador seja um terceiro imparcial. (REALE JÚNIOR, 2011).

A proposta legislativa difere-se das utilizadas em outros países, como do *juiz da instrução* em Portugal, do *juez de garantia* no Chile, e também do *giudice per Le indagini preliminari* na Itália. As atribuições nos moldes internacionais são mais amplas e genéricas que a do Juiz das Garantias proposto no Projeto de Lei (PLS) nº 156/2009. Isso porque nas legislações internacionais o juiz tem o poder de intervir na produção da prova, bem como na proposição da ação penal. (REALE JÚNIOR, 2011).

Fabiano Augusto Martins Silveira, um dos membros da Comissão redatora do Anteprojeto do Código de Processo Penal, comenta que:

A figura do juiz das garantias está em perfeita união ao espírito democrático que dominou o anteprojeto e que sobreviveu ao texto aprovado pelo Senado Federal. O juiz das garantias está na essência do sistema acusatório desenhado no PLS 156, de 2009. Um é a imagem refletida do outro. (...) A separação e a especialização do agente judicial no tocante às fases de investigação e do processo representam a etapa de maior refinamento e de afirmação do sistema acusatório. (SILVEIRA, 2011, p. 250).

Importante destacar que tanto o Juiz das Garantias, quanto o juiz da fase judicial não podem agir de ofício. Nesse sentido é a crítica feita por Aury Lopes Jr. à redação dada no art. 4º do Projeto de Lei (PLS) nº 156/2009:

O projeto, desde o art. 4º, veda a iniciativa de ofício do juiz durante a investigação preliminar, mas, incompreensivelmente, autoriza esse mesmo ativismo na fase processual, desconsiderando que, desde uma perspectiva de pré-juízo ou mesmo da imparcialidade objetiva (estética de imparcialidade), a iniciativa de ofício deve ser vedada sempre! É o alheamento (*terzietà*) que cria condições de possibilidade da imparcialidade e da própria estrutura acusatória.

Tudo isso cai por terra - pois se trata de uma complexa engrenagem - quando o juiz pode prender ou ir atrás da prova, de ofício, qualquer que seja a fase! Em suma, a atuação de ofício do juiz durante o processo é tão ou mais danosa para a estrutura acusatória, a imparcialidade e o próprio contraditório, do que aquela desempenhada na investigação preliminar (a qual também deve ser vedada, por elementar). (LOPES JR., 2010, p. 07).

Com a instituição do Juiz das Garantias, evita-se o comprometimento do resultado e a inevitável vinculação psicológica que o magistrado que atuou na investigação traz consigo para a ação penal. “Rompem-se, assim, vínculos ou laços de qualquer ordem em relação à etapa precedente [...]” (SILVEIRA, 2009, p. 89).

O magistrado responsável pela análise do mérito restará imune a questionamentos ou qualidade dos elementos informativos colhidos na investigação. Assim, o juiz não deixará **sua marca** no inquérito e, sem dúvida, estará mais apto para julgar imparcialmente o trabalho desenvolvido na fase investigatória. (SILVEIRA, 2009).

Evidente que aquele juiz que profere decisões relativas à investigação policial, ainda que intimamente, cria um convencimento acerca da responsabilidade do acusado. Esse também é o entendimento de Lopes Jr. e Ritter, (1983 *apud* GOLDSTEIN, 2016, p.72-73), *in verbis*:

Estando a primeira impressão intimamente vinculada ao estado soberano de consonância cognitiva, que se rompe quando novas cognições a colocam em xeque, plenamente aceitável que se lhe atribua também a responsabilidade pela orientação da cognição e do comportamento do indivíduo em relação as cognições posteriores a ela. Aí está o perigo de se rotular as pessoas com base em conhecimento superficial das mesmas. Uma vez feito isso, a tendência será a de procurar elementos coerentes com a categorização feita e rechaçar os que a ela se opõem.

As causas para esse fenômeno são atribuídas tanto à necessidade de se manter a coerência entre as informações recebidas (tese central da teoria da dissonância cognitiva) quanto ao nível de atenção dado para as informações, que tende a diminuir substancialmente quando já se tem um julgamento formado, fruto de uma primeira impressão. Por isso, dificilmente uma pessoa será vista simultaneamente como boa e má, honesta e desonesta, etc. Quando se recebe uma informação contraditória sobre alguém, o caminho cognitivo espontâneo é o da reorganização ou distorção dessa informação para se reduzir ao mínimo ou se eliminar essa incoerência e manter a percepção da pessoa congruente.

Note-se, portanto, que ambas as situações relacionam-se à atuação do julgador na fase preliminar, fundamentando-se em definitivo a necessidade de implantação do juiz das garantias, sob pena de não haver sequer condições para o exercício de uma jurisdição imparcial.

Como ensinam Aury Lopes Jr. e Gloeckner, a estrutura triangular do processo judicial consagra um sistema de separação do juiz em relação às partes ativa e passiva, ou seja, a acusação acusa, a defesa defende, e o juiz julga, mantendo uma separação orgânica de todos. Caso contrário, quando o juiz é chamado a realizar autênticos atos de parte como nos moldes atualmente postos coloca-se em risco a garantia da imparcialidade. (LOPES JR.; GLOECKNER, 2014).

Nessa toada, sobre a violação do direito ao juiz imparcial, estabelecido na Convenção para a proteção dos Direitos Humanos, em seu artigo 6º, § 1º, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) atuou em dois importantes casos, *Piersak* no ano de 1982, e *de Cubber* em 1984.

No caso *Piersak*, constatou-se que o juiz havia atuado como membro do Ministério Público na investigação dos mesmos fatos, sendo reconhecida a perda da imparcialidade do juiz. Já no caso *de Cubber*, um juiz com poderes investigatórios também compôs a turma que julgou o mérito, aonde concluiu-se ser proibido a cumulação das atividades de investigar e julgar, havendo contaminação dos juízos valorativos e

comprometendo o direito ao julgamento imparcial. Em ambos os casos, a imparcialidade do julgador passou a ser analisada no âmbito subjetivo, ou seja, a convicção pessoal do magistrado, e no âmbito objetivo, a estética da imparcialidade. (LOPES JR., 2006).

Por outro lado, a primeira crítica que se faz ao projeto de lei, consiste na não aplicação da regra de impedimento do juiz que atua na fase de inquérito nas comarcas pequenas, com apenas um juiz (que é uma realidade em grande parte do país). O projeto do Código, a par das dificuldades de implantação do juiz das garantias, assim previu em seu artigo 748, *caput* e inciso I:

O impedimento previsto no art. 16 não se aplicará: I – às comarcas ou seções judiciárias onde houver apenas 1 (um) juiz, enquanto a respectiva lei de organização judiciária não dispuser sobre criação de cargos ou formas de substituição. (BRASIL, 2010).

Para solucionar tal lacuna e dar efetividade ao juiz das garantias, poder-se-ia implementar um juiz de garantias competente para um grupo de comarcas. Sobre o tema, André Machado Maya leciona:

Em resumo, é inadmissível, no âmbito de um país que se julga democrático, o repúdio a um instrumento processual projetado justamente para tornar mais democrático o processo penal, com base em argumentos e justificativas de índole meramente prática, como é a malfadada falta de estrutura do Poder Judiciário. Se dificuldades existem, que sejam enfrentadas, que sejam contornadas. Render-se a elas, como no caso concreto, mais que covardia, parece uma manobra conscientemente arquitetada para manter viva a espinha inquisitória do atual processo penal brasileiro, exatamente como projetada no período do Estado Novo. Parafraseando Alexandre de Moraes da Rosa, não basta mudar a lei, é preciso mudar a cultura dos responsáveis pela sua aplicação (MAYA, 2015, p. 14).

Outra grande crítica ao instituto do Juiz das Garantias é de que o Estado não possui recursos para suprir as demandas que o instituto exige. (MORAES, 2010). Contudo, o argumento da falta de estrutura do Estado se dá quando não há outros que sejam juridicamente sustentáveis para se minimizar o Juiz das Garantias. A regionalização do instituto, um período transitório, e o estabelecimento de um rodízio entre juízes, podem contribuir para a sua implementação. Sobre o tema, disserta Aury Lopes Jr:

Em relação ao juiz das garantias, na ausência de argumentos juridicamente sustentáveis (ao menos para os que superam o conhecimento epidérmico do processo penal), emprega-se o reducionismo retórico da ‘falta de...’. Ora, a falta é constitutiva e sempre existirá, sendo este um argumento reducionista. Uma reforma de verdade exige, principalmente, mudanças de cultura e de estruturas. Cabe ao Estado (daí a necessidade de comprometer também os poderes legislativo e executivo para o judiciário poder dar conta) estruturar-se para atender à nova realidade. (LOPES JR., 2010, p. 07).

Digno de nota que, no ano de 2014, 50% das comarcas tinham apenas um juiz. Logo, se implementado o instituto nos dias atuais, quando um juiz sair de férias, ou por outro motivo necessitar se afastar de sua função, o prosseguimento do processo será inviabilizado, pois aquele que autorizou uma busca e apreensão não poderá receber ou rejeitar a denúncia. (REALE JR, 2011).

Uma solução seria importar a reforma processual Chilena, onde os ditames processuais se evidenciam por etapas, do interior para a capital do país, obedecendo um critério cronológico previamente programado para viabilizar na prática a implementação das mudanças teóricas propostas no novo Código de Processo Penal Chileno. (MAYA, 2010).

Além disso, segundo Mauro Fonseca Andrade, o grande problema do Projeto de Lei (PLS) nº 156/2009, consiste no argumento utilizado para justificá-lo, ou seja, a suposta violação do princípio acusatório. A primeira evidente falha desse argumento seria o fato de se admitir, no direito brasileiro, dois conceitos de imparcialidade diferentes para um mesmo magistrado, um aplicável à sua atuação em matéria cível e outro à sua atuação em matéria penal. A reflexão que o autor faz é no sentido de o juiz cível poder analisar qualquer medida cautelar antes do ajuizamento da ação principal, enquanto que o juiz penal seria excluído da fase processual ao apenas ter contato com qualquer medida cautelar. Ainda o autor conclui:

Se afastarmos o fanatismo alucinante no trato desse tema, deixando de erigir o juiz brasileiro como um ser inferior e bestializado frente aos modelos invocados para a cópia pela cópia, ficará mais fácil nos centrarmos no argumento exclusivo da eficiência, que é o que realmente importa em matéria criminal.

Se atingirmos esse nível de argumentação, cairá por terra, inclusive, a quebra de sistema proposta pelo projeto, ao reconhecer como válida a ausência do juiz das garantias em comarcas de um juiz só, pois, implicitamente, haverá o reconhecimento de que, nessas comarcas, a proteção ao princípio acusatório não era de rigor.

Enfim, todos os problemas de ordem dogmática estarão superados com a mudança do foco argumentativo, e as regras de impedimento poderão ser observadas já a partir da entrada em vigor do novo CPP, em todas as comarcas do país. (ANDRADE, 2011, p. 126).

Vê-se, pois, em que pese existam críticas à implementação do Juiz das Garantias, tal instituto foi contemplado no Projeto de Lei (PLS) nº 156/2009 a fim de garantir a imparcialidade da jurisdição no processo penal acusatório.

CONCLUSÃO

O presente artigo objetivou o breve estudo acerca do instituto do Juiz das Garantias proposto no Projeto de Lei (PLS) nº 156/2009 do Novo Código de Processo Penal em tramitação no Congresso Nacional. A pesquisa permitiu concluir que há compatibilidade do instituto do Juiz das Garantias com a Constituição Federal, já que propõe efetivar o controle da legalidade da investigação criminal e a maior atuação imparcial do juiz.

Entende-se que o modelo do Juiz das Garantias proposto apresenta grandes vantagens ao atual sistema em vigor, visando a efetivar e a estimular a imparcialidade do julgador. O projeto proposto busca reduzir os danos que brotam da investigação preliminar no intuito de colocar o processo penal em um patamar condizente com os ideais preconizados na Constituição Federal.

Como se viu, as críticas feitas ao Juiz de Garantias não se propuseram a um debate profundo, girando no campo de uma abordagem reducionista. Os argumentos contrários à implementação do instituto falam nas dificuldades estruturais e na falta de recursos por parte do Estado. Contudo, tais empecilhos não podem impedir a implementação deste instituto tão importante para assegurar as garantias fundamentais do acusado. Principalmente no tocante à ausência de recursos orçamentários, já que este é mínimo frente ao enorme prejuízo que o atual sistema gera sobretudo descrédito na Justiça.

De outro lado, o estudo evidenciou as propostas de soluções práticas como a regionalização do instituto, a implementação de um período transitório e o estabelecimento de um rodízio entre juízes, demonstrando a viabilidade da implementação do Juiz das Garantias.

Não há dúvidas de que aquele juiz que atua no inquérito policial (v.g. decretando prisão preventiva, deferindo mandados de busca e apreensão ou autorizando quebra de sigilo telefônico) está mais suscetível a acolher a pretensão acusatória durante a fase judicial. Nesse passo, visando à imparcialidade do magistrado, o Projeto de Lei (PLS) nº 156/2009 estabeleceu o instituto do Juiz das Garantias pelo qual haverá a separação das funções do juiz a fim de que um atue exclusivamente no inquérito policial e outro somente na fase judicial. Então, o magistrado que atuar na fase inquisitorial cessará sua competência por ocasião do oferecimento da peça acusatória, ficando impedido para o processo judicial, na linha do entendimento de várias legislações internacionais.

Assim, compreende-se que a entrada em vigor do instituto do Juiz das Garantias será um importante instrumento a favor da ampliação da jurisdicionalidade da fase investigatória revestindo uma maior imparcialidade do julgador, em especial quando o que está em jogo são as garantias fundamentais do acusado.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Mauro Fonseca. **Juiz das garantias**. Curitiba: Juruá, 2011.

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

_____. Câmara dos Deputados. **Emendas ao PLS 8045/2010**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2010.
Disponível em:
<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>
Acesso em: 22 de março de 2018.

_____. DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941, **Código de Processo Penal**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 21 mar. . 2018.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____, Fernando. **Dos princípios fundamentais**. In ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ARAÚJO, Fábio Roque (Coord.). O Projeto do Novo Código de Processo Penal. Salvador: Juspodivm, 2012.

CARNELUTTI, Francesco. **Derecho Procesal Civil y Penal**. Trad. Enrique Figueroa Alfonso. Colección Clásicos del Derecho. Editorial Pedagógica Iberoamericana: México, 1994.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Sistema acusatório. Cada parte no seu lugar constitucionalmente demarcado**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 46, n. 183, p. 103-116, jul./set. 2009. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/194935> Acesso em: 20 mar. . 2018.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão. Teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Abel Fernandes. **“Juiz das garantias”: inconsistência científica; mera ideologia – como se só juiz já não fosse garantia**. Revista CEJ, Brasília, ano XIV, n. 51, p. 98-105, out./dez. 2010. Disponível em: <http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1417/1389> Acesso em: 21 de março de 2018.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, ano 95, v. 347, p. 3-10, jul./ago./set.1999.

LOPES Jr., Aury. **Breves considerações sobre a polimorfologia do sistema cautelar no PLS 156/2009 (e mais algumas preocupações...)**. Boletim IBCCRIM, ano 18, Edição Especial, Agosto 2010.

_____. **Direito processual penal** / Aury Lopes Jr. – 11. ed. – São Paulo : Saraiva, 2014. 1. Processo penal – Brasil I. Título. II. Série.

_____, Aury; GLOECKNER, Ricardo. **Investigação preliminar no processo penal**. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Introdução Crítica ao Processo Penal – Fundamentos da Instrumentalidade Garantista**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

_____, Aury; RITTER, Ruiz. A imprescindibilidade do juiz das Garantias para uma jurisdição penal Imparcial: reflexões a partir da Teoria da dissonância cognitiva. **Revista Duc In Altum**. Cadernos de Direito, vol. 8, nº 16. 2016. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.22293/2179-507x.v8i16.397> Acesso em: 20 mar. 2018.

MAYA, André Machado. **Outra vez sobre o juiz das garantias: entre o ideal democrático e os empecilhos de ordem estrutural**. Boletim IBCCRIM. São Paulo, IBCCRIM, ano 18, nº. 215, out. 2010.

MORAES, Maurício Zanóide de. **Quem tem medo do “juiz das garantias”?** Boletim IBCCRIM. São Paulo: IBCCRIM, ed. Esp. CPP, ago, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 8. ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2011.

_____, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado** / Guilherme de Souza Nucci. 13. ed. rev. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

REALE JÚNIOR, Miguel. O Juiz das Garantias. **Revista de Estudos Criminais**, São Paulo, v. 10 n. 43, p. 99-115, out./dez. 2011.

SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. O Código, as cautelares e o juiz das Garantias. **Revista de Informação Legislativa. Brasília a.** 46 n. 183, p. 77-93, julho./set. 2009. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194933/000871250.pdf?sequence=3>> Acesso em: 20 mar. 2018.

MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO: ESTUDO DE MATERIAIS DISPONÍVEIS PARA MELHOR TRATAMENTO DOS CONFLITOS SOCIAIS

MEDIATION AND CONCILIATION: STUDY OF MATERIALS AVAILABLE FOR BETTER TREATMENT OF SOCIAL CONFLICTS

Leopoldo Bertolla Reisner¹

RESUMO: O presente artigo científico decorre do projeto de extensão “Cidadão (particip)ativo: Mediação e Conciliação como Alternativas para Tratamento dos Conflitos Sociais”, em andamento, do Curso de Direito de Erechim, que tem por objetivo oportunizar conhecimentos/esclarecimentos à sociedade sobre a conciliação e a mediação, como meios eficazes e viáveis de tratamento dos conflitos sociais. Através do método analítico descritivo, realizou-se, primeiramente, uma revisão bibliográfica em doutrinas pertinentes ao tema, dos projetos de iniciação científica que originaram o presente projeto de extensão, sobre os institutos trabalhados e seus benefícios para a sociedade. Posteriormente, foram analisadas como as principais instituições têm difundido a mediação e a conciliação para o público em geral. Por último, estudou-se a relação entre os resultados dos projetos de iniciação científica com os materiais disponíveis à coletividade.

Palavras chave: Cidadão (particip)ativo. Conciliação. Mediação.

ABSTRACT: The present article derive from the extension project “Participative citizen: Mediation and Conciliation as Alternatives for Social Conflicts Treatment”, in progress, from the Law Course of Erechim, whose goal is to give opportunity of insights/enlightenment to the society about the conciliation and mediation, as effective and viable means of social conflicts. Through the descriptive and analytical method, performed, primarily, a literature and bibliography review – of the scientific initiation projects that gave rise the current extension project – about deliberated institutes and its benefits for the society. Subsequently, it was examined how the main institutions are disseminating the mediation and conciliation to the general public. Finally, it was studied the relation between the results of scientific initiation projects and the available tools to the collectivity.

Keywords: Conciliation. Mediation. Participative citizen.

INTRODUÇÃO

O objetivo do artigo é analisar algumas formas educativas para oportunizar conhecimentos e esclarecimentos à sociedade sobre a conciliação e a mediação. Considerando os conflitos existentes, percebe-se a complexidade e variedade destes envolvendo pessoas físicas e jurídicas. Nos meios extrajudiciais ou judiciais crescem demandas que requerem soluções rápidas e eficazes. O problema então está em quais mecanismos existem que podem solucionar esses conflitos e como tornar conhecidos às pessoas que deles necessitam.

Os meios e formas de tratamento e solução de conflitos previstos em lei se apresentam na forma heterocompositiva e autocompositiva. Respectivamente o processo judicializado faz parte da primeira

¹ Acadêmico do 5º. Semestre do Curso de Direito da URI –Erechim. E-mail: leoreisner@gmail.com

modalidade e a mediação e conciliação da segunda. Nesse estudo, o enfoque será aos meios autocompositivos de solução de conflitos que trazem a possibilidade de solucionar de forma mais ágil e eficaz. Tais institutos compartilham a figura de um terceiro, conciliador ou mediador, que não profere decisões, mas sim, encaminha as partes durante o procedimento para que construam um acordo que produza satisfação para ambas. São mecanismos menos nocivos de solução, do contrário do que ocorre nas vias judiciais, em que o processo é, na maioria das vezes, moroso e custoso.

A pesquisa utilizará o método analítico descritivo, através da técnica bibliográfica. Primeiramente, será revisada a doutrina atinente ao tema proposto, na sequência um estudo dos projetos de iniciação científica que motivaram a elaboração do projeto de extensão que se dedica a difusão de conhecimentos sobre os meios alternativos de tratamento e solução de conflitos e análise de materiais educativos disponibilizados à coletividade pelo Conselho Nacional de Justiça e Tribunais Superiores Brasileiros.

O acesso à Justiça e os meios de Solução de Conflitos

Destaca-se o papel do acesso à justiça na ordem jurídica na medida em que possibilita que os demais direitos fundamentais sejam efetivamente alcançados. Concerne tanto à possibilidade quanto à facilidade de se obter a prestação jurisdicional. Dessa forma, engloba tanto fatores estruturais, como os custos do processo, quanto humanos, referentes à forma pelo qual o sistema é visto.

O acesso à justiça está previsto no artigo 5º, XXXV da Constituição Federal que diz: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito.” Entretanto, a sua principal função “não é possibilitar que todos possam ir à corte, mas que a justiça possa ser realizada no contexto em que se inserem as pessoas, com a salvaguarda da imparcialidade da decisão e da igualdade efetiva das partes”. (TARTUCE, 2016, p.77).

Encontram-se, nos princípios da celeridade e da economia processual, os limites e a operabilidade do acesso à justiça. O princípio da economia processual, em resumo dispõe que o processo deve obter o máximo de resultados com o mínimo de custos e atos, relacionando-se com os fatores estruturais do acesso à justiça.

A celeridade processual, prevista no art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição federal (BRASIL, 1988) que diz “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”, garante que as partes tenham as suas pretensões atendidas em um tempo adequado. Um processo com duração excessiva ocasiona, dentre outras implicações, desconfiança à sociedade como método efetivo de pacificação social, de forma que nada adianta possuir uma ação tramitando lentamente, sendo que seu direito não é, realmente, atribuído em tempo cabível.

Com o advento do Código de Processo Civil de 2015 (BRASIL, 2015), ressalta-se, ainda mais, a importância da celeridade do processo. Tal ratificação, fomenta-se, resumidamente, no art. 4º que diz: “As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.” Destarte, percebe-se a importância que a celeridade concede ao acesso à justiça pois por meio dela, como dito anteriormente, é que o direito em tempo é alcançado e levado às partes.

Os meios alternativos de solução de conflitos, também chamados de meios adequados de solução de conflitos, são mecanismos que visam à pacificação social em tempo hábil, ratificando-se assim, ainda mais, o âmago do acesso à justiça. O modelo consensual da solução de conflitos alvitra, segundo Carlos Alberto Salles (2006, p. 779), a ordenação de meios para gerar condições objetivas e predispor as partes para a realização de acordos. Os principais meios das vias consensuais não contenciosas são a conciliação e a mediação.

Atualmente, a prática da conciliação destina-se a restaurar uma concepção positiva dos conflitos, auxiliando para que os litígios retornem a ser vistos como oportunidades de estruturação de diálogos construtivos, criando o conhecimento de modo mais harmonioso e cooperativo de convivência humana do que a judicialização. Ao se vislumbrar a conciliação como uma alternativa de solução do conflito, tanto antes do processo quanto durante o seu trâmite, pode-se eliminar o excesso de demanda ao Poder Judiciário.

No Brasil, os institutos da conciliação e da mediação são conhecidos em diversas normas processuais e praticados principalmente nos órgãos jurisdicionais. Um grande destaque que se dá a tais institutos é a obrigatoriedade da realização da audiência de autocomposição, inovação dada pelo Código de Processo Civil de 2015, alterando que no procedimento comum, o réu não é mais intimado para responder, mas sim, para comparecer a uma audiência de conciliação ou de mediação que passou a ser obrigatória.

Na conciliação impõe-se a um terceiro imparcial a missão de tentar aproximar os interesses de ambas as partes, orientando-as na formação de um acordo para poder, assim, evitar um processo judicial ou a continuidade morosa de uma ação. O conciliador é um simplificador do acordo entre as partes e, para isso, busca criar um ambiente que propicie uma compreensão mútua entre os indivíduos. Nesse instituto, visa-se concessões recíprocas, muitas vezes estimuladas pelos conciliadores, para solucionar os impasses. O foco da conciliação inclina-se a ser objetivo, pois o contato entre os envolvidos costuma a ser episódico, não voltando a acontecer após a adequada solução do conflito.

Já o instituto da mediação caracteriza-se, principalmente, pela subjetividade. As partes possuem relações anteriores ao conflito e, muito provavelmente, continuarão a ter contato após dele. Assim, defende Fernanda Levy (2013, p. 53) que:

[...] a mediação consiste em um meio consensual, voluntário e informal de prevenção, condução e pacificação de conflitos conduzido por um mediador; este, com técnicas especiais, "atua como terceiro imparcial, sem poder de julgar ou sugerir, acolhendo os mediandos no sentido de propiciar-lhes a oportunidade de comunicação recíproca e eficaz para que eles próprios construam conjuntamente a melhor solução para o conflito.

Outrossim, ressalta-se a importância de salvaguardar o relacionamento entre as partes. O ambiente da mediação permite que os envolvidos possam debater e explorar variados tópicos e soluções para seus desentendimentos. Sua principal função é (re) estabelecer comunicação para que, com o diálogo reestabelecido, finalize-se o contexto controvertido sem comprometer as relações interpessoais na sua integralidade.

Tanto na mediação quanto na conciliação um terceiro intervém para descomplicar o diálogo e instituir uma comunicação eficiente. Contudo, existem diferenças entre os supracitados institutos. Para Lília Maia de Moraes Sales,

[...] a diferença fundamental entre a mediação e a conciliação reside no conteúdo de cada instituto. Na conciliação, o objetivo é o acordo, ou seja, as partes, mesmo adversárias, devem chegar a um acordo para evitar um processo judicial. Na mediação as partes não devem ser entendidas como adversárias e o acordo é consequência da real comunicação entre as partes. Na conciliação o conciliador sugere, interfere, aconselha. Na mediação, o mediador facilita a comunicação sem induzir as partes ao acordo (SALES, 2003, p. 38)

O próprio CPC preocupou-se em diferenciar os dois institutos. Em seu art. 165, parágrafo 2º do referido dispositivo, dispõe que o conciliador consiste naquele que contribui com o alcance da solução autocompositiva, formulando propostas e adotando postura avaliativa. Já conforme o parágrafo 3º do mesmo artigo preceitua que o mediador consiste naquele que busca o acordo sem formular propostas, limitando-se a estimular o diálogo.

Resumidamente, a distinção entre conciliação e mediação é dada pelo critério referente ao nível de atuação do terceiro neutro que intervém para buscar a autocomposição. Fazendo propostas, estamos diante de conciliação. Não fazendo propostas, somente buscando instigar o diálogo, trata-se da mediação.

Projetos de Iniciação Científica Editais 2015/2016/2017 CNPQ e FAPERGS do Curso de Direito da URI Erechim

Desde os anos de 2014 o Curso de Direito da URI Erechim vem desenvolvendo pesquisas vinculadas a linha Solução de Conflitos, pertencente ao Grupo de Pesquisa Ciências Sociais Aplicadas. No período de 2015 e 2017 foram realizados projetos de iniciação científica que apresentaram resultados importantes e significativos sobre a temática Mediação e Conciliação, como o Poder Judiciário e outras entidades em âmbito municipal desenvolvem esses meios de solução de conflitos.

O projeto de iniciação científica sob o título: “A aplicabilidade e eficácia das alternativas extrajudiciais de solução de conflitos no âmbito do Município de Erechim: Mediação Conciliação e Arbitragem” além de apresentar dados relevantes foi publicado em artigo científico pelas autoras Ceni e Sartori, nele se averiguou a conciliação e a mediação concluindo que

[...] são extremamente eficazes na resolução das contendas sociais, nos seus mais diversos aspectos, observando as peculiaridades e características próprias de cada um, bem como a indicação dos diferentes tipos de problemas, como a utilização da mediação nas relações continuadas, a conciliação em demandas que não apresentam um problema de fundo maior e a arbitragem na resolução dos litígios empresariais. Importante salientar essa eficácia, uma vez que esses meios de tratamento de conflitos sociais quando aplicados corretamente dispensam um tratamento adequado aos conflitos (CENI; SARTORI, 2017, p. 306)

Ainda no mesmo projeto, buscou-se verificar a efetividade desses institutos no Município de Erechim e, constatou-se

[...] que a utilização da mediação e a conciliação, seja a extrajudicial ou a judicial, compreendeu-se que esses institutos têm uma ótima aplicabilidade no Município de Erechim/RS, apesar do desconhecimento quanto as suas características e procedimentos, bem como confiabilidade, especialmente pela sociedade. É possível perceber que são meios extremamente eficazes e adequados de tratamento de conflitos sociais, que resolvem a lide sociológica existente, promovem uma postura de diálogo e evitam conflitos futuros. (CENI; SARTORI, 2017, 307)

Nesse contexto, a Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça de 2010 (anterior ao NCPC), dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesse e constitui deliberações sobre o tema, visando efetivar as soluções adequadas de conflitos à realidade brasileira. Tal resolução abrange a criação dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (abreviados para “CEJUSC's”) onde acontecem as conciliações e mediações, tanto nas fases pré-processuais quanto nas processuais, por meio dos profissionais aptos para conciliar e mediar.

Diante disso, o projeto seguinte Edital IC URI/FAPERGS 2016/2017 “A Conciliação e a in (efetividade) da Resolução 125 do CNJ enquanto política pública nos Centros Judiciários de Solução de Conflitos instalados na Comarca de Erechim/RS” analisou a eficácia dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania na Justiça Estadual (CEJUSC) e, também, na Justiça Federal (CEJUSCON) concluindo que o eficaz funcionamento das conciliações e mediações

[...] dependerá da adequada condução das políticas públicas, como a Resolução n. 125 do CNJ, englobando os cuidados com a manutenção de estruturas físicas (possibilitando a formação de centros de solução de conflitos devidamente equipados) e humanas (com profissionais sensibilizados e treinados para o tratamento de litígios). As diferenças observadas entre a Justiça Federal e Estadual em relação aos índices de efetividade referem-se principalmente a dois fatores: o número e natureza de conflitos abarcados pelas duas justiças; a forma como é organizada e aplicada a autocomposição. (URI, IC FAPERGS, 2017)

Convém ressaltar que, no mesmo projeto, aferiu-se que

A Justiça Federal na Comarca de Erechim realiza apenas a conciliação. Recebe um número menor de demandas e possui uma diversidade de conflitos muito reduzida quando comparada à Justiça Estadual. Organiza suas audiências tematicamente, e, numa espécie de “parceria”, convida os órgãos envolvidos no conflito para as sessões: estes, talvez por diretrizes próprias, entram na discussão com uma mentalidade mais favorável ao acordo pela autocomposição. (URI, IC FAPERGS, 2017)

Outrossim, o projeto IC/URI CNPQ 2016/2017, intitulado A Conciliação e a in(efetividade) da Resolução 125 do CNJ enquanto política pública no CEJUSCON/Erechim, buscou-se atentar, exclusivamente ao CEJUSCON. Explorou se a conciliação na Justiça Federal de Erechim está sendo efetiva como meio de solução de conflitos e, também, se tais métodos autocompositivos trazem, de fato, o acesso à justiça. Ao final, chegou-se a tal conclusão:

Dessarte, a partir dos dados fornecidos pela Justiça Federal da a Região, verificou-se que as conciliações no CEJUSCON de Erechim estão sendo efetivas, com um total de 66,5% de efetividade nos acordos homologados processual e pré-processualmente, resultando na concretização dos princípios e garantias constitucionais. (URI, IC CNPQ, 2017)

Os projetos de iniciação científica referidos ensejaram o projeto de extensão “Cidadão (particip)ativo: Mediação e Conciliação como Alternativas para Tratamento dos Conflitos Sociais”, uma vez que se verificou a necessidade de aplicação prática desses projetos, proporcionando à sociedade pela via de extensão universitária do Curso de Direito possibilidade de maiores esclarecimentos sobre os meios de solução de conflitos. A proposta embasa-se na efetivação dos direitos fundamentais, especialmente, na dignidade da pessoa humana, cidadania e o acesso à justiça.

Análise de materiais educativos disponibilizados pelo Conselho Nacional de Justiça, Tribunais Superiores e outras instituições.

Existem já materiais disponíveis sobre a conciliação e a mediação voltados ao público, disponibilizados pelo Conselho Nacional de Justiça e pelos Tribunais Superiores, percebe-se que o fim é o de promover o esclarecimento e a conscientização da população.

Há uma grande preocupação em levar aos cidadãos conhecimentos sobre os métodos autocompositivos. Bruno Dantas, ministro conselheiro do CNJ, um dos autores do Código de Processo Civil, em uma entrevista ao Jornal A Tarde destaca vantagens desses métodos

[...] trazem uma solução mais rápida, mais barata e mais satisfatória para as partes que estão brigando na Justiça. Mais rápida porque um processo que muitas vezes dependeria de produção de provas, de realização de perícia, de oitiva de testemunhas, é resolvido mediante a construção de um acordo por ambas as partes, com concessões recíprocas. Isso evita recursos, incidentes processuais e execução. É mais barato porque todos nós sabemos que para litigar na Justiça existem custas, é necessário contratar advogado. E é mais satisfatório porque uma decisão que é construída pelas duas partes é muito mais aceita do que uma decisão imposta por um juiz, onde sempre vai existir um insatisfeito que vai buscar um recurso que adia o cumprimento da decisão. (DANTAS, 2011)

Um dos maiores precursores no quesito de levar os meios alternativos de solução de conflitos, de forma simplificada, para a sociedade foi o Conselho Nacional de Justiça, ao criar o “Portal da Conciliação e Mediação” onde esclarece dúvidas sobre os meios consensuais e, também, explica seus procedimentos.

Nesse cenário, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) é um imprescindível ator na disposição, sistematização e na gestão de ações de encorajamento à autocomposição de litígios e à pacificação social. O Conselho ao implementar o Movimento pela Conciliação em 2006, almejou modificar o *status quo* da litigiosidade para uma cultura de reconciliação, acarretando, dessa forma, maior possibilidade de acordo entre as partes. Essa corrente ainda promoveu a Semana Nacional da Conciliação (que já contou com 12 edições desde sua primeira realização) que envolve os Tribunais de Justiça, Tribunais do Trabalho e Tribunais Federais.

Destaca-se também, a Cartilha sobre Conciliação e Mediação lançada pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRS), que através de uma história em quadrinhos que gira em torno de Júlia, uma criança de nove anos, que consegue, mesmo com pouco conhecer do Direito, resolver as problemáticas entre seus vizinhos. Por intermédio de um palavreado de fácil alcance e com muita simplicidade, encontra os conceitos da mediação e da conciliação. Também, ao se aproximar da rotina das pessoas, a cartilha conscientiza sobre como poder participar dos métodos autocompositivos e de suas respectivas vantagens.

Contudo, não somente órgãos públicos buscam divulgar os mecanismos alternativos de solução de conflitos. A exemplo disso, o “Portal do RI”, sítio eletrônico privado responsável por anunciar sobre direito notarial e registral, elaborou uma cartilha online para facilitar o acesso ao público acerca da conciliação e mediação fora da jurisdição estatal. Em seu conteúdo, explora os conceitos simplificados dos métodos

autocompositivos e busca, principalmente, facilitar que o público entenda seu procedimento e seus respectivos benefícios.

O projeto de extensão “Cidadão (particip)ativo: Mediação e Conciliação como Alternativas para Tratamento dos Conflitos Sociais elaborou na primeira fase do projeto uma proposta de cartilha baseada nestes documentos disponibilizados pelo Conselho Nacional de Justiça e pelos Tribunais Superiores.

Cidadão participativo: conhecimentos e esclarecimentos em cartilhas educativas sobre a mediação e a conciliação.

A utilização dos meios alternativos de composição de conflitos é um caminho que está sendo seguido a nível mundial. Sua estimulação não acontece somente em virtude dos problemas experimentados pelo Poder Judiciário, mas inclusive pelo desenvolvimento da sociedade. Cada vez mais o cidadão que, antes era letargo e desinformado, torna-se um cidadão participativo. Criando-se, assim, um meio em que as partes são realmente protagonistas da busca da solução de seus conflitos, por meio do diálogo e do consenso.

Em face da importância, já mostrada por relevantes instituições e pela vigência Código de Processo Civil de 2015, de trazer ao público materiais informativos sobre a conciliação e a mediação, elaborou-se pelo presente bolsista, uma cartilha sobre tais institutos. Ainda não publicada, a cartilha, mostra perguntas e respostas sobre os métodos consensuais de solução de conflitos de uma forma simples e clara, para conseguir destacar suas características, procedimentos e importância dos tratamentos mencionados a serem distribuídos para a comunidade.

Pretende-se, com a produção e divulgação da cartilha, conseguir que o maior número de pessoas tenha noção dos meios da conciliação e mediação. Busca-se, do mesmo modo, que as partes quem não possuem ações tramitando na justiça, saibam das estatísticas positivas desses métodos, a título de exemplo, a Semana da Conciliação de 2017 que solucionou mais de 225 mil processos em todo o país.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Atualmente, o Poder Judiciário está vivenciando um excesso de demandas e para conter essa situação o Conselho Nacional de Justiça foi buscar na Resolução 125 de 2010 outros meios para solucionar os conflitos. Percebe-se que a forma heterocompositiva não promove a solução da lide sociológica que envolve o conflito. Já os meios autocompositivos buscam a resolução mais ampla, fazendo das pessoas envolvidas protagonistas de suas resoluções.

Com isso, analisar a questão referente ao conflito e como enfrentá-lo, ganha relevância diante de alternativas como a mediação e conciliação. Nota-se que, esses institutos são eficazes na busca de uma maior celeridade na solução da lide. Concluiu-se, dessa forma, que se faz necessária a divulgação destes métodos e a apresentação dos mesmos como distintos do judicial, porém, não inferiores ou secundários, mas sim mais eficazes para os diversos conflitos.

Os métodos autocompositivos estão sendo amplamente divulgados. A maioria dos Tribunais do país busca difundir as vantagens e resultados positivos na utilização desses meios. Todavia, ainda muitas pessoas desconhecem ou não se sentem totalmente seguras sobre os mesmos. As partes que estão em litígio têm receio de utilizar esses métodos no decorrer do processo. Na maioria das vezes, grandes empresas, como operadoras de crédito entre outras, não optam pela conciliação e mediação, comentam como uma “perda de tempo”. Porém, denota-se por todo o estudo realizado que tais métodos são sim efetivos e benéficos à Justiça e que precisam ser divulgados de forma a atingir os diversos públicos que compõem a sociedade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. 1ª edição. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2002.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei no 13.105, de 16 de março de 2015.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20152018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 14 fev. 2018.

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

BRASIL, CNJ, **Portal da Mediação e Conciliação**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/conciliacao-e-mediacao-portal-daconciliacao>> Acesso em: 14 fev.2018.

BRASIL, CNJ, **Resolução n. 125**, de 29 nov. 2010. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>> Acesso em: 10 mar. 2016.

CENI, Caroline Isabela Capelesso; SARTORI, Giana Lisa Zanardo Sartori. Mediação, Conciliação e Arbitragem: aplicabilidade e eficácia no tratamento dos conflitos sociais. **Revista Vivências**, v. 13, n.24: p.293-309, Maio/2017. Disponível em: http://www.reitoria.uri.br/~vivencias/Numero_024/artigos/pdf/Artigo_28.pdf
Vivências: Revista Eletrônica de Extensão da URI. ISSN 1809-1636 **Vivências**, v.13, n.24: p.293-309, Maio/2017. Acesso em: 19 de janeiro 2018.

DANTAS, Bruno. **Bruno Dantas ressalta as vantagens de resolver os conflitos mediante a conciliação**. Disponível em: < <https://professormedina.com/2011/12/05/bruno-dantas-ressalta-as-vantagens-de-resolver-os-conflitos-mediante-a-conciliacao/>> Acesso em: 14 fev. 2018.

LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Cláusulas escalonadas: a mediação comercial no contexto da arbitragem**. São Paulo: Saraiva, 2013.

PORTAL RI. Disponível em: <<http://www.portaldori.com.br/2013/06/18/o-portal-do-ridisponibiliza-a-cartilha-da-conciliacao-e-mediacao-no-cartorio/>> Acesso em: 14 fev. 2018.

SALES, Lília Maia de Moraes. **Justiça e mediação de conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SALLES, Carlos Alberto de. **A arbitragem em contratos administrativos**. Rio de Janeiro: Forense; Método: São Paulo, 2011.

SCHNITMAN, Dora Fried. **Novos paradigmas na resolução de conflitos**. In: SCHNITMAN, Dora Fried; LITTLEJOHN, Stephen (Org.). **Novos paradigmas em mediação**. Tradução de Marcos A. G. Domingues e Jussara Haubert Rodrigues. Porto Alegre: ArtMed, 1999. p.17.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos Conflitos Cíveis**. Rio de Janeiro: Método, 2016.

URI. IC. CNPQ. **A Conciliação e a in(efetividade) da Resolução 125 do CNJ enquanto política pública no CEJUSCON/Erechim**, projeto de pesquisa de iniciação científica com fomento CNPQ.CURSO DE DIREITO. ERECHIM: URI, 2017.

URI. IC. FAPERGS. **(A Conciliação e a in(efetividade) da Resolução 125 do CNJ enquanto política pública nos Centros Judiciários de Solução de Conflitos instalados na Comarca de Erechim/RS**, projeto de iniciação científica FAPERGS, CURSO DE DIREITO. ERECHIM: URI, 2017.

MEDIAÇÃO FAMILIAR: AFASTANDO CONFLITOS E PRODUZINDO DIÁLOGOS¹

FAMILY MEDIATION: REMOVING CONFLICTS AND PRODUCING DIALOGUES

Luiza Soccol Fassina²
Victor Nilson Palharini³
Giana Lisa Zanardo Sartori⁴

RESUMO: O objetivo do artigo é elucidar se há vantagens e benefícios na mediação, bem como esclarecer o papel do mediador e as etapas a serem seguidas, para assim, resolver de forma pacífica as divergências familiares. Percebeu-se que a mediação juntamente com a mediação familiar pode ser uma forma de diminuir os conflitos familiares, incentivando a comunicação e o diálogo entre as partes. Para a realização do estudo, utilizou-se o método indutivo, analítico e descritivo, e como técnica a pesquisa bibliográfica e documental. O estudo se apresenta com uma significativa importância, pois na contemporaneidade é necessário o uso de meios diversos para a resolução de litígios, de modo a favorecer os interessados e reduzir as demandas judiciais.

Palavras-chave: Mediação. Mediação familiar. Conflitos. Diálogo.

ABSTRACT: The objective of the article was elucidate if have advantages and benefits in the mediation, as well as clarify the role of the mediator and the phases to be followed, for this, to solve in a peaceful way the family divergences. Perceived that the mediation along with the family mediation can be a mode of decrease the family conflicts, encouraging the communication and the dialogue between the parts. For the realization of the study, it was used the inductive, analytical and descriptive method, and as a technique the bibliographic and documentar research. The study showed itself with a significative importance, because in the contemporaneity is necessary the use of diverse methods for there solution of conflicts, in order to favor the interested and reduce the law suits.

Keywords: Mediation. Family mediation. Conflicts. Dialogue.

INTRODUÇÃO

Considerando as grandes demandas que surgem dia após dia e as dificuldades que o Judiciário enfrenta devido a essa superlotação, a mediação veio como uma forma diferenciada e informal de resolver os conflitos, fazendo com que inúmeros litígios se desvinculem da esfera judicial.

Como as relações familiares são responsáveis por boa parte das ações em tramitação, a mediação familiar, é um caminho de extrema importância – e muitas vezes decisivo – para se seguir.

O objetivo do artigo está em elucidar se há vantagens e desafios na mediação, bem como esclarecer o papel do mediador e as etapas a serem seguidas.

¹Artigo Científico para a VI Mostra Científica do Curso de Direito da URI ERECHIM

²Graduanda do 7º semestre do Curso de Direito da URI Erechim; e-mail: luiza.fassina@hotmail.com

³Graduando do 6º semestre do Curso de Direito da URI Erechim; e-mail: victorpalharini11@gmail.com

⁴Professora do Curso de Direito da URI Erechim, orientadora da pesquisa; e-mail: sgiana@uricer.edu.br

Diante disso, a problemática do estudo se concentra na mediação familiar, se ela afasta conflitos através do diálogo.

Pode-se perceber que a população ainda sente receio em solucionar seus problemas na base de diálogos, e é a partir desse ponto que mostrar-se-á como o papel do mediador pode ser fundamental no entendimento e aceitação das partes para enfrentarem as sessões de mediação, podendo ocorrer mais de uma se for necessário, para assim saírem satisfeitos com os resultados obtidos. Ademais, a mediação busca a reeducação da sociedade na resolução dos conflitos, para que, no futuro, as decisões e acordos realizados não gerem mais desentendimentos e desavenças, mostrando que para tudo existe solução, e a melhor maneira de se obtê-la é partindo de um diálogo.

A Mediação: desenvolvimento, história e conceito

Ganhando cada vez mais forças no ordenamento jurídico, a mediação já perdura há séculos, levando em consideração a existência de casos com cerca de 3000 a.C, entre povos judeus, chineses e japoneses. (VIANNA, 2009).

A mediação acaba sendo um fato universal, visto que atinge nosso sistema tradicional do Direito escrito, mas também o sistema *common law*, já estando em fase de grande desenvolvimento. Em países como Estados Unidos, Noruega e Canadá a mediação acaba sendo uma etapa obrigatória antes do ingresso ao Poder Judiciário, justamente com o objetivo de diminuir o número de demandas. (LEITE, 2017).

É com esses avanços e bons resultados que a mediação familiar vem conseguindo seu espaço no dia a dia do judiciário, sendo de contexto interdisciplinar, com aplicação de técnicas adequadas de comunicação, junta um terceiro - denominado mediador - e a finalidade de facilitar a comunicação entre as partes para resolverem questões pendentes de forma consensual e satisfatória a ambos.

Primeiramente, é viável entender a diferença entre arbitragem, mediação e conciliação, considerando que há algumas confusões entre esses termos.

Conforme declara o Código de Processo Civil, em seu artigo 165:

Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

§ 3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos. (BRASIL, CPC, 2016)

Na arbitragem, a decisão não compete ao Estado, mas sim a um terceiro escolhido pelas partes, as quais também possuem a liberdade de acordar quais regras serão aplicadas nesta sessão, sempre com respeito máximo a ordem pública, bem como aos bons costumes. (ROSA, 2012).

Não deixando muito dessa estrutura, a conciliação é administrada por um conciliador com o intuito de aproximar as partes, podendo sugerir um possível acordo entre eles. (SILVA, 2008).

Já a mediação, conforme relatado anteriormente, é baseada na manifestação de vontade das partes em participar, para assim encontrar uma melhor solução ao caso concreto, mantendo o diálogo de uma forma harmônica, onde o mediador sempre se fará presente. (SILVA, 2008).

Mediação familiar e seus principais aspectos

Desse modo, acaba se tornando mais compreensível o estudo da mediação familiar, que é justamente o meio pelo qual se promove o entendimento, principalmente entre ex-cônjuges, de situações ocorridas dentro das relações, e que muitas vezes acabam não sendo resolvidas por motivo de medo, orgulho ou raiva.

A mediação familiar é uma oportunidade para as partes dialogarem acerca das questões que as incomodam e que estão sendo objeto de litígio, possibilitando também, um crescimento dos indivíduos, tendo em vista que, em grande parte dos casos, o rompimento da vida conjugal acaba sendo um propósito para gerar brigas e discussões na esfera judicial, onde o desgaste e os custos são consideráveis.

A sessão de mediação

A mediação consiste em um conjunto de etapas a serem cumpridas, para que assim os participantes possam resolver seus conflitos, chegando a uma solução.

Anteriormente a chegada das partes, recomenda-se ao mediador preparar o local em que será a mediação, contendo mesa, iluminação e temperatura adequada, privacidade, café e água. Além disso, é importante o mediador revisar suas anotações, bem como que se houver um comediador, estes devem discutir a respeito de como poderão trabalhar conjuntamente. (BRASIL, 2016).

A etapa inicial é a oportunidade que o mediador tem para ouvir os relatos das partes, para assim detectar os conflitos existentes. Ainda, esclarece sobre quais são os objetivos da mediação e o procedimento que será desenvolvido, obtendo a concordância das partes e o compromisso de participação, onde são celebrados os primeiros acordos referentes a frequência, as durações das sessões, aos horários, dentre outros. A partir do momento em que as partes estão cientes dos objetivos da mediação, estas assinam um termo e assim é marcada a primeira sessão. (BRASIL, 2016).

Na segunda etapa, a acolhida, o mediador esclarece a respeito do procedimento a ser seguido, criando um ambiente de respeito, confiança e diálogo. Também, há o posicionamento de sentimentos que estão sendo sentidos e que de alguma forma prejudiquem as sessões e a compreensão das partes. É esclarecido pelo mediador que por meio desse trabalho as dificuldades serão tratadas com o objetivo de restabelecer um diálogo produtivo entre as pessoas envolvidas. (BRASIL, 2016).

Passando a terceira etapa, chamada de narrativa, momento em que os participantes têm a possibilidade de expor seus pontos de vista, trazendo as suas versões do ocorrido. Após ouvir os relatos das partes, o mediador deve fazer um esquema sobre o caso a ser discutido, estando ciente de seu entendimento e mudando sempre que surgir um fato diferenciado do relatado. (BRASIL, 2016).

Desse modo, o mediador deve buscar algumas soluções, determinando os pontos a serem discutidos e definindo medidas a serem tomadas, das mais simples as mais complexas. (BRASIL, 2016).

Tal aprofundamento do caso acaba gerando diversas divergências e conflitos, e é nesse momento que o mediador interfere, fazendo perguntas e possibilitando o entendimento e uma melhor comunicação entre as partes. (BRASIL, 2016).

Outrossim, é incentivada a realização e avaliação de algumas opções de acordo, utilizando padrões aceitos pelos participantes, para que assim se comprometam em cumprir, futuramente, com as cláusulas determinadas. Dessa maneira, se permite a elaboração de um acordo consensual e passível de cumprimento. (BRASIL, 2016).

Por fim, na hipótese de não ser firmado acordo, é redigido um termo, constando a não obtenção do acordo e por seguinte o encerramento da sessão de mediação. (BRASIL, 2016).

Vantagens e benefícios da mediação

Abaixo são elencados alguns dos benefícios trazidos junto à mediação e a mediação familiar:

Redução do desgaste emocional e do custo financeiro envolvido no processo, tendo em vista a celeridade processual; desenvolvimento de soluções adequadas às reais necessidades e possibilidades das partes; mais rapidez e agilidade na resolução dos conflitos, visto que não há multiplicidade de processos admitidos como na via judicial; menos burocracia na resolução dos conflitos, com técnicas mais ágeis e também dinâmicas, sendo que a solução amigável é o que mais importa; desafogamento do judiciário, além de que o prazo é estipulado pelas próprias partes; a melhoria do relacionamento entre as partes, pois proporciona um ambiente tranquilo para a abordagem do problema; a reparação do problema a partir de um diálogo produtivo, sendo as partes as criadoras de soluções para seus problemas. (Associação de Mediadores de Conflitos).

Destaca-se como vantagem os princípios elencados no Art. 2º da Lei 13.140/2015 (BRASIL, 2015), que trata exclusivamente sobre a Mediação Judicial:

Art. 2º A mediação será orientada pelos seguintes princípios:

I - imparcialidade do mediador; II - isonomia entre as partes; III - oralidade; IV - informalidade; V - autonomia da vontade das partes;

VI - busca do consenso; VII - confidencialidade; VIII - boa-fé.

Desse modo, cabe analisar sobre o que se refere os princípios elencados acima:

A imparcialidade do mediador significa que ele não vai defender, aconselhar e representar nenhuma das partes, visto que não tem interesse no processo;

O princípio da isonomia entre as partes é um direito fundamental, também elencado no artigo 5º da Constituição Federal, e refere-se ao tratamento igualitário e justo aos participantes;

Pelo princípio da oralidade entende-se que os atos devem ser praticados de forma oral, prevalecendo sempre à palavra nos casos processuais;

A informalidade é a condição de ocorrer à dispensa de alguns dos requisitos formais a um processo, de modo que sua ausência não prejudique as partes;

A autonomia da vontade das partes é justamente o poder que os participantes têm de estipularem de maneira livre um acordo, como melhor acharem;

Tendo uma ligação com o princípio anterior, a busca do consenso é o que as partes devem almejar, sempre evitando conflitos e discussões, para chegarem a uma melhor solução;

O princípio da confidencialidade garante que as informações e ideias discutidas nas sessões de mediação não sejam usadas em documentos ou em outros processos, permanecendo apenas entre as partes e o mediador;

Por fim, o princípio da boa-fé leva as partes a adquirirem uma postura mais ética, se abstendo de condutas que possam prejudicar o andamento da mediação e da solução dos conflitos.

A importância do mediador

Para a sessão de mediação ocorrer é necessária a presença do mediador, sendo justamente uma terceira pessoa com a função de facilitar a comunicação entre as partes, a fim de chegarem a um acordo sem a necessidade de dar um andamento processual.

Mas, para poder exercer a posição de mediador, é imprescindível analisar os termos do artigo 11, da Lei da Mediação Judicial:

Art. 11. Poderá atuar como mediador judicial a pessoa capaz, graduada há pelo menos dois anos em curso de ensino superior de instituição reconhecida pelo Ministério da Educação e que tenha obtido capacitação em escola ou instituição de formação de mediadores, reconhecida pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - ENFAM ou pelos tribunais, observados os requisitos mínimos estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça. (BRASIL, 2015).

Ou seja, a pessoa interessada deverá ser graduada em qualquer área de formação, de instituição reconhecida pelo Ministério da Educação, há pelo menos dois anos, bem como obter capacitação em formação de mediadores. Ressalta-se que os tribunais têm autonomia para definir outros critérios para aceitação de conciliadores e mediadores.

Os mediadores tem papel fundamental nesse auxílio à resolução dos conflitos entre as partes. Com base nos seus conhecimentos, contribuem para o desenvolvimento crítico dos participantes, incentivando-os na busca de resultados e, sobretudo, na construção de um acordo final, que satisfaça ambas as partes, a fim de promover o fim do litígio que os cercam.

Do mesmo modo, o mediador utiliza suas técnicas e habilidades, adquiridas por meio de seus conhecimentos e estudos, para estimular as partes a participarem das atividades e debates propostos, tudo em prol das decisões harmônicas a serem tomadas.

A conduta do mediador está especificada em alguns princípios, os quais serão elencados abaixo:

1. Princípio da neutralidade e imparcialidade de intervenção: é a forma neutra pelo qual o mediador desenvolverá seu trabalho, se abstendo de ficar do lado de alguma parte na autocomposição do problema; (BRASIL, 2016).

2. Princípio da consciência relativa ao processo: se refere a consciência que as partes devem ter na participação do mediador no caso concreto, sendo este o responsável por explicar o funcionamento do

processo de mediação, destacando o princípio da confidencialidade, que sempre se faz presente; (BRASIL, 2016).

3. Princípio do empoderamento: é a necessidade de haver um participante educativo no desenvolvimento do processo de autocomposição, ou seja, com o mediador promovendo uma relação entre as partes, estimulando a comunicação entre elas, o que muitas vezes acaba sendo complicado, tendo em vista os sentimentos guardados. Com a utilização dessas técnicas, espera-se que as partes aprendam alguns procedimentos de negociação e aproveitamento, de modo a aperfeiçoar as suas formas de comunicação; (BRASIL, 2016).

4. Princípio da validação: estabelece que a participação de um terceiro neutro tende a direcionar as partes para tomarem as decisões de seus interesses, desejos, sentimentos e necessidades, com o intuito dos mesmos lidarem com o conflito em análise e também com futuras controvérsias. (BRASIL, 2016).

O mediador, na maioria das vezes, acaba tratando de casos conflituosos e com o ânimo alterado das partes, sendo de fundamental importância saber como agir nesses casos, sem causar ainda mais nervosismo e tensão. O mediador deve sempre estar atento para que os participantes mantenham o tom de voz ideal, pois é normal as pessoas se exaltarem no momento em que contam algum fato que as magoou ou as deixou com sentimentos de rancor. (BRASIL, 2016).

Quando o assunto gera comoção entre as partes, é aconselhado ao mediador oferecer água ou café, além de sugerir uma pausa na sessão de mediação, para assim os participantes pensarem sobre o que está acontecendo e relaxarem diante dessa situação. (BRASIL, 2016, p. 151/153).

Nesse breve resumo do papel do mediador, é notória a sua importância na resolução de conflitos ou apenas homologações de acordos consensuais. Sem ele, o judiciário estaria cada vez mais abarrotado de processos, que, em sua maioria, o que falta entre as partes é apenas um simples diálogo e um entendimento de que o melhor a fazer é resolver as situações pendentes e assim seguirem com suas vidas de modo menos estressante e preocupado, além de obterem resultados otimistas para ambas as partes, não havendo um perdedor e um ganhador, como ocorre na elaboração de uma sentença em processos judiciais.

O papel do advogado na mediação

Com o surgimento da mediação como mecanismo para resolução de conflitos, é imprescindível que os advogados estejam prontos para auxiliar as pessoas que optam por utilizar este meio alternativo, mesmo que, entre esses operadores do Direito há ainda certa resistência em aceitar esse meio de solucionar litígios.

Muitas vezes, o cliente sequer conhece outros métodos de resolução de conflitos que não o processo judicial. Nesse momento entra em cena o seu procurador, que orientará se para aquele cliente e aquele caso, a melhor opção é a mediação. (GRANDE; QUEIROZ, 2017).

Cabe ressaltar que o advogado deve estar preparado para uma sessão de mediação, tal como se prepara para uma audiência judicial, mudando apenas a sua atuação. Na mediação, o advogado adotará uma posição de cooperação em vez da ofensiva, sendo basicamente um assistente e consultor, com uma postura solidária para auxiliar no alcance dos objetivos propostos, tendo em vista que o objetivo central da mediação é a resolução de conflitos através de diálogos. (GRANDE; QUEIROZ, 2017).

É importante o advogado informar ao cliente das funções que a mediação produz, incentivando-o a sempre agir com boa-fé, identificar os pontos conflituosos e assim orientar na maneira de agir diante de tal situação. No momento anterior ao início da sessão, é oportuno aos advogados conversarem com a parte para repassar novamente os fatos que serão discutidos e quais propostas de acordo seriam viáveis a satisfação do interesse. Já, durante a sessão, destaca-se que o papel do advogado é auxiliar no entendimento de novas informações trazidas, analisá-las e debater com o cliente sobre possíveis propostas de acordo. (ROSA, 2012).

Pode não parecer, mas é difícil para o advogado encontrar meios de solução que sejam aceitáveis para as partes envolvidas no litígio. Para isso, o mais importante é selecionar quais são os melhores acordos a serem feitos, levando em consideração aspectos como os sentimentos do cliente, além de analisar o ponto de vista financeiro, íntimo e as possibilidades de cumprimento do que pode ser decidido. (ROSA, 2012).

Para isso, o advogado deve mostrar a realidade ao cliente, para que ele conheça quais são seus limites e as probabilidades da decisão ser extremamente benéfica a todos participantes. Manter boas relações entre advogado-cliente facilita principalmente no momento da sessão de mediação, para assim o participante se sentir seguro, especialmente em casos de família, que possuem problemas que mexem com o emocional dos indivíduos, os quais acabam lembrando fatos e histórias passadas. (ROSA, 2012).

Casos que podem ser tratados com Mediação Familiar

Com o advento da Constituição de 1988, o conceito de família foi ampliado, tendo o Estado passado a reconhecer como entidade familiar a comunidade formada por qualquer um dos pais e um descendente, que é a chamada família monoparental, além da união estável entre homem e mulher. Desse modo, desapareceu a figura do pátrio-poder e surgiu a denominação poder-familiar, se referindo a ambos os cônjuges. (PEREIRA, 2012).

Todavia, diversos outros tipos de família sempre existiram, mesmo não recebendo a proteção estatal. Decorrem, então, interferências do Estado nas regras de reconhecimento e dissolução de famílias, seja em casamentos, união estável, em famílias monoparentais ou em união homoafetiva, sempre levando em consideração a dignidade da pessoa humana (PEREIRA, 2012).

a) União estável e divórcios:

Entende-se por união estável, conforme disposto no artigo 1.723 do Código Civil: "É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família." Ressalta-se que o Código Civil não estipula um tempo mínimo de duração de convivência entre partes para que se transforme em união estável.

Art. 694. Nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação (BRASIL, 2002).

O artigo exposto acima, também do Código Civil, esclarece que a mediação é usada para o reconhecimento e dissolução de união estável, podendo ser realizadas quantas sessões se acharem necessárias para viabilizar a solução consensual.

É importante destacar que, se a união estável resultou em filhos e/ou em bens a partilhar, é importante decidir com quem o filho ficará, se haverá pensão alimentícia e como será feita a visitação, além de definir a partilha dos bens das partes, sendo que tais cláusulas devem ser obrigatoriamente expostas no termo de acordo redigido ao final da sessão.

Quando o assunto é divórcio, esclarece o artigo 1.571 e seguintes do Código Civil, que a sociedade conjugal termina com divórcio, podendo qualquer dos cônjuges propor a ação de separação judicial, responsabilizando o outro cônjuge por violação dos deveres do casamento que torne insuportável a vida em comum. Observa-se que o divórcio consensual poderá ser realizado em cartório na hipótese das partes não terem filhos menores ou incapazes. (BRASIL, 2002).

Do mesmomo modo que ocorre com a união estável, em caso de divórcio litigioso, as partes podem participar da sessão de mediação, a fim de por fim ao litígio e estabelecerem as questões referentes aos filhos menores ou incapazes e aos bens, para assim obterem a celeridade processual e a paz social.

b) Partilha de bens:

Uma das maiores polêmicas processuais, a partilha de bens é um dos assuntos que também pode ser tratado nas sessões de mediação, e que muitas vezes põe fim a brigas que já perduram por anos, mesmo com diversos recursos e decisões.

Em uma sessão de mediação, as partes tem a oportunidade de sentarem, conversarem e se entenderem a respeito de como ficará os bens adquiridos durante a união estável ou casamento.

Pode haver o caso da renúncia de um bem por uma das partes ou a promessa de doação aos filhos. Há ainda casos em que pode ocorrer a transmissão onerosa da meação da posse, ou seja, as partes acordam quem ficará residindo no imóvel, ficando obrigado a indenizar a outra parte por um valor a ser decidido, ou, inclusive, podem vender a terceiros, devendo a remuneração ser dividida de maneira igualitária entre os cônjuges. (OLIVEIRA, 2015).

As sessões de mediação estão comprovando cada vez mais que, por vezes, basta os participantes deixarem, nem que por um momento, os conflitos de lado e iniciarem um diálogo cortês, que serão realizados

acordos benéficos a ambos, em vez de brigas e remorsos que são levados durante anos em demandas judiciais.

c) Ação de alimentos:

Em regra, quem não fica com a guarda do menor deve pagar pensão alimentícia em valor considerável a sanar as despesas dos filhos. Todavia, nem sempre é possível chegar a um acordo amigável sobre tal valor, tendo em vista situações como a formação de nova família pelo genitor ou genitora, o baixo salário recebido mensalmente e gastos elevados com despesas diárias/mensais.

O artigo 1.696 do Código Civil informa que “o direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaiando a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros”.

Para solucionar esse dilema, é importante as partes discutirem possíveis valores que possam ser pagos a títulos de alimentos, e é nesse ponto que a mediação torna menos desgastante a decisão. O mediador procura entender o lado dos participantes e direcionar a sessão a solução do litígio, para que assim nem uma das partes reste prejudicada e insatisfeita ao final da sessão, o que acaba ocorrendo em sentenças deferidas pelos Magistrados em processos judiciais de Ação de Alimentos, onde posteriormente precisam ser feitas revisões de alimentos, com o intuito de abaixar o valor pago aos alimentados, em razão das condições financeiras do alimentante.

d) Para idosos:

Todos sabem que o envelhecimento é um processo natural e próprio de todos os seres humanos. Porém, com toda a transformação pelo qual o mundo está passando, acaba sendo mais difícil do que parece essa adaptação das pessoas da terceira idade, visto que o diálogo acaba sendo trocado por mensagens no celular, as visitas não são mais tão frequentes e o tempo livre das pessoas está cada vez mais curto, seja pelas horas perdidas no trânsito ou por ficarem cada vez mais tempo no trabalho pra receber um salário um pouco melhor.

Com todas essas mudanças, as relações familiares acabam passando por dificuldades de convivência, o que inclui, em muitos casos, os idosos não receberem mais atenção de seus filhos, netos, bisnetos ou outros membros da família. E é aí que novamente a mediação familiar entra para restabelecer esses laços familiares perdidos ao longo do tempo.

Pode-se dizer que hoje são raras as famílias que sentam com seus avós ou bisavós para dialogarem a respeito de histórias e momentos do passado, ou quando sentam, não deixam os aparelhos celulares de lado para prestar atenção nessa época tão diferente dos dias atuais.

A falta de comunicação acaba prejudicando a relação entre idoso-familiar, onde os mesmos acabam mantendo esse sentimento de abandono guardado para si, o que acaba desencadeando outros problemas emocionais e de saúde. Mas, quando há diálogos e relacionamentos positivos, os conflitos tendem a serem resolvidos de imediato, para satisfação de ambas as partes.

Em síntese, o idoso deve buscar ajuda da mediação familiar em situações de conflitos familiares, quando não está sendo bem cuidado no ambiente em que está vivendo, no momento em que perceber que não estão sendo repassados suas remunerações de aposentaria ou outros benefícios ou quando observar estar vivendo sob situação de risco. (MARTINS; LEIFERT; DESGUALDO; et.al., 2014).

Na mediação, poderão ser abordados assuntos referentes a visitas, divisão de despesas e cuidados, consultas médicas e auxílio na medicação, cuidados importantes com higiene e alimentação ou questões como a contratação de um cuidador ou vaga para internação em casa de idosos. (MARTIN; LEIFERT; DESGUALDO; et.al., 2014).

São situações complexas, mas que a melhor forma de serem resolvidas é com muito diálogo e entendimento, que é justamente o que a mediação familiar busca: o afastamento do conflito e a produção de diálogos.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, é possível compreender que a mediação é uma forma eficaz de resolução de conflitos, e o acesso a este procedimento promove o direito fundamental das partes à justiça – no sentido de solução pacífica de conflitos – configurando em uma das vantagens da mediação. Também, o acesso a uma

justiça facilitado através da mediação, possibilita um descongestionamento do judiciário e se revela mais uma vantagem.

A Lei 13.140/2015, que trata com exclusividade da mediação, relata os requisitos a serem cumpridos para se tornar mediador, e assim orientar e auxiliar as partes na solução de seus conflitos, principalmente na esfera familiar. Nesse ponto, damos ênfase em ações como de divórcio ou união estável, partilha de bens, ação de alimentos e até mesmo em conflitos com idosos, onde o mediador usa de todo seu estudo e conhecimento para desenvolver um diálogo produtivo entre as partes, para que ao final, todos percebam que os conflitos podem sim serem resolvidos à base de diálogos, e não apenas com processos e confrontos judiciais, e melhor ainda, compreenderem que com a mediação não há ganhador e perdedor, mas satisfação de ambas as partes ao fim do litígio. Diante disso, se percebem outras vantagens que o procedimento proporciona.

Contudo, conforme se constatou ao decorrer do trabalho, a mediação ainda é vista com resistência pelos operadores do Direito, considerando que necessitam alterar seus modos ofensivos de atuação para tornarem-se compreensivos frente às questões que venham a ser discutidas nas sessões, apresentando-se como uma desvantagem.

Em uma análise geral, foi possível visualizar como é o funcionamento de uma sessão de mediação, e a partir disso ter a certeza de que esse sistema vai ganhar um espaço cada vez maior no cotidiano do judiciário, para assim resolver os conflitos da sociedade rodeada por problemas e discussões.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. **A mediação no Novo Código de Processo Civil**. 2º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

BARBOSA, Águida Arruda. **Mediação Familiar Interdisciplinar**. São Paulo: Atlas, 2015.

BRASIL, **Código de Processo Civil**, Brasília, Distrito Federal: Senado Federal, 2015.

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

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Manual de Mediação Judicial** - De acordo com a Lei 13.140/15 (Lei de Mediação), a Lei 13.105/15 (Novo Código de Processo Civil) e a Emenda 2 da Resolução 125/10 - 6ª edição – 2016.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Novas Modalidades de Família na Pós-Modernidade** - São Paulo: Atlas, 2010.

MARTINS, Alessandra Negrão Elias; LEIFERT, Gabriela Mantaut; DESGUALDO, Heloisa Maria; et.al.. **Atendimento em Mediação Familiar com ou para Idosos**. Disponível em: <http://www.portaldoenvelhecimento.com> - acesso em 14 mar. 2018.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família: Uma Abordagem Psicanalítica**. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

REALIDADE DA ADOÇÃO: OS CAMINHOS PARA COMBATER A MOROSIDADE PROCESSUAL E A ESPERA NOS ABRIGOS

REALITY OF ADOPTION: THE WAYS TO COMBAT THE PROCESSUAL SLOW DURATION AND WAIT IN THE CHILDREN'S SHELTER

Cláudia Sobis Alves¹
Carolina Ana Cecchin²
Giana Lisa Zanardo Sartori³

RESUMO: Há um vigoroso e incessante discurso alvejando a morosidade processual na adoção, como a principal responsável pela adoção tardia e consequentemente, por infringir o direito de crianças e adolescentes a uma convivência familiar. O principal objetivo da presente pesquisa foi demonstrar que com o advento da lei 13.509/17, a discrepância entre o perfil desejado pelos habilitados para adoção e o perfil das crianças que esperam pela colocação em família substituta, é a principal responsável pela adoção cada vez mais tardia. Os materiais e métodos utilizados foram a pesquisa, leitura de legislação, doutrina e jurisprudência e análise de dados e informações obtidos junto ao Cadastro Nacional da Adoção. Por conseguinte, as conclusões obtidas revelaram que a presente pesquisa atingiu seu objetivo, que foi demonstrar, em parte, as causas da morosidade processual no processo de adoção, delineando todo o contexto do processo de habilitação para adoção.

Palavras-chave: Adoção Tardia. Violência. Habilitação para Adoção.

ABSTRACT: There is a vigorous and incessant speech targeting procedural slowness in adoption, as the main responsible for late adoption and consequently, for violating the right of children and adolescents to a family relationship. The main objective of the present research was to demonstrate that with the advent of law 13,509 / 17, the discrepancy between the profile desired by the adoptees and the profile of the children who wait for placement in a surrogate family, is the main responsible for the adoption more and more late. The materials and methods used were the research, reading of legislation, doctrine and jurisprudence and analysis of data and information obtained from the National Registry of Adoption. Consequently, the conclusions obtained revealed that the present research reached its objective, which was to demonstrate, in part, the causes of procedural delays in the adoption process, outlining the entire context of the process of adoption habilitation.

Keywords: Late Adoption. Violence. Adoption habilitation.

¹ Acadêmica do 7º. Semestre do Curso de Direito da URI Erechim. *E-mail:* clau_sobis@hotmail.com

² Acadêmica do 7º. Semestre do Curso de Direito da URI Erechim. *E-mail:* ana_cechin@hotmail.com

³ Doutora em Direito. Professora da URI Erechim. *E-mail:* sgiana@uricer.edu.br

INTRODUÇÃO

A Adoção é um instituto jurídico importante para o Direito de Família. A formação das famílias perpassa por um projeto de parentalidade que pode ser biológico ou socioafetivo. A maternidade, a paternidade e a filiação nos casos de adoção, enquanto projeto parental efetiva-se por um procedimento judicial.

A problemática da pesquisa reside neste ponto, ou seja, o que gera a morosidade processual no processo de adoção infringindo garantias e princípios constitucionais, como o direito a uma família e uma vida digna. Apesar da destituição do poder familiar retirar a criança da situação de risco e violação de direitos, a longa espera nos abrigos pela colocação em família substituta, também configura lesão a direitos. Tanto na Constituição Federal Brasileira de 1988, quanto no Estatuto da Criança e do Adolescente assegura-se a prioridade absoluta ao auxílio das necessidades da criança e do adolescente. O principal objetivo é demonstrar que com o advento da lei 13.509/17, a discrepância entre o perfil desejado pelos habilitados para adoção e o perfil das crianças que esperam pela colocação em família substituta, é a principal responsável pela adoção cada vez mais tardia.

Diante disso o tema passa a ser pesquisado primeiramente pelas questões de violência e abandono familiar, depois analisar-se-à a destituição do poder dever dos pais e as configurações familiares. Para melhor compreensão do tema proposto é relevante o estudo da realidade dos abrigos, a adaptação na família substituta, os casos de devolução em adoção e o processo de habilitação para adoção.

Os materiais bibliográficos de legislação, doutrina, jurisprudência, dados e informações obtidos junto ao Cadastro Nacional da Adoção foram utilizados para a elaboração do artigo. O método foi o analítico descritivo.

VIOLÊNCIA E ABANDONO FAMILIAR

Segundo a Declaração Universal dos Direitos da Criança, é necessário fornecer à criança amor e compreensão, com vistas a ser criado um ambiente afetoso e seguro, para que assim se garanta seu desenvolvimento, completo e harmonioso. Conforme preconiza o Estatuto da Criança e do Adolescente em seus artigos 4º e 5º, a família, tem o dever de assegurar a efetivação dos direitos das crianças, assegurando que nenhuma será submetida à situação de risco ou violação de direitos.

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.

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)

O que se espera de uma família é amor e proteção. Tem-se a perspectiva de que, no seio familiar, possa se garantir uma vida digna, assegurada a proteção de todos os direitos da criança e do adolescente. Porém, em muitos casos, devido à falta de educação, responsabilidade, causas culturais e até mesmo problemas psicológicos e psiquiátricos, o ambiente familiar se torna o de

maior risco para uma criança.

Situações de negligência surgem facilmente em um ambiente familiar desestruturado, dinâmica familiar que majoritariamente é perpassada de geração em geração. Muitos pais das crianças acolhidas, também já foram acolhidos, pois continuam desenvolvendo suas vidas, sob a mesma dinâmica familiar. Inseridas nesse meio, as crianças são vítimas das mais diversas formas de violência: violência sexual, psicológica, física, moral. A falta de afeto e responsabilidade advém, na maioria dos casos, de alguém que não teve presente um planejamento familiar e, provavelmente, não teve em sua família carinho e afeto. Por conseguinte, as situações de negligência e violência resultam na violação dos direitos mais comezinhos das crianças e adolescentes.

As consequências da violência familiar são graves e podem até mesmo ser irreversíveis, visto que, principalmente se praticada nos primeiros anos de vida da criança, influenciarão na formação de sua personalidade, deixando marcas físicas e psicológicas para o resto da vida. O estado emocional de uma criança, é o resultado de onde ela foi criada, e neste caso, a violação de seus direitos poderá resultar até mesmo em inaptidões sociais cognitivas. “Por trás de cada criança desajustada devemos procurar uma família. A desorganização do grupo familiar tem consequências graves no nível das relações humanas” (LEVISKY, 2007)

Constatada a violência, tanto por órgãos municipais da rede de proteção e, na maioria das vezes, denunciadas ao Ministério Público, dê imediato medidas protetivas são aplicadas, para retirar a criança da situação de negligência, risco e violação de direitos. Além do leque de medidas protetivas cabíveis de serem aplicadas as crianças e adolescentes, existem medidas que podem ser aplicadas aos responsáveis.

Conforme o artigo 129 do Estatuto da Criança e do Adolescente são medidas aplicáveis aos pais ou responsável:

I - encaminhamento a serviços e programas oficiais ou comunitários de proteção, apoio e promoção da família; II - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos; III - encaminhamento a tratamento psicológico ou psiquiátrico; IV - encaminhamento a cursos ou programas de orientação; V - obrigação de matricular o filho ou pupilo e acompanhar sua frequência e aproveitamento escolar; VI - obrigação de encaminhar a criança ou adolescente a tratamento especializado; VII - advertência; VIII - perda da guarda; IX - destituição da tutela; X - suspensão ou destituição do poder familiar.

Após a aplicação da medida protetiva mais adequada para a situação, a família começará a ser acompanhada pelo Conselho Tutelar e pelos órgãos de proteção do município, que fornecerão apoio necessário para cessar as situações de risco e fortalecer vínculos afetivos com vistas a reconstrução da família. A rede de proteção acompanhará a família por todo período necessário, às vezes por anos, noticiando ao Juizado da Infância e Juventude toda e qualquer situação de risco e violação de direitos. Apesar da aplicação das medidas protetivas, tratamentos médicos e acompanhamento psicossocial, em muitos casos, a dinâmica familiar permanece inalterada e, não há outra solução além de retirar a criança do seio familiar: começa o processo de destituição do poder familiar.

DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR

O Estatuto da Criança e do Adolescente, visando a política de proteção integral às crianças e adolescentes, firmou o dever dos pais ampararem e cuidarem dos filhos. Compete, assim, aos pais em igualdade de condições, o exercício do poder familiar assegurando, uma estrutura e dinâmica

familiar adequada, para garantir as crianças e adolescentes o pleno desenvolvimento de suas capacidades, propiciando meios que garantam vida digna.

Neste sentido, ensina Silvio Venosa (2011,304.):

O poder familiar, ou melhor, a autoridade parental, não é exercício de um poder ou uma supremacia, mas de um encargo imposto pela paternidade e maternidade, decorrente da lei. Nesse sentido, entendemos o pátrio poder como um conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais com relação aos filhos menores e não emancipados, com relação à pessoa destes e seus bem.

No mesmo sentido, Roberto João Elias (1999, p. 6), conceitua o poder familiar como: “um conjunto de direitos e deveres, em relação à pessoa e aos bens dos filhos menores e não emancipados, com a finalidade de propiciar o desenvolvimento integral de sua personalidade”.

A destituição do poder familiar retira a responsabilidade dos pais sob o menor, retira seu dever de assegurar os direitos da criança e do adolescente, repassando-o para o Estado ou para a família substituta.

A destituição do poder familiar é o fim do sofrimento de uma criança e o início de uma nova vida. Simboliza que não foi logrado êxito em recuperar os vínculos familiares e cessar a situação de risco.

Nesses casos deve-se sempre levar em conta o melhor interesse da criança ou adolescente, que não encontra mais em seu seio familiar, condições básicas para exercer seus direitos e ter uma vida digna. Segundo o Código Civil (BRASIL, 2002), extingue-se o poder familiar:

Art. 1.635.

- 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.

Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:

- I - castigar imoderadamente o filho; II - deixar o filho em abandono;
- III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;
- IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.

Nesse sentido, é a jurisprudência:

CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DE PODER FAMILIAR. AGRESSÕES FÍSICAS E ABANDONO DO MENOR PELA SUA GENITORA. COMPROVAÇÃO. DESTITUIÇÃO. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA MÁXIMA PROTEÇÃO À CRIANÇA E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. RECURSO PROVIDO.

Restando demonstrado nos autos que a genitora do infante o agride fisicamente, bem como verificado o seu abandono, a destituição do poder familiar é medida que se impõe, levando-se em conta os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da máxima proteção à criança e ao adolescente. (TJ-MG 102900705050590011 MG 1.0290.07.050505-9/001 (1), Relator: MARIA ELZA, Data de Julgamento: 07/05/2009, Data de Publicação: 26/05/2009. (MINAS GERAIS, 2009)

No mesmo sentido, o Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990):

Art. 101, § 9 Em sendo constatada a impossibilidade de reintegração da criança ou do adolescente à família de origem, após seu encaminhamento a programas oficiais ou comunitários de orientação, apoio e promoção social, será enviado relatório fundamentado ao Ministério Público, no qual conste a descrição pormenorizada das providências tomadas e a expressa recomendação, subscrita pelos técnicos da entidade ou responsáveis pela execução da política municipal de garantia do direito à convivência familiar, para a destituição do poder familiar, ou destituição de tutela ou guarda.

§ 10. Recebido o relatório, o Ministério Público terá o prazo de 15 (quinze) dias para o ingresso com a ação de destituição do poder familiar, salvo se entender necessária a realização de estudos complementares ou de outras providências indispensáveis ao ajuizamento da demanda.

Uma das principais consequências da destituição do poder familiar é a colocação em família substituta, já que, na maioria dos casos é inviável a colocação na família extensa.

Com vistas à colocação dessa criança na família substituta, é necessário que o processo não se prolate, para que se possa minimizar ao máximo os traumas e danos à vida do infante. Crescer em um abrigo, não é uma realidade fácil para um vulnerável. Quanto à isso, com o advento da lei 13.509/2017, muitas alterações foram extremamente significativas para minimizar as maiores problemáticas referentes a destituição do poder familiar, acolhimento institucional e adoção. Definiu-se como obrigatória a reavaliação da criança em acolhimento institucional a cada três meses, com tempo máximo de acolhimento institucional de 18 meses, salvo necessidade comprovada (art. 2, § 1º e 2º). Outro prazo extremamente importante foi a limitação de 120 dias para concluir-se a adoção (art. 46 § 10). E o mais importante: prazo máximo da destituição do poder familiar de 120 dias.

“Art. 163. O prazo máximo para conclusão do procedimento será de 120 (cento e vinte) dias, e caberá ao juiz, no caso de notória inviabilidade de manutenção do poder familiar, dirigir esforços para preparar a criança ou o adolescente com vistas à colocação em família substituta.” (BRASIL, 1990).

O tempo é de suma importância quando se trata de destituição do poder familiar e, por conseguinte, colocação em família substituta. Há uma discrepância entre o perfil da criança destituída do poder familiar e o perfil desejado pelos habilitados para adoção. Isso faz com que adoção seja cada vez mais tardia.

É aí que o drama começa: a falta de compatibilidade da realidade dos perfis, faz com que sejam cada vez maiores as chances do menor atingir a menoridade sem ter encontrado uma família. Aquela criança, que sofreu todo tipo de rejeição e violência, agora tem de enfrentar uma espera que pode nunca ter fim. Para melhor compreensão da adoção, no próximo item serão apresentadas as configurações familiares.

AS CONFIGURAÇÕES FAMILIARES

O Estatuto da Criança e do Adolescente consagra e reconhece a existência de três espécies de família: a natural, a extensa e a substituta.

A família natural é compreendida pela comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes. Art. 25. Entende-se por família natural a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes.

A família extensa é a que se estende além dos pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive, mantendo vínculos de afeto.

Art, 25, Parágrafo único. 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)

A família substituta é medida excepcional, na qual a criança ou adolescente deverá ser encaminhada, de três maneiras que são: guarda, tutela e adoção. Art. 28, ECA: A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei. (BRASIL, 1990)

A colocação em família substituta será medida excepcional, pois a criança tem o direito de ser criada em sua família natural nutrendo vínculos quanto a sua origem biológica, porém, pelo fato de seu núcleo familiar ser o ambiente de maior risco para si, o melhor caminho, é a colocação em família substituta. O principal objetivo é resguardar todos os direitos, garantindo que tenha vínculos afetivos junto a uma família e sua reintegração à sociedade. Após analisadas as possibilidades de colocação em família extensa, se negativas, começará o processo de colocação em família substituta. Essa análise de capacidade é feita a partir de uma avaliação psicossocial, sempre visando o melhor interesse do menor.

A REALIDADE DOS ABRIGOS

Retirado do seu seio familiar, a criança ou adolescente agora tem que lidar com a realidade dos abrigos. Ali, não existe mais situação de risco ou violação de seus direitos, mas existe o medo, a solidão, a incerteza e a insegurança. Por isso, o acolhimento é medida excepcional e deve ser cuidadosamente indicado.

Ao chegar aos abrigos, os acolhidos encontram demais histórias de violência e de abandono, e tem de aprender a conviver com tantos outros que também foram rejeitados. As agressões, evasões, choros, brigas, revolta fazem parte do cotidiano de um acolhido. A falta de visitas da família extensa, tudo contribui para um ambiente triste. Por isso, durante o período de acolhimento institucional é assegurado aos acolhidos tratamento psiquiátrico, médico, acompanhamento psicológico e todas as condições para continuidade dos estudos.

Porém, sabe-se que em certos abrigos existem grandes violações de direitos das crianças e adolescentes, quanto ao descumprimento das diretrizes operacionais previstas para seu funcionamento em termos de estrutura física, composição da equipe técnica.

A superlotação é outro problema a ser enfrentado nos abrigos. Segundo o CNCA (Cadastro Nacional de Crianças Acolhidas), do CNJ, existem 46 mil crianças em situação de acolhimento. São poucas as chances de achar alguém disponível na família extensa e/ou na família substituta. Quanto maior a idade dos acolhidos, maiores são as chances de não encontrar um perfil compatível e surgir comportamentos inadequados, como o de fuga da instituição. Porém, não é objetivo dos abrigos restringir a liberdade. A princípio, a regra é que o acolhimento seja de breve permanência, porém, por impossibilidade de colocação na família extensa e a demora por encontrar um perfil compatível para família substituta junto ao CNA, a institucionalização pode se perpetuar até o acolhido completar a maioridade. (BRASIL, CNJ, 2017)

Os programas de apadrinhamento podem muito auxiliar esse ser humano que irá passar os primeiros anos de sua vida sem a presença de uma família. O apadrinhamento pode ser afetivo ou financeiro, com vistas a proporcionar um vínculo afetivo fora do ambiente de institucionalização. O apadrinhamento financeiro seria uma contribuição financeira à criança institucionalizada, de acordo com suas necessidades. No apadrinhamento afetivo o principal objetivo é que a criança conheça como funciona vida em família, mantendo vínculo afetivo. Os padrinhos podem passear com seus

afilhados, proporcionando ao acolhido momentos fora do abrigo.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990) em seu artigo 19-B, regulariza o programa de apadrinhamento:

Art. 19-B. A criança e o adolescente em programa de acolhimento institucional ou familiar poderão participar de programa de apadrinhamento.

- § 1º O apadrinhamento consiste em estabelecer e proporcionar à criança e ao adolescente, vínculos externos à instituição para fins de convivência familiar e comunitária e colaboração com o seu desenvolvimento nos aspectos social, moral, físico, cognitivo, educacional e financeiro.

§ 2º Podem ser padrinhos ou madrinhas pessoas maiores de 18 (dezoito) anos não inscritas nos cadastros de adoção, desde que cumpram os requisitos exigidos pelo programa de apadrinhamento de que fazem parte [...]

Majoritariamente é condição para participar do programa de apadrinhamento não ser habilitado para adoção, além de passarem por avaliação psicológica. (BRASIL, Estatuto da Criança e do Adolescente).

A ADAPTAÇÃO NA FAMÍLIA SUBSTITUTA

O Estatuto da Criança e do Adolescente define a família substituta como a que substituirá a natural, com todos os deveres inerentes à ela.

Para a doutrina, a família substituta é, no conceito de Daher (1998), “aquela que se propõe trazer para dentro dos umbrais da própria casa, uma criança ou adolescente que por qualquer circunstância foi desprovido da família natural, para que faça parte integrante dela, nela se desenvolva e seja”.

Após a fase de espera durante o acolhimento institucional, finalmente encontra-se um perfil compatível e começa o primeiro contato com a família substituta: o estágio de convivência. Esse processo é fundamental para a adaptação, pois nesse período começarão a se estabelecer os vínculos afetivos, necessário tanto para o adotante quanto para o adotado. A lei 13.509/17, firmou em 90 dias o período de convivência, proporcionando maior celeridade aos processos. É difícil estabelecer um tempo preciso para convivência e adaptação, pois cada um terá suas particularidades, sua história e traumas. Porém, a lei estabeleceu um tempo razoável para não prejudicar nenhuma das partes.

Toda criança, adverte Sayão, é um ser completo e ao mesmo tempo em desenvolvimento – diversamente das visões anteriores, que viam a criança como ser incompleto, a menos, ou como um adulto em miniatura, que só precisava da experiência para chegar à maturidade, na atualidade tenta-se compreender o desenvolvimento humano como um processo contínuo do nascimento à velhice. Nesta perspectiva, a infância contém em si a humanidade, significando ainda um momento da vida em que as mudanças são rápidas e importantíssimas para o desenvolvimento subsequente. Sujeitos de direitos e sujeitos de conhecimento, as crianças necessitam que o adulto crie condições para que elas experimentem diferentes interações com pessoas, objetos e situações, para poder ser, exprimir-se e agir no mundo. As crianças são curiosas, ativas e capazes, motivadas pela necessidade de ampliar seus conhecimentos e experiências e de alcançar progressivos graus de autonomia frente às condições do seu meio. (SAYÃO, 2010)

Após o período do estágio de convivência, a autoridade judicial analisará se poderá ser

deferida a adoção. Em regra, antes do deferimento, se prescreve a adequação do ambiente familiar para receber o adotado, demonstrando nutrir sentimentos e responsabilidade inerentes à pai ou mãe.

Para Arnaldo Marmitt (1993, p.7) a adoção é um “ato jurídico bilateral, solene e complexo, através do qual criam-se relações análogas ou idênticas às decorrentes da filiação legítima, um status semelhante ou igual entre filho biológico e adotivo”.

Ainda, ordenamento jurídico brasileiro prevê a adoção por estrangeiro. De acordo com a Convenção de Haia de 1993, Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional e com o artigo 31 do Estatuto da Criança e do Adolescente, a adoção internacional será medida excepcional, que deve ser tomada apenas em último caso. Isso, para que se garanta proteção integral dos direitos fundamentais reconhecidos pelo direito internacional, assim, prevenindo crimes como venda e tráfico de crianças.

Art. 31. A colocação em família substituta estrangeira constitui medida excepcional, somente admissível na modalidade de adoção.

Art. 50. A autoridade judiciária manterá, em cada comarca ou foro regional, um registro de crianças e adolescentes em condições de serem adotados e outro de pessoas interessadas na adoção [...]

§ 10. A adoção internacional somente será deferida se, após consulta ao cadastro de pessoas ou casais habilitados à adoção, mantido pela Justiça da Infância e da Juventude na comarca, bem como aos cadastros estadual e nacional referidos no § 5o deste artigo, não for encontrado interessado com residência permanente no Brasil.

Existe uma ideologia afirmando que seria mais dificultosa a adaptação de um adotado adolescente. O adolescente, sim, possui um maior número de registros em seu inconsciente que podem ser mais negativos ou não, o que podem o tornar mais agressivo ou com certo distanciamento afetivo, consolidado durante os anos de abandono e de espera, mas não é uma regra. Qualquer ser humano pode se tornar agressivo. Um bebê pode ter comportamentos agressivos. É claro que, aparentemente, é mais fácil moldar as emoções e respostas de um bebê, mas nada impede que um adolescente estabeleça vínculos de amor e afeto com os adotandos com facilidade.

OS CASOS DE DEVOLUÇÃO

O que se espera de um habilitado para adoção é que, durante o processo, através dos cursos de preparação psicossocial, este tenha comprometimento acerca da grande responsabilidade que é a adoção, ciente do ônus e bônus que essa decisão irá acarretar. Não se trata da escolha de um objeto cabível de valor material, mas sim de uma vida. E mais, a vida de alguém que já sofreu todo tipo de abandono, violência, rejeição. Mesmo assim, crescem os casos de devoluções de crianças e adolescentes adotadas.

No período entre janeiro de 2016 e junho de 2017, 192 crianças foram devolvidas por habilitados a adoção em Santa Catarina. Dados afirmam que no ano passado, 1.991 crianças foram reconduzidas às instituições. O motivo alegado na maioria dos casos, é a falta de construção de laços afetivos. (CARTA CAPITAL, 2017)

Para alguém que passou a maior parte da vida em meio à violência, abuso e abandono, é praticamente impossível reparar o dano de mais um abandono. Por parte dos adotantes, há uma idealização errônea em relação ao adotado, esquecendo as marcas emocionais que possui, suas particularidades e que ele terá dificuldades de adaptação. Isso mostra a necessidade de uma excelente equipe técnica em momento anterior ao cadastro. Muitos pedidos de habilitação para adoção são indeferidos, sustentados em estudo social e avaliação psicológica, mas, mesmo assim, muitas particularidades podem passar despercebidas. É inevitável.

Frente à casos de devoluções, juízes estão determinando indenizações para as crianças.

Desde pensão alimentícia até tratamento psicológico.
Conforme o artigo 197-E, § 5º, ECA,

A desistência do pretendente em relação à guarda para fins de adoção ou a devolução da criança ou do 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)

Ou seja, além da indenização, devoluções podem acarretar a impossibilidade de adotar. Cabe ao Poder Judiciário adotar iniciativas para minimizar as consequências dessa situação, que trará marcas irreparáveis à criança ou adolescente.

O PROCESSO DE HABILITAÇÃO PARA ADOÇÃO

O processo de habilitação para adoção possui fases e requisitos. Primeiramente, quanto ao habilitado, exige-se a idade mínima de 18 anos, devendo-se observar a diferença de 16 anos entre adotante e adotado. É necessário procurar a Vara de Infância e Juventude, elaborando uma petição e promovendo juntada de documentos. Não existem restrições quanto ao estado civil. O habilitado definirá o perfil da criança que deseja adotar e passará por curso de preparação jurídica e psicossocial à adoção, além de estudo social e avaliação psicológica.

Todas as regras e exigências, estão definidas no Estatuto da Criança e do adolescente, em seus artigos 197-A à 197-F. São os seguintes os documentos para iniciar o processo de adoção e o prazo para sua conclusão:

Art. 197-A. Os postulantes à adoção, domiciliados no Brasil, apresentarão petição inicial na qual conste: I - qualificação completa; II - dados familiares; III - cópias autenticadas de certidão de nascimento ou casamento, ou declaração relativa ao período de união estável; IV - cópias da cédula de identidade e inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas; V - comprovante de renda e domicílio; VI - atestados de sanidade física e mental; VII - certidão de antecedentes criminais; VIII - certidão negativa de distribuição cível.

Art. 197-F. O prazo máximo para conclusão da habilitação à adoção será de 120 (cento e vinte) dias, prorrogável por igual período, mediante decisão fundamentada da autoridade judiciária. Se deferido, o habilitado terá seu nome incluído junto ao CNA – Cadastro Nacional de Adoção. (BRASIL, 2018)

CNA – Cadastro Nacional da Adoção

O Cadastro Nacional da Adoção é um sistema, capaz de cruzar informações, através do cadastro de dados de todas as Varas da Infância e Juventude do país, facilitando encontrar perfis compatíveis e aumentando a celeridade processual. Após deferido o pedido de habilitação para adoção, a autoridade judiciária requer, que imediatamente se proceda o cadastro dos habilitados à adoção.

Dependendo do Estado, certos critérios são utilizados para definir a fila de habilitados. Geralmente, as listas são exibidas da seguinte forma:

- pretendentes do foro regional (nos casos de mais de uma vara na

- mesma comarca),
- por ordem cronológica de habilitação;
- pretendentes da comarca, por ordem cronológica de habilitação;
- pretendentes da unidade da Federação, por ordem cronológica de habilitação;
- pretendentes da região geográfica, por ordem cronológica de habilitação;
- pretendentes das demais regiões geográficas, por ordem cronológica de habilitação. (BRASIL, 2018.)

Ao acessar o Cadastro Nacional de Adoção, no endereço eletrônico do Conselho Nacional de Justiça é possível gerar dados que são gerais e que expõe a atual situação de adotantes e adotados.

Observa-se, a grande discrepância referente à idade de escolha dos habilitados. O número de pretendentes que aceitam crianças com até 01 ano de idade é 5.808. Em contrapartida, apenas 53 habilitados aceitam crianças com até 16 anos. Percebe-se que as variáveis como: a raça e a faixa etária ainda são alguns dos entraves para a efetivação de adoções. No relatório de pretendentes cadastrados observou-se que em torno de 50% se dispõem a adotar crianças negras, pardas, amarelas e indígenas. Com relação a idade dos adotandos quanto menor for a criança o índice de pretendentes aumenta, até três anos 20% quanto mais idade menos pretendentes chegando a 0,12% se for adolescente até 16 anos. (BRASIL, 2018)

A disponibilidade de todas essas informações auxilia muito todo o processo de adoção, principalmente no encontro de perfis compatíveis. Diante do vasto território do nosso país, seria inviável diante de tantos casos e particularidades, encontrar perfis compatíveis com tanta facilidade. Atualmente, cerca de (7.000) sete mil crianças e trinta e oito mil (38.000) pretendentes estão cadastrados.

ELABORAÇÃO DO PERFIL DA CRIANÇA DESEJADA

As autoras do referido artigo científico esclarecem que, a elaboração e construção do presente item a respeito da elaboração do perfil da criança desejada faz parte da experiência prática da acadêmica, estagiária e autora Cláudia Sobis Alves no Ministério Público de Erechim/RS.

A grande problemática da adoção, que é a espera tanto para as crianças nos abrigos quanto para os habilitados para a adoção, se deve, principalmente, pela discrepância entre o perfil da criança desejada e o perfil das crianças inscritas junto ao Cadastro Nacional de Adoção. A falta de conhecimento dos habilitados acerca da realidade da adoção é um paradigma que deve ser destruído. Tem-se, ainda, a ideia de que as crianças postas para adoção são aquelas deixadas à porta de uma casa ou à porta dos orfanatos, recém-nascidos. Que foram deixados apenas pela falta de condições financeiras dos pais biológicos. Mas o que acontece, de fato, é que a maioria das crianças que estão esperando colocação em família substituta foram maltratadas, violentadas, abusadas, humilhadas por sua família natural e tampouco em sua família extensa encontraram proteção. Situação de risco e violação de direitos que não ocorreu apenas uma vez, mas que majoritariamente perdurou por anos.

Nem sempre através das redes de proteção consegue-se constatar de imediato que a criança ou adolescente está com seus mais comecinhos direitos lesados. Após todo esse sofrimento é que a criança é acolhida. Acolhida em uma instituição que também a trará medos, dores e consequências emocionais. Apesar de violentados muitos dos acolhidos tem forte vínculo afetivo com seus genitores e sofrem muito com a retirada da família natural. A maioria dos casos de crianças destituídas do poder familiar logo após o nascimento são casos em que, são aplicadas

medidas protetivas ao nascituro, em que a gestante é internada compulsoriamente por conta de drogadição, situação de rua e omissão quanto ao pré-natal, e quando a família já é acompanhada pela rede de proteção há anos e é constatada, desde logo, a impossibilidade da criança ser mantida junto à família natural. As crianças disponíveis para adoção não serão um bebê deixado à sua porta mas sim um ser humano que teve todas as portas fechadas para si.

Compreensível é, que para o habilitado seja preferível uma criança nos primeiros meses ou anos de vida. Portanto, torna-se necessário o amadurecimento quanto à ideia de adoção, e que os riscos também existem para um recém-nascido. Um bebê gerado por uma usuária de drogas ou por alguém que rejeitou a criança por toda a gestação terá marcas pelo resto de vida. É biologicamente comprovado que durante o período gestacional o nascituro grava emoções, sensações e exteriorizará pelo resto da vida muito do que sentiu durante o período gestacional. Após a decisão de adotar, é um caminho obscuro para os habilitantes, pois realmente não sabe o que encontrarão.

Apesar do processo de habilitação para adoção incluir curso preparatório, em muitos aspectos esse processo de habilitação é falho. Ao procurar a Vara da Infância e Juventude, dê imediato, os habilitantes preenchem uma ficha com dados básicos e escolhem o perfil da criança desejada. Porque esse perfil não é elaborado após toda a preparação do processo de habilitação para habilitação, quando estariam mais cientes do ônus e bônus, da realidade da adoção? O perfil sim, pode ser alterado durante o processo, mas geralmente a primeira alteração se dá dois anos após o deferimento da habilitação, além de que, para que se proceda a alteração deve-se ouvir o Ministério Público, que as vezes requer mais avaliações psicológicas, em média mais dois meses para deferimento da alteração. Aí já se passarão mais de dois anos da inclusão no Cadastro Nacional da Adoção. Dois anos é muito para quem espera nos abrigos e muito para quem espera para se tornar pai e mãe, e o mais grave: nesses dois anos, aquela criança que tinha dois anos e tinha mais chances de ser adotada, agora já tem quatro anos.

O processo de habilitação para adoção deveria ser mais voltado à elaboração do perfil e da realidade dos abrigos, a realidade de quem ali espera por uma família. Ciente da atual situação da adoção, o habilitante tornaria seu perfil apto as realidades e, com certeza encontraria um perfil compatível com muito mais facilidade. Não adianta sonhar com a ilusão de encontrar um bebê de 0 a 2 anos em meses, em um ano. Talvez nem em 5 anos encontre. Não adianta prolar a enxergar a realidade. Outro impasse, de menor impacto mas também com força, é em relação a cor da pele. A maioria deseja adotar criança ou adolescente da raça branca. Muitos justificam pelo fato de que, seria mais nítido que a criança é adotada, porém, é um direito da criança saber sobre suas origens. A nossa realidade é de maioria de crianças pardas ou negras. Apesar de tal discurso, apontando causas da morosidade processual em relação à adoção, não afasta-se o direito do habilitado ter o filho que deseja, com todas as particularidades possíveis no perfil, porém, deve ter a consciência que a espera será longa para si, e talvez, impossibilite a criança ou adolescente de ter uma família, para sempre.

CONCLUSÃO

Após estudo das questões de violência e abandono familiar, da destituição do poder dever dos pais e as configurações familiares, da realidade dos abrigos, a adaptação na família substituta, os casos de devolução em adoção e o processo de habilitação para adoção verificou-se que apesar dos prazos estabelecidos com o advento da lei 13.509/17, a situação permaneceu inalterada.

Através da análise da legislação e dados obtidos junto ao Cadastro Nacional da Adoção, constatou-se a falta de esclarecimento por parte dos habilitados para adoção, o que faz com que seja discrepante o perfil da criança desejada pelos habilitados para adoção em razão das crianças acolhidas, resultando em adoções cada vez mais tardias.

Diante da legislação analisada, normas e princípios nela contidas, dados obtidos do

Cadastro Nacional da Adoção, conclui-se, que o fator mais relevante quanto à morosidade do processo de adoção, é a discrepância, entre o perfil exigido pelo habilitado para a adoção e, o das crianças que se encontram acolhidas. Apesar de, muitas vezes haver um excedente número de processos nas Varas da Infância e Juventude, sabe-se que, se houver um maior esclarecimento acerca da realidade da adoção, o processo pode se tornar mais célere. Cientes das possibilidades da adoção no Brasil, os habilitados poderão optar pelo perfil da criança que desejam com mais clareza e maior responsabilidade, diminuindo, assim, tanto o tempo do processo quanto a chance de uma criança ser devolvida.

REFERÊNCIAS

MARMITT, Arnaldo. **Adoção**. Rio de Janeiro: Aide, 1993.

LEVISKY, David Leo. **Adolescência e violência: ações comunitárias na prevenção**. São Paulo: Casa do Advogado, 2007.

BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/cadastro-nacional-de-adocao-cna>. Acesso em: 28/03/2018.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa da Brasil. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

BRASIL. **Código Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 27 de março de 2018.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm Acesso em: 28 de março de 2018.

CARTA CAPITAL. <https://www.cartacapital.com.br/sociedade/o-descompasso-que-trava-a-adocao-no-brasil>

DAHER, Marlusse Pestana. **Família Substituta**. Jus Navigandi. Dezembro de 1998. Acessado em: 30/03/2018. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1655>.

David Leo. **Adolescência e violência: ações comunitárias na prevenção**. São Paulo: Casa do Advogado, 2007, 331p.

ELIAS, Roberto João. **Pátrio Poder: guarda dos filhos e direito de visitas**. São Paulo: Saraiva, 1999.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Apelação** 102900705050590011 MG 1.0290.07.050505-9/001 (1), Relator: MARIA ELZA, Data de Julgamento: 07/05/2009, Data de Publicação: 26/05/2009. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/> Acesso em: 28 de março de 2018

RODRIGUES, Silvio. **Direito cível: direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2004.

SAYÃO, Yara. **Desenvolvimento infantil e abrigo**. Artigo publicado em Cada caso é um caso : estudos de caso, projetos de atendimento . -- 1. ed. -- São Paulo : Associação Fazendo História : NECA – Associação dos Pesquisadores de Núcleos de Estudos e Pesquisas sobre a Criança e o Adolescente, 2010)

VENOSA, Silvio. **Direito Civil: Direito de Família**, 11ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

RECUSA EM REALIZAR O TESTE DO BAFÔMETRO: CONFLITO JURISPRUDENCIAL QUANTO À (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 165-A DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO

**REFUSED TO PERFORM THE BASSHOUSE TEST: JURISPRUDENTIAL CONFLICT
AS TO (IN) CONSTITUTIONALITY OF ARTICLE 165-A OF THE BRAZILIAN
TRANSIT CODE**

Lucilaine Belusso Pawelkiewicz ¹

Marjana Vaz ²

Luis Alberto Espósito ³

RESUMO: Este estudo, traz uma discussão advinda da alteração do Código de Trânsito Brasileiro, que incluiu em sua redação o artigo 165-A, onde a simples recusa em realizar o teste do bafômetro, exame clínico, perícia ou outro procedimento que permita certificar a influência de álcool ou outra substância psicoativa, já prevê sanções. Desde leigos, até mesmo especialistas da área do direito, questionam sobre a constitucionalidade do artigo mencionado, tendo em vista que o mesmo fere o princípio da não autoincriminação, pois ninguém é obrigado a prestar provas em seu desfavor, do mesmo modo, que ninguém pode ser considerado culpado até trânsito em julgado que comprove sua culpabilidade, ferindo o princípio da presunção da inocência, além do princípio da liberdade individual que garante o direito de ir e vir, ambos elencados em lei maior, a Constituição Federal. Assim, se tornando um trabalho de suma importância para entendimento deste conflito de (in)constitucionalidade do artigo acima citado.

Palavras-chave: Bafômetro. Inconstitucionalidade. Infração de trânsito. Inocência. Princípios. Recusa.

ABSTRACT: This study brings a discussion that arose from the amendment of the Brazilian Traffic Code, which includes article 165-A, where the simple refusal to perform the breathalyzer test, clinical examination, expertise or other procedure to certify the influence of alcohol or another psychoactive substance, already provides for sanctions. From the laity, even specialists in the field of law, they question the constitutionality of the mentioned article, since it violates the principle of non-self-incrimination, since no one is obliged to give evidence in their disfavor, in the same way, be found guilty until proven guilty proves guilty, violating the principle of presumption of innocence, in addition to the principle of individual freedom that guarantees the right to come and

¹ Docente do curso de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI Erechim. E-mail: lucilainebp11@gmail.com.

² Docente do curso de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI Erechim. E-mail: marjana_vaz@hotmail.com.

³ Especialista pela Universidade Federal de Santa Maria – UFSM; Mestre pela URI Santo Ângelo e professor da URI Erechim. E-mail: esposito_it@yahoo.com.br.

go, both listed in greater law, the Federal Constitution. Thus, becoming a work of great importance to understand this conflict of (in) constitutionality of the article cited above.

Keywords: Bathtub. Innocence. Principles. Refusal. Traffic violation. Unconstitutionality.

INTRODUÇÃO

Neste artigo o principal objetivo é analisar a Lei 13.281 de 2016 que altera disposições do Código de Trânsito Brasileiro. Desde a Lei Seca (Lei 11.705/2008), o Código de Trânsito Brasileiro (CTB – BRASIL, 2017), sofreu diversas alterações, quase todas elas relacionadas à combinação de álcool ou drogas com direção de veículo automotor. A intenção é, em tese, reduzir o número de acidentes de trânsito, coibindo de forma mais severa a imprudência decorrente da utilização de substâncias alcoólicas ou de efeitos equivalentes antes ou durante a condução de veículos automotores.

Com base nos fundamentos acima dispostos, foi inserido o artigo 165-A, que em síntese prevê sanções pela simples recusa em realizar o teste do bafômetro ou qualquer outro meio de certificação dos níveis de álcool presente no organismo.

Analizando brevemente o novo dispositivo, é possível presumir uma inconstitucionalidade decorrente do ato de punir o condutor que se recusa a realizar os testes. Tal conduta fere garantias constitucionais previstas no artigo 5º da Constituição Federal, incisos LVII (princípio da presunção de inocência) e LXII (princípio da não autoincriminação). Ressalta-se que o princípio da não autoincriminação é previsto tanto no direito interno como no direito internacional. Alguns aspectos encontram-se expressamente previstos na Convenção Americana de Direitos Humanos – CADH (Pacto de San José da Costa Rica, de 22/11/1969, art.8º, 2, “g”) e no Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos – PIDCP (Decreto Nº 592, de 06/07/1992, art.14, 3, “g”)(CUNHA, 2016)

Diante de uma conduta ilícita, cabe ao Estado o direito de punir, mas por meios lícitos deve apresentar provas incriminadoras da prática do agente, não podendo este ser acusado antes do trânsito em julgado onde será aprovada ou não a culpabilidade. E sob pena de nulidade, não pode o acusado ser compelido a produzir provas em seu próprio desfavor.

DESENVOLVIMENTO

A lei 13.281 de 2016 que altera o Código de Trânsito Brasileiro trouxe algumas mudanças necessárias, mas algumas alterações estão causando controvérsia, como é o caso artigo 165-A, do CTB/2016, em que a simples recusa em realizar o teste do etilômetro causa infração. Veja o que diz na redação do artigo mencionado:

Art.165-A: Recusar-se a ser submetido a teste, exame clínico, perícia ou outro procedimento que permita certificar influência de álcool ou outra substância psicoativa, na forma estabelecida pelo artigo 277:

Infração - gravíssima.

Penalidade – multa (dez vezes) e suspensão do direito de dirigir por 12 (doze) meses.

Medida administrativa – recolhimento do documento de habilitação e retenção do veículo, observado o disposto no §4º do artigo 270.

Parágrafo único. Aplica-se em dobro a multa prevista no caput em caso de reincidência no período de até 12 (doze) meses.

Uma das justificativas para a inserção do mencionado artigo no texto do CTB era missão de acabar com o antigo procedimento. Uma vez recusando-se a realizar o teste do bafômetro o agente da autoridade de trânsito aplicava a multa com base no artigo 165. O condutor-infrator,

então, ingressava com ação judicial. Assim, muitas das vezes a simples recusa levava o Judiciário a anular o auto de infração de trânsito, sob o pretexto de que inexistiam provas da presença de substância alcoólica ou psicoativa capazes de gerar alteração.

Agora, mesmo com a inserção do artigo 165-A, há controvérsias que favorecem o condutor. Nesse sentido encontra-se na jurisprudência da Turma recursal do Juizado da Fazenda Pública do Rio Grande do Sul que no controle difuso de constitucionalidade firmou o seguinte entendimento:

“RECURSO INOMINADO. DETRAN/RS. AUTO DE INFRAÇÃO DE TRÂNSITO. RECUSA DO CONDUTOR EM SUBMETER-SE AO TESTE DO ETILÔMETRO. ARTIGO 165-A DO CTB. INCONSTITUCIONALIDADE. SENTENÇA REFORMADA.

O demandante foi autuado pelo cometimento de infração de trânsito consistente em *“Recusar-se a ser submetido a teste, exame clínico, perícia ou outro procedimento que permita certificar influência de álcool ou outra substância psicoativa, na forma estabelecida pelo art. 277”*, prevista no artigo 165-A do CTB.

[...]Destarte, autuar o condutor que não apresenta qualquer ameaça à segurança no trânsito, pela mera recusa em realizar os testes oferecidos pelos agentes de trânsito, configura arbitrariedade.

Infração pelo artigo 165-A do CTB que viola frontalmente os Princípios Constitucionais de Liberdade (direito de ir e vir), Presunção de Inocência e de Não Auto Incriminação e Individualização da Pena, previstos no art. 5º, XV, LVII, LXIII, e XLVI da CF.

Aplicação afastada, no caso concreto, pelo controle difuso de constitucionalidade, com afastamento da regra de Reserva de Plenário[...]

RECURSO PROVIDO, POR MAIORIA.

[...]Trata-se de Recurso Inominado interposto pela parte autora, H.D.S.C., contra sentença de improcedência proferida nos autos da ação anulatória movida contra o DETRAN/RS, na qual postula a anulação do Auto de Infração de Trânsito lavrado por infração ao artigo 165-A do CTB e seus efeitos. [...]recusando-se o condutor a submeter-se ao teste do etilômetro ou outro oferecido, a ação possível aos agentes, para enquadramento da infração por dirigir sob efeito de álcool, era de levar o suspeito de embriaguez a exame clínico, por médico, no instituto médico legal; produzir prova mediante imagem ou vídeo; ou atestar o estado de embriaguez, mas, nesta hipótese, deverá observar e descrever quais os sintomas que verificou no imputado e que caracterizariam o mencionado estado anímico.[...][...]Destarte, autuar o condutor que não apresenta qualquer ameaça à segurança no trânsito, pela mera recusa em realizar os testes oferecidos pelos agentes de trânsito, configura arbitrariedade e viola frontalmente os Princípios Constitucionais de Liberdade (direito de ir e vir), Presunção de Inocência e de Não Auto Incriminação, previstos no art. 5º, XV, LVII, e LXIII, da Constituição Federal.[...]Assim, a conclusão inarredável que se tem é que a infração de trânsito, prevista no artigo 165-A do CTB, na hipótese dos autos, é inconstitucional, configurando uma restrição, ao cidadão, do exercício dos direitos de liberdade e de não auto incriminação. E, também, não guarda proporcionalidade e nem razoabilidade com as medidas protetivas do trânsito.[...][...]Posto isso, voto no sentido de DAR PROVIMENTO AO RECURSO INOMINADO, reformando a sentença de improcedência, para o fim de DECLARAR a nulidade do Auto de Infração de Trânsito série TE00022214 e todos os efeitos dele decorrentes.[...](Recurso Inominado Nº 71007504608, Tribunal de Justiça – RS, Segunda Turma Recursal da Fazenda Pública, Relator: Mauro Caum Gonçalves, Julgado em 21/03/2018)

Em contraponto, há também decisões que defendem o que diz no artigo 165-A, do CTB, alegando que a autuação é dada pela negativa em realizar o teste do bafômetro e não apenas por apresentar condições perceptíveis de embriaguez. Neste tocante, há entendimentos jurisprudências no Tribunal Regional Federal em favor da administração pública. Onde as decisões se embasam na presunção de legitimidade e de veracidade dos atos administrativos praticados por agente. Veja fragmentos de uma decisão do TRF4:

[...] Além disso, a defesa recursal feita pelo autor com base em alegações de ferimento de dispositivos e princípios constitucionais como o da vedação à autoincriminação e o da presunção de inocência parece estar dissociada da infração administrativa que lhe foi imputada a prática (art. 165-A do CTB). Isso porquanto o autor não foi obrigado a produzir qualquer prova contra si mesmo, foi apenas convidado a se submeter ao teste com etilômetro. Não o tendo feito, foi lavrado o respectivo auto de infração pela conduta de se recusar, o que não comporta a defesa feita pelo autor. Não percebo, dessa forma, qualquer ofensa à Constituição e, em específico, aos dispositivos e princípios citados pelo autor, reitere-se, porque não foi obrigado a se incriminar - não está lhe está sendo imputada a prática da infração prevista no art. 165 do CTB pela recusa manifestada (isso já seria outro caso que não o dos autos) - e também não está sendo considerado culpado, por exemplo, do crime de trânsito previsto no art. 306 (isso é outra história).[...] (Apelação Cível Nº 5004681-17.2017.4.04.7102/RS, Tribunal Regional Federal da 4ª Região – RS, Relatora: Desembargadora Federal Marga Inge Barth Tessler, Julgado em 20/03/2108)

Analisando o entendimento acima, o artigo 165, do CTB, por si só não tinha força quando o assunto se tratava em recusar a realização do teste do bafômetro. Por isso, o legislador optou em deixar mais severa as regras quando se trata desse assunto, criando então o artigo 165-A, onde a simples recusa gera infração. Obviamente, o intuito não era apenas tornar mais rigorosa a lei, mas também a tentativa desesperada de diminuir os acidentes de trânsito causados pela ingestão de bebidas alcoólicas.

Em sentido oposto segue o aresto oriundo do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que reconhece a constitucionalidade da norma legal pelos seguintes fundamentos:

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. MANDADO DE SEGURANÇA. TESTE DO BAFÔMETRO. A recusa em se submeter ao teste do bafômetro pelo condutor resulta em penalidade administrativa tipificada no art. 165-a do código de trânsito brasileiro. Não se trata de violação ao princípio da presunção de inocência, haja vista que o ato beneficia o próprio condutor, pois se não ingeriu bebida alcoólica, não há razão para se recusar em realizar o respectivo teste. Ausência de perigo ou o risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação, ao agravante, pois alega que é empresário e necessita de sua CNH para trabalho. Prova alguma há nos autos que corrobore essa alegação. Junta apenas cópia (fl. 16) de sua Carteira Nacional de Habilitação. RECURSO DESPROVIDO. (Agravado de Instrumento Nº 70073848764, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Roberto Lofego Canibal, Julgado em 14/03/2018)

É notória que esta alteração legislativa tem levantado grandes discussões e dividindo opiniões. Levando em conta os danos causados pela alteração psicomotora que a bebida alcoólica causa, a norma seria um meio de garantir segurança à sociedade, pois uma pessoa que não ingeriu qualquer substância que possa alterar o bafômetro não teria o porque se opor em realizar o teste. Porém não se pode olvidar que ninguém é obrigado a criar provas contra si (o Princípio não autoincriminação, Art. 5º, LXIII, CF/88). Do mesmo modo sabe-se que o Estado brasileiro tem

interesse em punir indivíduos que tenham condutas que contrariam a lei, podendo aplicar sanções àqueles que cometem ilícitos. Porém, esse direito-dever de punir do Estado deve respeitar a liberdade, um bem jurídico do qual o cidadão não pode ser privado, senão dentro dos limites da lei.

Para que o Estado possa impor uma pena no cometimento de um ilícito, ele deve assegurar ao suposto autor todas as garantias constitucionais, e permitir que o mesmo se defenda, e que não tenha sua liberdade cerceada. Sendo necessário que ocorra um processo, e enquanto não houver sentença transitada em julgado, em que o Estado prove a culpabilidade, o suposto autor será presumido inocente (o Princípio da Presunção da Inocência, Art. 5º, LVII).

Esses princípios asseguram que ninguém será compelido a produzir prova em seu desfavor e a negativa não pode servir de presunção de aplicação de penalidade, muito menos de culpa em delito, seja ele qual for.

Relevância dos princípios no ordenamento jurídico

O Princípio da Presunção da Inocência, da não autoincriminação e o da liberdade individual, são instrumentos através dos quais se assegura o exercício dos aludidos direitos ou prontamente os repara, caso violados.

Os direitos e garantias fundamentais, possuem caráter histórico, nascendo com o Cristianismo, passando pelas diversas revoluções e chegando ao dias atuais.

Conforme destaca Celso Antônio Bandeira de Mello (2000, pág. 747 e 748):

“Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, dispositivo fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.”

[...] “Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra” [...].

Princípio Da Presunção de Inocência

No Art. 5º, LVII, CF/88, encontra-se inscrito o Princípio da Presunção de Inocência, ao dispor que “... ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória...”. (BRASIL, 1988)

A aplicação desse princípio ocorre tanto no campo probatório, quanto no tratamento de um acusado em estado de inocência. No primeiro caso, o acusado deve ser presumido inocente, cabendo à parte que acusa provar a veracidade do fato, e a culpabilidade do acusado. E só depois de sentença condenatória transitada em julgado, é que ele pode ser considerado culpado. Ou seja, cabe ao Estado, comprovar com provas lícitas a culpabilidade do acusado.

No segundo caso, no que se refere ao paradigma do tratamento do acusado, no curso do processo, considera-se inocente enquanto não for definitivamente condenado. Assim sendo, durante as investigações e o processo, o réu não deve ser punido antecipadamente, e nem mesmo tratado como culpado, aplicando-se só as medidas necessárias, e restringindo o mínimo de direitos possíveis, uma vez que ainda não se sabe se o acusado é inocente ou culpado.

Princípio da não autoincriminação

O Princípio da Não Autoincriminação disposto no Art. 5º, LXIII, CF/88 estabelece que, “... o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e advogado;”. (BRASIL, 1988)

Desta forma, o acusado não pode ser obrigado a colaborar na apuração dos fatos, uma vez que o devido processo legal no art. 5º, LIV da CF/88, dá a ele o direito de não produzir provas contra si mesmo, podendo permanecer em silêncio (art. 5º, LXIII, CF/88). Caso contrário, o acusado se transformaria em objeto de investigação, quando na verdade é um sujeito processual.

Dentro desse campo probatório, verifica-se a ligação do princípio da presunção de inocência com o do “in dubio pro reo” (na dúvida em favor do réu, um exemplo insuficiência de provas), pois ocorrido o devido processo legal, e as provas forem insuficientes, remanescendo alguma dúvida quanto à culpabilidade do acusado, o juiz deve decidir em favor do acusado, que será declarado inocente. (CORDEIRO ET AL, 2015)

No sentido de que o princípio da não autoincriminação pressupõe a existência de vontade em decidir o que fazer ou não. Desta forma, pode-se concluir que, em nosso ordenamento jurídico, o acusado não é obrigado a produzir provas contra si.

Princípio da liberdade individual

O homem na maioria das vezes não percebe que a sua liberdade está sendo cerceada. Privar o ser humano do seu direito de escolha do que quer ou não fazer mediante de uma situação, nada mais é do que ferir o seu direito de liberdade.

Presunção de legalidade do ato administrativo

Todo ato administrativo tem presunção de legitimidade. Uma vez existente, o ato administrativo será válido, ou seja, ficará revestido de uma presunção de que todos os elementos satisfazem integralmente os requisitos e condicionantes postos pelo ordenamento jurídico.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto, menciona que da validade do ato decorre a presunção de validade, analiticamente expressada por uma quádrupla presunção: de veracidade, de legalidade, de legitimidade e de licitude (OLIVEIRA, 2001)

Como é sabido, a presunção de legalidade e legitimidade diz respeito à conformidade do ato administrativo com a lei. Como consequência desse atributo, presumem-se, até prova em contrário, que os atos administrativos foram emitidos de acordo com a lei.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Posto isso, pode-se concluir que o Estado Democrático de Direito em que vivemos, onde o Estado tem o direito-dever de punir, delimitado por todos os princípios elencados no texto constitucional e as normas, sejam novas, atualizadas ou antigas devem obedecer a esses fundamentos, ou seja, podemos afirmar que as garantias constitucionais são tidas como instrumento de limitação do poder estatal.

O Estado juiz deve ser técnico quando da análise de um fato para ser justo e aplicar a norma jurídica conforme seu espírito, e desta maneira expressar a vontade popular que foi positivada por meio de seus representantes. O Estado é o legítimo possuidor do direito ao uso da força. Este poder deve ser utilizado em favor da sociedade, pois quando a força é praticada em desconformidade com o justo ela torna-se violência. E, por sua vez, a violência é um ato ilícito, sendo prejudicial ao exercício do Estado Democrático de Direito.

É evidente que em uma situação onde o condutor abordado por agente de trânsito se recuse a ser submetido ao teste do bafômetro existem outros meios menos gravosos de produzir as provas, quais sejam, o testemunho, o auto de constatação lavrado pelo agente, entre outros, elencados no próprio dispositivo, que não dependam de conduta ativa do condutor na produção de eventuais provas contrárias a ele.

Desta maneira, é inconstitucional toda norma que afronte os princípios constitucionais. O Estado na tentativa de demonstrar uma resposta para os problemas da sociedade, muitas vezes elabora leis às pressas, o que a torna “simbólica”, pois ela não traz solução para os casos carecedores de disposição jurídica, mas sim adiam constantemente a solução de problemas presentes na sociedade. Conforme adverte Marcelo Neves (LODI, 2012), há no Brasil uma marcante preferência pelas legislações simbólicas para que os representantes do povo esquivem-se de suas funções, qual seja, representar os interesses do povo.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Código de Trânsito Brasileiro. 2017. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13546.htm> Acesso em: 23 mar. 2018.

BRASIL. **Constituição Federal. 1988.** Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 23 mar. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça. Porto Alegre. 2018. Disponível em:

<http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=RECUSA+ETIL%C3%94METRO+INCONSTITUCIONALIDADE&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=RECUSA+EILOMETRO+INCONSTITUCIONALIDA&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em: 23 mar. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça. Canoas. 2018. Disponível em:

<http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70073848764&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politicassite&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF8&ie=UTF8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris> Acesso em: 25 mar. 2018.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. 2018. Porto Alegre. Disponível em:

<https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&numero_gproc=40000384316&versao_gproc=5&crc_gproc=d60c2917&termosPesquisados=IHJLY3VzYSBldGlsb21ldHJvIGluY29uc3RpdHVjaW9uYWxpZGFkZSA>. Acesso em: 23 mar. 2018.

CORDEIRO. Taiana Levinne Carneiro et al. Princípio da presunção da inocência. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/42932/principio-da-presuncao-de-inocencia>>. Acesso em: 23 mar. 2018.

CUNHA. Maria Eduarda Gomes. Inconstitucionalidade do artigo 165-a da Lei nº 13.281/2016.

2016. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,inconstitucionalidade-do-artigo-165-a-da-lei-no-132812016,56084.html>>. Acesso em 23 março de 2018.

JUS BRASIL 2018. **Amo Direito**. Recusa Bafômetro em fiscalização – Presunção de inocência e teste do bafômetro. 2018. Disponível em: <<http://www.amodireito.com.br/2018/03/direito-oab-concursos-recusa-bafometro-inocencia.html>>. Acesso em: 23 mar. 2018.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 13º ed. São Paulo. Saraiva. 2009. Pág. 669 – 756.

LODI, Ricardo Augusto Paganucci. **A legislação simbólica no Brasil e suas consequências**. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/22494/a-legislacao-simbolica-no-brasil-e-suas-consequencias>> Acesso em: 23 mar. 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo. Saraiva. 2007. Pág. 596 – 602.

OLIVEIRA, Farlei Martins de. **Presunção de legitimidade dos atos administrativos e tutela antecipada**. 2001. Disponível em: <file:///D:/Meus%20documentos/Downloads/farlei_martins_-_tutela_antecipada.pdf> Acesso em: 23 mar. 2018.

PRUSSAK, Jucineia. **Principais alterações no Código de Trânsito Brasileiro**. 2017. Disponível em: <<https://jucineiaprussak.jusbrasil.com.br/noticias/395566784/principais-alteracoes-no-codigo-de-transito-brasileiro>>. Acesso em: 23 de mar. 2018.

TRIBUNAL DO JÚRI: UMA ANÁLISE CRÍTICA ACERCA DA SUBJETIVIDADE DO PROCEDIMENTO

JURY COURT: A CRITICAL ANALYSIS OF THE SUBJECTIVITY OF THE PROCEDURE

Carla Eduarda de Albuquerque Sangalli¹

Fernanda Fellini²

Luciano Alves Dos Santos³

RESUMO: O presente artigo buscou analisar o instituto do Tribunal do Júri, previsto no art. 5º, XXXVIII da Constituição Federal de 1988, e sua falibilidade nos dias atuais. O estudo se baseou em investigação bibliográfica, abrangendo diversas obras e textos com informações deveras relevantes para a discussão. Construiu-se, inicialmente, a conceituação do objeto de estudo e uma rápida explanação dos princípios norteadores do instituto, passando, após, por uma breve análise histórica em âmbito mundial e mais especificamente da origem e evolução do Júri no Brasil, seguido de um sucinto apanhado acerca do seu procedimento. Por fim, analisou-se a influência das mídias nas decisões dos jurados leigos, bem como a subjetividade destas em decorrência da falta de motivação; caracterizando, assim, o método indutivo. Ao se realizar tal estudo, chegou-se a conclusão da necessidade de se efetuar uma reforma no dito instituto, uma vez que se entende imprescindível que aqueles que compõem o Conselho de Sentença sejam instruídos, a fim de que, motivadamente, julguem de maneira justa aqueles acusados de atentarem contra o bem vida.

Palavras-chave: Decisões Imotivadas. Influência da Mídia. Tribunal do Júri.

ABSTRACT: The present study tried to analyze the institute of the Jury, established in the fifth article, item XXXVIII of the Brazilian Federal Constitution of 1988, and its fallibility in the present day. The study was based on bibliographical research, covering several works and texts with relevant information to the discussion. Initially were constructed the conceptualization of the object of study and a brief explanation of the guiding principles of the institute, followed, then, by a brief historical analysis on a worldwide scale, more specifically on the origin and evolution of the Jury in Brazil, succeed by a synthesis of its procedure. Finally, we analyzed the influence of the media in the decisions of the layman jurors, as well as the subjectivity of these decisions due to lack of substantiation; thus characterizing the inductive method. In carrying out such a study, it was concluded that there is a need to reform the said institute, since it is essential that those who integrates the Sentencing Council should be instructed so that they can reasonably and fairly judge those accused of attacking someone else's life.

Keywords: Decisions Without Substantiation. Jury. Midia Influence.

¹ Graduanda do Curso de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI Erechim /RS.

² Graduanda do Curso de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões URI Erechim /RS.

³ Professor Orientador, Mestre em Direito, docente da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI Erechim/RS. E-mail: lucianoa@uricer.edu.br.

INTRODUÇÃO

O Tribunal do Júri, direito fundamental inserido como cláusula pétrea na Constituição Federal de 1988, atualmente, é entendido como um dos institutos mais democráticos do sistema jurídico brasileiro, visto que garante aos acusados da prática de crimes dolosos contra a vida e seus conexos, tentados ou consumados, um julgamento diferenciado por um procedimento especial, em que os jurados, pessoas leigas na Ciência do Direito, possuem incumbência de decidir o futuro do acusado, deliberando por sua condenação ou por sua absolvição, com total autonomia.

Um instituto tão importante no ordenamento jurídico necessita de indagações acerca de sua aplicabilidade e efetividade constantemente. Assim, o que se buscou com o presente artigo foi questionar os principais pontos controversos entre os doutrinadores e estudiosos do Direito, quais seja, a influência da mídia nas decisões e a desnecessidade de motivação das decisões tomadas pelos jurados.

Iniciou-se com a conceituação do instituto e sua disposição legal, abordando os princípios constitucionais que o norteiam, em especial aqueles previstos no art. 5º, XXXVIII da Constituição Federal de 1988. Em seguida, buscou-se analisar o surgimento e evolução do Tribunal do Júri, em âmbito mundial e nacional.

No tocante ao processo, de maneira sucinta, descreveu-se o procedimento e seus atos, previsto no Livro II, Título I, Capítulo II do Código de Processo Penal.

Os métodos de desenvolvimento utilizados consistiram em pesquisa bibliográfica, sobretudo doutrinária, documentos eletrônicos, como artigos jurídicos e dissertações.

Com o presente artigo, humildemente, espera-se fomentar ainda mais a discussão em torno da falibilidade do Tribunal do Júri no cenário atual brasileiro, sugerindo, em consonância com o pensamento de doutrinadores da área, uma mudança no procedimento do instituto.

TRIBUNAL DO JÚRI

Conceito e aspectos gerais

O Tribunal do Júri, disciplinado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no capítulo Dos Direitos e Garantias Individuais e Coletivos, em seu artigo 5º, inciso XXXVIII, assegura como garantia constitucional o direito do cidadão de ser julgado pelos seus semelhantes quando acusado de praticar crime doloso contra a vida, bem como qualquer delito a ele conexo, seja ele tentado ou consumado, com a participação do Poder Judiciário de primeira instância para a execução de atos jurisdicionais privativos.

Considerado como uma das instituições mais democráticas do ordenamento jurídico brasileiro, o Tribunal do Júri, órgão temporário que se reúne em sessões periódicas, é composto por um Juiz de Direito que o preside, sem direito a voto, e sete jurados que integram o Conselho de Sentença (OLIVEIRA, 2014).

Revela-se o Tribunal do Povo como um instrumento de participação direta dos cidadãos nas decisões políticas do país, tal qual o referendo e o plebiscito (CAMPOS, 2008, p. 31).

De acordo com Távora e Alencar (2009, p. 837-838), impera-se neste órgão a soberania de suas decisões, as quais são tomadas em caráter sigiloso e que não prescindem de motivação, posto que são baseadas na íntima convicção dos jurados leigos.

Como referido, o Tribunal do Júri integra o rol dos direitos e garantias individuais fundamentais e possui quatro princípios basilares que estão previstos no artigo 5º, XXXVIII, da Constituição Federal: (i) a plenitude do direito de defesa; (ii) o sigilo nas votações; (iii) a soberania dos veredictos; e (iv) a competência para julgamentos dos crimes dolosos contra a vida.

Cabe destacar que quando se menciona um princípio constitucional, refere-se à base do sistema legislativo como um todo, ao menos no que se refere às normas infraconstitucionais. Um ordenamento coerente parte dos princípios constitucionais para interpretar e aplicar as normas infraconstitucionais (NUCCI, 2015, p. 34).

O primeiro princípio regente da instituição do Tribunal do Júri e também uma garantia humana fundamental, é o que garante a plenitude do direito de defesa. O que se busca aos acusados em geral é a mais aberta possibilidade de defesa, valendo-se dos instrumentos e recursos previstos em lei e evitando-se qualquer forma de cerceamento. Aos réus, no Tribunal do Júri, quer-se a defesa perfeita, dentro, obviamente, das limitações naturais dos seres humanos (NUCCI, 2015, p. 35). É o pleno exercício da defesa técnica, acrescido da autodefesa, possibilitando ao acusado a apresentação de tese pessoal no momento do interrogatório, bem como a apresentação de teses não jurídicas para absolver o acusado ou até a possibilidade de se inovar na oportunidade da tréplica, garantia aplicada somente por ocasião do julgamento popular (CAMELO, 2012).

O sigilo nas votações é o princípio que tutela a liberdade de opinião dos jurados, a fim de obter uma decisão justa e livre de quaisquer embaraços que possam ser proporcionados tanto pelos presentes no plenário, como pelos demais jurados – a regra da incomunicabilidade entre os jurados – considerando que é de notório interesse público que estes possam exercer seu livre convencimento para proferir seu veredito. Trata-se, então, o sigilo nas votações, de uma exceção ao princípio da publicidade, previsto no art. 93, IX da Constituição Federal, uma vez que garante aos jurados leigos o direito de votar em uma sala secreta, na presença apenas do juiz presidente, do Ministério Público, do assistente, do querelante, do defensor do acusado, do escrivão e do oficial de justiça.

Visando consagrar, cada vez mais, o sigilo das votações, a Lei 11.689/2008, a qual modificou alguns aspectos referentes ao Tribunal do Júri, impôs a apuração dos votos por maioria, sem a divulgação do *quórum* total.

A Constituição Federal de 1988 conferiu como alicerce do Tribunal do Júri, além dos princípios supracitados, a garantia à soberania dos vereditos, que estabelece, em suma, que o julgamento realizado pelos jurados não pode ser modificado pelo Juiz-Presidente, tampouco pelo Tribunal em eventual recurso. Assim, a decisão dos jurados, feita pela votação dos quesitos pertinentes, é suprema. No ensinamento de Guilherme de Souza Nucci (2008, p. 41) “soberania quer dizer que o júri, quando for o caso, assim apontado por decisão judiciária de órgão togado, terá a última palavra sobre um crime doloso contra a vida”.

Como já mencionado, atualmente, o Tribunal do Júri possui competência para julgar os crimes dolosos contra a vida e aqueles que lhe sejam conexos, tanto na sua forma tentada como na forma consumada. Essa escolha política do constituinte se deu em razão de o bem vida, sem dúvidas, ser o mais notável dos bens e o mais relevante dos direitos. Destarte, torna-se lógica a necessidade da intervenção da sociedade para avaliação da conduta dos homens em seus atos de violência contra os semelhantes (ARAMIS NASSIF, 2008, p. 50-52).

Por fim, ainda que os princípios acima referidos sejam de maior destaque quando o assunto é Tribunal do Júri, por estarem arrolados no art. 5º, XXXVIII da CF, salienta-se que inúmeros outros princípios norteiam a existência e a aplicabilidade deste instituto, por serem intrínsecos à pessoa do acusado, tais como o princípio do juiz natural, do direito ao silêncio e não autoincriminação, do estado ou situação de inocência, da igualdade das partes, do contraditório, da ampla defesa, da dignidade da pessoa humana, da inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente.

Evolução histórica do Tribunal do Júri ao redor do mundo

Quando se pretende tratar de um instituto tão importante, ainda mais na área do Direito, imprescindível realizar uma construção histórica da sua origem e evolução ao longo dos tempos.

Antes de tudo, é preciso destacar que a origem do Tribunal do Júri é bastante controversa entre os doutrinadores. Acredita-se que isto se dá, principalmente, em razão de a instituição estar

vinculada a povos muito antigos, bem como a inexistência de características determinantes e unânimes para identifica-la.

Guilherme de Souza Nucci (2015, p. 41-42), por exemplo, defende que o Tribunal do Júri tem seu embrião na antiga Palestina, com o Tribunal dos Vinte e Três, que ocorria nas vilas com mais de 120 famílias. As referidas cortes julgavam processos criminais relacionados a crimes puníveis com a pena de morte, e seus membros eram escolhidos dentre padres, levitas e principais chefes de famílias de Israel.

Existem aqueles que defendem a tese de que o início da instituição tenha se dado nos tempos de Moisés e sugerem que, nos julgamentos, era adotado o princípio da publicidade, assegurada à defesa do acusado, e, assim como nos dias atuais, o julgamento se dava de acordo com a consciência do jurado (ROCHA, 1919; p. 527 *apud* TUCCI, 1999, p. 14).

Por sua vez, Marcos Bandeira (2010, p. 21-22), afirma que foi na Grécia Antiga, desde o século IV a.C., que surgiram os primeiros vestígios da existência do Tribunal do Júri. Sustenta que o Tribunal dos Heliastas traduzia o princípio da justiça popular e serviu de inspiração para o Tribunal do Júri inglês, introduzindo na *Common Law* a partir de 1066, pelo Rei Guilherme.

Em Roma, no período evolutivo do sistema acusatório do processo penal, foi instituída a *quaestio*, que era um órgão colegiado constituído por cidadãos que representavam o povo romano. Algumas características do julgamento perante a *quaestio* seriam próximas ao que se tem hoje no Brasil, razão pela qual a origem do Tribunal do Júri é, por muitos, considerada como sendo romana (VIEIRA, 2013).

De lado as controvérsias sobre a origem, a doutrina majoritária e que enfrenta menor resistência, indica como raiz do Tribunal do Júri a Magna Carta da Inglaterra, de 1215 (TÁVORA, 2017, p. 1231). Àquela época, enquanto surgia na Europa continental o processo inquisitivo, na Inglaterra passou a florescer o júri como Tribunal do Povo, o qual constituía um velho costume normando: os homens bons da comunidade se reuniam para, sob juramento, julgar o cidadão acusado de cometer um crime. Destaca-se que, inicialmente, a finalidade era de julgar os crimes praticados por bruxarias ou com caráter místico (PARENTONI, 2007 *apud* OLIVEIRA, 2014).

O Tribunal do Júri no Brasil

Nas terras Tupiniquins, a instituição do Tribunal do Júri, ao longo dos anos, passou por uma série de modificações em razão do contexto histórico e jurídico brasileiro (OLIVEIRA, 2014).

O Tribunal do Júri foi instituído no Brasil em 18 de Junho de 1822, através do Decreto Imperial de D. Pedro de Alcântara, então Príncipe Regente. Tratava-se de criar “juízes de fato” para julgamento de abuso de liberdade de imprensa, assim tipificados pela legislação vigente, sendo composto por 24 cidadãos, tidos por homens bons, honrados, inteligentes e patriotas. O decreto que criou o Júri possui nítido caráter antidemocrático e ditatorial, visto que a decisão dos jurados era passível de revisão pelo Regente (NUCCI, 2012, p. 731).

Com a Constituição Imperial de 1824, o Tribunal do Júri foi confirmado como ramo do Poder Judiciário, tendo sido definida nova competência, além daquela destinada ao julgamento de crimes políticos, com o propósito de abranger tanto delitos penais quanto cíveis.

Nesse sentido, vale citar o art. 151 da Constituição supramencionada:

O Poder Judicial é independente, e será composto de Juízes, e Jurados, os quais terão lugar assim no Cível, como no Crime, nos casos, e pelo modo, que os Códigos determinarem.

Mais tarde, em 1832, o Júri foi disciplinado pelo Código de Processo Criminal, adquirindo atribuições de ampla competência, passando a ser composto por dois conselhos de jurados: o Júri de Acusação, com vinte e três membros e responsável pelo juízo de admissibilidade da acusação e o

Júri de Sentença, composto por doze membros, responsáveis pelo juízo de mérito (TOURINHO FILHO, 2002, p. 81).

Com a proclamação da República, em 1891, manteve-se o Júri no Brasil, sendo, ainda, criado o Júri Federal. Ademais, transferiu-se a instituição para o Título dos Direitos e das Garantias Individuais.

Após, com a Constituição de 1934, o Tribunal do Júri foi inserido no capítulo referente ao Poder Judiciário, sendo que, em 1937, o instituto foi totalmente retirado do texto constitucional. Na época, surgiram inúmeras discussões acerca da manutenção ou não do Júri no Brasil. Finalmente, o Decreto-Lei 167, de 1938, legitimou a existência da instituição, esclarecendo que o júri fora mantido pelas disposições do art. 183 da Constituição vigente à época, que asseverava estarem em vigor, enquanto não revogadas, as leis que, explicita ou implicitamente, não contrariassem as suas disposições (TOURINHO FILHO, 2002, p. 81).

A Constituição Democrática de 1946 reestabeleceu a soberania do Júri, prevendo-o, novamente, entre os direitos e garantias constitucionais. Previsão está que se manteve com a Constituição de 1976, sendo que foi a Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, que restringiu a utilização do Tribunal do Júri ao julgamento dos crimes dolosos contra a vida (CAPEZ, 2006, p. 626).

Findo o obscuro período de ditadura militar, que se estendeu de 1964 a 1985, foi restaurada a democracia no Brasil, com a Constituição Federal de 1988, que manteve o Tribunal do Júri no rol de direitos e garantias fundamentais, mais precisamente no inciso XXXVIII do art. 5^o¹, inscrevendo-o como cláusula pétrea, impossibilitando sua abolição, até mesmo por emenda constitucional.

Por fim, após tantas reviravoltas, firmou-se que o Tribunal do Júri tem a atribuição de julgar, originariamente, crimes dolosos, tentados ou consumados contra a vida, definidos nos arts. 121 a 128 do Código Penal Brasileiro, assim como o julgamento dos crimes conexos, conforme dispõe o art. 78, inciso I, do Código de Processo Penal.

Procedimento

O Tribunal do Júri, disciplinado no Livro II, Título I, Capítulo II do Código de Processo Penal (Decreto-lei 3.689, de 3 de outubro de 1941), possui um procedimento bifásico que difere do ordinário por conter duas fases, quais sejam: a do juízo da formação da culpa e a do julgamento.

A primeira fase se desencadeia com o recebimento da denúncia ou da queixa, oportunidade em que é designada audiência para o interrogatório do acusado, que será citado com antecedência, bem como para a elaboração de perguntas pelas partes.

Ato contínuo, apresentada ou não a defesa prévia, no prazo de três dias após o interrogatório, serão inquiridas as testemunhas arroladas. Finda a fase de instrução, o juiz dará vista dos autos às partes para alegações.

Caso o juiz se convença da existência do crime e de indícios suficientes de autoria, haverá a pronúncia², sendo que, após o trânsito em julgado desta decisão, o fato imputado será levado à apreciação do Tribunal do Júri, com a apresentação do libelo – instrumento formal de acusação – pelo Ministério Público ou pelo acusador particular, conforme o caso, onde constará o rol de testemunhas, os documentos e demais requerimentos.

¹ XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:

- a) a plenitude de defesa;
- b) o sigilo das votações;
- c) a soberania dos veredictos;
- d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida;

² Importante destacar que a pronúncia atua como mecanismo de garantia, na medida em que visa impedir o patrocínio de acusações infundadas, que não interessam ao Estado nem tampouco ao indivíduo que se vê processado.

Se o libelo preencher os requisitos legais, oportunizar-se-á que o acusado apresente defesa, junte o rol de testemunhas e documentos, bem como requeira diligências.

Decorrido o prazo de cinco dias para cada uma das partes, as diligências requeridas serão realizadas. Posteriormente, será designada a sessão plenária, a qual necessita de *quórum* mínimo de 15 jurados dentre os 21 convocados. Serão sorteados sete jurados para compor o Conselho de Sentença. Destaca-se que deverão ser adotadas medidas que visam a incomunicabilidade dos jurados, bem como que estes serão advertidos acerca dos impedimentos e suspeições, em conformidade com o Código de Processo Penal (CPP).

No decorrer do sorteio dos jurados, o juiz efetuará a retirada da urna de cédulas com o nome do possível jurado, lendo-a e possibilitando à defesa e, posteriormente, à acusação, que se manifestem, sendo que cada um possui o direito à três recusas imotivadas.

Definidos os jurados que comporão o conselho de sentença, o juiz prosseguirá com a exortação exposta no art. 472 do CPP, em que os jurados se comprometem a examinar a causa com imparcialidade, de acordo com a sua consciência e os ditames da justiça.

Logo após, o réu será qualificado e interrogado pelo juiz, seguindo o disciplinado no art. 185 e seguintes do Código de Processo Penal, abrindo-se aos jurados a possibilidade de formular perguntas.

Findo o interrogatório, será elaborado um relatório, pelo juiz, sem manifestações referentes ao mérito e haverá a exposição do fato imputado ao acusado, das provas e das conclusões das partes. Após, encerrada a leitura das peças processuais, caso requisitadas, serão inquiridas as testemunhas de acusação e as de defesa e, havendo dissonância entre duas ou mais testemunhas sobre pontos essenciais da causa, proceder-se-á a confrontação entre as testemunhas.

Concluída a inquirição das testemunhas, o promotor efetuará leitura do *libelo* e dos dispositivos da lei penal que se apliquem ao réu, e produzirá a acusação, iniciando-se, assim, a fase dos debates orais.

Na dita fase, tanto a acusação quanto a defesa terão uma hora e meia para argumentar em frente aos jurados. Em seguida, a acusação terá mais uma hora para réplica, podendo rebater as alegações trazidas pela defesa, e, logo após, a defesa terá mais uma hora para a tréplica.

Encerrados os debates orais, o juiz consultará os jurados, a fim de saber se os mesmos estão aptos a julgar ou necessitam de maiores esclarecimentos. Caso os jurados possuam dúvidas, o juiz ou as partes tratarão de saná-las, sendo que, posteriormente, o juiz prosseguirá com a leitura dos quesitos, convidando os jurados, os serventuários da Justiça, o Ministério Público e a defesa para adentrarem na sala secreta, onde os jurados votarão, preservado o sigilo da votação.

Os jurados, portando duas cédulas, uma contendo o voto *sim* e outra o voto *não*, decidirão quanto aos quesitos de materialidade, autoria, absolvição ou não, teses de defesa, tais como minorantes ou privilégios e teses de acusação, como qualificadoras ou majorantes, sem haver necessidade de motivação da decisão.

Esse último fator, qual seja, a desnecessidade de motivação das decisões tomadas pelos jurados, é o que mais tem gerado dúvidas na atualidade quanto à constitucionalidade do Tribunal do Júri, o que será abordado logo adiante.

Após a conferência dos votos, respeitado o princípio do sigilo das votações, o Juiz Presidente, tanto no caso de condenação, quanto no caso de absolvição, lerá a sentença em plenário, declarando encerrada a audiência de instrução e julgamento.

A influência da mídia nas decisões

Insta consignar que o artigo 5º, LIII da CF, garante que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”. Acontece que hoje, mais do que nunca, com a evolução e alcance das mídias – incluindo-se o rádio, a televisão, a *internet* e outros meios de

comunicação e divulgação – já não se pode dizer que a sentença, no sentido metafórico, é lavrada apenas pela autoridade competente.

Principalmente repórteres e redatores de jornais, iludidos pelas primeiras aparências ou visando maior audiência, cometem gravíssimas injustiças, lavrando sentenças de condenação ou absolvição, pesando na opinião pública, influenciando nos vereditos, pregando supostas verdades com relação a tudo e a todos, de tal maneira que incorrem em excessos e perigosos pré-julgamentos, sem proporcionar o direito à presunção de inocência ou à plenitude de defesa dos acusados.

O risco de um veredito sustentado pela mídia é elevado, levando em consideração que o jurado do Tribunal do Júri decidirá com base em sua íntima convicção e liberdade de consciência, uma vez que não lhe é exigida fundamentação nas decisões, e, portanto, o mesmo não fica restrito às provas do processo e à verdade obtida durante a instrução.

Ressalta-se que a instituição do Júri é composta por julgadores do povo, que são, geralmente, leigos quanto à matéria penal e processual penal debatida e não possuem o menor conhecimento técnico, sendo pessoas comuns que, muitas vezes, sensibilizadas com fatos que ocorrem cotidianamente, mormente com o aumento da criminalidade e falta de segurança pública, possuem opiniões pré-definidas, comumente incutidas pela mídia, além de inúmeros preconceitos.

Corroborando a respeito do tema, Ana Lúcia Menezes Vieira (2003) assim manifesta:

(...) o jurado é mais permeável à opinião pública, à comoção, que se criou em torno do caso em julgamento, do que os juízes togados e, por sentirem-se pressionados pela campanha criada na imprensa, correm o risco de se afastarem do dever de imparcialidade e acabam julgando de acordo com o que foi difundido na mídia (VIEIRA, 2003, p. 246).

Ademais, o Tribunal do Júri, com sua previsão constitucional, nada mais é do que uma representação da sociedade julgando um crime contra si mesma, vez que o acusado tem sua conduta julgada por seus pares, ou seja, por seus, hipoteticamente, iguais. Sendo assim, ao se tratar do Tribunal do Júri é inevitável que se levantem questões quanto a sua eficácia e provável falibilidade, visto que é impossível separa-lo da sua subjetividade relacionada aos jurados que o compõem.

No desenrolar do processo penal, frequentemente entram em conflito dois princípios constitucionais: o direito a proteção de intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas e o direito de liberdade de imprensa, os quais gravitam em torno da problemática da precisa delimitação dos contornos do princípio da publicidade processual (art. 5º, LX e 93, IX) (OLIVEIRA, 2014).

Importa salientar que o art. 5º, X, da CF/88, define que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. As referidas proteções são, sobretudo, características de um direito singular que devem ser garantidas a todos, sem exceção, ainda que o sujeito seja suspeito da prática de um crime doloso contra a vida.

Nesse diapasão, a liberdade de imprensa, entendida como o direito da mídia de difundir as mais diversas informações, fatos e acontecimentos, que também é um direito constitucional, previsto no inciso IX, do art. 5º da CF, encontra restrições necessárias, tendo em vista que as consequências decorrentes de afirmações falaciosas são, na maioria esmagadora das vezes, irreversíveis. Frisa-se que toda liberdade pressupõe responsabilidade e, por esta razão, não se pode falar em liberdade se está é exercida de forma insensata.

Quando o assunto é crime doloso contra a vida, é evidente que estes são dotados de ampla repercussão midiática, uma vez que estão sempre presentes nos telejornais, nos jornais impressos, nos portais *online* e nas novelas e séries dramatúrgicas, posto que, de maneira tragicômica, acabam por aumentar exponencialmente os medidores de audiência.

Dessa maneira, como em um ciclo vicioso, surgem no país cada vez mais programas televisivos com teor policial altamente apelador, os quais espetacularizam a prisão e,

consequentemente, fomentam um ódio desmedido e exacerbado ao crime e ao criminoso, produzindo sede por uma suposta justiça que só se satisfaz através da vingança crua que mata, ridiculariza e "tutua" o acusado.

Constata-se que no momento em que se concede ao cidadão o poder de decidir quanto a um crime contra a vida praticado pelo seu suposto semelhante, todo o ódio e rancor e demais sensações transmitidas diariamente na mídia e propagandas livres e, por vezes, infundadas, nas redes sociais, submergem e se transformam em um pré-julgamento.

Dessa forma, a mídia toma para si a prerrogativa de julgar, violando implicitamente o já citado art. 5º, LIII da CF¹, e os direitos e garantias do acusado acabam sendo rechaçados e substituídos por uma condenação calorosa e terminativa dos jurados, sem a mínima presunção de inocência. Se apropriando da função conferida ao Poder Judiciário pela Constituição Federal, a mídia torna inconcebível qualquer meio de defesa possível a que o acusado deve ter acesso.

Ainda que exista a hipótese de desaforamento, que ocorre quando se desloca a competência de uma comarca para outra, para que nesta seja realizado o julgamento pelo Júri, sabe-se que as notícias ultrapassam as barreiras territoriais, alcançando notoriedade nacional.

Lembra-se aqui, para fins de elucidação do acima exposto, o conhecido caso Isabella Nardoni, menina de 05 anos, morta após ser jogada do sexto andar do prédio de seu pai, o qual permanecem em voga por semanas na imprensa em março de 2008 e no início de 2010, no período da plenária do júri. Aquela época, a população brasileira, através de reportagens sensacionalistas, se manteve atenta a todos os desdobramentos do lamentável episódio, formando opiniões e dando sentenças antes mesmo dos suspeitos serem formalmente acusados (ALVES FERREIRA e SOUZA, 2012, p. 377).

Importante mencionar que em casos como o acima exposto, quando, por fim, entende-se que os suspeitos, na verdade, eram inocentes, em que pese o recebimento de indenizações, ainda que altas, as consequências pela divulgação dos nomes e imagens dos suspeitos, quando inverídicas e desmedidas, acompanham a vida individual de cada um, até mesmo após a morte, estendendo-se e refletindo, caso a caso, até mesmo na família dos acusados.

Ainda, a propagação massiva de informações relacionadas ao crime e ao criminoso pelos órgãos da mídia culminam na atuação do chamado Direito Penal simbólico, o qual se caracteriza pela produção ou alteração legislativa penal baseada na ânsia de dar uma resposta rápida a sociedade, sendo que, infelizmente, algumas destas leis acabam sendo mal elaboradas e restam com pouca, ou até mesmo nenhuma, empregabilidade.

Luiz Flávio Gomes (2009), neste sentido, destaca que:

Em inúmeros casos, o legislador, levado pela urgência e pelo ineditismo das novas situações, não encontra outra resposta que não a conjuntural reação emocional legislativa, que tende a ser de natureza penal. Invoca-se o direito penal como instrumento para soluções de problemas, mas se sabe que seu uso recorrente não soluciona coisa alguma. Nisso reside o simbolismo penal. (GOMES, 2009, p. 2).

Assim, importante avaliar o papel da mídia na formação do convencimento dos membros do corpo de jurados, devendo ser realizados estudos mais profundos acerca do tema.

Das decisões imotivadas

O Código de Processo Penal, em seu art. 485, prevê o sistema da íntima convicção, no qual os jurados não são obrigados a fundamentar seu voto.

¹ LIII – ninguém será julgado nem sentenciado senão pela autoridade competente.

Ocorre que, é evidente que a tomada de uma decisão requer conhecimento e compreensão acerca da problemática, o que, infelizmente, nem sempre ocorre no Tribunal do Júri, uma vez que, como abordado anteriormente, os jurados, em sua grande maioria, são pessoas leigas, que não detém conhecimentos técnicos e, por essa razão, não dominam o complexo linguajar jurídico.

Excludente de ilicitude, absolvição, autoria, imputabilidade, materialidade, antijuridicidade, motivo fútil, motivo torpe, violenta emoção, dentre tantos outros, são exemplos de conceitos complexos, que intrigam até mesmo profissionais da área do Direito, quem dirá pessoas leigas, despreparadas e facilmente influenciáveis por notícias sensacionalistas propagadas de maneira desmedida, bem como pela teatralização dos debates, que levam o jurado a decidir conforme a melhor atuação.

Neste sentido, Paulo Victor de Oliveira Vieira (2013) aduz que:

É sabido que o Tribunal do Júri possui defensores fervorosos, assim como críticos ferrenhos. O ponto fundamental da polêmica é a entrega do julgamento ao Conselho de Sentença, formado por leigos. Questiona-se a capacidade destes de compreender a lei melhor que um juiz togado, que conhece o direito e se encontra menos vulnerável à influência da boa retórica.

Portanto, considerando que tomar decisões é algo que sempre envolve riscos, não basta que os jurados decidam de maneira empírica, sob pena de abalar a credibilidade da instituição do Tribunal do Júri.

A desnecessidade de fundamentação, prevista em lei infraconstitucional, contrapõe o disposto na Constituição Federal de 1988, que prega a necessidade de fundamentação de todas as decisões judiciais (art. 93, IX), instigando, então, as inúmeras discussões acerca da constitucionalidade do instituto, nos moldes atuais, tendo em vista que se está, supostamente, dando mais valor à lei infraconstitucional do que a própria Constituição.

Essa questão traz à tona a falibilidade dos jurados, os quais, reitera-se, não possuem instrução com relação aos crimes debatidos em sessão, bem como quanto à processualística criminal e, por conseguinte, cometem erros, e, por vezes, injustiças. Frisa-se que isso não significa que os erros e injustiças se limitam apenas aos jurados, visto que se estendem aos juízes e tribunais, no entanto, com relação a estes, existem instrumentos que reduzem a discricionariedade judicial, como é o caso da fundamentação das decisões, que ironicamente não existe no âmbito do Tribunal do Júri (OLIVEIRA, 2014).

Nesse sentido, incumbe citar os dizeres de Aury Lopes Junior (2007):

O golpe fatal no júri está na absoluta falta de motivação do ato decisório. A motivação serve para o controle da racionalidade da decisão judicial. Não se trata de gastar folhas e folhas para demonstrar erudição jurídica (e jurisprudencial) ou discutir obviedades. O mais importante é explicar o porquê da decisão, o que levou a tal conclusão sobre autoria e materialidade. A motivação sobre a matéria fática demonstra o saber que legitima o poder, pois a pena somente pode ser imposta a quem – racionalmente – pode ser considerado autor do fato criminoso imputado. (...) o *ius dicere* em matéria de direito punitivo deve ser uma aplicação/explicação: um exercício de poder fundado em um saber consistente por demonstradamente bem adquirido. Essa qualidade na aquisição do saber é condição essencial para legitimidade do atuar jurisdicional (LOPES JÚNIOR, 2007, p. 142-143).

É preciso salientar que os jurados, pessoas comuns das mais diversificadas classes sociais, como amadores na ciência do Direito, acabam julgando o caso pelo que o acusado parece ser, ou seja, conforme suas características físicas e pessoais (antecedentes criminais, raça, situação

socioeconômica e, quando não, motivados por paixões ou antipatias) e não pelo delito em si eventualmente cometido.

Aproximando-se do fim deste estudo, insta consignar que, em um julgamento, não é crível assentir que uma pessoa seja condenada ou absorvida baseada em respostas simplistas, como as emanadas pelo Tribunal do Júri, que se limitam ao “sim” e ao “não”. Ora, é necessário que haja fundamentação, que se refira porque se chegou ao veredito final, impedindo que se prive a liberdade do acusado, em razão apenas de meras convicções, por vezes ligadas a pré-conceitos definidos pela falta de conhecimento e pela alienabilidade provocada pela mídia.

Portanto, percebe-se que a necessidade de fundamentação das decisões deve ser vista como uma das garantias inerentes ao cidadão e ao próprio conceito de Estado Democrático de Direito.

CONCLUSÃO

O Tribunal do Júri percorreu uma grandiosa evolução histórica ao longo dos tempos, e, em que pese não haver um consenso doutrinário quanto a sua origem, especula-se que esta instituição perpassou os tempos de Moisés, passando pela Grécia e Roma, até que, finalmente, na Inglaterra, em 1215, irrompeu com a Magna Carta. No Brasil, este instituto passou por diversas reviravoltas constitucionais até chegar às feições que o constitui nos dias atuais.

Atualmente, o que se pretende com a instituição do Tribunal do Júri é a participação dos cidadãos nos julgamentos dos crimes dolosos contra a vida. Ocorre que esta participação popular acaba por trazer inúmeros problemas, uma vez que os jurados, em sua grande maioria, são pessoas despreparadas e que, não bastasse, são altamente influenciáveis pela mídia.

Neste sentido, o fato de o Conselho de Sentença ser formado por jurados leigos que não compreendem o juridiquês e a processualística criminal, e, portanto, não possuem o necessário conhecimento para julgar crimes que atentam contra a vida, merece, e tem sido, alvo de muitas críticas, uma vez que este despreparo e desconhecimento pode acarretar tanto em impunidade quanto em punição descabida.

Ainda, critica-se a falta de fundamentação das decisões destes jurados leigos, que usam apenas da sua íntima convicção para julgarem, decidindo de maneira inteiramente empírica.

Destaca-se que resta inegável que a mídia, na maioria das vezes, se apresenta como influenciadora da decisão dos julgadores leigos, porquanto desde a fase investigatória até o momento do julgamento em plenário, veicula matérias exacerbadamente apeladoras que incriminam – ou absolvem – o indivíduo sem provas concretas, ferindo o direito à presunção de inocência ou à plenitude de defesa. Assim, a mídia toma para si a prerrogativa de julgar, destruindo qualquer meio de defesa possível a que o acusado deve ter acesso, posto que substitui os direitos e garantias constitucionais do acusado por um julgamento caloroso por parte dos jurados, se apropriando, então, da função conferida ao Poder Judiciário pela Constituição Federal.

Após o estudo realizado, entende-se que o que poderia diminuir a subjetividade das decisões tomadas pelos jurados, as quais, principalmente nos casos de grande repercussão, demonstram-se meras reproduções do veiculado pelas mídias, seria a fundamentação das decisões, baseadas nas provas e debates apresentados no plenário.

Destarte, a fim de acabar com a visível falibilidade do instituto, são necessárias mudanças estruturais para aperfeiçoá-lo, pois não basta dispor no Código de Processo Penal e na Constituição Federal os direitos e garantias do acusado e, ao mesmo tempo, permitir que jurados despreparados possam decidir apenas baseados em suas convicções, que, por vezes, nem são suas, de tal maneira que devastam, por si só, a garantia do devido processo legal, principalmente no que diz respeito à plenitude de defesa.

REFERÊNCIAS

ALVES FERREIRA, Regina Cirino; SOUZA, Luciano Anderson. Discurso Midiático Penal e Exasperação Repressiva. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. n. 94. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

BANDEIRA, Marcos. **Tribunal do Júri: de conformidade com a Lei nº 11.689, de 09 de junho de 2008 e com a ordem constitucional**. Ilhéus: Editus, 2010.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Brasília: Presidência da República, 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em 22 março 2018.

BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 22 março 2018.

CAMELO, Cláudia Mara Rodrigues. **Tribunal do Júri no Brasil - O Povo no Crivo da Decisão Judicial**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 25 maio 2012. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.37180&seo=1>>. Acesso em: 03 abr. 2018.

CAMPOS, Walfredo Cunha. **Tribunal do Júri**. São Paulo: Atlas, 2011.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 13 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

GOMES, Luiz Flávio. SOUSA, Áurea Maria Ferraz de. **Caso Mércia: foro competente**. Nazaré Paulista, 2010. Disponível em <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2477638/artigos-do-prof-lfg-caso-mercia-foro-competente-nazare-paulista?ref=amp>>. Acesso em: 21 março 2018.

LOPES JUNIOR, Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamentos da Instrumentalidade Garantista**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2007.

NASSIF, Aramis. **Júri: instrumento da soberania popular**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 9 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Tribunal do Júri**. 6 ed. São Paulo: Forense, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza.. **Tribunal do Júri**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, César Antônio Silva de. **A influência da mídia no Tribunal do Júri à luz dos princípios e garantias constitucionais que regem o Processo Penal Brasileiro**. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/28520/a-influencia-da-midia-no-tribunal-do-juri-a-luz-dos-principios-e-garantias-constitucionais-que-regem-o-processo-penal-brasileiro>>. Acesso em: 23 março 2018.

PRATES, Flávio Cruz; TAVARES, Neusa Felipim dos Anjos. **A influência da mídia nas decisões do conselho de sentença**. Direito & Justiça, Porto Alegre, v. 34, n. 2, p. 34, jul./dez. 2008.

Disponível em:

<<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/viewFile/5167/3791>>. Acesso em: 25 março 2018.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues Alencar. **Curso de Direito Processual Penal**. Salvador: Editora Juspodivm, 2012.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Prática de Processo Penal**. 27 ed. rev. atual. aumentada. São Paulo: Saraiva, 2006.

TUCCI, Rogério Lauria. **Tribunal do Júri**: origem evolução, características e perspectivas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. **Processo penal e mídia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

VIEIRA, Paulo Victor de Oliveira. **A possibilidade de renúncia ao julgamento pelo Tribunal do Júri**. *JusNavigandi*, 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24474/a-possibilidade-de-renuncia-ao-julgamento-pelotribunal-do-juri-no-brasil>>. Acesso em: 20 mar. 2018.

VIOÊNCIA OBSTÉTRICA SOB A ÓTICA JURÍDICA E BIOÉTICA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO PÓS CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

OBSTETRIC VIOLENCE UNDER THE LEGAL AND BIOETHIC OPTICAL IN BRAZILIAN LEGAL ORDINANCE AFTER THE FEDERAL CONSTITUTION OF 1988

Mayara Lisiane Amaro¹
Bruna Rampanelli²
Giana Lisa Zanardo Sartori³

RESUMO: Este estudo é fruto de um processo de investigação a cerca das causas e circunstâncias da violência obstétrica no Brasil. O objetivo foi identificar alguns fatores causadores do tratamento abusivo com a gestante/parturiente, a partir de uma noção conceitual embasada na bioética, e nos princípios fundamentais regidos pela Constituição Federal Brasileira de 1988. A pesquisa é de extrema relevância visto que a sociedade contemporânea não conhece os verdadeiros problemas por trás da glória de gerar e parir outro ser humano, não têm conhecimento de seus direitos e acabam sendo vítimas por mera ignorância do assunto. Foi possível perceber que a sociedade precisa ser esclarecida sobre o tema, bem como as autoridades competentes, afim de que seja fornecida a assistência digna as gestantes na saúde pública e que seja seguido o exemplo do Estado de Santa Catarina que legislou sobre a temática abordada. Para tanto, o estudo utilizou como técnica a pesquisa bibliográfica e documental, através do método analítico descritivo.

Palavras-chave: Violência Obstétrica. Violência contra mulher. Saúde Pública. Humanização. Bioética.

ABSTRACT: This study is consequence of an investigation process about the causes and circumstances of the obstetric violence in Brasil, with the purpose to identify some of the factors that causes the abusive treatment with the pregnant/parturient, from a conceptual notion based on bioethics and the fundamental principles conducted from de Federal Constitution. Therefore, the study uses as technique the bibliographic and documental search, using the analytical descriptive method. The research is extremely relevant, once the contemporary society doesn't know the real problems behind the glory of reproduce and to give birth another human being, doesn't have knowledge.

about their rights and end up being victims for ignorance of this subject. It was possible to realize that the society needs to be enlightened about this subject, as well the authorities, in order to

1Graduanda do 7º semestre do Curso de Direito da URI Erechim. *E-mail* mlamaro@tj.rs.gov.br.

2Graduanda do 7º semestre do Curso de Direito da URI de Erechim. *E-mail* bruna.rampanelli@yahoo.com.br.

³Doutora em Ciência Jurídica. Professora do Curso de Direito da URI Erechim, orientadora da pesquisa. *E-mail*: sgiana@uricer.edu.br.

provide adequate assistance to the pregnant in the health service and to follow the example of Santa Catarina state that legislated about the present theme.

Keywords: Obstetric violence. Violence against the woman. Health service. Humanization. bioethics.

INTRODUÇÃO

O termo “violência obstétrica” serve para descrever um tipo de violência dos médicos para as pacientes gestantes e parturientes, violências de todos os gêneros, físicos, psicológicos, emocionais, verbais, assim como, procedimentos aos quais estas não precisaram passar e são submetidas por negligência ou desídia dos profissionais.

Este estudo é fruto de um processo de investigação a cerca das causas e circunstâncias da violência obstétrica no Brasil, com o objetivo de identificar alguns fatores causadores do tratamento abusivo com a gestante/parturiente, a partir de uma noção conceitual embasada na bioética, e nos princípios fundamentais regidos pela Constituição Federal.

As formas de violência e tratamento que as mulheres são submetidas, a falta de uma lei federal que regulamente essa circunstância, como os hospitais públicos tem um tratamento diferente a de um hospital particular onde a infraestrutura e assistência são melhores prestadas, assim como, expor o modo como as mulheres diariamente são vítimas de violência de todos os gêneros, humilhadas e inferiorizadas.

Diante do exposto, e analisando a relevância do tema, surgiu o interesse de conhecer e estudar de forma mais aprofundada o assunto, partindo da Bioética e o Princípio da Autonomia e Beneficência, para depois analisar o Princípio da Dignidade Humana, a Violência contra a mulher, a Violência Obstétrica, tipos de Violência Obstétrica, a Saúde Pública, Parto Humanizado.

Para tanto, o estudo utilizou como técnica a pesquisa bibliográfica e documental através do método analítico descritivo.

BIOÉTICA E O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA E BENEFICIÊNCIA

A bioética é compreendida como o estudo do comportamento humano em relação às áreas da ciência a vida e dos cuidados da saúde, sob a ótica dos valores morais e éticos, com princípios e valores, a fim de compreender um entendimento sobre a vida e morte do ser humano.

Nos ensinamentos de Namba (2009, p. 10):

A vida deve ser conduzida de forma ética, ou seja, de acordo com o “bem-estar” de todos, prevalentes na sociedade existente, com os limites impostos por esse mesmo conjunto de homens e mulheres. Particularismos não podem ser considerados para essa finalidade.

Em 2005, a homologação da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos (DUBDH) pela Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO), representou um referência conceitual da bioética, tratando sobre assuntos éticos relacionados com a medicina ciências da vida e tecnologias associadas na sua aplicação aos seres humanos. A declaração incorporou os princípios que norteiam o respeito pela dignidade da pessoa humana, direitos humanos e liberdades fundamentais. Reconhecendo, ainda, que decisões sobre questões éticas na medicina, nas ciências da vida e nas tecnologias associadas podem ter impacto sobre indivíduos, famílias, grupos ou comunidades e sobre a humanidade como um todo.

Sob essa perspectiva, vale notar que, a Obstetrícia e a Ginecologia tratam das fases mais significativas da vida – nascimento, crescimento, reprodução e envelhecimento, assim, a fim de promover a autonomia do paciente o médico deve promover informação.

Diante das observações aludidas, o princípio da beneficência e não maleficência é o que merece ser seguido. No dever ético de não fazer mal, maximizando os benefícios e minimizando os danos e prejuízos, é fazer o melhor ao paciente. Deve prevenir ou eliminar o dano e promover o bem.

O princípio da autonomia também se sobressai dentro dessa questão, devendo-se respeitar as pessoas por suas opiniões e escolhas, segundo valores e crenças pessoais. O princípio da autonomia é o princípio que tem o maior vínculo com o princípio da dignidade da pessoa humana, representando a liberdade de cada ser humano e que esta deve ser resguardada.

PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A dignidade da pessoa humana é um atributo intrínseco, indivisível de todo e qualquer ser humano e é um direito fundamental garantido no artigo 1º, §3º, da Constituição Federal do Brasil de 1988.

Para Sarlet “a dignidade como qualidade intrínseca da pessoa humana, é algo que simplesmente existe, sendo irrenunciável e inalienável, na medida em que constitui elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado [...]”. “[...] é algo que se reconhece, respeita e protege”. (SARLET, 2011, p.100-101)

Neste sentido, por exemplo, para Miranda 2012, p. 222. “Característica essencial da pessoa – como sujeito, e não como objeto, coisa ou instrumento – a dignidade é um princípio que coenvolve todos os princípios relativos a direitos e também aos deveres das pessoas e à posição do Estado perante elas.”

O Estado tem o dever de zelar pelo bem-estar da população, garantindo a todos uma vida digna, íntegra e mais “humana”. O bem mais precioso de um homem é sua dignidade, sem dignidade não há felicidade e respeito pelo próximo, tornando o convívio social impossível. Um homem realizado, com sua dignidade mantida, tem menos chances de causar conflitos sociais.

Para a concretização de um Princípio, o seu principal pressuposto é a intangibilidade, que nada mais é que a proibição de certas condutas a fim de se estabelecer totalmente o direito na sociedade, como por exemplo, a garantia do direito à vida em consonância com a ilegalidade do aborto.

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana pode ser considerado o mais importante da Constituição Federal Brasileira de 1988 já que é norteador de todos os outros Direitos Fundamentais dispostos, desde o direito de viver.

A “pessoa humana” a que se refere a Constituição vigente não tem distinção de gênero, classe social e nem raça, mas sim engloba o “todo”, toda população. Ademais, toda relação social, tanto particular como profissional, deve respeitar o direito do outro. As ações médicas, por exemplo, devem ser baseadas nas Garantias Fundamentais elencadas na Constituição.

Todo e qualquer insulto ao paciente, discriminação racial, de gênero e raça, além de maus-tratos físicos, psicológico e moral é uma violação à Dignidade da Pessoa Humana.

Igualmente, muito vem se falando sobre o direito da mulher na hora do parto, e sobre qual a responsabilidade do profissional da saúde perante essa mulher tão fragilizada em um momento extremamente crítico de sua vida.

O Profissional da saúde deve garantir a essa gestante um tratamento digno, respeitar e valorizar seus direitos como ser humano, e zelar pela sua segurança acima de tudo.

POSSÍVEIS FATORES GERADORES DA VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA:

Para melhor compreensão da violência obstétrica, se faz necessário breves apontamentos sobre a violência contra as mulheres. O processo de violência vem de muitos séculos, e são diversas as formas que acontecem, segundo a Organização Mundial da Saúde, “[...] violência é a imposição de um grau significativo de dor e sofrimento inevitáveis.” (ZANARDO; URIBE; NADAL, 2017,p.4)

A VIOLÊNCIA CONTRA MULHER:

Iniciando com a frase de Ban-KiMoon, Secretário-Geral das Nações Unidas:

Existe apenas uma verdade universal, aplicável a todos os países, culturas e comunidades: a violência contra as mulheres nunca é aceitável, nunca é perdoável, nunca é tolerável.

As mulheres são diariamente vítimas de algum tipo de violência, seja verbal, física ou psicológica. Indo ao supermercado, no seu emprego, em sua casa. Vítimas de um sistema patriarcal que infelizmente nos dias de hoje ainda estão embutidos na sociedade.

A ONU reconhece que:

Promover a igualdade entre homens e mulheres ajuda no crescimento estável e no desenvolvimento de sistemas econômicos, com benefícios sociais mensuráveis através de indicadores econômicos.

As causas de violência relacionadas à mulher são na maioria das vezes insignificantes, até mesmo difíceis de acreditar. Os autores D’Oliveira, Falcão, et al. (2005, p. 15), intrigam com um questionamento de absurda relevância:

Porque ocorrem essas agressões e abusos? Por que os conflitos em negociações, as divergências de opinião e desejos entre pessoas tão íntimas acabam em violência? Não seriam os relacionamentos afetivos as situações em que menos se esperaria a violência? [...].

A violência é uma violação aos direitos da pessoa, nesse sentido, se diz que o problema da violência é difícil de lidar pelos muitos significados que esse termo “violência” possui. Se houvesse um significado consensual à expressão “violência contra mulher”, esta não pareceria estranha a ninguém. Pelo contrário, tornaria mais fácil a compreensão e em vez de, se questionar como ocorre, colocando em dúvida se determinada conduta é uma forma de violência, esta seria certa e inquestionável.

É um dos maiores desafios quando se trata de conceito de violência, ainda mais contra o sexo feminino. Não parece ter tanta relevância como uma violência física ou corporal. É por vezes uma violência silenciosa e invisível e é onde está o grande perigo, a sua invisibilidade e consequentemente a sua falta de assistência.

A violência contra mulher compreende agressões físicas, psicológicas, ameaças, abusos e assédios sexuais. É o que está descrito na Lei 11.340/2006 conhecida como Lei Maria da Penha

A violência contra mulher trata-se de qualquer conduta que vise ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição obstinada, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir da mulher (BRASIL, 2006).

Diante do conceito de violência contra a mulher percebe-se quanto as condições na área da saúde podem contribuir para desencadear ou não a violência obstétrica no Brasil.

CONDIÇÕES DA SAÚDE PÚBLICA:

Conforme Portaria nº 1.820/09 do Ministério Público da Saúde:

É direito da pessoa, na rede de serviços de saúde, ter atendimento humanizado, acolhedor, livre de qualquer discriminação, restrição ou negação em virtude de idade, raça, cor, etnia, religião, orientação sexual, identidade de gênero, condições econômicas ou sociais, estado de saúde, de anomalia, patologia ou deficiência.

A saúde Pública no Brasil pode ser classificada em três grandes grupos:

- a) Um Brasil que tem plano de saúde;
- b) Um Brasil que paga consultas particulares; e
- c) Um Brasil que sofre todas as deficiências possíveis na saúde, onde falta médico, falta auxílio, onde pessoas morrem nas filas esperando atendimento (NAMBA, 2010).

Pois, são nesse sistema público de Saúde que são evidenciadas situações de violência obstétrica.

Todas as atitudes tomadas pelos profissionais da saúde devem visar o melhor para o paciente sempre, independente da condição financeira do indivíduo.

Entretanto, conforme o site G1, a OMS alerta para morte de 303 mil mulheres durante o parto por ano, ou seja, cada dia o número de mulheres que morrem no parto, por diversas causas e a maioria é evitável (G1 GLOBO, 2017)

Coincidência ou não a maioria dessas mulheres que morrem por complicações hospitalares (que poderiam ser facilmente evitadas com o devido cuidado e zelo que todo paciente merece receber) são pobres, mulheres que não tem condição de pagar consultas particulares e acabam por depender da boa vontade de médicos e enfermeiros (BLOGUEIRAS FEMINISTAS, 2014)

O sistema público sofre crise como um todo, mas o que mais reflete no cotidiano do brasileiro são as deficiências no sistema de saúde, já que, apenas procura-se ele quando as pessoas estão fragilizadas, precisando de ajuda, portanto, sendo um dos sistemas mais importantes e que não poderia haver tantas falhas a serem ajustadas.

A violência Obstétrica é um problema real e uma consequência da deficiência da Saúde Pública no Brasil.

Um levantamento realizado pelo Conselho Federal de Medicina feito em 16 estados e 10 capitais constatou que o Rio Grande do Sul é o quarto estado no país com mais pacientes na fila do SUS para passar por cirurgias. Em todo país são mais de 904 mil pessoas (G1 GLOBO, 2017).

Já dizia Pessini e Barchifontaine (2002, p.93):

Ao examinar a situação de saúde no Brasil, encontramos uma série de problemas, consequência das condições de vida da população, e que refletem desigualdades de várias ordens, fruto de uma distribuição desigual de riquezas e de oportunidades. Nossa sociedade é extremamente desigual [...].

A saúde pública nada mais é, que uma proteção que o governo fornece a toda a população em geral. É a garantia de que o Estado vai cuidar de seu povo, e dar toda a assistência que precisar.

Para o bom desenvolvimento do sistema de saúde, é necessário que além dos subsídios do Estado, haja profissionais da saúde altamente preparados e equipados para receber os doentes com o respeito que merecem.

A saúde é o resultante das condições de alimentação, habitação, educação, renda, meio ambiente, trabalho, transporte, lazer, liberdade, acesso e posse da terra e acesso aos serviços de saúde. (VIII Conferência Nacional de Saúde- 1986)

Se todos os pressupostos acima elencados fossem obedecidos não precisaria discutir sobre Violência Obstétrica, já que ela é o maior exemplo das falhas na Saúde Pública do Brasil.

VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA NO BRASIL: A DOR QUE CALA

A Violência Obstétrica trata-se de violência contra mulheres gestantes ou parturientes, e é cometida principalmente por profissionais da saúde. Essa violência está diretamente ligada com insultos, discriminações, procedimentos cirúrgicos desnecessários a fim de economia e rapidez e muitas vezes sem o consentimento da gestante, além de proibições de acompanhantes na sala do parto. A falta de respeito, o descaso com as gestantes na assistência ao parto, seja nos hospitais públicos ou privados, tem sido divulgados pela imprensa e em redes sociais. O Ministério da Saúde através da sua ouvidoria também possui relatos de mulheres com queixas sobre atendimentos com agressões verbais. (ZANARDO; URIBE; NADAL, 2017, p.4-5)

Na América Latina esse fenômeno da violência obstétrica ocorre já há décadas (ZANARDO; URIBE; NADAL, 2017, p.5), em países como a Venezuela e a Argentina, o Crime Obstétrico é um crime com expresse tratamento legal e regulado em Lei Federal, ao contrário do Brasil que é campeão em cesarianas, e não tem Lei Federal regulando o crime, apenas Leis Estaduais, como a Lei 17.097 de Santa Catarina que foi promulgada em janeiro de 2017.

O Deputado Jean Wyllys apresentou um projeto no ano de 2014 na Câmara de Deputados que prevê essa proteção às mulheres vítimas dessa violência.

Muitas mulheres passam em silêncio pela violência obstétrica. Uma violência naturalizada, institucionalizada e que deixa marcas físicas e psíquicas por toda a vida. O nascer de uma criança deveria ser um momento de celebração, e não de cicatrizes. E como tudo na vida de uma mulher, decidir qual tipo de parto será melhor para ela e seu filho é um direito e uma prerrogativa. (BRASIL, 2018)

No ano de 2017 foi apensado a esse projeto de lei que se fez referência o PROJETO DE LEI N.º 7.867, de 2017 da deputada. Jô Moraes 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. Posteriormente de autoria de outro deputado Francisco Floriano foi apensado o PROJETO DE LEI N.º 8.219 de 2017 que dispõe sobre a violência obstétrica praticada por médicos e/ou profissionais de saúde contra mulheres em trabalho de parto ou logo após. (BRASIL, 2017)

É possível perceber que o legislador está preocupado com a temática, porém, a Violência Obstétrica precisa ser mais discutida no Brasil, e isso só acontecerá quando esses projetos se tornarem uma lei definitiva, que regulamente de maneira rigorosa a questão, no sistema jurídico brasileiro.

TIPOS DE VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA

Há diversas condutas que podem configurar como um tipo de violência obstétrica, vejamos na Lei Estadual 17.097/2017 do Estado de Santa Catarina, onde estabelece em rol de procedimentos médicos que caracterizam violência obstétrica:

Art. 3º Para efeitos da presente Lei considerar-se-á ofensa verbal ou física, dentre outras, as seguintes condutas:

I – tratar a gestante ou parturiente de forma agressiva, não empática, grosseira, zombeteira, ou de qualquer outra forma que a faça se sentir mal pelo tratamento recebido; II – fazer graça ou recriminar a parturiente por qualquer comportamento como gritar, chorar, ter medo, vergonha ou dúvidas; III – fazer graça ou recriminar a mulher por qualquer característica ou ato físico como, por exemplo, obesidade, pelos, estrias, evacuação e outros; IV – não ouvir as queixas e dúvidas da mulher internada e em trabalho de parto; V – tratar a mulher de forma inferior, dando-lhe comandos e nomes infantilizados e diminutivos, tratando-a como incapaz; VI – fazer a gestante ou parturiente acreditar que precisa de uma cesariana quando esta não se faz necessária, utilizando de riscos imaginários ou hipotéticos não comprovados e sem a devida explicação dos riscos que alcançam ela e o bebê; VII – recusar atendimento de parto, haja vista este ser uma emergência médica; VIII – promover a transferência da internação da gestante ou parturiente sem a análise e a confirmação prévia de haver vaga e garantia de atendimento, bem como tempo suficiente para que esta chegue ao local; IX – impedir que a mulher seja acompanhada por alguém de sua preferência durante todo o trabalho de parto; X – impedir a mulher de se comunicar com o “mundo exterior”, tirando-lhe a liberdade de telefonar, fazer uso de aparelho celular, caminhar até a sala de espera, conversar com familiares e com seu acompanhante; XI – submeter a mulher a procedimentos dolorosos, desnecessários ou humilhantes, como lavagem intestinal, raspagem de pelos pubianos, posição ginecológica com portas abertas, exame de toque por mais de um profissional; XII – deixar de aplicar anestesia na parturiente quando esta assim o requerer; XIII – proceder a episiotomia quando esta não é realmente imprescindível; XIV – manter algemadas as detentas em trabalho de parto; [...] XVI – após o trabalho de parto, demorar injustificadamente para acomodar a mulher no quarto; XVII – submeter a mulher e/ou bebê a procedimentos feitos exclusivamente para treinar estudantes; [...] XIX – retirar da mulher, depois do parto, o direito de ter o bebê ao seu lado no Alojamento Conjunto e de amamentar em livre demanda, salvo se um deles, ou ambos necessitarem de cuidados especiais; [...].

O texto da lei é abrangente e taxativo, transcreve com minuciosidade todo e qualquer tipo previsível de violência contra a gestante ou parturiente, esclarecendo o que antes era visto com outros olhos. Condutas antes aparentemente normais por parte dos profissionais da saúde, agora, tomando forma e visibilidade, mostrando-se intolerável. Precisando de mudanças e aceitações.

Essa lei se efetivou apenas em âmbito estadual, mas seria um grande avanço caso fosse implementada uma lei que contemplasse este conteúdo em âmbito federal. Uma lei que cuida e trata de mulheres nessas circunstâncias, só viria a somar para o país. Assim, tornar-se-ia um direito regulamentado, passível de punições para os que as desrespeitassem.

PARTO HUMANIZADO X CESARIANA

O momento mais feliz de uma mulher deveria ser o nascimento de seu filho, tudo deveria sair conforme o planejado, e do modo que toda mãe sonha e quer. Mas infelizmente nem sempre esse desejo se concretiza, e o que deveria ser lindo, vira um pesadelo sem fim, deixando marcas eternas na memória e no corpo da mulher.

Desde os primórdios, o momento do nascimento de uma vida sempre foi algo glorioso e cheio de cuidados para com essa mãe. As parteiras tomavam todas as precauções para que o bebê e a mulher não sofressem mais que o necessário, nada mais era que cumplicidade e solidariedade feminina.

Nos dias atuais, as parteiras foram substituídas por médicos, os quartos de suas casas por quartos de hospitais e o zelo e cuidado foram substituídos (em alguns casos) por grosserias e egoísmo por parte de profissionais despreparados.

A Cesariana é um procedimento cirúrgico, onde é realizada uma incisão na mulher e retirado o bebê do útero.

Já o Parto Humanizado tem a ver com o respeito à opinião da mulher, com o não intervencionismo hospitalar, tudo acontece naturalmente, sem violência, sem agressão e sem pressão para a mãe e o bebê curtirem o momento único.

A mulher tem direito de optar por parto humanizado. Segundo o Ministério Público de Pernambuco:

[...]é um direito garantido pela Lei mais importante do nosso país, a Constituição da República, que estabelece a dignidade da pessoa humana como fundamento. Daí vêm os direitos humanos, dentre os quais se destacam o direito à saúde, à não violência e à maternidade segura. É também um direito garantido internacionalmente pela Organização Mundial de Saúde (OMS), que emite documentos indicando normas de boas práticas para o parto, e alerta para o risco de intervenções que, quando feitas sem correta indicação, podem colocar em risco a vida da mãe e do bebê [...] (PERNAMBUCO,2015)

Os médicos e enfermeiros têm a obrigação de auxiliar e explicar as consequências e os pontos positivos e negativos de cada procedimento, respeitando e ouvindo a paciente.

Tanto no parto normal como no parto humanizado, a mulher não sofre intervenções médicas, esses dois procedimentos respeitam todo o ciclo do bebê, assim sendo, ele vem ao mundo na hora que estiver preparado.

Entretanto, por ser um procedimento mais longo e demorado, os médicos acabam por induzir a paciente gestante a realizar cesariana, que é rápido e prático, mas nada bom para a mãe no pós-operatório e para o bebê que está vindo, já que pode ser facilmente machucado na hora do nascimento.

A cesariana só é indicada nos casos de descolamento prematuro da placenta com feto vivo, prolapso de cordão, quando o bebê está em posição transversal durante o trabalho de parto, gestante soropositiva para HIV, no caso de ruptura de vasa prévia ou ainda herpes genital com lesão ativa no momento em que se inicia o trabalho de parto (PERNAMBUCO, 2015).

Uma pesquisa realizada pelo Nascir no Brasil constatou que 52% dos partos são cesarianas, e a recomendação da OMS é que a taxa de cesarianas não passe de 15% total dos partos (NASCER NO BRASIL, 2018).

Uma das formas de respeitar o Princípio da Dignidade Humana e evitar a Violência Obstétrica é a conscientização por partes das mulheres de que o parto humanizado é a melhor opção para a mãe e para o bebê. É importante que se fale sobre o parto humanizado e sobre todos os excessos médicos que ocorrem diariamente com diversas mulheres.

Além de resgatar o parto e o nascimento como eventos fisiológicos e naturais, o movimento de humanização também busca empoderar as mulheres, retomando os poderes e saberes femininos que teriam sido eliminados. (ZANARDO; URIBE; NADAL, 2017, p.4)

O parto humanizado e a Violência Obstétrica estão diretamente interligados, pois, se as mulheres se conscientizarem da importância do parto humanizado, a Violência Obstétrica irá diminuir significativamente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Constatou-se neste artigo que toda essa incidência de violência em hospitais públicos se dá principalmente pela deficiência do Sistema Público de Saúde, que engloba aspectos como despreparo dos profissionais que cuidam dessas mulheres, a falta de verbas para um atendimento especializado e com tecnologias avançadas, economia nos tratamentos que podem causar complicações graves às gestantes e ao bebê.

Os lugares em que mais acontece essa violência são em hospitais públicos, onde gestantes de menor poder aquisitivo sofrem as consequências de um tratamento indigno, simplesmente por serem pobres, e não terem condições de se tratar em um hospital particular.

Foi possível perceber que a Violência Obstétrica não nasceu de apenas um problema, mas sim de várias circunstâncias predominantes, como a omissão do legislador quanto a uma Lei Federal, ou como a falta de recursos em hospitais públicos, ou ainda se deve ao silêncio das vítimas, que por medo ou por falta de conhecimento dos seus próprios direitos permanecem caladas, e não denunciam seus agressores.

Ao final, em última análise à inexistência de uma lei própria para os Crimes Obstétricos, que ampare as mulheres gestantes e parturientes na hora, durante ou após o parto agrava o problema e impede o cumprimento do Direito à Saúde com respeito à Dignidade Humana, por ser considerado o princípio mais importante da Constituição Federal Brasileira, já que é norteador de todos os outros Direitos Fundamentais dispostos, desde o direito de viver.

O Estado tem o dever de zelar pelo bem-estar da população, garantindo à todos uma vida digna, íntegra e mais “humana”. O bem mais precioso de um homem é sua dignidade, sem dignidade não há felicidade e respeito pelo próximo. Nesse sentido as reflexões proporcionadas pela bioética através da beneficência e autonomia podem contribuir para humanizar as relações desenvolvidas entre pacientes e profissionais com o cuidado da saúde.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Ministério da Saúde. **Portaria nº 1.820, de 13 de agosto de 2009**. Dispõe sobre os direitos e deveres dos usuários da saúde.

Congresso Combate Violência Obstétrica, disponível em:

<<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/03/15/congresso-combate-violencia-obstetrica>>, Acesso em: 22 março 2018

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil** (Brasil, 1988). Disponível em :Declaração Universal sobre Bioética e Biodireito, Disponível em:

<<https://www.ufrgs.br/bioetica/undh.htm>> - acessado em: 20 março 2018.

Brasil (2006). **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Lei Maria da Penha. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20042006/2006/lei/l11340.htm Acesso em: 17 jul. 2017

BRASIL. **Projetos de Lei (Violência Obstétrica)**. Câmara dos Deputados: 2017. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=4ADB73DA542F580124833C8318C04384.proposicoesWebExterno2?codteor=1591466&filename=Avulso+-PL+8219/2017. Acesso em: 17 jul. 2018

D’OLIVEIRA, Falcão, et al, Violência dói e não é direito: a violência contra a mulher, a saúde e os direitos humanos, Editora Unesp. 2005.

G1 GLOBO Notícias, Com 40 mil pacientes na fila, RS é o quarto Estado no País em espera por cirurgias não urgentes, disponível em: <<https://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/com-40-mil-pacientes-na-fila-rs-e-o-quarto-estado-no-pais-em-espera-por-cirurgias-nao-urgentes.ghtml>> Acesso em: 23 março 2018.

G1, GLOBO Notícias, OMS alerta para morte de 303 mil mulheres durante o parto por ano, disponível em<www.globo.com/bemestar/noticia/2015/12/OMS-diz-que303-mil-mulheres-morrem-durante-o-parto-anualmente.html> Acesso em: março 2018.

PERNAMBUCO. Ministério Público. **Humanização do parto**. Nasce o respeito, informações práticas sobre seus direitos. RECIFE: 2015, disponível em:<<http://www.mppe.mp.br/mppe/attachments/article/4240/cartilha%20humanizacao%20do%20parto%20pdf.pdf>> Acessado em: 22 março 2018.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo IV. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p.222.

NAMBA, Edison Tetsuzo. **Manual de bioética e biodireito**. São Paulo: Atlas, 2010.

NAScer NO BRASIL. Inquérito Nacional sobre parto e nascimento. **FIOCRUZ**. Disponível em: <http://www6.ensp.fiocruz.br/nascerbrasil/principais-resultados2/> Acesso em: 23 março 2018..

PESSINI,Leo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. **Problemas atuais de Bioética**. 6º Ed. São Paulo. Loyola, 2002.

SANTA CATARINA (Estado). **Lei 17.097/2017 de 17 de janeiro de 2017**, disponível em <http://leis.alesc.sc.gov.br/html/2017/17097_2017_lei.html> Acessado em: 02 jul. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 84-85.

SILVA, Raylla Albuquerque, Violência Obstétrica à Luz da Declaração Universal Sobre Bioética e Direitos Humanos: Percepção dos Estudantes Da Área da Saúde, **Repositório UNB**. Disponível:<http://www.repositorio.unb.br/bitstream/10482/23106/1/2017_RayllaAlbuquerqueSilva.pdf> Acesso em: 22 março 2018.

SOBRINHO, Pamela. **Blogueiras Feministas: Violência obstétrica, um crime silencioso**, disponível em: <<http://blogueirasfeministas.com/2014/05/violencia-obstetrica-um-crime-silencioso/>> Acessado em: 02 jul. 2018.

TEIXEIRA, N.Z.F e PEREIRA, W.R. Parto hospitalar- experiências de mulheres da periferia de Cuiabá- MT. **Revista Brasileira de Enfermagem** (RE.BE.n). Violência Obstétrica, disponível em: <<https://www.artemis.org.br/violencia-obstetrica>> Acesso em: 22 março 2018.

ZANARDO, Gabriela Lemos de Pinho; URIBE, Magaly Calderón; NADAL, Ana Hertzog Ramos de; HABIGZANG, Luísa Fernanda. Violência Obstétrica no Brasil: uma revisão narrativa. **Revista Psicologia e Saúde**, 29:e155043. Disponível em <http://dx.doi.org/10.1590/1807-0310/2017v29155043>. Acesso: 13 jul. 2018.

DIREITO DO TRABALHO NA ATUALIDADE E A GLOBALIZAÇÃO HEGEMÔNICA E NÃO HEGEMÔNICA: DESAFIOS DO ESTADO BRASILEIRO NA NORMATIZAÇÃO E REFORMA DO DIREITO TRABALHISTA

**RIGHT TO WORK IN THE PRESENT AND A HEGEMONIC AND NON-HEGEMONIC
GLOBALIZATION: CHALLENGES OF THE BRAZILIAN STATE IN THE
NORMATIZATION AND REFORM OF LABOR LAW**

Felipe Yuri Gasparin Ferri¹

Leonardo Palú Jantara²

Luis Alberto Esposito³

RESUMO: Por intermédio de um método indutivo através de uma pesquisa bibliográfica, constata-se um fato incontroverso: o Estado brasileiro se encontra em crise, da mesma forma, é sabido por todos e querido pela maior parte da população que hajam mudanças a fim de solucionar os problemas trazidos pela globalização que a deram origem. Assim como a saúde, educação e segurança, o trabalho ganha notória importância neste contexto, seja pela busca por maiores garantias à esta classe, dado os níveis de desemprego e precariedade dos empregos existentes, tarefa buscada pela globalização contra hegemônica, ou pela necessidade do Estado em proliferar e desenvolver a economia, característica de uma globalização hegemônica. O fato é, que algo precisa ser feito, renovado, replanejado. Dentre os escopos que precisam de reformas, sem dúvidas o direito trabalhista é um dos principais. Portanto, tamanha é a responsabilidade do legislador ao normatizar esse ramo do direito, e sob as mais bruscas dificuldades se traçará sua trajetória normativa até uma legislação infraconstitucional que alcance os direitos traçados no artigo 7º da Constituição Federal de maneira efetiva.

Palavras-chave: Globalização. Direito do Trabalho. Reforma. Dificuldade.

ABSTRACT: It is an incontrovertible fact that the Brazilian State is in crisis, similarly, it is known by all and wanted by the majority of the population that changes take place in order to solve the problems brought by the globalization process, which gave its origin. As well as health, education

¹Graduando em Direito na Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI Erechim.
E-mail: felipegasparin8@gmail.com

²Graduando em Direito na Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI Erechim.
E-mail: leonardojantara@gmail.com

³Mestre pela Universidade Regional Integrada e Especialista pela Universidade Federal de Santa Maria e Professor da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI Erechim (Professor Orientador). *E-mail:* esposito_it@yahoo.com.br

and safety, labor gains power in this context, either by the search for greater guarantees to this group, given the levels of unemployment and precariousness of existing jobs, task sought by the globalization against hegemony, or by the necessity of the State to proliferate and develop the economy, a characteristic of an hegemonic globalization. The fact is that something needs to be done, renewed and redesigned. Among the scopes that need an amendment, with no doubt, the labor law is one of the main topic to be analyzed. Therefore, such is the legislator responsibility to regulate this branch of law, and under the most abrupt difficulties will trace its normative trajectory to an infraconstitutional legislation that achieves the rights that are on Article 7 of the Federal Constitution in an effective way.

Keywords: Globalization. Labor law. Amendment. Difficulties.

NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

O estado Brasileiro, dentre outros, está passando por uma fase de transição na qual se defronta com a difícil missão de adequar o contexto social e as necessidades que dele emergem, com a jurisdição que supostamente deveria suprir essas demandas, culminando em legislações, que por muitas vezes, mostram-se inócuas em sua efetividade, ou destoam-se dos objetivos, que em tese, são almejados por um estado democrático de direito.

Esse conflito mostra-se ainda mais latente no âmbito do direito trabalhista, diante da complexidade das relações trabalhistas, somado a instabilidade econômica do País, fazendo com que qualquer projeto de criação ou alteração normativa deve ser minuciosamente analisado, tendo em vista a extensão dos efeitos que qualquer mudança irrisória possa ocasionar.

Para tanto, a fim de melhor instruir essa análise é indispensável averiguar primordialmente os fatores, tanto os que culminaram na forma como esse contexto se apresenta na atualidade, quanto aos elementos que estão e virão a insurgir sobre o plano trabalhista, operando desta feita, a uma análise direcionada dos processos de globalização hegemônica e não hegemônica, atentando-se para como esses movimentos alteraram o contexto social da época de sua eclosão, até a forma como eles ainda refletem na contemporaneidade.

Ademais, para descortinar esses elementos que de forma direta ou não, atuam como óbices ao procedimento legislativo que se é esperado, é necessário indagar alguns preceitos basilares, como a concepção de que direitos e garantias pertencem ou são devidos a classe trabalhista, desta vênua, focando o olhar sob o viés dos direitos humanos.

Feita essa análise prévia, tornar-se-á possível vislumbrar quais são os impedimentos que recaem sobre o exercício dos legisladores na normatização e reforma do Direito Trabalhista, tanto aqueles que são próprios do processo legislativo, quanto os que influem indiretamente a efetividade dessas leis, abrangendo nesse último tópico os empecilhos que aludem a exequibilidade da própria Constituição Federal, tangente às normas que regem esse ramo do direito.

PROCESSOS DE GLOBALIZAÇÃO E SEUS REFLEXOS NO DIREITO DO TRABALHO

A globalização pode ser compreendida como um conjunto de ações que ultrapassam fronteiras, o que ocorre, por exemplo, quando a economia de um país é afetada por um fato que ocorreu em uma região afastada do mesmo, tal qual é a variação ocorrente no valor da moeda Real em face às moedas internacionais como o Dólar, da mesma forma ocorre com o Direito do Trabalho, que é afetado por tratados e convenções internacionais que o Brasil anuiu, e que passam a integrar e influenciar o direito interno.

Há autores que alegam existir apenas uma globalização, a capitalista neoliberal, sobre a qual se refere à globalização hegemônica, todavia, alguns autores como o ilustre Boaventura de

Souza Santos (2001)¹, discorrem não só, sobre a existência de outra globalização, conhecida como contra hegemônica ou não hegemônica, como também sobre sua necessidade e valoração, devido às circunstâncias nas quais a sociedade atual se encontra.

A **globalização hegemônica**, segundo o autor, conceitua-se como aquela que visa o expansionismo e supremacia do capitalismo, de forma a favorecer os interesses gerais de grupos dominantes detentores do poder. Assim, age no sentido de promover políticas liberais onde a tarefa do Estado é propiciar condições favoráveis para a evolução da economia, não intervindo nas relações entre empregados e empregadores por exemplo, e deve abster-se de buscar atender os anseios sociais desses grupos.

Defensores dessa corrente como Michel Crozier² (1975) aduzem que a crise é resultado do excesso de direitos e reivindicações.

Em pouco tempo, vendo o crescimento obtido financeiramente com esse modelo fez com que a necessidade de alguns países em impulsionar sua economia servisse como pressuposto para que essas empresas tomassem parte na soberania do estado, eis que, com a internacionalização massiva do capitalismo neoliberal, as “... decisões econômicas fundamentais que afetavam coisas como investimentos e emprego dentro de cada Estado eram provavelmente tomadas por gente sobre quem o Estado não tinha controle...” (CREVELD, 2004, p.558). O efeito dessas mudanças no âmbito do tema é claro, a flexibilização dos direitos trabalhistas em prol do interesse de grandes indústrias.

Contrapondo esse modelo de globalização, a **Contra hegemônica**, um conjunto de ações locais interligadas globalmente que buscam combater o capitalismo voraz produzido pela hegemonia global, ao passo que o cerne desse movimento se encontra na promoção de valores como o bem comum, e a solidariedade, e no contexto do direito trabalhista, foca-se principalmente na promoção dos direitos humanos dos trabalhadores.

Diante dos elementos externos que afetavam os trabalhadores, sem que esses tivessem qualquer forma de apresentar defesa, nascem as primeiras formas de expressão desse movimento contra hegemônico através de sindicatos e organizações transnacionais que buscavam tutelá-los nesses litígios. A OIT (Organização Internacional do Trabalho), que configura como uma das agências das Nações Unidas (ONU), fundou-se em 1919 como parte do Tratado de Versalhes, estipulando as primeiras diretrizes em defesa do trabalhador, como por exemplo a limitação da carga horária a 08 horas diárias. Segundo dados disponíveis no próprio sítio eletrônico da OIT, a crise do emprego já se fazia presente antes mesmo da crise econômica internacional de 2008, cujos índices apontavam para mais de 195 milhões de desempregados, outrossim, dentre os que ocupavam uma vaga no mercado de trabalho, 40% deles recebiam remunerações inferiores à 02 dólares por dia e 20% recebiam menos de 1 dólar por dia, ficando abaixo da linha da extrema pobreza (OIT, 2018). A Comissão Mundial sobre a Dimensão Social da Globalização atribuiu a eclosão dessa crise a um processo de globalização despótico e injusto, taxando essas desigualdades sociais como “inaceitáveis do ponto de vista moral e insustentáveis do ponto de vista político” (OIT, 2008).

Resumidamente, busca-se demonstrar que existem duas correntes, uma delas se refere ao processo conhecido como Globalização Hegemônica, que ainda prevalece na maior parte do mundo, inclusive no Brasil, cujo principal símbolo desse processo de globalização é o capitalismo, visando promover o melhor ambiente possível para que a economia possa se desenvolver.

¹Professor Catedrático Jubilado da Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra e Distinguished Legal Scholar da Faculdade de Direito da Universidade de Wisconsin-Madison e Global Legal Scholar da Universidade de Warwick.

² Sociólogo francês, o qual formulou as bases da análise estratégica em sociologia das organizações. Era membro da Academia de Ciências Morais e Políticas da França e Diretor de Pesquisa emérito do CNRS.

O problema desse modelo hegemônico referente a proteção dos direitos trabalhistas é que, como a Carta Magna do nosso país prevê uma quantidade expressiva de direitos a classe trabalhadora em seu artigo 7º, o reflexo dessa hegemonia global pode ser inconstitucional, e por muitas vezes, acaba usurpando do empregado os níveis mínimos necessários para conceder a ele, nessa condição, sua dignidade humana, é isso que acontece por exemplo, quando o direito é reformado no sentido de restringir garantias já concebidas ao trabalhador, no afã de atender aos interesses empresariais.

Já a Não-Hegemônica busca resguardar ao trabalhador suas garantias sociais concernentes à dignidade humana, portanto, impondo uma série de limitações ao empregador. Tal metodologia também não se mostra a saída mais cabível, pois, tais prerrogativas sociais, quando fornecidas em tamanha quantidade sem observar a infraestrutura estatal para tanto, geram outro problema: o aumento de desempregos dado a dificuldade enfrentada pelas empresas em manter empregados possuidores de garantias tão custosas.

Destarte, a principal dúvida que emerge desse debate cinge-se em como gerir essas duas frentes de globalização no momento de reformar o direito trabalhista, melhorando a economia sem violar os direitos sociais.

Assim, além de analisar os processos de globalização em si, é elementar adentrar em outros aspectos que compõe esse inquérito normativo.

DIREITOS HUMANOS DO TRABALHADOR

No direito civil, tem-se como pressuposto básico para firmação de um contrato justo, a existência de uma prestação e uma contraprestação equivalente, onde as partes ocupam posições equitativas perante esse negócio jurídico.

No entanto, as relações firmadas entre empregadores e empregados, tem por elemento básico a discrepância entre a posição que cada um desses ocupa nesse negócio, é fato que o empregador sempre estará acima do empregado, gerando uma relação baseada na hipossuficiência de um, em face do outro. Portanto, faz-se necessário a criação de um instituto jurídico que tutele de forma diversa essas relações, ao ponto de vista da própria constituição federal que dispõe que as pessoas deverão ser tratadas com igualdade, recebendo um tratamento desigual na medida de suas desigualdades, a fim de atingir um patamar real de justiça e igualdade, o que alguns denominam de equidade.

Como pontuou o Diretor Geral da OIT em um itinerário publicado em 2008¹, um programa de Trabalho Decente deriva da prerrogativa de que as pessoas possam exercer a atividade profissional em condições de liberdade, equidade, segurança e dignidade humana.

INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DO TRABALHADOR

A OIT, já qualificada nesse artigo, foi uma das pioneiras na internacionalização dos Direitos Humanos, lutando para promover padrões internacionais de condições de trabalho e bem-estar.

Reputando-se aos processos de globalização já discriminados anteriormente, a migração oriunda dessas transformações foi um dos fatores que gerou grandes abalos em relação à dignidade dos trabalhadores que migravam em busca de melhores condições de existência, e se deparavam com um cenário de desigualdade. Posteriormente, esses problemas resultaram na Convenção sobre os Direitos dos Trabalhadores Migrantes em 1990, fixando-se a partir de então, parâmetros protetivos mínimos a serem aplicados pelos Estados que a compunham, cujo principal princípio

¹ Emprego, desenvolvimento humano e trabalho decente: a experiência brasileira recente. Brasília: CEPAL; PNUD; OIT, 2008.

fundamentava-se na luta contra a discriminação sofrida por essa categoria de pessoas, não excetuando, contudo, a proteção devida também aos seus familiares. Dentre o rol de direitos elencados nessa convenção, PIOVESAN (2015, p.450-460) destacou especial importância para o tratamento igualitário ao concedido para os nacionais do Estado em matéria de retribuição trabalhista, dignidade e respeito à sua cultura, bem como a proibição de penas ou tratamentos cruéis ou até mesmo constrangê-los a executar trabalho forçado.

Demonstra-se que muitas das garantias se consagraram com a internacionalização, uma vez que, à medida que as demandas existentes encontravam amparo ao serem elevadas para um nível de discussão global, as suas resoluções incidiam sobre o direito interno.

Contrapondo a globalização, tem-se a questão da **soberania estatal**, cujas ações muitas vezes fluem em sentido a subverter os ditames internacionais, assim, a fim de dar fiel execução as medidas que decorrem dessas convenções, tratados, dentre outras formas de instituir direitos, "... a sistemática internacional, como garantia adicional de proteção, institui mecanismos de responsabilização e controle internacional, acionáveis quando o Estado se mostra falho ou omisso na tarefa de implementar direitos e liberdades fundamentais." (PIOVESAN, 2015, p.452).

Por fim, ela aduz que os indivíduos passam a ser sujeitos de direito internacional, auferindo a eles a prerrogativa de pleitear o que acharem devido como de direito, reputando-se a mecanismos internacionais legitimados para submeter tais litígios a Cortes de Direito Internacional, revestidas de legalidade e Imparcialidade. (PIOVESAN, 2015, p.453). Dessa forma, redefine-se o conceito de democracia, cujas ramificações ultrapassam fronteiras e cuja única submissão aceitável é perante a soberania da própria justiça.

A ORIENTAÇÃO DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU) E A ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT)

A ONU publicou um itinerário¹ sobre sua reforma de 2009, trazendo diversos pontos de estudo acerca do viés trabalhista na atualidade, dentre eles destaca-se a intenção da OIT em incluir o direito a um trabalho decente nos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio.

Dentre os aspectos que compõe esse quadro, ressalta-se que o crescimento provocado pela Globalização não é suficiente, ao passo que embora coopere para a redução da pobreza, ele nem sempre garante as melhores condições no mercado de trabalho, principalmente em países subdesenvolvidos. Na mesma toada, faz-se necessário a criação de empregos de qualidade para que o desenvolvimento siga uma linha equitativa no compartilhamento de benefícios. Por fim, salienta-se que os governos que se comprometerem em distribuir equitativamente os benefícios oriundos da globalização através da maximização e melhoria dos empregos devem se ater a forma como disciplinam suas políticas sociais e macroeconômicas com sistemas que tenham como base a liberdade de associação, garantindo aos trabalhadores o gozo de direitos reais de se organizar, filiar a sindicatos, bem como negociar coletivamente em países independentemente do seu nível de desenvolvimento (OIT; ACTRAV, 2008).

A NECESSIDADE EM MODERNIZAR O DIREITO DO TRABALHO

A premência pela mudança legislativa está escancarada nos olhos da população:

"Dê-nos uma oportunidade justa de ter um trabalho decente", é o que pedem mulheres e homens. Toda a pessoa responsável pela formulação de políticas que procure combater a pobreza deveria responder a uma pergunta chave: Como a sua

¹ Emprego, desenvolvimento humano e trabalho decente: a experiência brasileira recente. Brasília: CEPAL/ PNUD/OIT, 2008.

orientação em matéria de políticas melhorará a quantidade e a qualidade dos empregos? Este é um dos passos que podemos dar juntos para erradicar a pobreza de uma vez por todas. -Diretor Geral da OIT, 17 de outubro de 2004(OIT; ACTRAV; PARDEV, 2008).

Segundo informações obtidas pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) (2018), constatou-se que entre o período de dezembro de 2017 a fevereiro de 2018 houve um aumento de desempregados, cerca de 550 mil pessoas perderam seus empregos, representando um acréscimo de 4,4% ao início do período supracitado, atingindo um contingente total de 13,1 milhões de indivíduos.

Uma equipe formada pela OIT, Comissão Econômica para a América Latina (CEPAL) e o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) publicou um estudo¹ em 2008, acerca do emprego, desenvolvimento humano e trabalho decente em relação à experiência Brasileira daquela época. O tópico arguido tange ao quadro do mercado de trabalho nacional, que ao longo dos últimos anos demonstrou um déficit expressivo no trabalho decente, o que se revelou em decorrência de Quatro aspectos principais:

- a) Altas taxas de desemprego e informalidade, culminando no ínfimo grau de proteção social e inserção inadequada dos trabalhadores;
- b) Grande parte da mão de obra constrangida a baixos níveis de rendimentos e produtividade;
- c) Alta rotatividade no emprego;
- d) Níveis expressivos de desigualdade social, principalmente em relação às mulheres e à população negra.

Em consulta ao sítio eletrônico do IBGE, foi possível verificar como esses tópicos se expressam na contemporaneidade, atinente ao 4º trimestre de 2017, utilizando-se como variável comum a idade de 14 anos ou mais na semana de referência.

Primeiramente, **as taxas de pessoas desocupadas por idade** mostram que a maior parte dessa população desempregada encontra-se entre 25 a 39 anos, atingindo o percentual de 34,40% do contingente total, o que gera grande preocupação ao passo que essas pessoas, por sua idade, deveriam ocupar cargos em um grau de qualidade superior, parte dessa lacuna se deve principalmente a três fatores: a falta de vagas para recém-graduados que partem em busca do mercado de trabalho, sem encontrar, contudo, local para se estabelecerem; enquanto que as pessoas que não dispõem desse nível de instrução e encontram-se nessa faixa etária estão em uma situação delicada, por ter que concorrer com pessoas mais graduadas que elas, e somado a isso, como terceiro fator, também estão em desvantagem na procura de um emprego inferior ao passo que tais vagas são preenchidas por indivíduos em idade inferior que dispõem de mais energia e menos resistência em aceitar condições precárias de trabalho.

Portanto, um dos menores índices de desemprego situa-se entre a faixa etária de 14 a 17 anos, 8,1%, por serem funcionários que geram menores custos para as empresas, ocupando cargos que dispõem de baixos níveis de rendimento e produtividade, os dados² que corroboram essa ideia, mostram que a renda tende a variar de acordo com a faixa etária dos trabalhadores:

- a) Entre 14 a 17 anos: R\$546,00;
- b) Entre 18 a 24 anos: R\$ 1.142,00;
- c) Entre 25 a 39 anos: R\$ 2.070,00;
- d) Entre 40 a 59 anos: R\$ 2.458,00;
- e) 60 anos ou mais: R\$ 2.844,00.

¹ Emprego, desenvolvimento humano e trabalho decente: a experiência brasileira recente. Brasília: CEPAL/ PNUD/OIT, 2008 (Projeto CEPAL/PNUD/OIT).

² Rendimento médio nominal do trabalhador, habitualmente recebido por mês, pelas pessoas de 14 anos ou mais de idade.

No tocante à questão da **desigualdade** entre os diferentes gêneros que compõe a Sociedade, a quantidade de homens para mulheres desempregados está equiparada, todavia, o rendimento médio mensal percebido por esses dois grupos está expressivamente desigual, enquanto homens recebem a média de R\$ 2.469,00 as mulheres ganham R\$ 1.879,00.

Já em relação aos principais problemas a elevação da qualidade de trabalho, encontra-se o **nível de instrução** das pessoas que ocupam o mercado de trabalho atualmente, conforme mostram as estatísticas obtidas no mecanismo de pesquisa do IBGE¹, referente ao 4º trimestre de 2017:

- a) Pessoas com Ensino fundamental incompleto ou equivalente: 23,7%;
- b) Pessoas com Ensino médio incompleto ou equivalente: 6,6%;
- c) Pessoas com Ensino Superior incompleto ou equivalente: 5,9%;
- d) Ensino fundamental completo ou equivalente: 8,7%;
- e) Ensino médio completo ou equivalente: 32,7%;
- f) Ensino Superior completo ou equivalente: 18,8%;
- g) Não determinado: 3,6%.

Contrastando esses dados, verifica-se que as maiores rendas auferidas estão distribuídas entre os grupos que compõe a menor parcela da população²:

- a) Ensino Superior Completo ou Equivalente: R\$5.215,00;
- b) Ensino Médio Completo ou Equivalente: R\$1.741,00;
- c) Ensino Fundamental Completo ou Equivalente: R\$ 1.411,00.

A partir do entrelaçamento dos dados elencados acima, denota-se que

Uma estratégia de fomento ao desenvolvimento humano pressupõe, entre outros fatores, preservar condições macroeconômicas favoráveis, adotar políticas de desenvolvimento produtivo, propiciar condições mínimas de infraestrutura e fomentar formas de organização que estimulem a produtividade.(CEPAL | PNUD | OIT, 2009, p.100).

Portanto, denota-se a relevância sobre a forma como o legislador irá exercer o seu papel enquanto regulador desses direitos, e os desafios que, conseqüentemente, surgirão em seguida.

DESAFIOS DO LEGISLADOR

Valorar fatos considerados importantes para a sociedade e os trazer para a esfera legal é a tarefa típica do Poder Legislativo, entretanto, o mesmo apresenta grandes dificuldades em exercer o seu papel a medida que essa tarefa, para ser executada com maestria, demandaria de uma análise que abarcasse uma exorbitante quantidade de fatores, bem como culturas e anseios da sociedade como um todo, onde em razão da inobservância deles, criam-se normas incompatíveis com a aspiração e a necessidade nacional.

Zygmunt Bauman (2010, p.170) nos apresenta em seu livro, Legisladores e Intérpretes, a real batalha, bem como, encruzilhada, que se encontram os legisladores, pois de uma era de “certezas” e até mesmo autoconfiança, surge a “era das incertezas” e desconfiança, em vista aos valores que já vinham estabelecidos. Pois como o mesmo demonstra, o ser humano extrapola suas próprias capacidades, criando assim um mecanismo autodestrutivo próprio da modernidade. Portanto, a própria humanidade cria seu devaneio, imaginando que um “indivíduo qualquer” possa representar e mesmo compreender os anseios e desejos de toda uma população, agradando a tudo e a todos, tarefa visivelmente impossível até mesmo aos olhos de um leigo, portanto o mundo passa a

¹ Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua – PNAD Contínua.

² Rendimento salarial médio de acordo com o grau de instrução.

ser um lugar estranho aos legisladores, “O mundo contemporâneo é impróprio para os intelectuais como legisladores”.

E assim como qualquer área dessa ciência social aplicada, esse ramo do Direito é objeto de transformações, todavia, as transições que se sucederam nos últimos anos levantaram debates acirrados entre grandes juristas e instigaram o clamor social da população brasileira. Pelo que entendemos que a lei deve adequar-se ao tempo das mudanças na esfera social, econômica, cultural, etc., no entanto, essa adaptação deve ocorrer de forma gradativa, respeitando o tempo que for necessário para não gerar abalos negativos nessas áreas.

Assim, concebe-se como um dos “**maiores desafios**” ao legislador, cinge-se na tarefa de conciliar a imensidão de Direitos Humanos postos na Constituição Federal, com os efeitos dessa globalização que clama por liberdade, o que acaba resultando em colapsos com o texto constitucional.

A respeito disso, tem-se como exemplo a Reforma Trabalhista que adveio através da Lei nº 13.467/2017, a qual se sucedeu de forma abrupta a legislação que até então vigia, gerando, além de instabilidade e preocupação a classe trabalhadora, indagações relativas à sua validade e forma de criação. Diversos dispositivos foram considerados até inconstitucionais por especialistas.

Corolário a isso, o Supremo Tribunal Federal a cada dia arrola mais e mais ações que visem declarar a inconstitucionalidade de diversos pontos dessa Reforma (2017), só as ADIs (Ações diretas de inconstitucionalidade) ajuizadas até março de 2018, questionaram os seguintes temas acerca do texto normativo: ADI nº 5.766 (Pagamento de custas), ADI nº 5.794 (Fim da contribuição sindical obrigatória), ADIs nºs 5.806, 5.826 e 5.829 (Trabalho intermitente), ADIs nºs 5.810, 5.811, 5.813, 5.815 e 5.850 (Contribuição Sindical).

Insta destacar um trecho retirado da fundamentação da Petição Inicial de uma dessas ações, ajuizada pelo próprio Procurador-Geral da República:

Com propósito desregulamentador e declarado objetivo de reduzir o número de demandas perante a Justiça do Trabalho, a legislação avançou sobre garantias processuais e viola direito fundamental dos trabalhadores pobres à gratuidade judiciária, como pressuposto de acesso à jurisdição trabalhista. Assim o fez ao alterar os arts. 790-B, caput e § 4º, e 791-A, § 4º, da Consolidação, e autorizar uso de créditos trabalhistas auferidos em qualquer processo, pelo demandante beneficiário de justiça gratuita, para pagar honorários periciais e advocatícios de sucumbência. Mesma inconstitucionalidade cometeu ao inserir no § 2º do art. 844 da CLT previsão de condenação do beneficiário de justiça gratuita a pagamento de custas, quando der causa a arquivamento do processo por ausência à audiência inaugural, o que se agrava ante a previsão inserida no § 3º, que condiciona o ajuizamento de nova demanda ao pagamento das custas devidas no processo anterior: § 3º O pagamento das custas a que se refere o § 2º é condição para a propositura de nova demanda. (RODRIGO JANOT MONTEIRO DE MARROS, 2018)

Fomentando ainda mais essa ideia, tamanha foi a repudia daqueles que tem a incumbência de aplicar essas normas, ou seja, dos magistrados trabalhistas, que se reuniram na 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, aprovando um montante de 125 enunciados acerca da forma de como interpretar essa reforma, com o intuito, justamente, de não acatá-la.

Assim, ressalta-se que a modificação ou criação da norma deve advir de consulta prévia aos que compõem as relações que serão afetadas, essa é uma, dentre as várias impugnações feitas pela OIT contra essa reforma, vislumbra-se claramente isso ao se verificar o primeiro enunciado da Jornada citada acima:

CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE DA REFORMA TRABALHISTA, AUSÊNCIA DE CONSULTA TRIPARTITE E DE CONSULTA PRÉVIA ÀS ORGANIZAÇÕES SINDICAIS: I. REFORMA TRABALHISTA. LEI 13.467/2017. INCOMPATIBILIDADE VERTICAL COM AS CONVENÇÕES DA OIT. AUSÊNCIA DE CONSULTA TRIPARTITE. OFENSA À CONVENÇÃO 144 DA OIT. II. AUSÊNCIA DE CONSULTA PRÉVIA ÀS ORGANIZAÇÕES DE TRABALHADORES. OFENSA À CONVENÇÃO 154 DA OIT, BEM COMO AOS VERBETES 1075, 1081 E 1082 DO COMITÊ DE LIBERDADE SINDICAL DO CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO DA OIT (ANAMATRA, 2018).

Portanto, torna-se lúcida a proposta de Bauman (2010, p.170), pois com a “queda dos legisladores” abre-se caminho para os intérpretes, pois a função não é mais a de legislar, e sim a nobre e exacerbada incumbência de “apenas” interpretar “pedaços de texto”, sendo que os mesmos não retratam a realidade, e muito menos o reflexo das pretensões de uma sociedade, e sim a visão ou visões de determinados legisladores que obtiveram o ônus da incumbência de legislar, deixando assim seus textos para futura e possível interpretação, “....Nenhum agente histórico parece corresponder a esta descrição...”.

EXEQUIBILIDADE DE DIREITOS TRABALHISTAS À LUZ DA CONSTITUIÇÃO

Os direitos trabalhistas previstos no texto da constituição brasileira como direito social, em meio ao art.6º, são explanados de forma autônoma no art.7º.

Uma das grandes críticas no que concerne a exequibilidade desses direitos que em tese são garantidos ao trabalhador, tange na forma como a atual constituição se apresenta e está qualificada. J.J.CANOTILHO (2008, p.104) assenta que um dos empecilhos a fiel execução se deve ao fato dela ser uma constituição dirigente, ou seja, que estipula objetivos e diretrizes a serem cumpridas pelo Estado, e discorre que

A Constituição dirigente, ou melhor, os textos constitucionais carregados de programaticidade— desde a velha Constituição Mexicana de 1917, até à Constituição Brasileira de 1988, passando pela magna carta portuguesa de 1976 – estão num “fosso” sob o olhar implacável de muitos escárnios e maldizeres (CANOTILHO, 2008, p.104).

Como um bom exemplo disso, pode-se citar o salário-mínimo, prerrogativa básica de todo trabalhador, previsto no art. 7º, IV, onde elenca os pressupostos que essa remuneração deveria propiciar aos seus remunerados.

Um estudo elaborado pelo Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos (DIEESE) indica que o salário, para atender todos os pressupostos descritos na constituição deveria ser de R\$ 3.752,65 (três mil e setecentos e cinquenta e dois reais e sessenta e cinco centavos), valor estipulado para o mês de janeiro de 2018, no entanto o valor que vigia para este período era de apenas R\$ 954,00 (novecentos e cinquenta e quatro reais).

Segundo Canotilho (2008, p.210): “De uma forma mais ou menos confusa, as constituições programáticas, como a de Portugal e do Brasil, procuravam e procuram fornecer o braço normativo para políticas públicas que reúnam três atributos: liberdade política, justiça social e eficácia econômica”. Pode-se se vislumbrar perante o manifesto anunciado no decorrer do artigo, que o a constituição dirigente, embora tenha uma nobre proposta, não consegue garantir aos indivíduos o que promete, assim como os legisladores não conseguem mais cumprir sua função de legislar.

Tendo em vista que a esfera constitucional, em síntese, é composta tanto por normas esculpidas pelo legislador originário, como através de emendas à constituição, as quais se

equiparam os tratados internacionais¹, traz um aspecto que interfere na tarefa do Estado em gerir suas atribuições enquanto soberano, são as relações de dependência e influência que instituições internacionais tais quais a ONU, ou como o MERCOSUL, exercem sobre a sua discricionariedade decisória. A respeito disso, conclui-se que:

[...] a internacionalização e a “mercosulização”, no contexto do Brasil, tornam evidente a transformação das ordens jurídicas nacionais em ordens jurídicas parciais, nas quais as constituições são relegadas para um plano mais modesto de “leis fundamentais regionais”. Mesmo que as constituições continuem a ser simbolicamente a magna carta da identidade nacional, a sua força normativa terá parcialmente de ceder perante novos fenótipos político-organizados, e adequar-se no plano político e no plano normativo, aos esquemas regulativos das novas “associações abertas de estados nacionais abertos. (CANOTILHO, 2008, p.110).

Embora alguns tratados trouxessem disposições que garantiam ao trabalhador ao menos níveis dignos de existência, tais tratados foram firmados quase sob a forma de um contrato de adesão, ao passo que, devido à quantidade de Estados que a eles anuíram, tornou-se impossível atender as necessidades específicas que se fazem presentes em qualquer País, assim, na tentativa de atender os anseios globais, alguns elementos foram tidos com indiferença, como a infraestrutura que cada País possuía para tornar aquelas medidas exequíveis.

Conexo a isso, alia-se o fato de viver-se em uma sociedade Periférica, fortemente influenciada pelos processos de globalização. Dessa forma, a simples criação de novas normas não tornará possível a exequibilidade de novas ideias, é preciso alterar também, e principalmente, a forma de organização do sistema como um todo.

Percebe-se como é árdua a tarefa do legislador em conciliar os Direitos Humanos previstos na Constituição Federal, com essa globalização hegemônica que vem a todo vapor para permear uma liberdade contratual trabalhista que o Brasil não está preparado para suportar.

CONCLUSÃO

Como consequência dos fatos, elementos e fatores elencados e fracionados nesse artigo, buscou-se ilustrar como se apresenta o direito trabalhista na atualidade. Conforme foi demonstrado, suas grandes dificuldades são oriundas de problemas que não se limitam às fronteiras nacionais, porquanto indispensável foi a análise das globalizações hegemônica e contra hegemônica no estudo desses institutos, que incidiram em grande medida, nas garantias que a classe trabalhadora usufrui na contemporaneidade. Ademais, tão relevante quanto à presença dessas globalizações, foi a presença de instituições como a OIT atuando como mecanismo interventor na busca por melhores condições.

Atestou-se que o desemprego atingiu níveis astronômicos, representando um grande problema que só vem se agravando expressivamente nos últimos anos. Na mesma linha, denota-se que o desemprego não é o único problema que assola essa classe, a qualidade do trabalho em todos os seus vieses provou gerar impactos tão desastrosos quanto o desemprego na evolução social.

Foi ponto inquestionável desse debate, que ao trabalhador devem ser garantidos níveis dignos de trabalho, a globalização hegemônica busca propiciar um ambiente promiscuo para o desenvolvimento da economia, o que por muitas vezes, acarreta em piores condições trabalhistas. De outro lado, temos a Não-Hegemônica que respalda-se sobre a defesa dos direitos humanos, criando uma proteção jurídica social que serve como empecilho ao desenvolvimento econômico,

¹ Art. 5º, §3º, da Constituição Federal de 1988: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”, o caso de muitos tratados de direitos trabalhistas.

pois gera uma série de deveres ao empregador que o impossibilita de gerir o seu negócio com mais liberdade, autonomia, e lucro, gerando como consequência, um engessamento da economia.

Todavia, prover a diminuição de políticas sociais também não se mostra a solução mais adequada, pois, embora em países como os Estados Unidos, tais formas de política vieram a dar certo, no Brasil a utilização das mesmas abordagens, seja pela cultura, seja pela forma de organização social do próprio povo, resultará na regressão a um estado de penúria. Em que pese, os brasileiros fazem parte de uma sociedade periférica, na qual o problema em implantar/concretizar direitos em um lugar como este, leia-se “terceiro mundo” não tem viabilidade sem uma mudança total no sistema.

Portanto, aí se mostra outro aspecto imprescindível para quem buscar resolver esse problema, o óbice não se limita apenas as leis e garantias que dela emergem, mas a forma como o povo enquanto sociedade vai reagir a eles.

Outrossim, o poder judiciário— enquanto intérprete da norma —busca equilibrar essas relações, declarando a inconstitucionalidade de algumas normas que afrontem essas garantias, ou simplesmente não as aplicando, como sustentado por Zygmunt Bauman, mas ainda, salienta-se que a trajetória até a contemplação de um código trabalhista de qualidade, se dará a passos largos, mas não dependerá apenas das leis, mas tanto quanto da forma como a sociedade enquanto complexo de adversidades vai conceber essas mudanças.

A reforma que sucedeu no final de 2017, tinha um viés da globalização hegemônica, buscou enfrentar a crise flexibilizando direitos e garantias que o trabalhador tinha, dessa forma, visando maximizar a economia nacional.

O resultado disso foram as inúmeras represálias, vindas dos mais diversos lados, tanto de sindicatos, organizações internacionais como até dos próprios magistrados.

Pode-se concluir que, se prima por uma reforma, mas salienta-se que ela deva ocorrer sem violar os direitos sociais, eis que, na Sociedade Periférica contemporânea, não há a menor possibilidade de retirar direitos até então garantidos e esperar que a economia os garanta por si própria, estar-se-ia permitindo, assim, um regresso social.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MAGISTRADOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO (ANAMATRA). (Brasília). **2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho : ENUNCIADOS APROVADOS NA 2ª JORNADA**. Disponível em: <<http://www.jornadanacional.com.br/listagem-enunciados-aprovados-vis1.asp>>. Acesso em: 15 fev. 2018.

BAUMAN, Z. **Legisladores e Intérpretes**. Editora Zahar, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 2016. 119 p.

CANOTILHO, J.J. **“BRANCOSOS” E INTERCONSTITUCIONALIDADE: ITINERÁRIOS DOS DISCURSOS SOBRE A HISTORICIDADE CONSTITUCIONAL**. 2.ed. Editora Almedina, 2008.

COMISSÃO ECONÔMICA PARA A AMÉRICA LATINA E O CARIBE (CEPAL); PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO (PNUD); ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). (Brasil). **Emprego, Desenvolvimento Humano e Trabalho Decente: A Experiência Brasileira Recente**. Disponível em: <<http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo->

brasilia/documents/publication/wcms_226208.pdf>. Acesso em: 16 fev. 2018.

CREVELD, M.V. **Ascensão e declínio do Estado**. 1.ed. São Paulo: Martin Fontes, 2004.

DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS (DIEESE). (Brasil). **Salário mínimo nominal e necessário**. Disponível em: <<https://www.dieese.org.br/analisecestabasica/salarioMinimo.html#1994>>. Acesso em: 03 mar. 2018.

GIDDENS, A.; BECK, U.; LASH, S. **Modernização reflexiva**: política, tradição e estética na ordem social moderna. 2.ed. São Paulo: Editora Unesp, 2012.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATISTICA (IBGE). (Brasil). **Pessoas ocupadas por nível de instrução** : 4º trimestre 2017. Disponível em: <<https://sidra.ibge.gov.br/tabela/4095#resultado>>. Acesso em: 15 jan. 2018.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATISTICA (IBGE). (Brasil). **Rendimento médio nominal, habitualmente recebido por mês, de acordo com o nível de instrução** : 4º trimestre 2017. Disponível em: <<https://sidra.ibge.gov.br/tabela/5431#resultado>>. Acesso em: 15 jan. 2018.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATISTICA (IBGE). (Brasil). **Rendimento médio nominal, habitualmente recebido por mês de acordo com a faixa etária** : 4º trimestre 2017. Disponível em: <<https://sidra.ibge.gov.br/tabela/5430#resultado>>. Acesso em: 15 jan. 2018.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATISTICA (IBGE). (Brasil). **Pnad Contínua** : taxa de desocupação foi de 12,6% no trimestre encerrado em fevereiro. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/20675-pnad-continua-taxa-de-desocupacao-foi-de-12-6-no-trimestre-encerrado-em-fevereiro.html>>. Acesso em: 02 abr. 2018.

OIT, Organização Internacional do Trabalho. **História da OIT**. Disponível em: <<http://www.ilo.org/brasil/conheca-a-oit/hist%C3%B3ria/lang--pt/index.htm>>. Acesso em: 18 fev. 2018.

OIT, Organização Internacional do Trabalho; Escritório de Atividades para os Trabalhadores (ACTRAV); Departamento de Associações e Cooperação para o Desenvolvimento (PARDEV). (Genebra, 2008). **TRABALHO DECENTE POR MEIO DO TRABALHO EM PARCERIA** : A reforma da ONU e as organizações de trabalhadores. Disponível em: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasil/documents/publication/wcms_230332.pdf>. Acesso em: 26 fev. 2018.

PIOVESAN, F. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 15.ed. Editora Saraiva, 2015.

RODRIGO JANOT MONTEIRO DE BARROS. Procurador-Geral da República. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 5766**: petição inicial. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=13465868&tipo=TP&descricao=ADI%2F5766>>. Acesso em: 26 fev. 2018.

REFORMA TRABALHISTA JÁ É QUESTIONADA EM DEZ (DEZ) PROCESSOS DO SUPREMO. [S.l.]: Revista Consultor Jurídico, 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-dez-11/reforma-trabalhista-questionada-10-processos-supremo>>. Acesso em: 26 fev. 2018.

SANTOS, B.S. “Os processos de Globalização”. In: _____. **Globalização: fatalidade ou utopia?**. Porto, Afrontamentos, 2001.

COPARENTALIDADE: UMA NOVA ENTIDADE FAMILIAR

COPARENTING: A NEW FAMILY ENTITY

Camile Rossi Dos Santos¹

Thaiane Picoli Tomazelli²

Giana Lisa Zanardo Sartori³

RESUMO: Atualmente, se apresentam na sociedade diversas entidades familiares, abandonando-se a exclusividade da família tradicional, formada por um homem, uma mulher e os filhos. Com a contemporaneidade, surge a coparentalidade, que se define como a união de duas pessoas com o objetivo único de exercer a sua parentalidade, sem que haja vínculo amoroso conjugal entre elas. A coparentalidade se desenvolve por meio de um contrato de geração de filho, que estabelece os parâmetros da criação, da guarda e da educação, respeitando os direitos do menor. Por ser um assunto recente, ainda não há disposições legais que tratem de sua existência, assim como a doutrina é escassa, surgindo o questionamento acerca da sua configuração ou não como família.

Palavras-chave: Coparentalidade. Família. Direito de Família. Contrato de geração de filho.

ABSTRACT: At present, various family entities are present in society, abandoning the exclusivity of the traditional family, formed by a man, a woman and children. With contemporaneity emerges coparenting, which is defined as the union of two people with the sole purpose of exercising their parenting, without there being a conjugal love bond between them. Coparenting is developed through a child-raising contract, which establishes the parameters of creation, custody and education, while respecting the rights of the child. Because it is a recent issue, there are still no legal provisions dealing with its existence, just as doctrine is scarce, raising questions about its configuration or not as a family.

Keywords: Coparenting. Family. Family Law. Child-raising contract.

INTRODUÇÃO

O Direito de Família vem evoluindo com o passar do tempo, especialmente após a promulgação da Constituição Federal de 1988, que reconheceu a família como base da sociedade. Atualmente, com a primazia dos vínculos de afetividade em detrimento do modelo tradicional, surgiram novos núcleos familiares. Dentro deste contexto, nasceu o conceito de coparentalidade,

1 Graduada do 7º semestre de Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, URI Erechim, RS. *E-mail:* camileers@gmail.com

2 Graduada do 7º semestre de Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, URI Erechim, RS. *E-mail:* thaianept@hotmail.com

3 Doutora em Ciência Jurídica pela UNIVALI/SC, professora do Curso de Direito da URI Erechim, *E-mail:* sgiana@uricer.edu.br

que traz à tona uma relação baseada no planejamento de parentalidade, sem, no entanto, existir vínculo amoroso conjugal.

O objetivo do artigo é compreender a coparentalidade e seus efeitos jurídicos. As relações familiares baseadas no afeto e na dignidade das pessoas que integram os núcleos da família se veem diante de um novo modelo de estabelecer vínculo parental: a coparentalidade. Por isso, a pesquisa tem como problemática: quais os efeitos jurídicos da coparentalidade?

A pesquisa se realizou pelo método analítico, descritivo, através da técnica bibliográfica. O texto está dividido em duas partes principais, inicialmente houve uma abordagem quanto ao desenvolvimento histórico e jurídico das famílias desde ao período romano até a atualidade, aprofundando a análise foram conceituados os arranjos familiares de maior presença na sociedade moderna quais sejam as famílias matrimonial, informal, monoparental, anaparental, extensa ou ampliada, paralela ou simultânea, poliafetiva, composta, substituta, homoafetiva e a eudemonista. Posteriormente se adentrou na Coparentalidade buscando definir seu conceito e seus principais reflexos no mundo jurídico.

DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO E JURÍDICO DAS FAMÍLIAS

A família, embora não tenha um conceito definido devido à sua amplitude e generalidade, tem como elemento distintivo, nas palavras de Dias, “a presença de um vínculo afetivo a unir as pessoas com identidade de projetos de vida e propósitos comuns, gerando comprometimento mútuo.”(2013, p. 40). Também escreve Farias e Rosenvald:

Sem dúvida, então, a família é o fenômeno humano em que se funda a sociedade, sendo impossível compreendê-la se não à luz da *interdisciplinaridade*, máxime na sociedade contemporânea, marcada por reações complexas, plurais, abertas, multifacetárias e (por que não?) globalizadas.” (FARIAS, ROSENVALD, 2016, p. 33).

Como base estrutural da sociedade, as famílias sofreram grandes mudanças com o passar do tempo e a evolução das normas sociais. Um dos aspectos em que esta evolução se torna mais visível é quanto ao exercício do poder familiar. Referindo-se à Roma Antiga Carlos Roberto Gonçalves discorre:

O *pater familias* exercia sobre os filhos direito de vida e de morte[...] O pater exercia a sua autoridade sobre todos os seus descendentes não emancipados, sobre a sua esposa e as mulheres casadas com *manus* com os seus descendentes. A família era, então, simultaneamente, uma unidade econômica, religiosa, política e jurisdicional. (GONÇALVES, 2014, p. 31).

Os romanos permitiam o divórcio, contudo, o direito canônico o proibia, sob o fundamento de que não seria possível separar o que Deus uniu. Na Idade Média, o direito canônico disciplinava a vida familiar, sendo conhecido, unicamente, o casamento religioso. (GONÇALVES, 2014).

Já na Revolução Industrial, o principal objetivo da formação das famílias era a acumulação de patrimônio, para posterior passagem aos herdeiros, em detrimento das relações afetivas. (FARIAS, ROSENVALD, 2016). A família brasileira teve como base as famílias romana, canônica e germânica, sendo regida pelo patriarcado e pelo matrimônio (GONÇALVES, 2014). Quanto à perpetuidade do casamento, escreve Telles:

[...] fato é que diversos casamentos efetivamente “faliam”, com os cônjuges separando-se faticamente e obtendo o desquite [...]. Consequentemente, formavam novas famílias fáticas, mas tidas como ilegítimas por supostamente

“adulterinas”, já que formalmente casados os cônjuges desquitados. (TELLES, 2011, p. 13).

Com o advento da Constituição Federal de 1988, igualou-se o homem e a mulher e os filhos, assim como reconheceu a união estável e a família monoparental, além do casamento. Ademais, reconheceu, implicitamente, no caput do artigo 226, a pluralidade de entidades familiares. (TELLES, 2011). Segundo Dias “o moderno enfoque dado à família pelo direito volta-se muito mais à identificação do vínculo afetivo que enlaça seus integrantes.” (DIAS, 2013, p. 31).

Em consonância com a Constituição Federal de 1988, em 2002 foi aprovado o Novo Código Civil, no qual os direitos estabelecidos na Carta Política foram reafirmados e estendidos, sendo determinada a paternidade responsável se estabelecendo a primazia dos vínculos de afetividade. O Código Civil trouxe inovações em diversos temas, como, por exemplo, na adoção e na dissolução da sociedade conjugal. (GONÇALVES, 2014).

Com a priorização do afeto e o desprendimento da cultura do casamento como forma válida de formação de família, desenvolveu-se uma visão pluralista acerca da mesma. O Direito de Família tem a função de proteger as mais diversas formatações familiares. (DIAS, 2013). A seguir serão abordados os principais arranjos familiares da atualidade.

Família Matrimonial

Por um longo período, o Estado e a Igreja Católica tiveram uma grande influência sob as relações pessoais. Ambos visavam a conservação da espécie humana e a imposição de limites acerca da sexualidade. (DIAS, 2013).

A família matrimonial, durante muito tempo, foi a única reconhecida pelo Estado como entidade familiar. (MADALENO, 2013). Baseava-se no casamento heterossexual entre homem e mulher férteis, uma vez que era considerada de suma importância a capacidade de procriar. (DIAS, 2013). Para Dias, “a finalidade essencial da família era a conservação do patrimônio, precisando gerar filhos como força de trabalho.” (2013, p. 44). Ademais, importante frisar que o casamento era indissolúvel. Segundo Dias:

O casamento não podia ser desconstituído, só anulado por erro essencial quanto à identidade ou à personalidade do cônjuge [...] só cabia o rompimento do casamento pelo desquite, que, no entanto, não dissolia o vínculo patrimonial [...] Não eram mais casados, cessavam os deveres matrimoniais, mas o casamento permanecia hígido e eles não podiam casar novamente. (DIAS, 2013, p. 44).

Em 1977, com a homologação da Lei de Divórcio (Lei nº 6.515), o regime de bens, que até então era o da comunhão universal, passou a ser o da comunhão parcial. A mulher, que até então era totalmente subordinada ao homem, passa a ter a opção de adotar ou não o nome do marido. (DIAS, 2013). A exclusividade do casamento como forma válida de constituição de família perdurou até 1988, quando começou a vigorar a atual Constituição Federal. A partir de então, foram admitidos novos arranjos familiares.

Família Informal

A família informal surgiu em decorrência da não autorização da prática do divórcio. O desquitado, que não podia contrair novo matrimônio, acabava tendo relações extramatrimoniais, formando as denominadas famílias marginais. A lei não previa direito algum à concubina; todavia, com o crescente número de famílias informais, o legislador, visando diminuir as diferenças, acabou

substituindo a expressão concubina por companheira. (DIAS, 2013). Além disso, a lei passou a assegurar alguns direitos à concubina. Escreve Madaleno:

O concubinato [...] logrou ver judicialmente reconhecidos direitos que comparavam a mulher concubina à serviçal doméstica, concedendo-lhe, com a ruptura do concubinato, uma indenização por serviços prestados, e se ela de alguma forma tivesse contribuído com recursos próprios para a aquisição de bens registrados em nome do concubino [...] podia reivindicar a divisão dos bens comuns [...], pois seu vínculo afetivo era equiparado a uma sociedade de fato. (MADALENO, 2013, p. 8, 9).

Outra mudança advinda com a Constituição Federal de 1988 é que a família informal recebeu a denominação “união estável”, a qual muito se assemelha ao casamento, uma vez que, da mesma forma, estabelece direitos e deveres a serem seguidos. (DIAS, 2013). Segundo Maria Berenice Dias, “[...] a união estável transformou-se em um casamento por usucapião [...]”. (2013, p. 46).

Família Monoparental

As famílias monoparentais, que estão reguladas no artigo 226, §4º da Constituição Federal, são aquelas constituídas por apenas um dos genitores e seus descendentes.

Essa entidade familiar hoje é a realidade de muitas famílias brasileiras, daí a necessidade do legislador em regulamentá-las. A monoparentalidade pode surgir por diversas razões, sendo as causas mais comuns o divórcio, a separação de fato, a viuvez. (MADALENO, 2013).

Família Anaparental

A família anaparental ou parental é a família que constitui-se sem a figura dos pais. Diferentemente da família monoparental, a família anaparental configura-se pela existência de um vínculo familiar ou não, podendo ser composta, por exemplo, por dois irmãos. (MADALENO, 2013). Esse arranjo familiar muito se assemelha à família monoparental e as regulamentações acerca do casamento e da união estável também são aplicáveis à família anaparental, de forma análoga. (DIAS, 2013).

Família Extensa ou Ampliada

O conceito de família extensa ou ampliada foi definido pela Lei 12.010 de 2009 que incluiu o parágrafo único do artigo 25, do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069 de 1990. Referida lei discorre que este arranjo familiar é aquele que se expande para além da relação de pais e filhos, ou seja, a família é formada por parentes próximos que mantêm vínculo de afinidade e afetividade com o menor. Esta expansão veio com o intuito de dar preferência para as pessoas que mantêm vínculo afetivo com a criança ou o adolescente, em detrimento da família substituta. (DIAS, 2013).

Família Paralela ou Simultânea

Famílias paralelas ou simultâneas, como o nome remete, refere-se à existência, ao mesmo tempo, de duas entidades familiares estáveis formadas pela mesma pessoa. Tais relações são renegadas pela sociedade, contudo, são fatos incontestáveis.

O ordenamento não aceita relações paralelas, não sendo garantido à outra os direitos de companhia em uma união estável, a menos que se alegue e comprove a boa-fé, quanto então será reconhecida uma sociedade de fato, e aplicado o direito obrigacional. Dias discorda dessa disposição e afirma: "Não ver essa relação, não lhe outorgar qualquer efeito, atenta contra a dignidade dos partícipes e da prole porventura existente." (2013, p. 48).

Família Poliafetiva

As relações poliafetivas ganharam espaço no mundo jurídico quando, na Cidade de Tupã, em São Paulo, no ano de 2012, um homem e duas mulheres buscaram o cartório da cidade para lavrar uma escritura pública de relação poliafetiva.

As relações poliafetivas, também chamadas de poliamor, consistem na formação de um núcleo familiar composto por mais de duas pessoas que convivem de forma harmônica, rompendo-se a exclusividade posta pelo enraizado princípio da monogamia. Nas palavras de Dias: "Não havendo prejuízo a ninguém, de todo descabido negar o direito de viver a quem descobriu que em seu coração cabe mais de um amor." (2013, p. 54).

Apesar de ter sido declarada nula a escritura, é impossível negar a existência de tais núcleos familiares, e cabe ao Poder Judiciário, na omissão do legislador, reconhecer essas relações, a fim de gerarem efeitos jurídicos, principalmente nas questões envolvendo sucessão, partilha de bens, direito a alimentos e à previdência social.

Família Composta

A família composta, também chamada de pluriparental, mosaico, reconstituída, reconstruída, recomposta, binuclear e ensamblada, consiste no arranjo familiar formado após o rompimento de uma relação pretérita em que um ou ambos integrantes tiveram filhos, e na qual, muitas vezes, são gerados filhos em comum. Essas novas famílias são provenientes da pluralidade de relações parentais e são caracterizadas pela pluralidade de vínculos, ambiguidade dos compromissos e interdependência. (DIAS, 2013).

A relação do genitor com o filho é considerada como uma monoparentalidade, tendo como base o artigo 1.579, parágrafo único, do Código Civil, Lei 10.406, de 2002 que dita: "Novo casamento de qualquer dos pais, ou de ambos, não poderá importar restrições aos direitos e deveres previstos neste artigo." Contudo, nesse núcleo familiar são formados novos vínculos afetivos, os quais, muitas vezes, são representados de forma pejorativa, com as figuras do padrasto e da madrasta ligadas a ideia pessoas más. (MADALENO, 2013).

No entanto, a lei autoriza ao cônjuge do genitor a adoção, desde que com a anuência do pai registral. Abriu-se também a possibilidade do enteado (a) passar a usar o sobrenome do padrasto ou madrasta a partir de um motivo ponderável, o qual será acrescido ao nome, não sendo alterado ou substituído os demais sobrenomes, assim como não sendo excluído o poder familiar do genitor. Ainda, há a possibilidade de reconhecimento do direito a alimentos e a visitas, quando configurada uma relação afetiva entre ambos.

Família Substituta

Família substituta é aquela com quem a criança ou adolescente passa a conviver após a adoção. É uma formação de caráter excepcional, tendo em vista a preferência pela família biológica e pela família extensa.

Unicamente após frustradas as tentativas de se manter o núcleo familiar originário ou o extensivo é que se inicia o cadastro para adoção. Todo o processo é moroso e, muitas vezes, a

criança ou o adolescente passa muitos anos em abrigos, sendo privados da formação de vínculos afetivos em um núcleo familiar. (DIAS, 2013).

Família Homoafetiva

A família homoafetiva é aquela formada por duas pessoas do mesmo sexo. A Constituição Federal ainda não regulamenta a união estável entre homossexuais, visto que em seu artigo 226, parágrafo 4º, apenas se refere à união entre o homem e a mulher. Todavia, apesar de a Carta Política não abranger a relação entre duas pessoas do mesmo sexo, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, após tanto relutar, finalmente confere os mesmos efeitos jurídicos da convivência estável entre heterossexuais aos casais homossexuais. (MADALENO, 2013).

Entende Madaleno que “[...] a união homoafetiva merece ser reconhecida como entidade familiar, pois também ela se alicerça na existência do afeto [...]”. (MADALENO, 2013, p. 28). Não discorda dessa posição Dias, quando escreve:

A nenhuma espécie de vínculo que tenha por base o afeto pode-se deixar de conferir o *status* de família, merecedora da proteção do Estado, pois a Constituição (1.º III) consagra, em norma pétrea, o respeito à dignidade da pessoa humana. (DIAS, 2013, p. 46).

Ademais, posteriormente à decisão do Supremo Tribunal Federal, passou a ser aceita a possibilidade de transformar a união estável homoafetiva em casamento homoafetivo, sendo aceitável fazê-la diretamente no Cartório de Registro Civil, após efetuar requerimento na via judicial. (DIAS, 2013).

Família Eudemonista

Em contrapartida ao modelo hierarquizado, hoje se tem a democratização das famílias, com a supremacia das relações de afetividade. Neste desenvolvimento, surge a ideia da família eudemonista, em que se busca a felicidade de cada um dos membros, sua realização pessoal através de relações de amor, igualdade, liberdade, solidariedade e responsabilidade. O conceito de família eudemonista volta-se para a transferência da proteção jurídica da instituição família para o sujeito que a integra. (DIAS, 2013).

COPARENTALIDADE

Nesse contexto de supremacia do princípio da afetividade, em que a felicidade e a liberdade se sobrepõem ao clássico conceito de família marital, e em que a própria sociedade está reconhecendo novos arranjos familiares, surge o conceito de coparentalidade:

De fato, dessa conjugação é que parece surgir um novo formato de família, na qual existe o liame do pai e da mãe com um filho gerado (a parentalidade), mas deixa de importar o relacionamento amoroso, sexual e até mesmo afetivo entre os pais, pelo menos em seu modelo clássico. É a denominada coparentalidade (no inglês, *coparenting*) ou parentalidade responsável, produzida a partir do que está sendo chamado de um “contrato de geração de filho (PEREIRA, 2015,apud, COELHO, 2017, p. 36).

Portanto, entende-se por coparentalidade o projeto parental entre duas pessoas, sejam elas do mesmo sexo ou de sexos opostos, cujo objetivo é uma paternidade responsável, sem, no entanto, existir vínculo amoroso entre eles. (COELHO, 2017). A coparentalidade pode ocorrer entre pessoas

que já possuem algum tipo de relação, como por exemplo, amigos, ou também desconhecidos que compartilham do mesmo desejo. (COELHO, 2017). Atualmente, existem páginas na rede social Facebook, bem como websites da internet, que facilitam o encontro entre pessoas que buscam a coparentalidade. (COELHO, 2017).

Quando tomada a decisão, os pais fazem um contrato de paternidade. Nesse documento consta não somente o acordo de vontades, mas também a maneira como será exercida a criação, a guarda, a educação e os parâmetros de responsabilidade dos pais. Após, inicia-se o processo de concepção, que pode se dar por meio do método tradicional (contato sexual), pela inseminação caseira, pela inseminação artificial ou, ainda, pela fertilização *in vitro*. (COELHO, 2017).

Importante frisar que a coparentalidade não se confunde com a produção independente. Nesse caso, a responsabilidade parental recai apenas sob uma pessoa, a mãe ou o pai. Comumente, estes fazem uso de bancos de espermatozoides de doadores anônimos ou barrigas de aluguel. (COELHO, 2017).

Também distingue-se da família de pais separados, tendo em vista que, neste caso, a criança, normalmente, cresce num ambiente onde os pais mantêm uma relação de conjugalidade que, posteriormente, é rompida. Outra hipótese é a gravidez que ocorre em razão de sexo casual; portanto, na família de pais separados, a parentalidade pode ou não ter sido planejada e desejada, ao contrário do que ocorre na coparentalidade, onde o objetivo é, justamente, a procriação. (COELHO, 2017).

Em decorrência da contemporaneidade do conceito de coparentalidade, não há, no ordenamento jurídico, qualquer disposição específica, aplicando-se as regras gerais do Direito de Família, em especial aquelas que tratam do interesse do menor e da paternidade responsável. (COELHO, 2017). Diante do que se conceitua como parentalidade, entende-se que caracteriza um novo arranjo familiar. Em que pese não haja conjugalidade entre os pais, existe o vínculo de responsabilidade para com o filho, que se estende, também, para com os netos. (COELHO, 2017).

Sob a ótica da criança, é implausível não considerar esse núcleo uma família, afinal, trata-se do ambiente em que vive, nos mesmos moldes da família monoparental e da família de pais separados, onde não há vínculo amoroso. (COELHO, 2017). Nas palavras de Coelho:

É, na prática, uma parceria que, embora nasça em bases essencialmente contratuais, possui um importante fundo afetivo – o desejo de gerar uma criança e participar conjuntamente (coparticipar) de sua criação e educação. (COELHO, 2017, p. 37).

A coparentalidade pode se apresentar em dois formatos distintos. Como um bloco familiar único, onde os pais são parceiros e o filho é o liame entre eles. Ou, ainda, como duas famílias distintas; a da mãe e a do pai. (COELHO, 2017).

CONCLUSÃO

Com as mudanças sociais da atualidade, o conceito de família estendeu-se, abrangendo não só o modelo tradicional, como também novas entidades familiares. Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 o caráter de submissão deu lugar aos princípios da liberdade e da igualdade, e o afeto tornou-se o principal denominador para a formação das famílias. Nesse cenário, surge a coparentalidade, formada pelo desejo de ter filhos sem, todavia, existir um vínculo amoroso conjugal entre os pais.

A coparentalidade se realiza através de um contrato complexo, o qual estabelece a relação parental, contudo, não se compara com um contrato de cunho patrimonial, visto que envolve um vínculo de afetividade, com alto grau de responsabilidade e de natureza vitalícia.

Assim como a sociedade evolui, o Direito precisa acompanhá-la. Apesar da coparentalidade ser um assunto novo, está ganhando cada vez mais espaço, se constituindo como um novo arranjo familiar que também necessita da tutela do Estado, embora ainda não haja disposição legal acerca da temática.

Por se tratar de uma relação de afetividade, em que pese não exista amor conjugal entre os pais, o fundamental é o amor para com o filho. E é daí que se extrai a base para a caracterização de uma família, já que não há uma forma ideal a ser seguida.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código Civil**: Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília, DF: Senado Federal, 2002. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Vários acessos.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição Federal da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> Vários acessos.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Brasília, DF: Senado Federal, 1990.

COELHO, Marcial Duarte. Coparentalidade: um Novo Modelo Familiar que se Aproxima. **Revista Síntese Direito de Família**, São Paulo, v. 18, n. 103, p. 35-47, ago./set. 2017.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. ver, atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 8. ed rev. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 6: direito de família**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 5.^a ed. re., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

REFLEXÕES ACERCA DA PUNIBILIDADE DOS PSICOPATAS FRENTE AO DIREITO PENAL BRASILEIRO

REFLECTIONS CONCERNING OF PUNISHMENT OF PSYCHOPATHS FACE TO BRAZILIAN CRIMINAL LAW

Alice Cristiane Merib¹

Luana Lanfredi²

Tamires Rufato³

Luciano Alves do Santos⁴

RESUMO: O presente trabalho teve como objetivo elucidar a situação jurídica do psicopata sob a ótica do direito e processo penal brasileiros, em cotejo com as doenças associadas ao estudo da psicopatia, diagnóstico e tratamento. Ainda, nos mais diversos procedimentos, aduziu-se como o doente é tratado diante da constatação de incapacidade contemporânea à infração e as suas consequências jurídicas. Foram feitos apontamentos sobre o incidente de insanidade mental e as diferentes vertentes seguidas, a partir daí, para punir-se a pessoa que praticou uma conduta típica, antijurídica, mas inculpável, revelando a insuficiência da legislação nacional em apontar soluções uniformes para a problemática. A metodologia utilizada para a realização do presente foi o método dedutivo e o modo de pesquisa foi o bibliográfico e documental.

Palavras-chave: Direito Penal Brasileiro. Inimputabilidade. Psicopatias. Punição. Semi-Imputabilidade.

ABSTRACT: The present work had as objective to elucidate the juridical situation of the psychopath from the standpoint of Brazilian criminal law and process, in comparison with the diseases associated with the study of psychopathy, diagnosis and treatment. Also, in the most diverse procedures, it was stated how the patient is treated in the face of the finding of incapacity contemporary to the infraction and its legal consequences. Notes were made about the incident of mental insanity and the different slopes followed, from there, to punish the person who practiced a typical, unlawful, but blameless conduct, revealing the insufficiency of national legislation in pointing out uniform solutions to the problematic. The methodology used to perform the present was the deductive medium and the mode of research was the bibliographic and documentary.

¹ Graduanda do Curso de Direito; cursando 7º semestre; Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI Erechim. *E-mail:* alicemerib@hotmail.com.

² Graduanda do Curso de Direito; cursando 7º semestre; Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI Erechim. *E-mail:* luana.lanfredi@hotmail.com.

³ Graduanda do Curso de Direito; cursando 7º semestre; Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI Erechim. *E-mail:* tami_rufato@hotmail.com.

⁴ Orientador; Mestre em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI Santo Ângelo. *E-mail:* lucianoa@uricer.edu.br.

Keywords: Brazilian Criminal Law. Incomputability. Psychopathies. Punishment. Semi-Imputability.

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico tem como objeto principal elucidar a situação jurídica penal do psicopata frente ao Direito Penal Brasileiro vigente, residindo, nesse sentido, a problemática do estudo. O tema é bastante debatido na atualidade face a crescente onda de crimes cometidos por agentes portadores de doenças e transtornos mentais.

O Código Penal qualifica esses delinquentes como inimputáveis e semi-imputáveis, variando de acordo com as peculiaridades de cada caso, uma vez que é vasto o campo de doenças, transtornos e psicopatias que levam o indivíduo ao mundo do crime.

No primeiro momento, será exposto um breve histórico acerca dos primeiros estudos e descobertas realizadas no ramo da psicologia forense, área que restou destinada ao estudo comportamental dos criminosos, a fim de explicar a ocorrência e os motivos do fato típico, e, de alguma maneira, tentar prevenir que aconteça no meio social.

Ademais, tratar-se-á acerca dos sintomas e diagnósticos das psicopatias mais frequentes e graves, salientando as características científicas do portador de algumas modalidade destas moléstias.

Posteriormente, será ilustrado o procedimento do incidente de insanidade mental, bem como as características da medida de segurança, analisando-se pressupostos, requisitos e discutindo as possibilidades de aplicação aos portadores de psicopatia, além de demonstrar a importância da perícia médica diante de casos concretos, para que se possa identificar a existência de inimputabilidade ou semi-imputabilidade.

Por fim, serão desenvolvidos apontamentos com a finalidade de esclarecer como o Estado deve proceder frente as ocorrências da matéria ora proposta, especificando o tratamento jurídico penal atual aplicado a esses delinquentes.

Para a realização do presente artigo científico, será utilizado a metodologia dedutiva e o modo de pesquisa sendo o bibliográfico e documental.

BREVE HISTÓRICO

Foi no decorrer do século XIX que surgiu a Antropologia Criminal, posteriormente denominada Criminologia, a partir da obra do médico italiano Cesare Lombroso, publicada em 1876, a qual segue a orientação positivista e propõe o estudo das causas do crime a partir do homem criminoso. (PENTEADO, 1996).

Após demorados a pacientes estudos que foram realizados entre os soldados, durante a guerra, entre presos e enfermos mentais, Lombroso mostra para a humanidade a sua obra, cujo nome é *L'Uomo delinquente in rapporto all'antropologia, giurisprudenza a discipline carcerarie*. (PENTEADO, 1996).

Lombroso julgou poder concluir que, por um efeito necessário da sua natureza, o criminoso é arrastado a pratica do crime. Foi aí que examinou milhares de delinquentes e os comparou com não-delinquentes, achou fundado dizer que o físico do criminoso estava ligado aos seus impulsos depravados. (PENTEADO, 1996).

Conforme PENTEADO, Conceição:

[...] face a esta descoberta, LOMBROSO admitiu as seguintes hipóteses: a) o criminoso, propriamente dito, é nato; b) é idêntico ao louco moral; c) apresenta

base epilética; d) constituído por um conjunto de anomalias, tipo especial (tipo lombrosiano). (1996, p. 23).

De fato, foi a partir de Lombroso que se começou a pensar nos doentes mentais criminosos como pessoas carentes de tratamento adequado e não de punição (PENTEADO, 1996).

Em face dessas descobertas no ramo da psicopatologia forense, PENTEADO, faz frente a um dilema discutido até os dias atuais:

O Estado teria por obrigação readaptar esse indivíduo, esgotando todos os meios necessários para tentar reintegrá-lo novamente ao meio social e não impedir irremediavelmente esta reintegração, internando-o em penitenciárias superlotadas e em manicômios judiciários entregues as moscas [...].

Por falar em manicômio judiciário, gostaríamos de frisar que foi LOMBROSO quem demonstrou que o criminoso louco deveria ser isolado dos demais, sendo portanto internado neste tipo de instituição ou em anexos penitenciários, em conexão com penitenciárias. Foi de grande valor para a criminologia essa separação entre os delinquentes loucos e os delinquentes normais. (1996, p. 25).

Pode-se mencionar, segundo a obra de Penteado, Conceição:

As explicações criminológicas sobre a inferioridade física e moral do criminoso reforçam a ideologia dominante e justificam as desigualdades sociais e o poder de controle do Estado sobre os segmentos sociais marginalizados numa sociedade que se fundamenta no mito da igualdade, da liberdade, da oportunidade e da prosperidade. (1996, p. 27, apud João Ricardo Dornelles, 1988, p. 26)

Mais um marco histórico acerca do tema, foi disposto na obra de TABORDA et al.:

[...] o caso de Pierre Rivière tem sido considerado a certidão de nascimento da psiquiatria forense – pelo menos nos países de base legal romana, - uma vez que, pela primeira vez, alguns médicos (no caso, Esquirol, discípulo de Pinel, entre outros) são chamados a emitir um parecer médico-psiquiátrico sobre a responsabilidade penal de um criminoso (Pierre Rivière assassinou três membros da família). (2012, p. 32).

Desse modo, vê-se que, ao longo do tempo, a psicopatia tem sido instrumento de demasiadas discussões. Observa-se que, desde os primórdios até os dias atuais, o tema mostra-se controverso quando analisado por opiniões de diversos autores, uma vez que muitos atribuem o comportamento psicopático a causas puramente genéticas, enquanto outros acreditam que o meio externo pode transformar o indivíduo em um doente mental. Essas discussões admitem uma diversidade de fatores na constituição da psicopatia.

CONCEITO – DOENÇA MENTAL OU DESENVOLVIMENTO MENTAL INCOMPLETO OU RETARDADO

É considerável inimputável o agente que era, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, ao tempo da ação ou omissão, incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, conforme disposto no artigo 26, *caput*, do Código Penal. (BRASIL, 1940).

Nesse sentido, muito bem conceitua Penteado:

A imputabilidade não é definida diretamente no Código e sim indiretamente, pois é a inimputabilidade que aparece no caput do art. 26, que versa o seguinte: “é isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”.

“Portanto, imputável é o indivíduo mentalmente são e desenvolvido, capaz de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento.

É, então, no momento da prática da infração que deve existir a imputabilidade. É por isso que, para ficar caracterizada a inimputabilidade, o artigo 16, caput, determina que a deficiência deve existir “ao tempo da ação ou da omissão.

Só quando ocorrer alguma causa de exclusão é que o indivíduo será considerado inimputável, caso contrário, será ele responsabilizado pelo ato que cometeu. Dentre as causas de exclusão da imputabilidade temos as seguintes: doença mental, desenvolvimento mental incompleto, desenvolvimento mental retardado e a embriaguez completa proveniente de caso fortuito ou força maior. (1996, p. 60 e 61).

No que concerne às doenças mentais, pode-se mencionar uma breve classificação segundo Penteado:

Na classificação das doenças mentais, existe volumoso número das mesmas, o qual é ramificação das cinco principais, ou seja, num sentido lato sensu de doença mental podemos destacar a oligofrenia, a epilepsia, a neurose, a psicopatia e a psicose, pois essas são a base da psiquiatria. (1996, p. 29).

O surgimento de pessoas que não possuem doença mental típica ou de deficiência intelectual, que se comportam socialmente de forma anormal, é um fato novo que tem chamado a atenção dos estudiosos da área. São comportamentos notados quando determinado indivíduo apresenta distúrbios, de modo em que a atuação contra o meio externo é a forma escolhida para lidar com os conflitos internos.

Inicialmente, o psicopata chama a atenção por destacar alguns traços particularmente significativos: impulsividade e instabilidade, intolerância à frustração, falta de responsabilidade e previsão, ausência de sentimentos denotando amor e culpa.

É típica, no psicopata, a conduta de ação, seu comportamento visa modificar o meio externo colocando as suas angústias para fora em determinadas situações, uma vez que esta característica vingativa provoca surpresa e medo no outro, principalmente quando engloba traços de violência.

DIAGNÓSTICO E EXAME PERICIAL PSIQUIÁTRICO

Considerando que o objetivo dos exames periciais psiquiátricos é a integridade, a capacidade de entendimento e a determinação, podemos referir os seguintes conceitos, escritos por PENTEADO:

A doença mental sempre altera a identidade e a personalidade do indivíduo. Quanto maior o comprometimento da doença, maior a alteração da personalidade. O médico psiquiatra, durante o exame do paciente, pesquisa as funções psíquicas do doente, seguindo, se possível, a seguinte ordem: atenção (o fixamento do paciente), orientação (onde ele está? Que dia é hoje? Que horas são?), afetividade (a relação do paciente com o perito), consciência, linguagem (é importantíssima), memória (se está com amnésia), pensamento (se conserva o juízo, se tem crítica),

percepção (se se refere a alucinações auditivas, visuais), inteligência (se é normal ou oligofrênico) e volição. (1996, p. 30 e 31).

Ainda, no que se refere aos instrumentos utilizados na realização de um exame psiquiátrico, dispõe Taborda et al.:

Um exame completo necessita em geral dos seguintes elementos: entrevista com o paciente; entrevista com terceiros; exame físico, com ênfase nas avaliações neurológicas, endocrinológicas e cardiológicas; exames complementares, item que abrange a rotina laboratorial; exames funcional e exames de imagem; e testes neuropsicológicos. (2012, p. 68).

Alguns dos principais pontos que deve conter um relatório médico-legal é o preâmbulo, individualização da perícia, circunstâncias do exame pericial, identificação do examinado, síntese processual, quesitos, história pessoal, história psiquiátrica, exame de estado mental, exame físico, exames e avaliações complementares, discussão diagnóstica, diagnóstico positivo, comentários médico-legais, conclusão e resposta aos quesitos.

Já um modelo de laudo de exame de sanidade mental, segundo Penteado é na seguinte ordem:

[...] preâmbulo, identificação, histórico criminal, denúncia, elementos contidos nos autos, versão do acusado aos peritos, anamnese, antecedentes familiares, antecedentes pessoais, antecedentes psicossociais (curva de vida), histórico da doença (se houver), documentos médicos anexados aos autos, exame psíquico, exames complementares (facultativo), considerações psiquiátrico-forenses e conclusão, estabelecimento do nexos causal, criminogênese (motivo do delito), criminodinâmica (como ocorreram os fatos), respostas aos quesitos (facultativo). (1996, p. 31 e 32).

Penteado, também, classifica as principais doenças mentais que podem ser diagnosticadas. No que se refere à neurose, menciona em sua obra:

Constitui neurose o conjunto de conflitos interpessoais e intrapessoais cuja história começou a ser escrita nos primeiros tempos da vida, [...]. A neurose é o conflito entre admitir e rejeitar a realidade interior no campo da consciência, quando essa realidade contraria os princípios morais, éticos ou religiosos [...].(1996, p. 32, apud DOURADO, 1965, p. 64).

A doença chamada epilepsia é uma disposição psíquica anormal. O problema desta doença é o mais sério e debatido da psicologia forense e, portanto, é o que tem maior importância para a medicina legal. (PENTEADO, 1996).

Tem-se também a esquizofrenia, sendo a mais comum de todas as perturbações psicóticas e se caracteriza pela perda de afeto que, geralmente, é acompanhada de ilusões e alucinações (PENTEADO, 1996).

No que se refere as psicoses, estas são divididas em dois grupos: as exógenas (que vem de fora do organismo), e as endógenas (vem de dentro do organismo). Apesar da ausência completa de sinais de demência ou incompreensão do caráter criminoso de seu ato, estas estarão enquadradas no artigo 26 do Código Penal. (PENTEADO, 1996).

Penteado, também caracteriza os doentes mentais oligofrênicos:

[...] a insuficiência intelectual, uma vez que os mesmos ficam sem compreender os fatos, não tem o senso crítico e criação e são incapazes de se auto conduzirem. As causas dessa doença são variadas: sífilis, alcoolismo, casamentos precoces, tardios e desproporcionados, abalos morais reiterados durante a gravidez, infecções, perturbações endócrinas. (1996, p. 40).

Os chamados **autênticos psicopatas** são totalmente desprovidos de qualquer sentimento ético e social e, em consequência disto, não possuem o menor arrependimento e remorso quanto ao que fazem (PENTEADO, 1996).

Os **psicopatas anormais**, são os que mais reincidem na questão penal, pois são indivíduos insensíveis, cruéis, destituídos de vergonha, compaixão, sentimento de honra e conceitos éticos, sendo frios e arrogantes (PENTEADO, 1996).

Os **psicopatas astênicos** correspondem ao que geralmente se chama de indivíduo neurastênico, uma vez que a estrutura morfológica e o temperamento com a vida em sociedade condicionam o tipo de reação individual (PENTEADO, 1996).

O **psicopata explosivo** é aquele que, por qualquer motivo insignificante, se exalta e, totalmente sem menor receio, destrói os objetos ou agride as pessoas em uma reação denominada de curto-circuito (PENTEADO, 1996).

O **psicopata deprimido** é aquele indivíduo pessimista, sem confiança em si mesmo, nem na vida e sofre exageradamente a qualquer contra- senso. Existem também, os **psicopatas fanáticos**, os quais se caracterizam pelo humor alegre e vivo, ao mesmo tempo em que se explodem em fúria, entrando, frequentemente, em discussões e agressões. Já no que se refere aos **maníacos**, para chamar atenção dos demais, afetam superioridades ilusórias (PENTEADO, 1996).

Quanto aos **psicopatas sexuais** temos dentre os desvios sexuais o onanismo, o narcisismo, o exibicionismo, o fetichismo, as sexopatias necrófilas, as zoofilias, a algolagnia, dentre outros. (PENTEADO, 1996).

No que concerne as personalidades psicopáticas, podemos concluir que estão entre o limite da doença mental e o da normalidade psíquica posto que esses indivíduos possuem a total ou parcial incapacidade em conhecer o caráter criminoso de seus atos.

INCIDENTE DE INSANIDADE MENTAL

Segundo o artigo 149, *caput* do Código de Processo Penal, sempre que o juiz estiver com dúvidas acerca da condição mental do autor do crime, seja na data do fato ou no momento atual, deverá determinar a realização do incidente de insanidade mental (BRASIL, 1941).

A instauração do incidente pode ocorrer tanto na fase policial, quanto no decorrer do curso do processo, podendo ser determinada pelo juiz *ex officio* ou requerida pelo Ministério Público, pelo defensor do réu, seus ascendentes, descendentes, irmãos ou cônjuge. Pode-se ainda ser requerido pela autoridade policial, desde que o inquérito não tenha sido encaminhado a juízo (BRASIL, 1941).

Por não haver previsão legal acerca da possibilidade de interposição de recurso em relação ao deferimento ou não do requerimento de instauração do incidente, caberá à impetração de *habeas corpus* ou mandado de segurança (AVENA, 2016).

O incidente é autuado em processo apartado, enquanto o processo principal fica suspenso, salvo em relação às diligências urgentes e necessárias. Se o incidente for realizado durante a fase policial, esta não terá suspensão de seu andamento. Vale ressaltar que a tramitação do incidente deverá ser acompanhada por um curador, que poderá ser o próprio advogado do réu ou algum advogado nomeado para tal (BRASIL, 1941).

Caso o réu encontrar-se preso durante a realização do incidente, deverá ser internado em um manicômio judiciário, ou caso não haja, precisará ser transferido para uma cela individual. Na

hipótese do réu estar em liberdade, o mesmo continuará, todavia, poderá ser internado se houver requerimento dos peritos ou por advento de pressupostos da preventiva (AVENA, 2016).

Por estar em autos apartados, o processo de incidente deve conter os quesitos realizados pelo juiz e/ou pelas partes, cópias de peças processuais como a representação ou requerimento de instauração do incidente, cópias da inicial acusatória e da decisão que determinou a apuração do incidente, assim como outros documentos que forem necessários (AVENA, 2016).

O resultado da perícia deve trazer duas respostas: uma revelando como estava à saúde mental do indivíduo no dia do fato; e a outra demonstrando como se encontra atualmente (AVENA, 2016).

Destaca-se que, apesar da realização do incidente, esse não vincula o juiz a tomar a decisão, podendo ele discordar do resultando, desde que fundamente a sua opinião. Outro ponto importante acerca do resultado da perícia é que este não poderá ser utilizado em um processo diferente como prova, tendo em vista que os exames são realizados objetivando analisar a saúde mental do indivíduo em cada situação específica (AVENA, 2016).

Caso o incidente seja instaurado durante a fase policial e finalizado antes do termino do inquérito, os resultados possíveis de ocorrer são:

a) O indivíduo é considerado plenamente capaz, tanto no dia do fato quanto atualmente, prosseguindo normalmente o inquérito;

b) O indivíduo é considerado plenamente capaz na época do fato, mas inimputável ou semi-imputável atualmente. Nesse caso, o juiz receberá a denúncia ou queixa, mas decretará a suspensão do processo até que o acusado se reestabeleça ou até que ocorra a extinção da punibilidade;

c) O indivíduo é considerado inimputável ou semi-imputável no dia do fato, onde o juiz receberá a denúncia ou queixa e determinará o prosseguimento do processo com o réu sendo assistindo por curador;

Por outro lado, tendo sido o incidente instaurado durante o curso do processo, os resultados possíveis são:

a) O indivíduo é considerado plenamente capaz tanto no dia do fato como atualmente. Assim, o juiz continuará o processo normalmente, somente apensando o incidente aos autos;

b) O indivíduo é considerado plenamente capaz no dia do fato e inimputável ou semi-imputável atualmente. Nesse caso, o processo continuará suspenso até que o indivíduo se reestabeleça ou até que seja extinta a punibilidade.

c) O indivíduo é considerado inimputável ou semi-imputável no dia do fato. Desse modo, o juiz determinará que o réu seja assistido por curador e que o incidente seja apensado aos autos, dando continuidade normal ao processo. Contudo, a prolação da sentença será diferenciada para inimputáveis e semi-imputáveis qual seja:

c.1) Inimputável: o réu será absolvido, podendo essa absolvição ocorrer de forma própria, ou seja, sem a imposição de nenhuma medida, ou de forma imprópria, com a imposição de uma medida de segurança.

c.2) Semi-imputável: se for condenado, o réu terá sua pena reduzida de um a dois terços, podendo ser substituída por medida de segurança, qual seja, internação ou tratamento ambulatorial de um a três anos (AVENA, 2016).

Como pode se verificar, enquanto o processo estiver suspenso em razão do reestabelecimento do indivíduo ou da extinção de sua punibilidade, e esse apresentar risco de periculosidade o juiz poderá determinar a sua internação em estabelecimento psiquiátrico até que essa cesse. Todavia, essa internação não possui caráter de medida de segurança provisória, assim como não se trata de medida cautelar diversa da prisão (AVENA, 2016).

Em relação aos crimes de competência do júri popular, o incidente de insanidade mental irá provocar variadas consequências a depender da fase do procedimento e da constatação acerca da

inimputabilidade ou semi-imputabilidade. Este poderá ocorrer em três momentos distintos: antes da pronúncia, após a pronúncia, mas antes do júri ou durante o júri (AVENA, 2016).

Segundo Avena são três situações distintas que podem ocorrer no incidente de insanidade mental instaurado antes da decisão de pronúncia, que são:

Primeira situação: a perícia conclui no sentido de que, embora plenamente capaz ao tempo do fato, encontra-se o réu, agora, em estado de inimputabilidade ou semi-imputabilidade provocada por doença mental ou perturbação da saúde mental superveniente [...]

Segunda situação: a perícia conclui no sentido de que o agente, ao tempo do fato, era inimputável, não possuindo condições de entender o caráter ilícito de sua conduta ou de se autodeterminar de acordo com esse entendimento. [...]

Terceira situação: a perícia conclui no sentido de que, ao tempo do fato, o agente possuía apenas parcial capacidade (semi-imputabilidade) para compreender o caráter ilícito de sua conduta ou de se autodeterminar de acordo com esse entendimento. (2016, p. 441 - 442).

Na primeira situação, o juiz deverá determinar que o processo permaneça suspenso até que o réu se reestabeleça ou até que ocorra a extinção da punibilidade pela prescrição. Na terceira situação, o indivíduo deverá ser pronunciado e deverá o juiz requisitar aos jurados sobre a aplicação ou não da diminuição a pena. Já no caso da segunda situação, não sendo caso de absolvição própria ou de impronúncia, Avena apresenta as duas possibilidades cabíveis ao juiz:

a) Pronunciar o acusado, submetendo-o a júri popular (art.415, IV, 1.^a parte e parágrafo único, do CPP): esta solução será aplicada caso a inimputabilidade **não tenha sido a única tese de defesa**. Justifica-se a previsão legal no intuito de não causar prejuízo ao réu. É que, sendo inimputável ao tempo do fato, em princípio, deveria ser ele absolvido sumariamente pelo juiz (sem a submissão ao Tribunal do Júri, portanto), com a imposição imediata de medida de segurança (absolvição sumária imprópria). Todavia, pode ocorrer que, a despeito da inimputabilidade comprovada, tenha sido sustentada pela defesa tese outra (legítima defesa, por exemplo) que, se vier a ser acolhida em julgamento pelo Tribunal do Júri, permita a absolvição sem medida de segurança (absolvição própria). [...]

b) Absolver sumariamente o acusado, com imposição de medida de segurança (art.415, IV, 1.^a parte e parágrafo único, do CPP, c/c o art. 26, caput, do CP): trata-se de absolvição sumária imprópria, adequada à hipótese em que a inimputabilidade por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado ao tempo do fato tenha sido a única tese de defesa. (2016, p. 441-442).

Uma crítica apontada a respeito do tema é que, ocorrendo mais de uma tese de defesa no júri, as duas devem ser questionadas, pois o artigo 483, inciso III, do Código de Processo Penal apenas veda a indagação dos jurados sobre causa da isenção de pena, sendo aceitável e recomendável que ambas as teses defensivas sejam questionadas para que assim, se esclareça a posição do conselho de sentença sobre o entendimento adotado para absolver o réu. O igual raciocínio não se aplica aos semi-imputáveis, uma vez que constitui-se causa de redução da pena que deverá ser questionada obrigatoriamente conforme artigo 483, inciso IV do Código de Processo Penal.

Sendo arguida a insanidade mental durante o plenário do júri, o juiz presidente deverá dissolver o conselho de sentença e instaurar o incidente de insanidade mental.

Quando a doença mental acomete o indivíduo durante a execução da pena, é facultado ao juiz tomar duas providências (AVENA, 2016):

- transferir o apenado para um hospital ou outro estabelecimento psiquiátrico, aguardando sua recuperação e, posteriormente, caso essa aconteça, retornando ao cumprimento do restante da pena;

- converter o saldo restante de pena em medida de segurança e, caso recuperado o apenado antes do término do saldo da pena, esta deverá ser extinta, não retornando ao presídio.

A opção de aplicar uma ou outra cabe ao juiz, que deverá observar o caso concreto, principalmente fase a periculosidade do apenado. Podendo assim, sempre que entender necessário aplicar imediatamente a conversão da pena em medida de segurança (AVENA, 2016).

A PUNIÇÃO DOS PSICOPATAS NO SISTEMA PENAL BRASILEIRO

Estabelecer uma ligação entre a condição mental do agente e os delitos por ele praticados, descrevendo um perfil psicológico que sirva de base para a aplicação da lei penal, é um dos grandes objetivos de nosso Estado.

Existem três elementos constitutivos da teoria do crime, sendo estes: a culpabilidade, antijuridicidade e a tipicidade. No presente estudo, tratamos do primeiro, a qual é um juízo de reprovação social, onde o indivíduo passa a agir com a consciência da ilicitude, e ainda, deve ter a possibilidade e exigibilidade de uma conduta diversa (COSTA, 2014).

Assim, o fato culpável caracteriza a imputabilidade e, sendo ainda, típico e antijurídico, estamos diante de um crime, onde o agente será condenado e cumprirá a pena imposta pelo ordenamento jurídico. (COSTA, 2014).

Somente analisa-se se alguém age com dolo ou culpa caso seja pessoa semi-imputável, ou seja, com discernimento mental e maior de 18 anos. A inimputabilidade é imprescindível para a aplicação da pena, uma vez que esta é a capacidade psíquica que o delinquente tem a respeito da antijuridicidade de sua conduta (COSTA, 2014).

O nosso ordenamento jurídico busca, na aplicação da pena, repreender os delinquentes, prevenir novos delitos e ressocializar os apenados. Segundo o artigo 59 do Código Penal, a pena deve ser imposta de maneira necessária e suficiente para a prevenção e reprovação do crime. Ainda, a assistência ao preso e ao internado é dever do estado, uma vez que busca prevenir o crime, bem como orientá-lo no convívio com a sociedade (COSTA, 2014).

As penas apresentam-se em duas modalidades: as penas e as medidas de segurança, diferenciando-se por fundamento, finalidade e duração de cada uma. O fundamento usado para a aplicação da pena, baseia-se na culpabilidade do agente, enquanto que a medida de segurança se dá pela periculosidade do delinquente (COSTA, 2014).

Em razão de um sistema unitário, o magistrado somente poderá aplicar um tipo de pena para cada caso. A pena é aplicada aos imputável e semi-imputável, enquanto que a medida de segurança aos inimputáveis e, excepcionalmente ao semi-inimputáveis. Desse modo, são chamados assim de condenados e internados. Esta é a terminologia utilizada para referir-se aos imputáveis condenados após o trânsito em julgado de uma sentença condenatória, enquanto aquela, refere-se aos inimputáveis, os quais praticam fatos definidos na legislação como crimes (COSTA, 2014).

Desse modo, o artigo 26 do Código Penal dispõe:

Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. (BRASIL, 1940)

Assim, o indivíduo será considerado absolutamente inimputável se preencher todos os requisitos necessários, quais sejam, a existência de uma doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, ou quando for atestada a absoluta incapacidade de, no momento da ação ou omissão, entender o caráter ilícito do fato (COSTA, 2014).

Sendo o indivíduo considerado inimputável, o magistrado deve absolvê-lo, conforme dispõe o artigo. 386, VI ou 415, IV, do Código de Processo Penal, os quais disciplinam o instituto de

absolvição sumária, e medindo a sua periculosidade baseando-se no fato criminoso efetivamente praticado, sujeitar o indivíduo a uma medida de segurança, conforme artigos 96 e 97 do Código Penal (BRASIL, 1941).

Ademais, vale ressaltar que para esses indivíduos não é aplicada a condenação penal, mas sim a sujeição a uma medida de segurança, a qual pode ser tratamento ambulatorial, quando o fato típico prevê a pena de detenção, ou a internação em hospital de custódia e tratamento, nos casos em que a pena for de reclusão (COSTA, 2014).

No que se refere à medida de segurança a lei possui um tratamento diferenciado ao das outras penas no que diz respeito ao tempo. Em outras normas penais que definem crimes, a pena previamente cominada já tem um tempo mínimo e máximo determinado para o cumprimento, ao contrário da medida de segurança que somente determina o tempo mínimo, sendo este de um a três anos, não tendo um tempo máximo determinado pela legislação a qual perdurará enquanto não for cessada a periculosidade. Assim, em alguns casos, passaram a existir internações perpétuas e degradantes, o que apavora a sistemática constitucional, uma vez que esta veda a prisão perpétua (COSTA, 2014).

Enquanto que a pena possui um caráter ajustável, envolvendo aspectos retributivo e preventivo, a medida de segurança tem o objetivo de prevenir o cometimento de novos delitos e garantir a cura do autor do fato tido com infração penal. Ainda, a medida de segurança tem por fundamento a periculosidade, podendo ser definida como um estado subjetivo mais ou menos duradouro de antissociabilidade.

São requisitos para a imposição de medida de segurança: a ausência de plena imputabilidade, a prática de um injusto penal e a existência de periculosidade. Assim, considerar-se-á a medida de segurança eterna, uma vez que se a periculosidade durar a vida inteira, por esse mesmo período, será levada a internação ou tratamento ambulatorial (OLIVEIRA, 2015).

Após o decurso do tempo mínimo da medida de segurança será realizada uma avaliação de periculosidade com a finalidade de elucidar se o indivíduo já pode ser desinternado. Sendo o indivíduo liberado do tratamento ambulatorial ele será “observado” por um ano e, caso apresente indícios de persistência da periculosidade, retornará ao cumprimento da medida de segurança, a qual durará o tempo necessário para que o indivíduo se reestabeleça (AVENA, 2016).

Todavia, há divergências entre os Tribunais Superiores acerca da limitação de um tempo para cumprimento. Segundo a súmula 527 do Superior Tribunal de Justiça o prazo máximo para a internação é o prazo máximo da pena estabelecida para o delito praticado, enquanto o Supremo Tribunal Federal entende que a medida de segurança pode perdurar por até 30 anos (AVENA, 2016).

Nesse sentido, surge uma discussão, qual seja, se o imputável é protegido pelo limite de 30 anos no cumprimento da pena privativa de liberdade, não poderia o inimputável, doente, louco, ser internado por prazo indeterminado. Leva-se em conta, nesse caso, que a toda a execução penal deve ter um limite, pois todo o poder-dever de punir do estado tem que possuir um desfecho. Muitos entendem que a privação da liberdade perpétua de um ser humano representa a violação do princípio da dignidade da pessoa humana e lesão ao princípio da proporcionalidade. Assim, caso não constatada a cessação de periculosidade, o condenado será mantido em tratamento, devendo ser realizada anualmente nova perícia, quando determinada pelo juízo da execução (OLIVEIRA, 2015).

O artigo 26 do Código Penal, em seu parágrafo único, trata dos semi-imputáveis, os quais possuem uma capacidade de entendimento reduzido, não tendo a plena incapacidade de compreender o caráter ilícito do fato, mas não chega a ser plenamente capaz. Essa diminuição decorre de alguma perturbação da saúde mental ou por um desenvolvimento mental incompleto ou retardado, tendo o indivíduo uma responsabilidade atenuada, sendo relativamente imputável. Assim, esses indivíduos são condenados, mas com uma diminuição de um a dois terços da pena (BRASIL, 1940).

Conforme o artigo 27 do Código Penal, os menores de 18 anos deverão ser considerados inimputáveis, sendo submetidos à legislação especial, a qual Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1940).

Outro caso de inimputabilidade é a embriaguez completa proveniente de caso fortuito ou força maior, a qual tornou o indivíduo incapaz de entender o caráter ilícito do fato, conforme artigo 28 §1º do Código Penal. No caso de embriaguez relativa, também advinda de caso fortuito ou força maior, aplica-se a redução da pena, caso o agente não possua, no momento do fato, plena capacidade de entender o caráter ilícito deste (BRASIL, 1940).

Todos os atos e ações de um ser humano estão ligados diretamente com sua estrutura cerebral e sociológica. Analisando detalhadamente diferentes personalidades podemos descobrir quais condutas determinadas pessoas irão ter quando expostas a determinadas situações. Assim, aplicar uma pena a um indivíduo, sem antes fazer um prévio estudo de sua condição mental é não se importar minimamente com as consequências que poderão advir deste ato estatal. Desse modo, deve-se levar em consideração as particularidades do infrator no que se refere à culpabilidade, bem como no que refere-se a aplicação da pena (COSTA, 2014).

O entendimento atual, tanto de nossos tribunais, como de doutrinadores é que as personalidades psicopáticas são consideradas culpabilidade reduzida, sendo assim aplicada a pena de prisão com redução obrigatória ou aplicada medida de segurança, caso comprovado perturbação mental (COSTA, 2014).

Segundo o professor Costa (2014):

Entretanto, os psicopatas são refratários, insuscetíveis de aprender com qualquer experiência vivida, e a iminência de punição estatal como resposta à prática de delitos não caracteriza um freio inibidor de condutas delitivas, mas, ao revés, possui um efeito, por diversas vezes, atrativo. (apud TRINDADE, 2004).

Estes não tem capacidade de aprendizado com a sanção penal porque não são passíveis de ressocialização. Tendo em vista o problema da crescente reincidência criminal, não constituindo a pena como meio coercitivo e preventivo eficaz, torna-se efeito a finalidade de prevenção especial da reprimenda quanto a esses infratores. Esses possuem o maior índice de reincidência criminal, uma vez que iniciam a prática de crimes desde muito precoce (COSTA, 2014).

Conforme especialistas, os psicopatas desestruturam as próprias instituições de tratamento, burlam as normas e as disciplinas, contribuindo para a fragilização do sistema, bem como tornam um ambiente altamente negativo. Esses aprendem a utilizar as instituições correcionais em proveito próprio, forjando uma imagem positiva de si mesmo diante dos que irão decidir sobre a sua condicional (COSTA, 2014).

Muitos magistrados que entendem não ser possível a aplicação da semi-imputabilidade para esses indivíduos, podem entender que existe uma maior periculosidade destes, majorando assim o mínimo legal na primeira fase da dosimetria. Tendo em vista que o tempo de prisão determinada a um psicopata não inibe ele de cometer delitos, se torna ineficaz a majoração da pena (COSTA, 2014).

Outra discussão que podemos observar é a questão dos psicopatas cumprirem suas penas junto com os demais apenados de todas as espécies, uma vez que por serem possuidores de grande habilidade em manipulação, é evidente que os mesmos irão manipular outros apenados (COSTA, 2014).

Diante disso, nota-se uma grande rejeição quanto ao tratamento para esses transtornos cabendo à execução penal, com fundamento no princípio da igualdade, promover um tratamento diferenciado dos demais apenados, assim como disponibilizar profissionais preparados para trabalhar com indivíduos inimputáveis e semi-inimputáveis (COSTA, 2014).

Durante a fase de execução de suas penas devem ser avaliados minuciosamente antes de deferir qualquer benefício com o objetivo de evitar a reinserção social precoce desses condenados (COSTA, 2014).

Não em raras vezes, esses indivíduos não são tratados como doentes, uma vez que é considerado que os mesmos são capazes de compreender o caráter ilícito dos atos praticados e possuem a capacidade de dirigir suas ações. Assim, entende-se que embora existam psicopatas ‘viciados em crimes’, conhecidos como criminosos psicóticos, esse conceito não pode ser aceito sem a devida comprovação (BARROS, 2014).

A periculosidade de um psicopata dificilmente cessará, deixando assim, a sociedade a mercê de artifícios eventualmente utilizados por estes, tendo em vista a grandiosa dificuldade em encontrar um tratamento adequado e possuir recursos a fim de visualizar uma melhora significativa e eficaz.

Desse modo, vê-se que a medida de segurança é o que se mostra mais eficaz no momento, por tirar o indivíduo do contexto social e destiná-lo ao tratamento cabível mesmo ciente, que isso nem sempre é possível, sendo que em estabelecimentos prisionais esses indivíduos não terão o suporte necessário para serem inseridos novamente no contexto social.

CONCLUSÃO

A psicopatia sempre foi um tema desafiador quando encarado sob a ótica da justiça. Assim, o judiciário sempre teve como preocupação o fato de enquadrar o indivíduo delinquente como psicopata e determinar se o mesmo é imputável, semi-imputável ou inimputável, a fim de delimitar a que tipo de sanção o mesmo deveria ser submetido.

Ainda, a ajuda da medicina, através da psiquiatria forense, auxilia a justiça naquilo que ela busca saber, principalmente, no que tange a noção de insuficiência das faculdades mentais ou a um estado de inconsciência de juízo, o que se torna indispensável para compreensão do aspecto criminoso.

É notório que os psicopatas delinquentes possuem muito mais acusações e condenações por crimes violentos do que os outros delinquentes. Além disso, há indícios de os psicopatas são os maiores responsáveis pela violência ocorrida no interior de presídios, motivo pelo qual, por terem sua liberdade privada e viverem em um ambiente hostil, além de não receberem nenhuma ou pouca forma de tratamento específico para suas condições mentais, ampliam suas capacidades de influenciar de maneira negativa os outros detentos.

Assim, vê-se que o sistema carcerário brasileiro tem se tornado um sistema reprodutor e difusor de violência e criminalidade, motivo pelo qual a separação de indivíduos psicopatas em prisões específicas com tratamento dado por profissionais qualificados é imprescindível, uma vez que, a pena dirigida a esses infratores não ressocializa, mas corrompe-os, podendo-se afirmar que o encarceramento, muitas vezes torna-se uma excelente pós-graduação no crime.

Desse modo, vê-se a necessidade de um olhar mais amplo para entender o comportamento desses criminosos no contexto em geral. Cabe ao Estado preocupar-se e discutir a respeito deste tema, tendo em vista a necessidade de buscar profissionais qualificados na área forense para inseri-los no judiciário. Assim se faz necessário um diálogo direto e intrínseco entre a Psicologia Forense e o Direito Penal.

Em suma, pode-se elucidar que o tratamento atual jurídico penal brasileiro dos psicopatas, não está atingindo o esperado pela população. A justificativa para essa deficiência é simplesmente porque as normas não se ajustam as condições e circunstâncias destes doentes mentais.

REFERÊNCIAS

- AVENA, Norberto. **Processo Penal Esquematizado**. 8ª Ed. Rev. E atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016.
- BARROS, Jéssyka. **A deficiência da punição dos psicopatas no sistema penal brasileiro - A psicopatia como uma mazela social**. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/31753/a-deficiencia-da-punicao-dos-psicopatas-no-sistema-penal-brasileiro>> Acesso em: 23 mar. 2018.
- BRASIL. **Código Penal**. decreto lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em 02 abr.2018.
- BRASIL. **Código de Processo Penal**. decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. Acesso em: 02 abr. 2018.
- PENTEADO, Conceição. **Psicopatologia Forense: breve estudo sobre o alienado e a lei**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996.
- COSTA, Anderson Pinheiro da. **A ineficácia do direito penal brasileiro em face do psicopata delinquente**. 2014. Disponível em: <http://conteudojuridico.com.br/?colunas&colunista=55692_&ver=1952> Acesso em: 23 mar. 2018.
- OLIVEIRA, Alex Moises de. **O psicopata e o direito penal brasileiro**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVIII, n. 139, ago 2015. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16292> Acesso em: 23 mar. 2018.
- TABORDA, José G.V.; FILHO, Elias Abdalla; CHALUB, Miguel. **Psiquiatria Forense**. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 2012.

A AUTOCOMPOSIÇÃO NOS CONFLITOS AMBIENTAIS: UMA ANÁLISE SOBRE A UTILIZAÇÃO DO COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA

THE SELF-COMPOSITION IN THE ENVIRONMENTAL CONFLICTS: AN ANALYSIS ABOUT THE APPLICATION OF THE CONDUCT ADJUSTMENT COMMITMENT

Daniela Assoni ¹

Bianca Litwin ²

Giana Lisa Zanardo Sartori ³

Júlia Veiga ⁴

RESUMO: No presente artigo, o objetivo foi analisar a autocomposição nos conflitos ambientais com ênfase à utilização do compromisso de ajustamento de conduta. Diante do alto índice de litigiosidade existente no Poder Judiciário atualmente e da sua crescente dificuldade na prestação de uma tutela jurisdicional adequada, volta-se o estudo para outros meios de tratamento e solução de conflitos. O método utilizado foi o analítico, com pesquisa bibliográfica e texto expositivo. O artigo aborda, primeiramente, a crise do modelo clássico de prestação jurisdicional e faz uma breve elucidação sobre a Resolução N° 125 do Conselho Nacional de Justiça. Em seguida, apresenta noções sobre os métodos heterocompositivos e os autocompositivos de resolução de conflitos, expondo suas características e diferenças. Por fim, faz uma relação entre a autocomposição e os conflitos ambientais. Diante do estudo realizado, nota-se a necessidade da busca pela pacificação social, através da utilização dos meios autocompositivos de solução de conflitos e da conscientização da sociedade em relação a seus benefícios e importância, principalmente no âmbito dos conflitos ambientais.

Palavras-chave: Autocomposição. Conflitos ambientais. Heterocomposição. Solução de conflitos.

ABSTRACT: In this article, the objective was analyze the self-composition in the environmental conflicts, emphasizing the application of the Conduct Adjustment

¹ Graduanda em Direito, Quinto semestre – Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões. Câmpus de Erechim. *E-mail:* daniela_assoni@hotmail.com.

² Graduanda em Direito, Bolsista, Quinto semestre – Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões. Câmpus de Erechim. *E-mail:* bianca.litwin@outlook.com.

³ Doutora em Ciência Jurídica, Professora do Curso de Direito – Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões. Câmpus de Erechim. *E-mail:* sgiana@uri.com.br.

⁴ Graduanda em Direito, Quinto semestre – Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões. Câmpus de Erechim. *E-mail:* julia_silva_veiga@hotmail.com.

Commitment. In front of the high level of litigiousness that exist in Judiciary Branch currently and of his increasing difficulty on the provision of an appropriate judicial protection, the study is directed to another means of handling and solution of conflicts. Through analytical method, with bibliographic research and expository text, the article began with the exposition of the crisis on the classical model of judicial protection and realize a brief elucidation about the Resolution N° 125 of the National Justice Council. Subsequently, present concepts about the heterocompositional and self-compositional methods of conflict resolution, exposing it characteristics and differences. Finally, realize a relation between the self-composition and the environmental conflicts. In face of the study, is possible to notice the necessity of the search for the social pacification, through the use of the self-compositional methods of conflict resolution and of the awareness of the society related it benefits and importance, mainly in the scope of the environmental conflicts.

Keywords: Self-composition. Environmental conflicts. Heterocomposition. Conflict Resolution.

INTRODUÇÃO

O presente artigo traz à tona questões a respeito da ineficiência da prestação jurisdicional fornecida pelo Poder Judiciário e demonstra que a sociedade atual se encontra imersa em uma “cultura da sentença”, o que justifica o alto índice de litigiosidade presente no Judiciário. Em contrapartida, faz uma exposição e uma diferenciação entre os métodos heterocompositivos e os autocompositivos de resolução de conflitos, adentrando na questão da autocomposição nos conflitos ambientais, com ênfase à utilização do compromisso de ajustamento de conduta.

A relevância do assunto é afirmada a partir do momento em que se percebe a situação de descrença social em relação ao modelo clássico de prestação jurisdicional, o que torna necessária a divulgação dos meios alternativos de solução de conflitos para que a sociedade tome conhecimento de sua existência e de sua capacidade de auxiliar o Poder Judiciário com sua demanda.

Além disso, em relação aos crimes ambientais de menor potencial ofensivo, nota-se que é escassa a informação de que os infratores ambientais dispõem a respeito das leis ambientais, o que torna necessária, também, uma maior divulgação das mesmas e da possibilidade da realização da autocomposição (transação penal) no caso do cometimento de um crime ambiental de menor potencial ofensivo.

Busca-se, com este artigo, estudar as medidas alternativas de solução de conflitos que podem ser levadas em consideração para que se possa realizar uma mudança nesse cenário caótico de crise jurisdicional. Além disso, é também intuito do trabalho, situar e conscientizar o leitor sobre a situação do infrator ambiental, que deve ser informado a respeito da ilicitude e gravidade de seus atos, para que possa ser desenvolvida uma conscientização maior a respeito das consequências dos danos causados ao meio ambiente e de sua possível, porém difícil, reparação.

A respeito da metodologia, a fonte de pesquisa primordial fora a bibliográfica, desenvolvida através de obras nacionais de Direito. Pesquisas em endereços eletrônicos complementaram a metodologia utilizada. O texto foi desenvolvido através do método analítico, na forma expositiva.

O artigo foi dividido em três tópicos principais. O primeiro diz respeito à crise do modelo clássico de prestação jurisdicional, expondo os problemas enfrentados diariamente pelo Terceiro Poder, e à Resolução N° 125 do Conselho Nacional de Justiça, mencionando suas disposições e objetivos. O tópico seguinte faz menção aos métodos de resolução de conflitos existentes, traçando suas diferenças e expondo seus conceitos, características e objetivos. Por fim, no último tópico discorre-se sobre o meio ambiente, a influência humana sobre ele, com ênfase nos conflitos ambientais e na possibilidade da realização da autocomposição nessa área.

A CRISE DO MODELO CLÁSSICO DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL E A RESOLUÇÃO N° 125 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

A existência do conflito é inerente à vida em sociedade, estando ele presente na constituição dos hominídeos, na religião, nas artes, na ciência e na própria natureza (THEODORO, 2005). A ocorrência dos litígios sociais se justifica, pois as pessoas em convivência são diferentes, têm pontos de vista e pensamentos diferentes, valores e interesses distintos (FILHO, 2017).

Diante do alto índice de litigiosidade, é comum que a grande quantidade de processos encaminhados aos juízes e tribunais ocasione demora na prestação jurisdicional; o que, acrescido do formalismo processual e da escassez de recursos, faz com que se propague a sensação de descrença no Poder Judiciário (LEITE, 2008).

Por conta disso e de outros fatores, o modelo clássico de prestação jurisdicional tem se mostrado insuficiente, tendo em vista seu real escopo: a solução do conflito. Isso ocorre; pois, conforme afirma Eduardo Leite (2008), a decisão judicial define um vencedor e um perdedor, deixando de considerar os interesses mutáveis das partes e de dar uma efetiva solução a seus problemas.

Kazuo Watanabe (2011) acredita que o Brasil, em função da predominância da ideia da solução dos conflitos por meio da sentença judicial, se encontra imerso em uma chamada “cultura da sentença”, o que aumenta a quantidade de recursos e de execuções judiciais. O autor afirma ainda que:

A incorporação dos meios alternativos de resolução de conflitos, em especial dos consensuais [...] não somente reduziria a quantidade de sentenças, de recursos e de execuções, como também, o que é de fundamental importância para a transformação social com mudança de mentalidade, propiciaria uma solução mais adequada aos conflitos e das particularidades das pessoas neles envolvidas (WATANABE, 2011, p. 4).

Atualmente, o ordenamento jurídico brasileiro conta com uma ferramenta cuja criação fora essencial à utilização adequada dos meios alternativos de solução de conflitos e vem sendo, ainda, de fundamental importância à mudança de mentalidade acima mencionada: a Resolução N° 125 do Conselho Nacional de Justiça, de 29 de novembro de 2010, que trata de disposições acerca da Política Judiciária Nacional de tratamento adequado de conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e visa o acesso à ordem jurídica justa e a criação da “cultura da pacificação” (LUCHIARI, 2011).

A Resolução N° 125 estabelece, basicamente, observações acerca da política pública em questão, as atribuições do Conselho Nacional de Justiça e dos Tribunais em relação às novas ferramentas de solução de litígios e as funcionalidades do Portal da Conciliação – disponível no site do CNJ. Além disso, possui anexos que dispõem a respeito das diretrizes curriculares do curso de capacitação dos conciliadores e mediadores e do código de ética desses profissionais (BRASIL, 2010).

O alto índice de conflitos e seu crescente encaminhamento ao Poder Judiciário exige, cada vez mais, a aplicação de métodos diversificados que possam atingir soluções de forma mais célere e efetiva. Considerando o fato de que o modelo clássico de prestação jurisdicional tem se mostrado insuficiente, observa-se a necessidade da utilização de meios alternativos para a resolução dos conflitos. Para tanto, no item seguinte, se esclarecerá a respeito do que consistem os meios auto e heterocompositivos de solução de conflitos.

MEIOS AUTOCOMPOSITIVOS E HETEROCOMPOSITIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS: ESPÉCIES E COMPARATIVO

São diversos os métodos legais de solução de conflitos previstos; sendo eles divididos em dois grupos principais: autocomposição e heterocomposição. No primeiro, se encontram a negociação, a conciliação e a mediação, que são meios alternativos de solução de conflitos, através dos quais a solução é buscada pelas próprias partes e por meio de acordos. O segundo é composto pela arbitragem e pela jurisdição, nas quais as partes se submetem à intervenção de um terceiro, o árbitro ou juiz, que decidirá por elas (SENA, 2007).

Na autocomposição, no caso da conciliação e da mediação, ocorre a intervenção de um terceiro, porém ele apenas assistirá as partes na busca de uma solução para o conflito. De forma diferente ocorre na heterocomposição, de modo que as partes não podem decidir livremente, sendo essa a função do árbitro ou do juiz. Conforme o pensamento de Daniela Gabbay (2011), “enquanto na autocomposição a solução é determinada de acordo com a autonomia de vontade das partes [...], na heterocomposição a decisão é imposta por terceiro”.

Diante desse cenário, é válida a apresentação de breves noções a respeito das espécies existentes de autocomposição – negociação, conciliação e mediação – e de heterocomposição – arbitragem e jurisdição.

NEGOCIAÇÃO

Na negociação não há intervenção de terceiros – principal diferença entre esse e os demais meios autocompositivos – sendo o conflito solucionado pelas próprias partes nele envolvidas ou por seus representantes. O objetivo desse meio alternativo de resolução de litígios é a busca de um acordo que satisfaça os interesses de ambos os agentes, tendo como elementos fundamentais a legitimidade e a informação, o tempo e o poder; e como pilar, a moral e a ética (SILVA, 2008).

A negociação tem diversas abordagens, sendo a competitiva e a cooperativa as mais conhecidas. Na primeira, cada negociador visa garantir para si a maior vantagem, enquanto

na segunda, ambos se esforçam para garantir uma solução vantajosa aos dois lados. O grande problema da negociação é o fato de que uma das partes, ao atuar de forma cooperativa; arrisca-se, podendo se colocar em desvantagem, caso a parte contrária atue de forma competitiva (GABBAY, 2011).

Daniela Gabbay (2011) descreve ainda outro modelo, o da negociação baseada em princípios, desenvolvido no Programa de Negociação de Harvard (PON), que prioriza a identificação e análise dos interesses de cada parte para que ambas saiam plenamente satisfeitas. Possui quatro princípios gerais: separar as pessoas do problema, focalizar nos interesses em jogo e não na posição das partes, inventar opções de ganho mútuo e insistir em critérios objetivos. É importante ressaltar que esse modelo somente será eficaz se os interesses dos sujeitos forem distintos.

Fica claro, portanto, que na negociação, ambos os litigantes se esforçam de maneira conjunta para que ocorra a resolução do litígio que os envolve. Contudo, ao mesmo tempo, cada parte visa a garantia de seus próprios direitos em detrimento dos da parte contrária. Por esse motivo, esse método deve ser utilizado com cautela, para que uma das partes não fique desproporcionalmente prejudicada em relação a outra.

CONCILIAÇÃO

A conciliação é outra forma alternativa de solucionar controvérsias na relação de interesses, se tratando de uma conversa, conduzida por um terceiro facilitador, na qual o objetivo é a solução do conflito por meio de um acordo entre os envolvidos. Surgiu a partir da percepção da ineficácia das sentenças judiciais em relação à pacificação social, para atuar como um instrumento auxiliador da Justiça, considerando a crescente demanda em função da excessiva jurisdicionalização dos conflitos (PACHÁ, 2011).

Esse meio autocompositivo é dirigido pelo conciliador, um terceiro neutro e imparcial que administra o conflito. O objetivo do mesmo é aproximar as partes através do diálogo, controlar as negociações entre elas e propor acordos, após a avaliação das vantagens e desvantagens (LEITE, 2008).

Um importante mecanismo de incentivo à conciliação no Brasil foi o Movimento pela Conciliação, criado no ano de 2006 com a condução do Conselho Nacional de Justiça. Seu escopo era a promoção da busca de soluções dos conflitos através de acordos e a alteração da cultura da litigiosidade. Após essa, outras medidas foram adotadas, como o Dia Nacional da Conciliação, a realização de seminários, o desenvolvimento de campanhas e a criação de outros projetos de solução pacífica dos conflitos (PACHÁ, 2011). O resultado dessas ações consecutivas foi a elaboração e aprovação da Resolução N° 125, anteriormente mencionada.

Com a conciliação, é possível que as partes cheguem a um acordo com a ajuda de um terceiro que agrade a ambas e as deixe satisfeitas com o resultado obtido, sem que haja um ganhador e um perdedor. Além disso, esse meio proporciona uma melhora no relacionamento entre as partes, o que, conseqüentemente, impulsiona a mesma situação em suas respectivas comunidades. Por essa razão, a conciliação pode ser considerada um meio eficaz para atingir a paz social (SILVA, 2008)

MEDIAÇÃO

A mediação consiste, também, em um método autocompositivo de solução de conflitos, através do qual as partes, com o auxílio de um terceiro neutro – o mediador, buscam a compreensão do conflito que as envolve para resolvê-lo de forma rápida, eficaz e menos dispendiosa. É objetivo fundamental da mediação, o restabelecimento da comunicação e a reaproximação das partes, proporcionados através do debate e do consenso (MORAIS, 1999).

A privacidade, a economia financeira e de tempo, a oralidade, a reaproximação das partes, a autonomia das decisões e o equilíbrio das relações entre os envolvidos são princípios primordiais do instituto. O primeiro se refere ao fato de que o processo será desenvolvido em ambiente secreto, sendo divulgado apenas com a anuência das partes. O segundo princípio elencado se trata da redução do tempo e dos custos da resolução de litígios através da mediação em comparação aos processos judiciais (MORAIS, 1999).

O terceiro diz respeito à oportunidade que as partes têm de debater sobre as circunstâncias que os envolvem, buscando uma solução positiva para todos. O princípio da reaproximação das partes visa o acordo, mas acima disso, a restauração das relações entre os envolvidos. O último princípio citado é referente ao equilíbrio das relações entre as partes, de modo que é de fundamental importância que a todas as partes seja proporcionado o manifesto e a compreensão de tudo o que ocorre no desenrolar da mediação (MORAIS, 1999).

É de suma relevância no processo de mediação, a figura do mediador, que é aquele que induz as partes ao diálogo e ao envolvimento na busca de uma solução para o problema. Ele trata dos aspectos jurídicos da questão, mas também visualiza os elementos implícitos do litígio, que são de extrema relevância para que se compreendam as posturas favoráveis e desfavoráveis dos litigantes em relação ao acordo (LEITE, 2008).

É importante ressaltar que o mediador não sugere nem contrapõe, portanto cabe às partes alcançarem por si a solução ideal para o conflito instalado. Seu papel é identificar o real conflito existente entre as partes, bem como reconhecer seus verdadeiros interesses (FILHO, 2017); para que, a partir disso, elas sejam conduzidas para a resolução do confronto de forma adequada.

A mediação pode ser judicial, quando instaurada no decorrer de uma demanda por mediadores judiciais, ou extrajudicial, quando buscada espontaneamente pelas partes e realizada sem o auxílio dos componentes dos quadros jurisdicionais (TARTUCE, 2016). Seu processo pode ocorrer de forma voluntária, por vontade das partes e de comum acordo; ou mandatária, provocada por cláusula contratual previamente determinada ou por iniciativa do juiz (MORAIS, 1999).

Não há um modelo fixo de processo a ser observado, porém o apresentado por Kimberlee K. Kovach pode ser utilizado como base e define os seguintes estágios: arranjos preliminares, introdução do mediador, depoimentos iniciais pelas partes, obtenção de informações, identificação da causa, criação de opções barganha e negociação, acordo e fechamento (MORAIS, 1999). Ao final do processo, não é obrigatório o acordo, portanto, é permitido que as partes, se assim desejarem, abandonem o processo e prossigam com a demanda em juízo (FILHO, 2017).

Considerando as observações anteriores acerca da mediação, pode-se constatar que essa ferramenta já está sendo utilizada pelo ordenamento jurídico pátrio, o que possibilita

uma mudança na cultura e no pensamento dos brasileiros em relação aos litígios e a melhor maneira de solucioná-los. Segundo Cristina Lins, a mediação representa uma grande iniciativa “na qual o Estado se mobiliza juntamente com a sociedade, contribuindo para a disseminação de uma cultura de paz e diálogo, em prol de uma sociedade melhor” (LINS, 2017, p. 253).

ARBITRAGEM

A arbitragem é um meio heterocompositivo de solução de conflitos que visa a composição do litígio através da intervenção de uma ou mais pessoas (os árbitros), que não são titulares dos interesses conflitantes (CÂMARA, 2005). Qualquer pessoa civilmente capaz e que tenha a confiança de ambas as partes pode se tornar árbitro, devendo atuar com competência, discricção, independência e imparcialidade (SILVA, 2008).

Nesse meio alternativo, as partes podem escolher livremente quem decidirá a controvérsia que as envolve e são elas quem conferem ao(s) árbitro(s) o poder e a autoridade para proferir a decisão (CÂMARA, 2005), que possui força vinculativa, não sendo passível de recurso ou homologação em face do Poder Judiciário. Além disso, é conferida à sentença arbitral a eficácia de título executivo judicial (TARTUCE, 2016).

O procedimento da arbitragem é de convenção das partes, podendo seguir as regras do órgão arbitral institucional ou ser regulado pelo(s) árbitro(s). Já que consiste em um método alternativo de resolução de conflitos, é essencial que o processo seja célere, por isso, se nada houver sido convencionado pelas partes anteriormente, a sentença arbitral deve ser proferida no prazo máximo de seis meses (SILVA, 2008).

A arbitragem se distancia da mediação e da conciliação, visto que é um meio heterocompositivo de solução de conflitos, enquanto as outras são um meio autocompositivo. Na arbitragem, a decisão do conflito é, por preferência das partes, destinada a um terceiro, o árbitro, que fará sua sentença de acordo com o que lhe for apresentado.

JURISDIÇÃO

Na jurisdição, uma das partes provocará o Poder Judiciário com o objetivo de obter uma prestação jurisdicional, proporcionada por uma autoridade detentora de poderes coercitivos, que solucione seu conflito. É dividida pela doutrina em jurisdição contenciosa e jurisdição voluntária.

A primeira objetiva a solução do litígio através da aplicação do ordenamento jurídico. Na segunda, inexistente, propriamente, um litígio, mas mesmo assim ocorre a participação do juiz, que atua como fiscal em negócios jurídicos privados que possuam relação com interesses estimados para o Estado (TARTUCE, 2016).

Desenvolve-se em três etapas. Primeiramente, há o alcance ao poder estatal para que este preste a jurisdição; posteriormente, a efetividade de resposta do Estado sob tal demanda e, por fim, a eficácia da decisão tomada pelo juiz.

Para que haja a apreciação do mérito, são observadas algumas garantias, como o devido processo legal, o acesso à justiça e os demais requisitos para que se possa analisá-lo. Se exige também que as partes, antes da execução judicial, procurem solucionar seu

conflito através da conciliação, etapa que somente não ocorrerá com a negativa de ambas as partes em conflito (TARTUCE, 2016).

A jurisdição ainda consiste no meio mais procurado pelas pessoas na busca de uma solução adequada a seus conflitos, devido ao fato de que a sociedade atual se encontra imersa em uma “cultura da sentença” e, em muitos casos, desconhece a possibilidade da utilização de outras formas de resolução de conflitos. Entretanto, é um meio dispendioso e prolongado. Por isso, a autocomposição vem sendo incentivada, inclusive no início do procedimento jurisdicional.

Com o intuito de esclarecer o tema e possibilitar uma melhor compreensão a respeito do assunto, passa-se a explanar, através de um comparativo, os meios auto e heterocompositivos de solução de conflitos.

AUTOCOMPOSIÇÃO E HETEROCOMPOSIÇÃO: BREVE COMPARATIVO

Ambas, a autocomposição e a heterocomposição, são meios que buscam a resolução de controvérsias entre as partes. A diferença se encontra no fato de que, na heterocomposição, a resposta para o litígio é entregue a um terceiro, o árbitro ou juiz, que é investido de poderes pelo Estado. É composta pela arbitragem e pela jurisdição, que, em comparação aos meios autocompositivos, são métodos mais caros e demorados, que acumulam demandas devido à formalidade excessiva e a burocracia do procedimento (SPENGLER, 2017).

A autocomposição engloba os meios alternativos de resolução de conflitos, através dos quais as partes resolvem seus próprios impasses, apenas com o auxílio de um terceiro, o qual deverá mediar a audiência, sem sugerir ou resolver, por si, o mérito em questão. É o que ocorre na mediação, conciliação e negociação, que obtêm respostas qualitativas em tempo melhor do que o verificado na heterocomposição (SPENGLER, 2017).

Tendo sido, as questões concernentes a auto e a heterocomposição, explanadas no segundo tópico, o estudo se direciona para uma breve elucidação a respeito da utilização da autocomposição nos crimes ambientais.

A AUTOCOMPOSIÇÃO NOS CRIMES AMBIENTAIS

De acordo com Bonavides (2016), o meio ambiente é um direito fundamental, garantido pela Constituição Federal, e está inserido no rol da terceira geração dos direitos fundamentais, que diz respeito àquilo que se relaciona ao valor fraternidade ou solidariedade. A Lei 6.938/81, que trata da Política Nacional do Meio Ambiente, o conceitua como “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas” (BRASIL, 1981).

Embora apenas seja permitida a utilização dos recursos naturais na medida em que não prejudique sua capacidade de regeneração, para que possam ser utilizados da mesma forma pelas futuras gerações (TOZZI, 2016), o ser humano modifica o meio ambiente de acordo com seus interesses pessoais e dificilmente carrega uma preocupação em relação à sustentabilidade. Além disso, muitas vezes ele desconhece a irregularidade de seus atos, o que dificulta a busca pela preservação e conscientização ambiental.

A influência humana sobre o meio ambiente ocorre devido à busca pelo controle dos recursos naturais e pelo uso do meio ambiente comum de forma indiscriminada e sem o manejo adequado. O corte de árvores e matas ciliares e as queimadas em lavouras, que podem atingir florestas vizinhas, são exemplos do impacto negativo das ações humanas na natureza (TOZZI, 2016).

O meio ambiente é um bem de uso comum que deve ser preservado, não somente para a sociedade atual, mas também para as próximas gerações. Entretanto, o que se observa na conjuntura atual, é o fato de que ele gera diversos conflitos, decorrentes; principalmente, da constante e crescente atividade de grandes empresas, diante do aumento da demanda de recursos naturais por parte das mesmas (BAPTISTA; MIMICA, 2017).

A busca por crescimento econômico, a escassez de políticas públicas que incentivem a proteção ambiental e a ausência total ou parcial de conhecimento do conteúdo das leis ambientais e dos impactos das ações humanas no meio ambiente são fatores que, somados, originam a conduta do infrator ambiental e, conseqüentemente, os conflitos ambientais.

A questão é que conforme ocorre a evolução da sociedade, com o crescimento da área urbana e o aumento da população, o homem se encontra, cada vez mais, suscetível ao desejo de controle do meio em que vive, o que faz com que ele cometa crimes, de forma consciente ou, às vezes, inconsciente.

Considerando esse cenário, e tendo em vista o fato de que a Constituição Federal garante aos indivíduos inúmeros direitos no plano teórico, mas que são de difícil aplicabilidade prática, Baptista e Mimica (2017) demonstram que a comissão que elaborou o Código de Processo Civil de 2016 atentou para a necessidade de se franquear, à sociedade moderna, mecanismos capazes de conferir efetividade aos direitos a ela assegurados, levando em conta a lentidão na tramitação dos processos encaminhados ao Poder Judiciário.

Por isso, com a pretensão de se alcançarem respostas mais eficientes aos conflitos, o referido Código fora feito de forma a incentivar meios alternativos de resolução de conflitos, em razão de que o meio tradicional não se mostrou suficiente para atingir a pacificação dos litígios. Nesse sentido, muitos apoiam a utilização da mediação como meio de solução dos conflitos ambientais (BAPTISTA; MIMICA, 2017).

Segundo Yoshida (2011), no sistema brasileiro, é meta prioritária a responsabilização integral do infrator ambiental, o que incluiu as três esferas de responsabilidade existentes: a cível, a administrativa e a penal. A responsabilidade objetiva se refere à reparação integral do dano ambiental causado, o que inclui a reparação específica (restauração, recuperação e compensação ecológica) e/ou a reparação indenizatória, que abrange, além dos danos ambientais, os danos morais difusos, coletivos e individuais.

Cabe ressaltar que a reparação do dano, mesmo sendo objeto de negociação, através da autocomposição, não exclui a aplicação de uma sanção ao infrator ambiental, conforme consta no §3º do art. 225 da Constituição Federal:

§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados (BRASIL, 1988).

O infrator ambiental se compromete com a reparação do dano por ele causado através da assinatura de um documento a ele fornecido pelo Ministério Público ou por um órgão ambiental, denominado Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta. Conforme explica Yoshida (2011), esse termo deve conter as indicações dos motivos técnicos sobre a adequação das medidas previstas para a reparação do dano e sobre a razoabilidade dos prazos e condições determinadas para o cumprimento das obrigações.

Seu principal objetivo é a restauração natural do ambiente degradado, através da fixação de obrigações e condicionantes técnicas, que devem ser rigorosamente cumpridas pelo infrator, de modo a cessar, adaptar, recompor ou minimizar os impactos ambientais negativos a que deu causa. O descumprimento do termo implica, na esfera administrativa, na imediata inscrição do débito em dívida ativa para que seja realizada sua cobrança no valor integral. Na esfera cível, o não cumprimento implica na imediata execução judicial das obrigações (YOSHIDA, 2011).

Diante do cenário de degradação ambiental, motivado pelo aumento na demanda de recursos naturais por parte das grandes empresas e pela constante busca por crescimento econômico existente na sociedade atual, é válido considerar que o termo de compromisso ambiental é um mecanismo de autocomposição que desempenha importante função na sociedade. Isso se deve ao fato de que o próprio causador do dano é quem deve repará-lo, situação que possibilita o desenvolvimento de uma conscientização do mesmo acerca da importância da preservação ambiental.

CONCLUSÃO

A complexidade do acesso à justiça é atribuída a inúmeras razões, sendo a mais relevante a morosidade na tramitação dos processos. Em vista disso, observa-se a necessidade da utilização dos equivalentes jurisdicionais, como proposta alternativa para a resolução dos conflitos, de maneira a evitar a lentidão e o formalismo do atual sistema judiciário.

A adequada utilização desses meios alternativos foi possibilitada pela Resolução Nº 125 do Conselho Nacional de Justiça, ferramenta essencial e de fundamental importância para a transformação social com mudança de mentalidade. Além disso, por visar o acesso à ordem jurídica justa, ela desenvolve forte influência na criação de uma “cultura da pacificação”.

É necessário destacar a importância de que a sociedade conheça a heterocomposição e suas características para que seja possível compará-la e diferenciá-la da autocomposição. Por conta disso, é importante que seja feita uma divulgação, comparando os dois institutos, para que a população em geral esteja consciente de suas opções ao procurar a resolução de um conflito, considerando a negociação, conciliação, mediação, arbitragem e jurisdição.

O meio ambiente é garantido pela Constituição Federal como um direito fundamental de terceira geração, sendo sua proteção e preservação do interesse de toda a coletividade. Atualmente, são de fácil percepção as consequências geradas pela influência humana no meio ambiente, sejam elas provocadas de maneira intencional ou não.

Considerando esse cenário, a autocomposição nos crimes ambientais de menor potencial ofensivo pode ser considerada uma iniciativa muito bem sucedida de evolução jurisdicional, que inclusive possibilita, além da reparação do dano ambiental causado (no caso do Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta), o desenvolvimento da

conscientização do infrator ambiental. Ademais, a autocomposição atua como uma forma de prevenção de futuros danos ambientais, através da conciliação realizada com o causador – e futuro reparador – do dano.

Métodos de transação penal, como o Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), utilizados nos crimes ambientais de menor potencial ofensivo, devem ser vistos como um bom exemplo a ser seguido para que os demais ramos do direito evoluam cada vez mais e atuem como facilitadores do desenvolvimento de uma cultura da paz. Diante disso, nota-se a necessidade da continuidade da busca pela pacificação social, através da divulgação e utilização dos meios autocompositivos de solução de conflitos, para que a conscientização da sociedade em relação a seus benefícios e importância se torne possível.

REFERÊNCIAS

BAPTISTA, Adriana M.; MIMICA, Rafael M. **Conflitos ambientais**: mediação como solução, 2017. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/conflitos-ambientais-mediacao-como-solucao-28122017>>. Acesso em: 17 jan. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 53. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. **Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm>. Acesso em: 15 jan. 2018.

BRASIL. **Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010**. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>>. Acesso em: 11 dez. 2017.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

CÂMARA, Alexandre F. **Arbitragem**: Lei nº 9.307/96. 4. ed. Rio de Janeiro: LUMEN JURIS, 2005.

FILHO, Waldyr G. O Momento Desafiador da Mediação Familiar: A Audiência. Breves Recomendações. Revista de Direito de Família. São Paulo: **Revista Síntese**, 2017.

GABBAY, Daniela M. Negociação. In: PELUSO, Antonio Cezar (coord.); RICHIA, Morgana de A. (coord.) et al. **Conciliação e mediação**: estruturação da política judiciária nacional. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

LEITE, Eduardo de O. A mediação nos processos de família ou um meio de reduzir o litígio em favor do consenso. In: LEITE, Eduardo de O. (coord.). **Mediação, arbitragem e conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

LINS, Cristina S. L. As Inovações ao Instituto da Mediação Trazidas pelo CPC 2015 no Âmbito Familiar. Revista de Direito de Família. São Paulo: **Revista Síntese**, 2017.

LUCHIARI, Valeria F. L. A Resolução n. 125 do Conselho Nacional de Justiça: Origem, Objetivos, Parâmetros e Diretrizes para a Implantação Concreta. *In*: PELUSO, Antonio Cezar (coord.); RICHA, Morgana de A. (coord.) et al. **Conciliação e mediação: estruturação da política judiciária nacional**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MORAIS, José L. B. **Mediação e arbitragem**: alternativas à jurisdição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

PACHÁ, Andréa M. Movimento pela Conciliação: O Foco na Sociedade. *In*: PELUSO, Antonio Cezar (coord.); RICHA, Morgana de A. (coord.) et al. **Conciliação e mediação: estruturação da política judiciária nacional**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SENA, Adriana G. de. **Formas de resolução de conflitos e acesso à justiça**, 2007.

Disponível em:

<http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_76/Adriana_Sena.pdf>. Acesso em: 14 dez. 2017.

SILVA, Antônio Hélio. Arbitragem, mediação e conciliação. *In*: LEITE, Eduardo de O. (coord.) et al. **Mediação, arbitragem e conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SPENGLER, Fabiana M. **Mediação de conflitos**: da teoria à prática. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 3. ed. São Paulo: MÉTODO, 2016.

THEODORO, Suzi H. (org.) et al. Uma crise anunciada. *In*: THEODORO, Suzi H. (org.) et al. **Mediação de Conflitos Socioambientais**. Rio de Janeiro: Garamond, 2005.

TOZZI, Rodrigo H. B. B. Gestão Ambiental como Mediação de Conflitos Socioambientais. Porto Alegre: **Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico**, 2016.

WATANABE, Kazuo. Política Pública do Poder Judiciário Nacional para Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses. *In*: PELUSO, Antonio Cezar (coord.); RICHA, Morgana de A. (coord.) et al. **Conciliação e mediação: estruturação da política judiciária nacional**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

YOSHIDA, Consuelo Y. M. TAC, TCA e composição prévia: a reparação do dano e medidas compensatórias no contexto da PNMA. Revista de Direito Ambiental. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2011.

A JUSTIÇA RESTAURATIVA E A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA: UMA BUSCA PELO EMPODERAMENTO DA VÍTIMA

THE RESTORATIVE JUSTICE AND THE DOMESTIC VIOLENCE: A SEARCH FOR THE VICTIM EMPOWERMENT

Bianca Litwin¹

Giana Lisa Zanardo Sartori²

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo demonstrar a possibilidade da implantação da Justiça Restaurativa nos casos envolvendo a violência doméstica, bem como enfatizar a importância desse instrumento na questão da pacificação social e da resolução efetiva dos conflitos. O método utilizado foi o analítico, com pesquisa bibliográfica e texto expositivo. Primeiramente, se faz uma abordagem histórica a respeito do desenvolvimento da cultura nas sociedades, com ênfase à submissão conferida à mulher da antiguidade aos dias atuais. Em seguida, é realizada uma explanação sobre a violência doméstica, com a exposição de suas características e formas de manifestação, além de uma breve explicação sobre a Lei Maria da Penha. Finalmente, o artigo faz alusão à Justiça Restaurativa, descrevendo resumidamente seus métodos e demonstrando suas intenções, e a sua aplicabilidade nas situações que envolvem a violência doméstica. Diante do estudo realizado, é possível notar a necessidade da implantação de procedimentos restaurativos nos casos de violência doméstica, considerando a necessidade da busca por uma pacificação social, além da conscientização do agressor e da sociedade a respeito da influência negativa da cultura patriarcal ainda enraizada atualmente.

Palavras-chave: Cultura patriarcal. Justiça Restaurativa. Lei Maria da Penha. Violência doméstica.

ABSTRACT: This article has the objective to demonstrate the possibility of the implementation of the Restorative Justice in the cases involving the domestic violence, as well as emphasize the importance of this instrument in the question of the social pacification and of the effective resolution of the conflicts. The method utilized was the analitic, with bibliographic research and expository text. Firstly is made a historic approach about the development of the culture in the societies, emphasising the women's submission from Antiquity to the current days. Next, is realized an explanation about the domestic violence, with the exposure of its characteristics and manifestation forms, besides of a brief explication about the Law Maria da Penha. Finally, the article makes reference to the Restorative Justice, describing briefly its methods and demonstrating its intentions, and its aplicability in the situations that involve the domestic violence. In front of the study performed, it is possible to note the necessity of the implementation of the restorative procedures in

1 Acadêmica do Curso de Direito do 5º semestre e Bolsista de Iniciação Científica da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI Erechim. *E-mail:* bianca.litwin@outlook.com.

2 Doutora em Ciência Jurídica. Professora do Curso de Direito – Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI Erechim. *E-mail:* sgiana@uricer.edu.br.

the cases of domestic violence, considering the necessity of the search for a social pacification, besides of the awareness of the aggressor and of the society about the negative influence of the patriarchal culture that is still rooted nowadays.

Keywords: Patriarchal culture. Restorative Justice. Law Maria da Penha. Domestic violence.

INTRODUÇÃO

O objetivo do artigo é analisar a importância da implantação da Justiça Restaurativa a alguns dos quadros de violência doméstica. Pretende-se apresentar argumentos sobre a influência da cultura patriarcal, praticada há séculos e transmitida de geração em geração e seus impactos negativos na sociedade.

É possível constatar a relevância do assunto a partir da percepção de que atualmente ideais sociais, são fruto de uma cultura patriarcal, baseada no poder do homem sobre a mulher, o que faz com que a sociedade tenha pensamentos conjuntamente estereotipados que originam atitudes reprodutoras desses ditames culturais, como ocorre na violência doméstica.

A respeito da metodologia, a fonte de pesquisa primordial fora a bibliográfica, desenvolvida através de obras de Antropologia, Sociologia, Psicologia e Direito. Pesquisas em endereços eletrônicos complementaram a metodologia utilizada. O texto foi desenvolvido através do método analítico, na forma expositiva.

O artigo foi dividido em três tópicos. O primeiro demonstra a significativa influência que a cultura patriarcal exerceu e continua exercendo na sociedade, através de um apanhado histórico que deixa clara a submissão da mulher perante o homem, tanto na antiguidade quanto em vários aspectos da sociedade atual. No tópico seguinte, se faz uma exposição a respeito das características e formas de violência doméstica e suas consequências para a vítima, bem como uma menção à Lei Maria da Penha.

O terceiro e último item trata da Justiça Restaurativa e apresenta argumentos a favor de sua aplicabilidade aos casos de violência doméstica. Neste tópico é exposta uma visão geral sobre os procedimentos restaurativos, seus intuitos e benefícios, além de uma comparação dos mesmos com os sistemas judiciário e penal.

O DESENVOLVIMENTO DA CULTURA E SUA INFLUÊNCIA NA SOCIEDADE MODERNA

Uma sociedade é composta, antes de tudo, por indivíduos que interagem entre si e contribuem para sua construção e sustentação. A interação entre eles é o meio através do qual os princípios morais, valores e objetivos são compartilhados, passando de geração em geração, até formarem uma cultura.

Segundo Joel Charon (2004), a cultura consiste em uma perspectiva de mundo que as pessoas desenvolvem através da interação social. Sendo assim, a cultura se caracteriza como uma concepção comum, um conjunto de ideias desenvolvido a partir das relações interpessoais.

Tendo em vista o conceito de cultura, é justo que se conclua que as ações das pessoas que vivem em uma determinada organização social estejam embasadas na cultura na qual estão inseridas há um longo período de tempo. Por isso, é natural que pessoas de culturas diferentes tenham pensamentos, atitudes e crenças distintas. Cada sujeito age de acordo com os ensinamentos que lhe foram dirigidos, sendo seus atos o reflexo dos valores que lhe foram ensinados.

É importante destacar que o poder é um aspecto fundamental na criação da cultura, ao passo que seus detentores; que são, de alguma forma, os vencedores de um conflito anterior – considerando que conflito tem relação direta com poder –, produzirão um impacto cultural em maior escala. Em geral, os padrões sociais que emergem na sociedade tendem a favorecer os

interesses daqueles que detêm o poder, sendo as suas verdades consideradas as únicas (CHARON, 2004).

A partir disso, e tendo em vista os padrões sociais da sociedade atual, é possível que se faça a acepção de que o gênero masculino – como vencedor do conflito e, conseqüentemente, detentor do poder – emergiu no topo da sociedade, e o feminino – como perdedor –, na base.

A sobrevivência das sociedades primitivas dependia diretamente da força física de seus componentes, ao passo que os conflitos eram constantes e a caça, a pesca, a agricultura e o extrativismo eram a base para seu sustento. O exercício dessas atividades, bem como da defesa das aldeias, cabia ao homem, enquanto à mulher eram reservadas as funções domésticas e de criação dos filhos; o que, aos olhos da sociedade, eram atividades de menor importância para a sobrevivência do grupo (PORTO, 2007).

Como se pode perceber, desde a constituição das primeiras associações humanas, a mulher foi colocada em segundo plano, sendo objetificada pelos homens. Essa situação se agravou com o advento da religião e seus textos pregadores de uma palavra contaminada pela cultura da sociedade patriarcal.

A religião surgiu como uma necessidade do ser humano de explicar os fenômenos naturais e os sentimentos e como ferramenta de organização social. Na Roma e na Grécia antigas, a religião contribuiu de forma essencial com o desenvolvimento da cultura e, conseqüentemente, com o do Direito, deixando a mulher, desde o início, em posição inferior à do homem. (COULANGES, 2016).

Tendo o poder do marido sobre a mulher se enfatizado com o surgimento das crenças religiosas, as leis (gregas e romanas) acompanharam o dogma religioso e reconheceram o pai como autoridade suprema da família, já que era ele quem conduzia os rituais. Por conta disso, o pai da família tinha plena autoridade sobre aqueles que residiam em sua casa, principalmente sobre as mulheres – esposa, filha, mãe, sogra –, que eram equiparadas a suas propriedades. Ao marido era, inclusive, concedido o direito de repudiar a mulher em casos de esterilidade ou adultério (COULANGES, 2016).

No campo do conhecimento, a situação se repete, já que ele era reservado e se desenvolvia em função dos homens. Por conta disso, a lógica patriarcal era (e continua sendo) reproduzida constantemente pelas ciências; o que, segundo Larrauri apud Oliveira (2016) cria realidades deturpadas e fragmentadas, nas quais prevalece a “hegemonia androcêntrica”. Embora em diversas nações as mulheres já tenham conquistado o direito ao conhecimento e o direito de estudar, infelizmente, em várias localidades elas ainda são impedidas.

É sabido que o papel da mulher nas sociedades antigas era o de subordinação, porém O Código de Manu, que teve sua origem na Índia por volta do ano 1500 a.C., deixava clara a submissão da mulher em relação ao homem (COSTA; RIBEIRO; BRASIL, 2014):

Art. 419º Dia e noite, as mulheres devem ser mantidas num estado de dependência por seus protetores; e mesmo quando elas têm demasiada inclinação por prazeres inocentes e legítimos, devem ser submetidas por aqueles de quem dependem à sua autoridade.

Art. 420º Uma mulher está sob a guarda de seu pai, durante a infância, sob a guarda de seu marido durante a juventude, sob a guarda de seus filhos em sua velhice; ela não deve jamais se conduzir à sua vontade (INFOJUR, 20--?).

Coulanges (2016) demonstra que as leis gregas e romanas são semelhantes ao referido código, ao passo que a mulher, enquanto filha, submete-se ao pai; com a morte do pai, aos irmãos; casada, ao marido; com a morte do marido, a seus próprios filhos ou a parentes próximos. Além disso, o marido pode, antes de morrer, designar um tutor a sua esposa e até mesmo escolher para ela um segundo marido.

Segundo Rose Marie Muraro (2002), a interpretação da diferença como deficiência ou desigualdade por parte de homens respeitados como Aristóteles e Tomás de Aquino contribuiu para que a subordinação e a coisificação da mulher ocorressem de forma natural, como consequência da dominação social masculina. Junto a isso, ainda segundo a autora, “surgiu uma cultura androcêntrica, com linguagens androformes, estruturas e práticas patriarcais e antifeministas”.

Considerando o exposto, é de fácil percepção o fato de que a mulher era vista como propriedade do homem, não podendo usufruir dos direitos que deveriam ser assegurados a todos de forma igualitária e estando sujeita a ter suas posturas e atitudes controladas pelo homem. Ela não possuía direito à liberdade, ao passo que sua vida pertencia a seu marido ou, na falta deste, aos demais homens que faziam parte de seu círculo social, nunca sendo senhora de si.

O direito à liberdade, acima citado, está hoje presente no rol dos direitos e garantias fundamentais da Constituição Federal, que são aqueles aos quais a mesma confere um grau mais elevado de proteção:

Art. 5.º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e os estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição (BRASIL, CONSTITUIÇÃO FEDERAL DA REPÚBLICA, 1988).

Embora a sociedade brasileira já tenha evoluído muito em relação à igualdade entre os gêneros, ainda se observam consideráveis disparidades nesse quesito, como a diferença de salários entre homens e mulheres que se encontram na mesma posição de uma empresa; mas, principalmente, a mentalidade machista ainda presente em diversos indivíduos, mesmo que de forma residual. Segundo Costa, Pugliesi e Cachichi (2017) ainda há um abismo entre a previsão constitucional do direito à igualdade e a concretização material do mesmo.

Tendo em vista os aspectos considerados a respeito da formação cultural e da subordinação da mulher perante o homem desde as sociedades antigas, é nítido que sua posição social alcançou significativo avanço até os dias atuais. Contudo, é importante que se atente para situações que, devido a forma como a cultura se desenvolveu até hoje, continuam infringindo a dignidade da mulher e a colocando, novamente, em posição inferior à do homem, como ocorre na violência doméstica.

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA: ESPÉCIES, FORMAS DE MANIFESTAÇÃO, CONSEQUÊNCIAS E LEI MARIA DA PENHA

Considerando o exposto no item anterior, é de fácil percepção o fato de que a mulher é submetida às vontades do homem desde a formação das primeiras sociedades. Como bem salienta Pedro Porto (2007), a mulher sempre fora vista como o “sexo frágil”; sendo, desde cedo, preparada para a “subserviência e a passividade”, ao passo que o homem, para “atitudes hostis, para arrostar perigos e desafios”. Essa situação se evidencia a partir da análise das atividades lúdicas que eram dirigidas, de maneira evidentemente segregada, a ambos os sexos: os meninos brincavam com carros e armas, enquanto as meninas, com bonecas e utensílios domésticos.

Com a disseminação da cultura patriarcal, transmitida através das gerações, os valores e verdades daquelas sociedades foram, de forma cada vez mais intensa, criando raízes, o que explica muitos pensamentos e atitudes da sociedade moderna que ainda condescendem com a cultura androcêntrica.

A violência doméstica é o mais claro exemplo dessa situação, que consiste em uma espécie de violência que gera consequências em diversos patamares, atingindo pessoas além da vítima e se perpetuando nos lares de forma concreta, mas silenciosa. Conforme ressalta Pedro Porto (2007), a

Lei 11.340/06, mais conhecida como Lei Maria da Penha, se refere à violência doméstica como aquela perpetrada contra a mulher em ambiente onde há convívio permanente entre pessoas, mesmo que estas não possuam entre si vínculo afetivo ou familiar, bastando apenas que estejam agregadas à unidade, ainda que de forma esporádica.

Embora a aludida lei trate desse assunto de forma relativamente abrangente, de acordo com Patrícia de Oliveira et. al. (2015), os principais autores de violência doméstica contra a mulher são seus parceiros e ex-parceiros – o que ratifica o sentimento de posse do homem em relação à mulher.

As formas de violência doméstica e familiar citadas pelo art. 7º da lei são: violência física, psicológica, sexual, patrimonial e moral (BRASIL, 2006). A primeira delas se refere à agressão física (*vis corporalis*) ao corpo da mulher, através do uso da força (tapas, socos, chutes, queimaduras, etc.), com a intenção de ofender sua integridade corporal. A segunda, à agressão emocional (*vis compulsiva*), que se dá por meio de ameaça, rejeição, discriminação e/ou humilhação à vítima (CUNHA; PINTO, 2007).

A violência sexual, apontada no inciso III da Lei Maria da Penha, é descrita, de forma ampla, como qualquer conduta que constranja a mulher a:

“Presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada [...], 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” (BRASIL, LEI Nº 11.340, 2006).

De acordo com Costa, Pugliesi e Cachichi (2007), a violência sexual, dependendo da gravidade da conduta, pode ser vista como aquela que causa mais sequelas na vítima, pois propicia a ruína psicológica da mulher. Segundo os autores, os crimes sexuais, no geral, são de difícil enfrentamento, devido à delicadeza do assunto, à fragilidade da vítima e a uma visão histórica de submissão sexual da mulher perante o homem, em muitas situações ainda presente na sociedade do século XXI.

Segundo Rogério Cunha e Ronaldo Pinto (2007), a violência patrimonial ocorre, na maioria das vezes, concomitantemente às demais espécies de violência presentes na lei, sendo vista pelo agressor como um meio para agredir a vítima tanto física quanto psicologicamente. Ela se caracteriza por qualquer conduta que configure retenção, subtração ou destruição de objetos, bens, documentos, valores, direitos ou recursos financeiros da vítima ou destinados à satisfação de suas necessidades. A violência moral ocorre de forma simultânea à violência psicológica (COSTA; PUGLIESI; CACHICHI, 2017) e é entendida como qualquer conduta que consista em calúnia, difamação ou injúria (BRASIL, 2006).

Segundo Costa, Pugliesi e Cachichi (2017), a violência doméstica é peculiar, devido a sua ocorrência em forma de ciclo vicioso, que se inicia com a fase de tensão, seguida pela fase da agressão física e pela fase do hipotético arrependimento, sendo a reconciliação a última fase. A ocorrência desse ciclo é possibilitada pelo medo da vítima, que a transforma em constante refém da violência e a impede de buscar a modificação do cotidiano opressivo em que se encontra (OLIVEIRA, 2015).

A primeira fase do ciclo é caracterizada por insultos verbais e atritos na relação, que desencadeiam um comportamento comum nas vítimas: a ausência de atitude. Elas acabam assumindo uma postura pacífica e aceitando a culpa a elas atribuída, na tentativa de minimizar a situação momentaneamente, o que dá confiança ao ofensor, possibilitando o posterior agravamento da violência, que é evidenciado na próxima fase: a da agressão física. Nesta fase, o agressor se utiliza da força física para oprimir e controlar a mulher, deixando-a a mercê da sua vontade (COSTA; PUGLIESI; CACHICHI, 2017).

A fase do hipotético arrependimento vem logo em seguida, sendo marcada por pedidos de perdão que, juntamente com a aceitação da vítima, impulsionam a quarta e última fase, a da reconciliação, na qual surgem as promessas de mudança por parte do ofensor. Após essa situação, o ciclo se reinicia repetidas vezes, culminando, em vários casos, na morte da vítima (COSTA; PUGLIESI; CACHICHI, 2017).

As repetidas e variadas formas de agressão proferidas contra a mulher, que incluem desde a violência física até insultos verbais, ficam registradas na vítima, que têm seu psicológico extremamente afetado diante das constantes violações:

A autoestima diminui diante da situação, afetando seu discernimento e fazendo com que a mulher acredite naquilo que lhe é proferido pelo homem, passando a se sentir culpada e responsável por tudo aquilo que assola a relação e pela própria violência brutal e insana de que é alvo, enquanto que o ofensor, por vezes, se coloca na condição de vítima do episódio (COSTA; PUGLIESI; CACHICHI, 2017, p. 182).

Se faz necessário atentar, também, para o fato de que as vítimas de violência doméstica que convivem com esse tipo de situação há muito tempo podem vir a vivenciar conflitos e sofrimentos emocionais, tais como quadros de depressão, ansiedade e/ou o que se chama de transtorno de estresse pós traumático. Neste, segundo Glen Gabbard (2007), as vítimas podem oscilar entre a negação do evento e sua repetição compulsiva através de flashbacks ou pesadelos – quadro geralmente agravado pelo sistema penal.

Fatores como o medo e a vergonha não são os únicos que dificultam a quebra do ciclo, mas também a preocupação da vítima em relação à família e aos filhos. Com isso, é comum que ocorra a naturalização da violência (COSTA; OLIVEIRA; COSTA, 2013). Além disso, em grande parte das vezes, a mulher se sente dependente de seu agressor, econômica e/ou sentimentalmente, o que torna ainda mais difícil o rompimento da relação.

Também é recorrente a criação de verdades ilusórias por parte do casal, as quais são reproduzidas aos amigos, parentes, e, até mesmo, às autoridades. Não são raras as desculpas utilizadas pelas vítimas de agressão física com marcas corporais aparentes para encobrir a conduta do agressor; sendo elas, muitas vezes, de tão frequentes, motivos de desconfiança por parte das pessoas próximas.

Segundo Rogério Cunha e Ronaldo Pinto (2007), os diversos tipos de agressões provenientes da violência doméstica “provocam nas vítimas, não raras vezes, culpa, vergonha e medo, o que as faz decidir, quase sempre, por ocultar o evento”. Em relação ao assunto, os autores Ilton Costa, Renan Pugliesi e Rogério Cachichi (2017) fazem a seguinte afirmação:

Essas “verdades”, que destoam totalmente da realidade, podem levar a situações de violência que ficarão enclausuradas no íntimo dos envolvidos, até que ocorrências mais graves aconteçam e não se possa mais voltar atrás (COSTA; PUGLIESI; CACHICHI, 2017, p. 182).

É importante destacar que a violência doméstica perpetrada em lares onde há uma família composta por um casal e por filhos menores de idade, gera consequências que ultrapassam gerações, ao passo que estes se acostumam com a rotina violenta, passando a acreditar que aquele tipo de situação é normal. Nesse sentido, Marli Costa, Mariane Oliveira e Carla Costa (2013) afirmam que os filhos das mulheres em situação de violência doméstica vivem cercados pelo medo e também se tornam vítimas da agressividade, mesmo que de maneira simbólica.

Dessa forma, os filhos crescem e se desenvolvem em um ambiente hostil e acabam reproduzindo tudo aquilo que vivenciaram quando crianças dentro de seus novos núcleos familiares, dando início a uma nova repetição de ciclos marcados pela violência e pelo medo.

É importante ressaltar que o tratamento conferido pelo Estado Brasileiro aos casos de violência doméstica deu um salto evolutivo com a implantação da Lei Maria da Penha, em agosto de 2006. A lei fora uma resposta do país à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que o havia condenado pela excessiva e injustificável demora no processo penal de responsabilização de Marco Antônio Heredia Viveiros; que, no ano de 1983, praticou tentativa de homicídio contra sua mulher, naquela época, Maria da Penha Maia Fernandes, que acabou paraplégica (PORTO, 2007).

Além de advertir o Brasil a respeito da não responsabilização do ofensor no caso individual, a Comissão recomendou a criação de políticas públicas (OLIVEIRA, 2016) que punissem os ofensores e conscientizassem a população sobre a gravidade dos atos de violência doméstica contra a mulher, até então minimizados pelo Estado.

Graças a esses esforços e acontecimentos, o sistema jurídico pátrio conta, atualmente, com a Lei 11.340/06, cujo intuito é a coibição e a prevenção da violência doméstica e familiar contra a mulher, dispondo sobre os Juizados de Violência Doméstica e Familiar e estabelecendo medidas que têm por finalidade assistir e proteger as vítimas situadas nessa realidade (BRASIL, 2006).

Considerando esse cenário, é possível perceber que a Lei Maria da Penha fora, de fato, uma conquista social de extrema relevância no contexto dos direitos humanos da mulher. Mesmo assim, se faz necessário considerar que, em certas situações, a mulher deseja mais do que a punição do agressor, em relação ao qual ela, muitas vezes, ainda tem vínculos e sentimentos. Por esse e outros motivos, a aludida lei, na prática, ainda se demonstra insuficiente em relação à conscientização e à ressocialização do ofensor, bem como à reconstrução dos laços entre os envolvidos, nas situações em que isso se considera possível e benéfico.

A partir dessa constatação, o estudo se direciona à explanação da Justiça Restaurativa, demonstrando seus objetivos, procedimentos e benefícios, com um enfoque maior em relação a sua aplicabilidade nas situações que envolvem a violência doméstica.

A JUSTIÇA RESTAURATIVA: PANORAMA GERAL E ANÁLISE DE SUA APLICABILIDADE AOS CASOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA:

Ricardo Stork e Javier Echevarría (2005) consideram que “é preciso interpretar toda conduta agressiva como um diálogo mal conduzido”, enfatizando que a estrutura social contemporânea possui carências que impossibilitam o diálogo; sendo, por isso, responsáveis pela constância da violência enfrentada na sociedade atual.

A partir desse pensamento, se percebe a necessidade de se implementarem técnicas consensuais de solução de conflitos embasadas no diálogo, para que o ideal de pacificação social se torne possível de ser alcançado no futuro. Já existem e são aplicados diversos métodos de resolução de conflitos baseados na autocomposição, quais sejam a negociação, a conciliação e a mediação. A Justiça Restaurativa surge no mesmo contexto, porém se desenvolve com uma finalidade mais abrangente.

Primeiramente, é importante que se tenha a concepção de que a Justiça Restaurativa se trata, conforme afirma Cristina de Oliveira (2016), de um “produto inacabado”, pois se faz necessário evitar a redução e a homogeneização do conceito, de modo a permitir sua melhor adaptação às situações que se apresentam no contexto social.

Segundo Maiara Dourado e Selma de Santana (2016), a Justiça Restaurativa tem o escopo de reparar o dano e resolver o conflito existente entre as partes, tendo como base uma perspectiva humanista e afastada da resposta unicamente punitivista, geralmente associada à pena privativa de liberdade, conferida ao autor pelo sistema penal. Suas práticas se aplicam em circunstâncias diversas e em relação a atores distintos, ofensas variadas e propósitos diferenciados (OLIVEIRA, 2016).

São vários os processos restaurativos, sendo o mais comum o círculo restaurativo, que consiste em um processo de diálogo colaborativo com o objetivo de discutir situações complexas e

dolorosas enfrentadas pelos participantes a partir do desenvolvimento de um espaço seguro, tratando primeiramente a respeito dos valores que deverão ser respeitados no círculo e trabalhando na construção de pontes ou relacionamentos entre os participantes. A meta é que se elaborem, de maneira conjunta, soluções que funcionem igualmente para todos os membros do grupo (PRANIS, 2011).

Nesse sentido, Kay Pranis (2011) destaca que:

Investir tempo para criar uma sensação de espaço compartilhado e uma sensação de conexão no grupo aumenta o nível de segurança emocional, que por sua vez permite que se contem verdades mais profundas, ao mesmo tempo em que promove a conscientização da humanidade de todos os participantes (PRANIS, 2011, p. 25).

Para o bom rendimento do círculo, é essencial que as partes-chave (os envolvidos no conflito) tenham participação ativa e que se sintam aptas tanto a fazer parte do processo de diálogo, quanto a buscar efetivamente uma solução para a questão que os envolve, “compreendendo suas necessidades e observando os melhores meios para chegarem a um resultado que beneficie a todos ou, pelo menos, que seja justo diante do acontecido” (DOURADO; SANTANA, 2016, p. 32).

Cabe ressaltar que o facilitador é uma figura essencial nos processos restaurativos, de modo que é ele quem atua auxiliando os participantes na criação de um espaço seguro e respeitoso para o diálogo e no monitoramento de sua qualidade durante o decorrer da conversa. Além disso, é papel do facilitador estimular reflexões nos membros do círculo através de dinâmicas ou questionamentos (PRANIS, 2011).

Como o que importa nos círculos é que os próprios participantes busquem por alternativas para a possível solução do problema que os cerca, é necessário que o facilitador possibilite e trabalhe a conscientização dos mesmos, os motivando a pensar sobre o que eles podem fazer e como podem contribuir para que a situação se resolva. Dessa maneira, se possibilita uma efetiva reparação dos danos causados, bem como o vislumbre de um futuro melhor, por eles criado.

Em relação às vítimas de violência doméstica, é comum que elas se sintam constantemente oprimidas tanto pelo agressor quanto pelos sistemas penal judiciário, que acabam as oferecendo apenas uma resposta simbólica, não percebendo suas reais preocupações e pretensões. Não se leva em consideração o fato de que, muitas vezes, a ofendida não almeja a aplicação de uma pena privativa de liberdade ao ofensor, mas sim uma oportunidade de tentar buscar uma resolução para seu conflito com o auxílio adequado. A respeito do assunto, Cristina Oliveira (2016) afirma que:

Ao ser objetivada e impessoalizada, a vítima se dissolve no anonimato, deixa de ser protagonista de uma resposta que deve, em especial, satisfazer suas necessidades, para se tornar instrumento (ou meio) para justificar a imposição de um castigo (OLIVEIRA, 2016, p. 233)

A autora afirma ainda que a violência doméstica é um tipo de situação que merece um tratamento diferenciado, devido ao fato de consistir em uma prática reiterada que reflete crenças culturais e em razão do relacionamento existente entre os envolvidos. Ademais, enfatiza que o sistema penal não está apto a proteger de forma efetiva as mulheres vítimas desse tipo de violência, de modo que não impede a ocorrência de novas violações por parte do mesmo agressor, não condiciona a superação dos traumas causados pelos abusos (OLIVEIRA, 2016) nem sequer propicia a conscientização do agressor em relação a seus atos.

Por esses e outros motivos, muitos estudos defendem a implantação da Justiça Restaurativa aos casos que envolvem a violência doméstica, de modo que o que se pretende é a efetiva inclusão da vítima no processo restaurativo, considerando que ela é a maior interessada na ocorrência de um desfecho positivo para a situação conflituosa.

De acordo com Maiara Dourado e Selma Santana (2016), a principal diferença entre a Justiça Restaurativa e o processo penal reside no aspecto da reprovação pelo que ocorreu. Na Justiça Restaurativa, o que se reprova é a conduta do agente, enquanto no processo penal, o que se reprova, de modo equivocado, é o próprio agente. De acordo com Ilton Costa, Renan Pugliesi e Rogério Cachichi (2017), essa segunda maneira de reprovação exige que o ofensor se coloque em uma posição defensiva, não permitindo que o mesmo desenvolva uma compreensão acerca das consequências de seus atos nem empatia em relação aos sentimentos da vítima.

Na Justiça Restaurativa, se afasta a noção da maldade inerente ao indivíduo e se ressalta a negatividade de seu comportamento, o que permite o desenvolvimento da chamada “vergonha reintegrativa”, que consiste no fato de a reprovação partir do próprio indivíduo, ao estar ciente da reprovabilidade de sua conduta e das questões culturais que serviram de embasamento a ela. A vergonha reintegrativa permite que o sujeito tenha a oportunidade de corrigir seus erros e desenvolver uma percepção a respeito do impacto negativo que suas atitudes causaram aos envolvidos (DOURADO; SANTANA, 2017).

Para a vítima, a Justiça Restaurativa proporciona o desenvolvimento de um espaço em que ela se sinta segura para expor seus sentimentos e pensamentos, de modo que é resgatada sua importância no processo de diálogo. Além disso, conforme já mencionado anteriormente, as práticas restaurativas podem fornecer, em inúmeros casos, uma resposta mais adequada em relação aos interesses da vítima.

É importante verificar que, no processo de círculo restaurativo, o facilitador, com base em entrevistas realizadas anteriormente com os envolvidos no conflito, analisa se a participação de outras pessoas pode ter utilidade no processo. Nesta perspectiva, podem vir a agregar na resolução do litígio, ou mesmo serem beneficiadas pelo círculo, pessoas que apoiem os envolvidos, pessoas que tenham sido atingidas pelo conflito de alguma forma (como os filhos do casal, por exemplo) ou terceiros que não estejam envolvidos, mas que sejam da confiança das partes-chave (PRANIS, 2011).

Segundo Maiara Dourado e Selma Santana (2016), a participação dos membros da comunidade no processo restaurativo pode vir a ser benéfica aos envolvidos e a ela própria, já que demonstra o interesse de que ocorra a efetiva resolução daquele conflito e a busca por uma pacificação social, além de possibilitar que a comunidade desenvolva uma maior conscientização a respeito das questões litigiosas e dos benefícios promovidos pela Justiça Restaurativa aos casos concretos. Os indivíduos podem auxiliar durante o processo e posteriormente a ele, ao atuarem como fiscais dos acordos realizados no círculo.

Os acordos são feitos com base no consenso, ou seja, todos devem apoiar a decisão, e exigem algum tipo de monitoramento para verificar sua efetividade, além de um plano de ação caso o acordo não surta os efeitos almejados. É importante que os acordos sejam registrados por escrito, para a garantia de sua clareza e total entendimento em relação a quem fará o quê e a quais comportamentos devem mudar, para que não se corra o risco de acarretar uma desilusão com o processo (PRANIS, 2011).

Embora o acordo deva ser consentido por todos os participantes do círculo, é essencial que se tenha o entendimento de que:

De nenhuma forma, deve a mulher sentir-se pressionada a reatar as relações conjugais ou aceitar expressões de remorso do agressor, caso não seja por ela desejável. E, no sentido contrário, a reprovação de círculos de agentes próximos ou quaisquer outros tipos de censuras concernentes à restauração da relação não pode ser priorizada ante o resultado construído pelos envolvidos (OLIVEIRA, 2016, p. 242).

A Justiça Restaurativa, como fora demonstrado até este ponto, é extremamente benéfica em

se tratando da resolução do conflito de forma efetiva, abrangendo os sentimentos dos envolvidos e trabalhando na construção de um futuro melhor de forma conjunta. Entretanto, é necessário notar que nem todos os casos de violência doméstica devem ser submetidos aos processos restaurativos, tendo em vista a gravidade subjetiva de cada situação e a real vontade da vítima, que pode ser, inclusive, a prisão do ofensor e o encerramento de seu relacionamento com ele.

Por esse motivo, os facilitadores devem ter a sensibilidade de realizar uma análise adequada de cada caso, para que a restauração não cause mais prejuízos do que benefícios às partes. Nesta conjuntura, é preciso atentar ao processo denominado de revitimização ou vitimização secundária, no qual há exposição da vítima “a julgamentos morais, dos quais podem derivar abusos emocionais e repetições de traumas”. Nessa situação, a relação desigual por elas enfrentada no seio familiar pode ser reproduzida nos procedimentos restaurativos, que é o que já ocorre nos ritos processuais penais tradicionais (OLIVEIRA, 2016, p. 240).

Diante desse quadro, é possível estabelecer uma relação entre o processo restaurativo e algumas intervenções realizadas na psicoterapia dinâmica de vítimas de violência doméstica que apresentam transtorno de estresse pós-traumático e/ou quadros de ansiedade ou depressivos. Conforme sustenta Glen Gabbard (2007, p. 207), se deve alternar “uma postura observadora e afastada, que permite ao paciente reter informações angustiantes, e uma posição de encorajamento gentil, que o ajuda a reconstruir um quadro completo do trauma”.

É possível perceber que a Justiça Restaurativa pode ser um mecanismo de grande utilidade e efetividade na esfera da violência doméstica, tendo em vista os inúmeros benefícios que ela proporciona em contraponto ao sistema judiciário e ao processo penal brasileiro. Mesmo assim, é necessário se ter em mente que cada caso é um caso e que nem todos poderão usufruir dos processos restaurativos, devido aos motivos mencionados anteriormente.

CONCLUSÃO

Considerando a síntese histórica apresentada no primeiro item do artigo, se percebe a necessidade do desenvolvimento de uma percepção social acerca das injustiças cometidas contra a mulher na antiguidade para que elas não sejam reiteradas na sociedade contemporânea. Em outras palavras, se faz necessária a constatação das diferenças de tratamento conferidas aos gêneros nas sociedades antigas e o desenvolvimento de uma compreensão a respeito da construção social e cultural da sociedade atual, para que se torne possível o estabelecimento de uma relação entre a antiguidade e a atualidade e se vislumbre um futuro mais justo e igualitário, através da materialização daqueles direitos que ainda se encontram em patamar apenas teórico.

Diante do contexto social atual, se nota a necessidade da criação de programas e campanhas que possibilitem a desconstrução da mentalidade patriarcal presente tanto nos homens quanto nas mulheres, além de programas escolares que possibilitem a prevenção do comportamento embasado na cultura patriarcal, para evitar que situações negativas enfrentadas atualmente sejam reiteradas no futuro.

Em relação à violência doméstica, após um esclarecimento sobre suas modalidades, formas de manifestação e consequências, nota-se a problemática social existente em torno do assunto; já que, não raramente, a vítima, terceiros envolvidos e a comunidade ignoram ou evitam ratificar sua existência e constância, o que é extremamente prejudicial, pois posterga o enfrentamento da questão, adiando sua possível minimização ou solução.

É de extrema importância que a comunidade (amigos, parentes, etc.) se envolva com a situação, estando aberta a dialogar com a possível vítima e alerta a mudanças no parâmetro comportamental da mesma, já que muitas vezes a mulher não percebe que se encontra em um relacionamento abusivo e que não tem culpa das atitudes violentas do agressor. Em razão disso, o problema enfrentado pela vítima deve ser concebido numa perspectiva coletiva, para além de uma visão individualista, excluindo a possibilidade de que a sociedade olhe para a referida violência

como um problema somente da vítima e não do seio social.

Além disso, como a violência doméstica pode chegar a tal ponto que a vítima não consiga mais procurar ajuda, é muito importante que a comunidade fique atenta e que sejam disponibilizadas pelo governo mais informações a respeito desse tipo de violência, para que as mulheres que a sofrem possam desenvolver a consciência do que está de fato acontecendo; para, assim, buscarem efetivamente ajuda.

Tendo em vista o perturbador contexto em que as mulheres viviam antigamente, a Lei Maria da Penha deve ser enaltecida e vista como uma conquista em relação a seus direitos humanos e à punição do agressor, contudo não deve ser compreendida como a única ferramenta com a finalidade de auxiliar a mulher vítima de violência doméstica, ao passo que não abrange a satisfação dos interesses de todas elas.

A partir dessa constatação e tendo como base as questões expostas a respeito da Justiça Restaurativa e de sua aplicabilidade aos casos de violência doméstica, observa-se que esta ferramenta resgata a importância da vítima – diferentemente do processo penal – ao considerar seus interesses e necessidades. Além disso, os processos restaurativos promovem a assunção de responsabilidade por parte do agressor e contribuem para a transformação da cultura patriarcal presente na sociedade.

Mesmo assim, é necessário que se tenha em mente o fato de que nem todos os casos de violência doméstica são passíveis de solução pacífica; sendo, em certas situações, o rompimento da relação e a punição do agressor as melhores medidas a serem tomadas. Nesse sentido, é necessário atentar para a conscientização da sociedade em relação ao fato de que a aplicação da Justiça Restaurativa nos casos de violência doméstica não significa a redução da gravidade da violência. A questão é que a comunidade deve ter em mente as reais necessidades da vítima, a possibilidade de uma efetiva mudança nas atitudes e no comportamento do agressor e não somente uma punição que em nada resultaria se não na repetição e no aumento das atitudes negativas e violentas proferidas pelo mesmo.

A Justiça Restaurativa tende a promover uma conscientização social em relação ao real sentido dos vocábulos justiça e segurança, desmistificando a noção equivocada de que somente se resolve a problemática do crime através da punição e do encarceramento do indivíduo. Assim, a Justiça Restaurativa, pode impulsionar a construção de uma sociedade embasada no respeito e na cooperação. Além disso, com o incentivo a práticas como esta, o ideal de pacificação social pode ser atingido com sucesso no futuro, contribuindo para o desenvolvimento de uma sociedade mais humanitária e com valores morais bem definidos.

As práticas restaurativas são ainda relativamente recentes, por conta disso é essencial a continuidade dos debates e discussões a respeito do assunto, com o intuito de corrigir equívocos e construir um ideal restaurativo cada vez mais efetivo e correspondente aos interesses e necessidades da sociedade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição Da República Federativa Do Brasil**. 53. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. **Lei Nº 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11340.htm>. Acesso em: 20 mar. 2018.

CHARON, Joel M. **Sociologia**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

COSTA, Marli Marlene M. da; OLIVEIRA, Mariane C.; COSTA, Carla S. **A violência de gênero e seus reflexos nas relações intrafamiliares:** a (in) aplicabilidade da justiça restaurativa na reconstrução dos laços familiares, 2013. Disponível em: <http://online.unisc.br/acadnet/anaais/index.php/mediacao_e_jr/article/view/10920/1449>. Acesso em: 20 mar. 2018.

COSTA, Ilton G da; PUGLIESI, Renan Cauê M.; CACHICHI, Rogério C. D. **Superando paradigmas:** a aplicação da justiça restaurativa em casos que envolvem violência doméstica. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 137. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

COSTA, Naiara Lauriene S.; RIBEIRO, Gilman H.; BRASIL, Deilton R. **Código de Manu:** principais aspectos, 2014. Disponível em: <http://www.fdcl.com.br/revista/site/download/fdcl_athenas_ano3_vol2_2014_artigo6.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2018.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga:** estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma. 11 ed. São Paulo: Martin Claret, 2016.

CUNHA, Rogério S.; PINTO, Ronaldo B. **Violência doméstica:** Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006) comentada artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DOURADO, Maiara B.; SANTANA, Selma P. de. **Reintegração Social e Justiça Restaurativa:** Vantagens e Desafios para Promoção da Reintegração Social pelo Ideal Restaurativo. Revista de Direito Penal e Processual Penal. Vol. 17. Porto Alegre: Revista Síntese, 2016.

GABBARD, Glen O. **Psiquiatria Psicodinâmica:** na prática clínica. 4 ed. Porto Alegre: Artmed, 2007.

INFOJUR. **Manusrti:** Código de Manu (200 a.C. e 200 d.C), [20--?]. Disponível em: <http://www.infojur.ufsc.br/aires/arquivos/CODIGO_%20MANU.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2018.

MURARO, Rose Marie; BOFF, Leonardo. **Feminino e masculino:** uma nova consciência para o encontro das diferenças. 3 ed. Rio de Janeiro: Sextante, 2002.

OLIVEIRA, Cristina R. de. **Justiça restaurativa e mobilização do direito pelas/para mulheres vítimas de violência doméstica:** uma possível articulação em âmbito jurídico-criminal? Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 124. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

OLIVEIRA, Patrícia P. de. et. al. **Mulheres vítimas de violência doméstica:** uma abordagem fenomenológica, 2015. Disponível em: < http://www.scielo.br/pdf/tce/v24n1/pt_0104-0707-tce-24-01-00196.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2018.

PORTO, Pedro Rui da F. **Violência doméstica e familiar contra a mulher:** Lei 11.340/06 – análise crítica e sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

PRANIS, Kay. **Círculos de justiça restaurativa e de construção da paz:** guia do facilitador. Tradução por Fátima de Bastiani. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, 2011.

STORK, Ricardo Y.; ECHEVARRÍA, Javier A. **Fundamentos de antropologia:** um ideal da excelência humana. São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia e Ciência “Raimundo Lúlio” (Ramon Llull), 2005.

A TEORIA DO NÃO PRAZO E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE FRENTE A JUSTA DURAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA

The Non-Deadline Theory and the principle of proportionality front to fair duration of preventive prison

Carine Bonatto Brustolin¹

Caroline Dallateze²

Gilmar Bianchi³

RESUMO: O presente artigo busca trazer a discussão sobre o tempo razoável de duração da prisão preventiva, a qual se configura como uma modalidade de prisão cautelar, e por ser aplicada de forma cotidiana, tem gerado divergência acerca do tempo que seria razoável para a sua duração. Com a observação de situações práticas, juntamente com o desenvolvimento da pesquisa pelo método indutivo, consultando doutrina, artigos e jurisprudências, buscou-se um conhecimento mais aprofundado sobre o andamento do Processo Penal de réus presos, especificamente aqueles que se encontram detidos de forma preventiva. A problemática da pesquisa foi a busca por uma solução prática do problema, uma vez que a situação da margem a diversas interpretações que em nada contribuem para o desfogamento judiciário e prejudicam o andamento processual. Nesse contexto evidenciamos a Teoria do Não Prazo como sendo a forma mais proporcional para assegurar os interesses sociais por meio do instituto da prisão preventiva.

Palavras-chave: Prisão preventiva. Critérios. Razoabilidade. Proporcionalidade.

ABSTRACT: The present article intends to bring a discussion about the reasonable time duration of pre-trial detention, which is configured as a modality of preventive imprisonment and, as it is applied on a daily basis, has generated divergence about the time that it would be reasonable for its duration. With the observation of practice situations, combined with the research development by the inductive method, consulting literature, articles and jurisprudence, it was pursued a more deepened knowledge about the Criminal Proceedings progress of defendants prisoners, specifically those who find themselves detained preventively. The problematic of this study was the search for a practical solution of the problem, once the margin situation to different interpretations contributes in nothing for the liberation of the judiciary and harms the procedural progress. In this context, It has been evidenced the Non-Deadline Theory as being the most proportional way to ensure social interests through the pre-trial detention institute.

¹ Graduanda do Curso de Direito do 7º semestre. Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI Erechim. *E-mail:* caribrustolin@gmail.com.

² Graduanda do Curso de Direito do 7º semestre. Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI Erechim.. *E-mail:* caroline.dllt@gmail.com.

³ Mestre (ES); Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões;
E-mail: gilmar.bianchi@hotmail.com.

Keywords: Pre-trial detention. Criterias. Reasonability. Proportionality.

INTRODUÇÃO

O estudo apresentado tem o propósito de analisar o instituto da prisão preventiva no Brasil, bem como demonstrar a problemática à volta da duração razoável da medida cautelar, uma vez que, atualmente, esta possui uma íntima ligação com a duração do processo penal.

Para melhor compreensão do tema proposto, inicialmente são abordados os critérios, os pressupostos e os regimentos relevantes que estão vigentes no Sistema Penal brasileiro, bem como os principais entendimentos doutrinários e jurisprudenciais da atualidade.

Na sequência, tratar-se-á sobre as discussões relacionadas à falta de um limite temporal para a razoável duração da prisão preventiva, seus aspectos, fundamentos e a conformidade da medida cautelar em relação ao princípio da razoabilidade.

Nesse íterim, sem a pretensão de esgotar o conteúdo apresentado, pretende-se expor a discussão jurídica da duração excessiva, em alguns casos da prisão preventiva, tendo como base a ideia de equilíbrio entre os interesses individuais, primando pela liberdade e pelos interesses da sociedade, em prol da segurança jurídica.

Para tanto, leva-se em conta a rotina do sistema judiciário, que está sobrecarregado pelo elevado número de processos e pela escassez de pessoal, principalmente nos serviços auxiliares da jurisdição. A pesquisa realizou-se pelo método indutivo, mediante consulta de livros, artigos e jurisprudências.

A PRISÃO PREVENTIVA

A prisão preventiva é uma espécie de prisão cautelar que pode ser decretada tanto na fase de investigação policial, bem como no curso da ação penal.

Nas palavras de Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2013, p. 579) “é a prisão de natureza cautelar mais ampla, sendo uma eficiente ferramenta de encarceramento durante toda a persecução penal, leia-se, durante o inquérito policial e na fase processual”. Portanto, é uma medida que consiste na prisão do acusado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, a qual poder ser decretada assim que estiverem preenchidos os requisitos legais e estando evidente a sua necessidade.

Conforme o artigo 311 do Código de Processo Penal, em qualquer das fases a prisão só poderá ser determinada por juiz ou tribunal competente com decisão fundamentada, a partir de requerimento do Ministério Público, mediante representação da autoridade policial ou ainda, por requerimento do querelante ou assiste.

Vale frisar que a prisão preventiva, bem como qualquer outra modalidade de prisão cautelar, não tem o intuito de se transformar em uma espécie de préexecução, como já se manifestou o Supremo Tribunal Federal, quando decidiu que “a prisão preventiva, enquanto medida de natureza cautelar, não tem por objetivo infligir punição antecipada ao indiciado ou ao réu”. (GARCEZ, 2016). Trata-se então de uma medida assecuratória que serve para garantir a segurança social e o bom andamento processual.

A fundamentação da prisão preventiva sustenta-se no princípio do *periculum in mora* – o qual configura o perigo e os danos que a decisão tardia de decretação ou o indeferimento do pedido podem causar no âmbito social, e no princípio do *in dubio pro societate*, onde, na dúvida, se agirá em favor da sociedade e não do réu. (CUNHA, 2016).

Entretanto, para que a prisão preventiva seja executada, não poderá o juiz se basear em apenas um dos requisitos supracitados, sendo indispensável à aplicação concomitante dos dois institutos, *periculum in mora* e *in dubio pro societate*.

As hipóteses de cabimento da prisão preventiva estão fundamentadas no artigo 312 do Código de Processo Penal, o qual estabelece que é possível a sua decretação sempre que estiverem presentes indícios suficientes de autoria e materialidade do delito, quando a decretação for indispensável para garantir a ordem pública e econômica, para a segurança da lei penal ou ainda quando for conveniente a sua decretação para a instrução criminal.

Apesar da existência de críticas e de entendimentos diversos acerca dos pressupostos elencados no citado artigo 312, é com base nesses preceitos que as decisões jurídicas que decretam e mantêm as prisões preventivas são amparadas.

O indício suficiente de autoria é aquele que se baseia em fatores concretos, indicando que o sujeito realmente foi o autor da infração penal. Não é suficiente que se tenha a simples probabilidade da existência de um fato tido como ilícito para que a prisão processual seja provocada, é necessária a existência de elementos comprobatórios que apontem a autoria atribuída ao imputado.

Muito se questiona sobre a hipótese da garantia de ordem pública, a qual pode ser interpretada de diversas maneiras, onde se leva em conta a gravidade do fato, a repercussão social do delito, a periculosidade do infrator.

Entende-se que a prisão preventiva decretada com fundamento na garantia da ordem pública, funciona como um mecanismo indispensável a favor da Justiça para inibir condutas criminosas, sempre que restar comprovada a periculosidade do autor de um delito.

Da mesma forma questiona-se sobre a aplicabilidade da garantia de ordem econômica. Tal fundamento foi introduzido no artigo 312 do Código de Processo Penal, após a Lei 8.884/94, e possui a finalidade de controlar e proteger o sistema financeiro de qualquer risco decorrente das condutas que afetam a regularidade da ordem econômica, buscando também monitorar qualquer prática que possa causar perdas ou danos financeiros.

A segurança da lei penal, por sua vez, é caracterizada pela finalidade de garantir o real objetivo do processo penal, ou seja, que o estado possa exercer seu direito/dever de punir, empregando a adequada sanção penal ao acusado.

Outro pressuposto é a conveniência da instrução criminal, a qual visa à preservação do devido processo legal, tanto na fase investigativa quanto na fase judicial. Visa impossibilitar que o réu, se solto, atrapalhe a instrução criminal, ameaçando testemunhas, impedindo a produção de provas.

A decretação da prisão preventiva nessa hipótese é justificada pela necessidade de proteger o conjunto de provas, buscando evitar empecilhos na busca pelo esclarecimento real dos fatos.

A partir dos pressupostos elencados no artigo 312 analisa-se a interpretação do artigo 313 do Código de Processo Penal, o qual dispõe sobre a partir de quais critérios a prisão preventiva poderá ser admitida.

A real necessidade da decretação da prisão preventiva só é reconhecida nos casos em que houver crimes dolosos punidos com reclusão, com pena privativa de liberdade e punibilidade máxima superior a quatro anos (mesmo que estiverem presentes quaisquer pressupostos elencados no artigo 312); nos casos de violência doméstica como forma de garantir as medidas protetivas de urgência; nos casos em que o indiciado já tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ou ainda, quando houver dúvidas sobre a identidade civil do acusado.

A decretação dessa medida cautelar, como qualquer outra decisão judicial deverá sempre ser fundamentada, sob pena de nulidade. No caso do artigo 315 do Código de Processo Penal, o legislador apenas reitera o exposto no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, onde não basta que o juiz na sua fundamentação cite meramente os pressupostos legais, os quais foram tratados no

tópico anterior, mas sim, que objetive no caso concreto o motivo da aplicação ou não da medida cautelar, justificando seu posicionamento de forma suficiente e sustentada.

TEORIAS ACERCA DO PRAZO NA PRISÃO PREVENTIVA

Diante da omissão legislativa acerca da duração máxima da prisão preventiva, buscou-se por intermédio de outras fontes do Direito o estabelecimento de prazos para suprir essa lacuna.

Dessa forma, são os entendimentos jurisprudenciais e doutrinários que norteiam os operadores do Direito sobre o tempo justo da prisão preventiva.

Para o estabelecimento desse prazo, leva-se em conta o período que seria necessário desde o decorrer do inquérito policial, a fase testemunhal e probatória do processo até se chegar finalmente na sentença, onde o magistrado se manifesta de forma fundamentada e concreta sobre a prisão do acusado, ou concede liberdade.

A teoria do prazo dos 81 dias surgiu a partir da jurisprudência, na tentativa de trazer para o instituto da prisão preventiva o cumprimento dos prazos estipulados no Código de Processo Penal já utilizados na prática, tentando dessa forma, afastar a posição doutrinária, a qual sustentava a ideia de haver a necessidade da criação de prazos isolados para cada fase processual.

Para se chegar à ideia dos 81 dias, baseou-se, na época, nos seguintes prazos já estipulados na legislação: Inquérito policial: 10 dias (art. 10 do CPP); denúncia: 5 dias (art. 46 do CPP); defesa prévia: 3 dias (art. 395 do CPP); inquirição de testemunhas: 20 dias (art. 401 do CPP); requerimento de diligências: 2 dias (art. 499 do CPP); para despacho do requerimento: 10 dias (art. 499 do CPP); alegações das partes: 6 dias (art. 500 do CPP); diligências *ex officio*: 5 dias (art. 502 do CPP); sentença: 20 dias (art. 800 do CPP); dessa forma, chega-se a soma de 81 dias.

Contudo, essa criação jurisprudencial que buscou sanar a omissão da lei tornou-se incompatível com a atual situação judiciária brasileira, não sendo mais possível resolver de forma prática esse problema.

Esse dispositivo é também conhecido como a teoria do não prazo, uma vez que não possui a fixação de um tempo definido para a duração da prisão preventiva, e nem leva em conta os demais prazos processuais, como ocorre na teoria dos 81 dias.

Para a aplicação dessa teoria, são observados três critérios, os quais são: a complexidade do caso, a atitude processual do interessado, e a conduta das autoridades. Atualmente é esse entendimento, embasado no princípio da razoabilidade que vem predominando nos órgãos judiciários, norteados pelo posicionamento do Supremo Tribunal Federal.

A REALIDADE DO INSTITUTO DA PRISÃO PREVENTIVA

É alarmante o índice que classifica o Brasil como o detentor da quarta maior população carcerária mundial, por dispor de cerca de 726 mil presos, dentre os quais 40% estão reclusos em regime provisório, segundo dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen) divulgado em 08 de dezembro de 2017, pelo Departamento Penitenciário Nacional (Depen), do Ministério da Justiça. (VERDÉLIO, 2017).

Frente a esse situação, se apresenta uma sociedade que teme a violência e que clama por medidas de segurança mais duras e eficazes, e é no direito penal, no encarceramento do infrator, que se busca o restabelecimento da ordem social.

Entretanto, em oposto ao interesse social e a atual situação em que se encontra o sistema judiciário brasileiro frente à excessiva demanda gerada pelo caótico e constante aumento da criminalidade, tem-se uma infinita discussão acerca de qual seria o prazo máximo para que um preso pudesse ser mantido detido de maneira preventiva.

Hoje a prisão preventiva é uma das mais importantes modalidades cautelares do Processo Penal. Para que sua decretação possa ser realizada, esta deverá estar de acordo com os pressupostos e quesitos de admissibilidade já tratados anteriormente.

Na análise desses critérios, observa-se que a aplicação dessa medida cautelar é excepcional e rigorosa, pois não é decretada para qualquer fato, caso ou investigado.

É necessário reconhecer que após a decretação da prisão preventiva o infrator passa a inteirar a massa carcerária como se condenado fosse. Entretanto, essa medida só permanece diante da análise de critérios que definirão a permanência ou não do acusado recluso.

Frisa-se que um processo de réu preso, ao adentrar no estabelecimento jurisdicional possui um andamento privilegiado em relação aos demais. Entretanto, por maior que seja o esforço funcional para que o andamento do processo com réus presos torne-se o mais célere, o número alarmante de processos nessa modalidade e a cautela necessária na análise de um processo criminal, não permite que se tenha uma sentença criminal em dias ou em meses.

Aliado a isso, obviamente em um processo de apenas um acusado, uma vítima e poucas testemunhas, o seu andamento se dará de forma muito mais prática e rápida, do que um processo com vários réus e vítimas, com diversos fatos e inúmeras testemunhas.

De outro lado, não se pode desconsiderar que tem uma sociedade que clama por medidas duras no processo penal, entendendo que elas vão garantir a ordem social e a segurança.

Assim nota-se que a prisão preventiva passou a ter um caráter de contensão, ajustando-se a um direito real e não a realização de um processo penal idealmente justo e garantista.

Isso porque é com a ação penal que o Estado desempenha uma das suas mais importantes funções, o reestabelecimento da paz social que é prejudicada com o cometimento de delitos. Portanto, diante da valorosa atribuição de garantir a ordem pública, o instituto da prisão preventiva é visto como essencial para que esta se consolide.

É necessário reforçar que da mesma forma que o processo penal não deve ser demasiado em excesso, ele precisa desenvolver-se adequadamente para que não haja precipitações e nem prejuízos à defesa e à acusação.

Ao mesmo tempo, seria temerário do ponto de vista jurídico defender a ideia de um processo penal sem o instituto de prisão preventiva, mesmo com mazelas que possam vir a ferir direitos individuais, mas, é crível questionar o limite de sua duração.

A APLICAÇÃO DA TEORIA DO NÃO-PRAZO E DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O não estabelecimento de um prazo de duração para a medida cautelar preventiva entrega, portanto, para a autoridade judiciária o poder de delimitar o tempo dessa prisão, a qual deve levar em conta, para isso, os requisitos que julgar necessários para dirimir a questão.

Dessa forma, observa-se que a maneira mais utilizada para revolver essa problemática é altamente subjetiva, uma vez que o prazo fixado pela teoria que estabelece a soma de 81 dias como o limite para a razoável duração do processo penal passou a originar decisões contraditórias, gerando ainda mais insegurança jurídica.

Nesse sentido Guilherme de Souza Nucci é categórico:

Sabemos que não há mais prazo de duração em relação à prisão cautelar, exceto quanto à prisão temporária. Decretada a prisão preventiva, por ocasião do recebimento da denúncia, por quanto tempo pode o réu ficar legitimamente preso? Foi-se a época do reconhecimento dos 81 dias. Era uma criação da jurisprudência, mediante a somatória dos prazos ideais para a conclusão da instrução. Atualmente, diante de outra realidade, não mais se torna possível contar, matematicamente, prazos processuais. Pode haver uma fonte de referência

os mencionados 81 dias, mas jamais uma linha que não se pode cruzar (NUCCI, 2007).

Assim, a jurisdição passou a basear-se na utilização dos critérios elaborados com base no princípio da proporcionalidade. Surgiu, então, a Teoria do Não Prazo, que determina que se analise a complexidade do caso, sua gravidade, o montante de delitos, a quantidade de réus, de testemunhas e os incidentes vinculados ao procedimento, bem como a atividade processual dos membros e a diligência do juízo na condução do processo-crime.

Os componentes que envolvem essa teoria são mais complexos, mas é possível identificar que ela se vale de critérios objetivos e subjetivos. Sob o olhar objetivo, pode-se indicar a observação do delito e das provas em suas formas, e o subjetivo quando há vários crimes réus, vítimas, testemunhas, acrescentando-se, ainda a realidade sobre a atividade do juiz natural, a deficiência estrutural e organizacional do sistema judiciário em si, onde tramita o processo penal.

Nos casos em que há um número significativo de réus, vítimas e testemunhas, a fase de denúncia, defesa prévia, inquirição, alegações finais até se chegar na sentença, necessitam de um tempo mínimo, e além desse tempo mínimo, trata-se de um procedimento que requer estudo e análise minuciosa dos fatos para que se chegue a uma decisão fundada.

Muitas vezes na fase inquiratória, uma testemunha ou vítima podem residir fora da comarca, se fazendo necessária a expedição de carta precatória para que seja possível a sua oitiva, envolvendo então outro juízo, que por sua vez também dependerá das suas condições cartorárias para atender a demanda deprecada, em que pese não se desconhecer que a utilização de videoconferências em franco processo de implantação irá amenizar o tempo exigido por essa dificuldade.

São indiscutíveis também as inúmeras vezes em que as audiências de instrução são frustradas por falta de estrutura pessoal e material do sistema penitenciário. Neste caso, constata-se uma falha crucial do Estado, uma vez que não se cogita de má vontade dos agentes penitenciários, mas sim a falta de estrutura reveladas pelo abandono das penitenciárias, refletindo no atraso processual dos réus presos.

Também devem ser rechaçadas alegações de prazo excessivo da prisão preventiva quando ocorrer abuso de técnicas de defesa que provoquem por si só o atraso processual. Se há excesso de recursos ou incidentes demorados e desnecessários, não assiste razão a reclamação sobre a dilação do prazo da prisão cautelar.

Outra questão que merece registro é que a complexidade da questão, às vezes, é muito maior do que aparenta ser, quando do início do processo. Assim, de um lado figura um conjunto de princípios previstos na Constituição Federal, do contraditório e da ampla defesa e de zelar por um procedimento com duração adequada, e de outro lado está a complexidade de cada caso e de unidades jurisdicionais, via de regra, abarrotadas de processos.

Diante desse quadro é possível identificar que a análise predominante e que vai determinar a ocorrência ou não de excesso de prazo processual é o critério subjetivo. Somente ao se analisar a complexidade do fato, o comportamento das partes e a realidade do judiciário competente para instruir e julgar o fato é que se pode medir e estabelecer a razoabilidade do tempo do processo.

Nesse sentido, consolida-se o entendimento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e do Supremo Tribunal Federal

HABEAS CORPUS. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO. LEGALIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA. REQUISITOS. AUSÊNCIA DE HIPÓTESE DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. - CABIMENTO. Crime doloso punido com pena privativa de liberdade máxima superior a quatro anos (art. 313, inc. I, do CPP) - REQUISITOS DA PRISÃO PREVENTIVA. A decisão que decretou a segregação cautelar do paciente está devidamente apoiada em valor protegido pela ordem constitucional em igualdade de relevância com a liberdade individual a tutela da ordem pública. Ademais, apresenta suficiente análise dos pressupostos

do art. 312 do CPP prova da existência do crime e indícios da autoria, seguida da decretação da medida restritiva com fulcro em hipótese fática prevista no dispositivo legal. - PERICULUM LIBERTATIS. FUMUS COMISSI DELICTI. Merece ênfase não só a gravidade ínsita ao delito imputado (roubo duplamente majorado), mas também a que foi revelada pelos meios concretos de sua execução. Dos elementos coligidos aos autos, depreende-se que o paciente e o comparsa, durante o período noturno, abordaram a vítima logo após esta estacionar o seu veículo e, mediante emprego de arma de fogo, exigiram a entrega do automóvel, do celular e da carteira, o que foi atendido. Ato contínuo, os agentes não conseguiram destrancar o carro e acabaram encetando fuga na posse dos demais objetos. A Brigada Militar, acionada, logrou êxito em capturar o paciente, que indicou onde estava a carteira subtraída e foi reconhecido pela vítima como um dos autores do delito. De tais circunstâncias se retira com suficiência o fumus comissi delicti. Além disso, a denúncia já foi recebida, o que corrobora a materialidade e os indícios de autoria. Nesse contexto, aliado à ficha criminal do agente, a demonstrar que resposte a outras ações criminais, fica evidente também a configuração do periculum libertatis, o que conduz à conclusão de que a prisão preventiva foi corretamente decretada. Saliento que o exame aprofundado do conjunto fático-probatório do processo é atribuição reservada ao juízo de cognição da ação penal, inviável na via estreita do writ, que não é instrumento hábil para tanto. - PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. **A manutenção do preso em regime fechado, por força de decreto preventivo, não implica ofensa ao princípio da proporcionalidade. Trata-se de prisão de cunho processual, que se justifica quando presentes as hipóteses fáticas previstas na lei,** ou seja, pelos fundamentos da garantia da ordem pública, da conveniência da instrução criminal e da segurança da aplicação da lei penal, que não se confunde com aquela decorrente de sentença condenatória. Ademais, apresenta-se inviável, em sede de habeas corpus, a análise das circunstâncias judiciais que envolvem o delito em questão e a pessoa do paciente, capazes, em tese, de provocar o cumprimento da pena em regime mais rigoroso ou obstar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, ainda que o quantum da pena aplicada autorizasse o regime mais brando ou a substituição. - MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS. Os documentos colacionados ao writ não revelam a suficiência da imposição das medidas cautelares diversas previstas no artigo 319 do CPP. Ordem denegada. (Habeas Corpus Nº 70076699503, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Dálvio Leite Dias Teixeira, Julgado em 28/03/2018) GRIGOU-SE.

EMENTA AGRADO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. FORMAÇÃO DE QUADRILHA, FALSIDADE IDEOLÓGICA, CORRUPÇÃO ATIVA E LAVAGEM DE DINHEIRO. PRISÃO PREVENTIVA.FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. EXCESSO DE PRAZO. INOCORRÊNCIA. 1. Contra a denegação de habeas corpus por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, a, da Constituição da República, a impetração de novo habeas corpus em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla ao preceito constitucional. 2. Inexiste, no caso, flagrante ilegalidade ou abuso de poder a justificar eventual concessão da ordem de ofício, sobretudo porque, **se as circunstâncias concretas da prática do crime indicam a periculosidade do agente ou risco de reiteração delitiva, está justificada a decretação ou a manutenção da prisão cautelar para resguardar a ordem pública, desde que igualmente presentes boas provas da materialidade e da autoria.** Precedentes. 3. O fato de o agravante permanecer foragido constitui causa suficiente para caracterizar risco à aplicação da lei penal,

autorizando a manutenção da preventiva. 4. **A razoável duração do processo não pode ser considerada de maneira isolada e descontextualizada das peculiaridades do caso concreto.** 5. Agravo regimental conhecido e não provido. A Turma negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto da relatora. Unânime. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Marco Aurélio, Presidente. Presidiu o julgamento o Senhor Ministro Dias Toffoli. Primeira Turma, 18.11.2014. GRIFOU-SE.

Ementa: PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS IMPETRADO CONTRA ATO DE MINISTRO DE TRIBUNAL SUPERIOR QUE INDEFERIU MEDIDA LIMINAR EM IDÊNTICA

VIA PROCESSUAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 691 DO STF. NÃO CABIMENTO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. AUSÊNCIA DE TERATOLOGIA NO ATO IMPUGNADO. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA, DA ORDEM ECONÔMICA E PARA ASSEGURAR A APLICAÇÃO DA LEI PENAL. GRAVIDADE EM CONCRETO DO CRIME. DECISÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. EXCESSO DE PRAZO DA PRISÃO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A custódia preventiva visando à garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal, legitima-se quando presente a necessidade de acautelar-se o meio social ante a concreta possibilidade de reiteração criminosa e as evidências de que, em liberdade, o agente empreenderá esforços para escapar da aplicação da lei penal. Precedentes: HC 109.723, Primeira Turma, Relator o

Ministro Luiz Fux, DJe de 27.06/2012; HC 106.816, Segunda Turma, Relatora a Ministra Ellen Gracie, DJe de 20/06/2011; HC 104.608, Primeira Turma, Relatora a Ministra Ellen Gracie, DJe de 1º/09/2011; HC 106.702, Primeira Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 27/05/2011. 2. O princípio da proporcionalidade aplica-se na duração da instrução criminal, de modo a evitar a impunidade em casos de aguda complexidade. Precedentes (HC 103.385, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 08/02/2011; HC 92.719, Relator(a):

Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 24/06/2008; HC 105.133, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 26/10/2010; HC 102.062, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 02/12/2010). 3. **O excesso de prazo não resulta de simples operação aritmética, uma vez que a complexidade do processo, retardamento injustificado, atos procrastinatórios da defesa e número de réus envolvidos são fatores que, analisados em conjunto ou separadamente, indicam ser, ou não, razoável o prazo para o encerramento da instrução criminal.** 4. In casu, a) O paciente foi denunciado e teve a prisão preventiva decretada em 20/08/2013, pela suposta prática dos crimes previstos no art. 288, caput, (quadrilha); no art. 171, caput (estelionato por no mínimo 420 vezes); no art. 171, § 2º, VI

(fraude na entrega da coisa, por pelo menos 4 vezes); no art. 168, caput, (apropriação indébita por pelo menos 2 vezes), todos do Código Penal e no art. 65, caput, da Lei 4.591/1964 (crimes contra a economia popular, por pelo menos 489 vezes). b) Segundo a denúncia, o paciente teria causado vultuosos prejuízos a centenas de vítimas, na medida em que comercializava diversos apartamentos na modalidade “na planta”, ou seja, a serem edificadas posteriormente pela construtora pertencente a ele, contudo, após receber parte do valor referente às vendas, em dinheiro ou mesmo em bens (automóveis, motocicletas etc), ele não foi mais encontrado na cidade de Joinville/SC. O mesmo modus operandi teria

sido empregado por outra empresa pertencente ao paciente, uma loja de materiais de construção, pois, através dela, antes de fugir da cidade, teria comercializado materiais de construção a diversos clientes e recebido parte ou a íntegra do pagamento, contudo sem entregar os produtos aos respectivos compradores. c) A prisão preventiva foi decretada para garantia da ordem pública, da ordem econômica e para assegurar a aplicação da lei penal, em razão das circunstâncias do caso concreto, em destaque para o prejuízo causado à coletividade, estimado em R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais), bem como pelo fato de que após instaurados procedimentos policiais para apuração dos fatos, constatou-se que o paciente efetivamente fugiu levando consigo os bens adquiridos ou recebidos com os golpes aplicados nas vítimas. 5. No caso sub examine, conforme destacou a Procuradoria Geral da República, “em relação ao alegado excesso de prazo, também não ocorre, (...)”, pois se está diante de caso de grande complexidade, com enorme quantidade de documentos (21 volumes de autos), gigantesco número de vítimas (mais de 400), que apura ao menos quatro delitos e já conta com sete réus e 36 testemunhas”. 6. O Supremo Tribunal Federal não é competente para julgar habeas corpus impetrado em face de decisão de Relator de Tribunal Superior que indefere a ordem em idêntica via processual com base na Súmula 691/STF. A supressão de instância inequívoca revela-se a malferir o princípio do Juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII) na hipótese em que o writ impetrado nesta Corte versa a mesma fundamentação submetida ao Tribunal inferior.

Precedentes: HC 107.053-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 15/04/11; HC 107.415, Segunda Turma, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, DJe de 23.03.11; HC 104.674-AgR, Primeira Turma, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJe de 23.03.11; HC 102.865, Segunda Turma, Relatora a Ministra Ellen Gracie, DJe de 08.02.11. 7. Agravo regimental desprovido. Decisão A Turma negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do relator. Unânime. Não participaram, justificadamente, deste julgamento, os Senhores Ministros Marco Aurélio e Rosa Weber. Presidiu, este julgamento, o Senhor Ministro Dias Toffoli. Primeira Turma, 22.4.2014. GRIFOU-SE.

O princípio da proporcionalidade, como visto, funciona tanto como garantidor da ordem pública frente às questões polêmicas da prisão preventiva, como também limitador de excessos de prazos na tramitação do processo, garantindo direitos fundamentais da pessoa humana frente à duração processual, coadunando-se com a aplicação das medidas cautelares, nos casos necessários.

Portanto, resta nítido, que a proporcionalidade e a garantia do direito à segurança prevalece sobre a do estado de inocência do imputado e sobre seu direito à liberdade, enaltecendo como objetivo processual a proteção direta da sociedade.

CONCLUSÃO

A prisão preventiva, como espécie das prisões cautelares, pode ser decretada se presente nos autos elementos que exigem a medida para garantia da ordem pública, da ordem econômica, ser útil para a instrução do processo ou aplicação da lei penal e, ainda, pelo descumprimento de obrigações fixadas em outras medidas cautelares.

Além dessas hipóteses, para ser decretada a prisão preventiva existem critérios objetivos, como a presença de crime dolosos com pena superior a 4 (quatro) anos, condenação em outro crime doloso com sentença transitada em julgado, envolvendo violência doméstica e familiar, ou dúvida em relação à identificação civil do acusado.

No mesmo quantum que a prisão preventiva é necessária está a aplicação desta sobre os aspectos únicos de cada caso e do princípio da proporcionalidade.

É de imprescindível importância a presença de instrumentos, como a medida cautelar tratada nesse estudo, para assegurar a aplicação da lei ante a recorrente resistência dos suspeitos e a possibilidade incogitável da impunidade. Mesmo que o estabelecimento e a análise de critérios baseados na proporcionalidade, a teoria do não prazo, gere polemica por se tratar de um mecanismo repleto de subjetividade, não se vislumbra algo que possa solucionar a problemática de maneira melhor. Não restam dúvidas de que a teoria dos 81 dias tornou-se superada diante da atual realidade das unidades jurisdicionais e do sistema penitenciário brasileiro.

Assim, é possível concluir-se que a aplicação do princípio da proporcionalidade e a análise dos aspectos singulares de cada caso em concreto, ensejador da teoria do não prazo, tornou-se mais eficiente para estabelecer o prazo razoável da duração da instrução do processo penal com réu preso preventivamente, bem como pela sua manutenção.

A teoria do não prazo se vale de critérios objetivos quando considera a complexidade do delito e a necessária produção das provas, e de critérios subjetivos, quando associa as peculiaridades do caso concreto com a situação estrutural do juízo competente para instruir e julgar o fato.

É claro que o processo criminal com réu preso deve ter prioridade na sua tramitação, justamente para não eternizar uma prisão preventiva, mas só isso não é suficiente, pois os direitos fundamentais do devido processo legal, do contraditório e da plenitude de defesa não podem ser atropelados, assim é indispensável ponderar as vicissitudes do caso concreto na análise da necessária duração do processo e do tempo razoável de manutenção do decreto de prisão preventiva do acusado.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas-corpus nº 118918/MG**. Relator: WEBWE, Rosa. Publicado no DJe-237 em 03-12-2014. JusBrasil, 2014. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25331867/agreg-no-habeas-corpus-hc-118918-mg-stf>>. Acesso em: 28 mar. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas-corpus nº 121386/SC**. Relator: FUX, Luiz. Publicado no DJe-090 em 13-05-2014. JusBrasil, 2014. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25078612/agreg-no-habeas-corpus-hc-121386-sc-stf>>. Acesso em: 28 mar. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do RS. **Habeas-corpus nº 70052413895/RS**. Relator: Dálvio Leite Dias Teixeira, Porto Alegre, 28 de março de 2018. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70076699503&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF8&ud=1&sort=date%3AD%3A%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em: 29 mar. 2018.

CUNHA, André Sergey Aguiar da. **A Prisão Preventiva e o Princípio da Razoável Duração do Processo**. JusBrasil. Disponível em: <<https://institutoiunib.jusbrasil.com.br/artigos/388304739/aprisao-preventiva-e-o-principio-da-razoavel-duracao-do-processo>>. Acesso em: 26 mar. 2018.

GARCEZ, William. **A prisão preventiva à luz da doutrina e da jurisprudência**. Jusbrasil: 2016. Disponível em: <<https://delegadowilliamgarcez.jusbrasil.com.br/artigos/314775827/a-prisaopreventiva-a-luz-da-doutrina-e-da-jurisprudencia>>. Acesso em 28 mar. 2018.

GOMES, Luiz Flávio. **Critérios para a aferição da razoabilidade da prisão preventiva.** Jus.com.br: Jan. 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7769/criterios-para-a-afericao-da-razoabilidade-da-prisao-preventiva>>. Acesso em: 30 mar. 2018.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal: volume único.** 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **A duração razoável da prisão cautelar e a efetividade da liberdade provisória.** Guilherme Nucci: 19 mar. 2014. Disponível em: <<http://www.guilhermenucci.com.br/artigo/duracao-razoavel-da-prisao-cautelar-e-efetividade-da-liberdade-provisoria>>. Acesso em: 30 mar. 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **A prisão cautelar e a Constituição Federal de 1988.** Guilherme Nucci: 17 mar. 2014. Disponível em: <<http://www.guilhermenucci.com.br/artigo/prisao-cautelar-e-constituicao-federal-de-1988>>. Acesso em: 27 mar. 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal.** 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

VERDÉLIO, Andreia. **Com 726 mil presos, Brasil tem terceira maior população carcerária do mundo.** Empresa Brasil de Comunicação S/A - EBC, Brasília-DF: 08 DEZ. 2017. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2017-12/populacao-carceraria-do-brasil-sobe-de622202-para-726712-pessoas>>. Acesso em: 02 abr. 2018.

O RECALL COMO MECANISMO DE GARANTIA DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL AO CONSUMIDOR

THE RECALL AS A WARRANTY MECHANISM OF CONSTITUTIONAL PROTECTION TO THE CONSUMER

Thaiane Picoli Tomazelli ¹

Gilmar Bianchi ²

RESUMO: A proteção ao consumidor evoluiu de nenhuma proteção para direito fundamental assegurado na Constituição Federal de 1988, e como consequência foi criado o Código de Proteção e Defesa do Consumidor que forma um microsistema protetivo envolvendo normas de direito civil, penal e administrativo. Nele estão definidos princípios e direitos básicos específicos para o Direito Consumerista, além de mecanismos para atingir a sua efetivação material. Nesta ceara manifesta-se o instituto do *recall*, que consiste no procedimento de chamar, para reparação ou troca, todos os produtos ou serviços nos quais foram constatados vícios ou defeitos após sua inserção no mercado de consumo. O *recall* é dever do fornecedor e objetiva garantir o consumo saudável e seguro, já que o vício ou defeito torna o produto o serviço nocivo ou perigoso, e rompe a garantia de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho. O presente artigo objetiva determinar a importância desse instituto para garantir a proteção ao consumidor, utilizando-se, para tanto, do método indutivo, com pesquisa bibliográfica em livros, artigos e publicações na internet.

Palavras-chave: *Recall*. Direito do Consumidor. Proteção Constitucional ao Consumo.

ABSTRACT: Consumer protection evolved from no protection to fundamental right guaranteed in the Federal Constitution of 1988, and as a consequence was created the Code of Protection and Consumer Protection that form a protective micro system involving civil, criminal and administrative law. In it are defined basic principles and rights specific to the Consumer Law, as well as mechanisms to achieve its material effectiveness. The recall institute manifests itself in the procedure of calling, for repair or exchange, all products or services in which defects or vices have been found after insertion into the consumer market. The recall is the duty of the supplier and aims to ensure safe and healthy consumption, since the defect or vice makes the product harmful or dangerous, and breaks the guarantee of quality, safety, durability and performance. The present article aims to determine the importance of this institute to guarantee the protection to the consumer using, for that, the inductive method, with bibliographic research in books, articles and publications on the internet.

KEYWORDS: Recall. Consumer Law. Constitutional Protection to Consumption.

¹Graduanda do 7º semestre em Direito pela Universidade Regional Integrada do alto Uruguai e das Missões, Campus Erechim, RS. *E-mail:* thaianept@hotmail.com

²Professor orientador. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, SC, 2001. Professor na Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, Campus Erechim, RS. *E-mail:* gilmar.bianchi@hotmail.com

INTRODUÇÃO

As inúmeras evoluções tecnológicas vivenciadas pela humanidade, principalmente aquelas que envolvem o consumo, desde os meios de produção até o *marketing*, fizeram com que as relações consumeristas se tornassem desiguais. Não mais havendo a regulação do próprio mercado, coube ao Estado adotar uma postura intervencionista.

Nesse compasso surgiram normas protetivas criando uma nova postura do Estado, que passou ser chamada de direitos do consumidor. No ordenamento pátrio, com a Constituição Federal de 1988, a proteção ao consumidor se tornou direito fundamental.

Por conseguinte, na esfera infraconstitucional surgiu, em 1990, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, que concretizou a ordem constitucional, tendo como objetivos além de atender as necessidades dos consumidores, respeitar à sua dignidade, saúde e segurança, proteção interesses econômicos, tudo em prol da sua melhor qualidade de vida, primando pela transparência e pela harmonia entre fornecedor e consumidor.

Como forma de concretizar esses objetivos, criaram-se diversos mecanismos, entre os quais, destaca-se o *recall*, que consiste no procedimento de chamar de volta, para troca ou reparação, os produtos ou serviços que depois de colocados no mercado, foram constatados vícios ou defeitos, quebrando a garantia de adequação ao uso, da qualidade, e da segurança.

Assim, justifica-se uma análise desse mecanismo, objetivando revelar se ele está funcionando de forma eficaz e satisfatória nas relações de consumo ou se apenas serve como um paliativo jurídico.

A pesquisa foi realizada pelo método indutivo, com pesquisa bibliográfica em livros, artigos e publicações na internet.

BREVE HISTÓRICO ACERCA DA PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR

A proteção ao consumidor existe desde os primórdios da civilização, tendo menção no Código de Hamurabi e no Código de Massú. Contudo, esse amparo era realizado com cautela, entendendo-se que poderia gerar uma barreira ao comércio. (FARIA, 2008).

Dando um salto na história, a partir dos avanços tecnológicos experimentados pela sociedade e pelo fenômeno econômico da globalização, o conceito de consumo também se alterou, nas palavras do sociólogo Zygmund Bauman “o consumo deixou de ser destinado para prover as necessidades básicas do ser humano e passou a ser uma medida de expressão do significado moderno do que é ser um ser humano.” (BAUMAN, 2008 *apud* SIMÃO, 2016).

Daí em diante, iniciou a percepção da vulnerabilidade do consumidor, surgindo, como consequência, primeiras entidades de proteção consumerista, culminando em 1985 na promulgação pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas – ONU da Resolução 39/248, que delineou diretrizes de proteção ao consumidor. (SIMÃO, 2016).

Como resultado desse movimento, o Brasil passou a legislar em prol do consumidor, estabelecendo na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso XXXII, o consumo como um direito fundamental dos cidadãos.

Demonstrando a preocupação do constituinte em dar eficácia a esse direito foi inserido no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, o artigo 48, fixando o prazo de 120 dias, a contar da promulgação da Constituição Federal, 5 de outubro de 1988, para o Congresso Nacional aprovar o código de defesa do consumidor, fato que somente ocorreu quase três anos após, com a aprovação da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.

PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Os direitos fundamentais, também chamados de direitos humanos ou direitos do homem, são aqueles inerentes à pessoa, e estão vinculados aos ideais de liberdade e dignidade. Cada Constituição estabelece e protege os direitos basilares de cada Estado, dando-lhes, se não imutabilidade, uma maior dificuldade na alteração. Os direitos fundamentais são, em regra, absolutos, e só excepcionalmente podem ser limitados por imposição legal. (BONAVIDES, 2014).

José Afonso da Silva conceitua:

No qualitativo fundamentais acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados. (SILVA, 2014, p. 180).

Para José Afonso da Silva (2014) os direitos fundamentais são históricos, inalienáveis, imprescritíveis, e irrenunciáveis, e são constitucionalmente classificados em individuais, à nacionalidade, políticos, sociais, coletivos e solidários. Dirley da Cunha Júnior (2015) ainda acrescenta como características a limitabilidade, a indivisibilidade, a concorrência, a proibição do retrocesso e a constitucionalização.

Com base no lema da Revolução Francesa, a doutrina divide os direitos em três dimensões, também chamadas gerações, quais são liberdade, igualdade e fraternidade. Há ainda, modernamente, doutrinadores que estabelecem a quarta e a quinta dimensão de direitos. Cada dimensão, porém, não exclui a anterior, pelo contrário, dá mais garantias ao indivíduo.

Inicialmente, temos os direitos de primeira dimensão, que correspondem à liberdade, denominados civis e políticos. Nas palavras de Paulo Bonavides, são aqueles que

[...] têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado. (BONAVIDES, 2014, p. 578).

Nessa identificação apontam-se os direitos à vida, à liberdade, à propriedade, à segurança, à igualdade frente à lei, e os direitos políticos, e estão relacionados com a proteção do indivíduo contra o Estado. Correspondem ao Estado Liberal, também conhecido como intervenção mínima. (DA CUNHA JÚNIOR, 2015).

Como marco desses direitos, a doutrina cita a Magna Carta de 1225, a Paz de Westfália de 1648, o Habeas Corpus Act de 1679, o Bill of Rights de 1688, a Declaração Estadunidense de 1766 e a Declaração Francesa de 1789. (LENZA, 2017).

Os direitos de segunda dimensão surgem a partir das experiências vivenciadas pelo mundo após a Revolução Industrial, com rápidos avanços científicos, e a formação de aglomerados urbanos, onde o grande capital, formado por uma minoria, oprimia a população, assolada por graves problemas sociais. Passando-se a buscar o auxílio do Estado para a concretização da igualdade, não meramente no plano formal, mas, principalmente, no plano material, nascendo o Estado do Bem-Estar Social. (DA CUNHA JÚNIOR, 2015).

Correspondem aos direitos sociais, econômicos, e culturais, assim como as liberdades sociais, compreendidas, como por exemplo, pela liberdade de sindicalização, o direito de greve, e certos direitos trabalhistas. Diferem-se da primeira dimensão, pois proclamam uma prestação do Estado. E é justamente neste ponto sua maior problemática, tendo em vista que, ao contrário da primeira dimensão, não necessitam apenas serem positivados no ordenamento, mas sim efetivados pelo Estado, o que demanda o desenvolvimento de políticas públicas e de recursos. (DA CUNHA JÚNIOR, 2015).

Paulo Bonavides em relação a esses direitos observa que iniciaram com pouca eficácia:

Mas passaram primeiro por um ciclo de baixa normatividade ou tiveram eficácia duvidosa, em virtude de sua própria natureza de direitos que exigem do Estado determinadas prestações materiais nem sempre resgatáveis por exiguidade, carência ou limitação essencial de meios e recursos (BONAVIDES, 2014, p. 578-579).

As principais Constituições que, inicialmente, garantiram esses direitos foram a mexicana de 1917, a russa de 1918, e principalmente a de Weimar em 1919. No Brasil, tais direitos foram institucionalizados pela Constituição de 1934, e posteriormente pelas Constituições de 1946 e, por fim, a de 1988. (DA CUNHA JÚNIOR, 2015).

Os direitos da terceira dimensão, são mais recentes, tratam da coletividade e não do indivíduo em si, e por isso são chamados de coletivos, difusos ou ainda transindividuais. Destacam-se os direitos ao meio ambiente, à segurança, à autodeterminação dos povos, e à comunicação.

Pedro Lenza identifica que: "Os direitos da 3ª dimensão são direitos transindividuais, isto é, direitos que vão além dos interesses do indivíduo; pois são concernentes à proteção do gênero humano, com altíssimo teor de humanismo e universalidade." (LENZA, 2017, p.1102).

Modernamente, a doutrina estabelece a quarta dimensão, decorrente da globalização, que engloba os direitos à democracia, à informação, e ao pluralismo. Paulo Bonavides propõe ainda a concepção da quinta dimensão que corresponde ao direito à paz. (BONAVIDES, 2014).

Acompanhando essas dimensões dos direitos fundamentais, dentro dos direitos de segunda dimensão se insere a proteção ao consumidor, posta na Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, inciso XXXII, por influência da Constituição portuguesa de 1976 e da Constituição espanhola. (LENZA, 2017).

Com enfoque específico José Afonso da Silva "Realça de importância, contudo, sua inserção entre os direitos fundamentais, com o que se erigem os consumidores à categoria de titulares de direitos constitucionais fundamentais." (SILVA, 2014, p. 265).

A Constituição Federal dispõe sobre o consumidor em vários artigos:

- a) art. 24, inciso VIII, onde estabelece a competência concorrente entre União, estados e Distrito Federal para legislar sobre a matéria;
- b) art. 129, inciso III, colocando como função institucional do Ministério Público a promoção de ação civil pública para proteger os interesses difusos e coletivos;
- c) art. 150, § 5º, garantindo que o consumidor seja esclarecido sobre os impostos incidentes nas mercadorias e serviços, o qual foi posteriormente regulamentado pela Lei 12.741 de 2012;
- d) art. 170, inciso V, postulando como princípio da ordem econômica a defesa do consumidor;
- e) e por fim, no artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, obrigando o Congresso a elaborar o código de defesa do consumidor em 120 dias, a contar da promulgação da Constituição Federal.

Além das disposições que se referem diretamente ao consumidor, outros princípios constitucionais também se aplicam ao direito consumerista a fim de consubstanciá-lo, são eles o direito à vida, à liberdade, à isonomia, à informação, a boa-fé e o acesso à justiça.

A Constituição Federal elenca, ainda, como princípios da ordem econômica a livre concorrência e a proteção ao consumidor que, apesar de primeiramente parecerem princípios excludentes entre si, são na verdade complementares, definindo a necessidade de intervenção do Estado para evitar abusos do mercado. (PEREIRA, RAMOS, LUNDGREN, 2014).

CÓDIGO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR

Em observância ao artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, no dia 11 de setembro de 1990, foi promulgado o Código de Proteção e Defesa do Consumidor através da Lei

8.078, que em seus 119 artigos dispõe sobre a proteção aos consumidores, através de normas de cunho civil, processual civil, penal, processual penal, administrativo e ainda de ordem pública, formando um verdadeiro microssistema. (FARIA, 2008).

Nesse sentido, escreve José Filomeno:

Ou seja, um verdadeiro microssistema jurídico, por conter: (a) princípios que lhe são peculiares (isto é, a vulnerabilidade do consumidor, de um lado, e a destinação final de produtos e serviços, de outro); (b) por ser interdisciplinar (isto é, por relacionar-se com inúmeros ramos de direito, como constitucional, civil, processual civil, penal, processual penal, administrativo etc.); (c) por ser também multidisciplinar (isto é, por conter em seu bojo normas de caráter também variado, de cunho civil, processual civil, processual penal, administrativo etc.). (FILOMENO, 2016, p. 12).

No artigo 4º foram delineados diversos princípios consumeristas tendo como objetivo “o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo” (BRASIL, 1990).

Ainda, no artigo 6º são garantidos como direitos básicos do consumidor, entre outros, à proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos.

A tutela dada aos consumidores se justifica devido à desigualdade entre estes e os fornecedores, instituindo-se o que a referida lei chamou de vulnerabilidade. A qual se evidencia na fase pré-contratual, como por exemplo, nas informações prestadas pelo fornecedor, na fase contratual, com os contratos de adesão, e ainda, na fase pós-contratual, a partir da existência de vícios ou defeitos. (FILOMENO, 2016).

Não obstante a proteção formal dada ao consumidor, para a sua real efetivação, foram criados diversos mecanismos. No aparato legal foram previstos, por exemplo, a assistência jurídica gratuita para os consumidores carentes, a criação de delegacias especializadas em infrações consumeristas, e a criação de juizados especiais e varas especializadas. Como ação direta do Estado está à criação de órgãos de proteção ao consumo, que além de sua função pedagógica, ainda atuam como fiscalizadores. (FILOMENO, 2016).

Há ainda a garantia de produtos de qualidade e segurança por meio das regras e da fiscalização dos órgãos técnicos como o Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (Inmetro). E a educação, que deve ser promovida tanto para os consumidores como também para os fornecedores. (FILOMENO, 2016).

Além disso, para a prevenção de conflitos tem-se, entre outros mecanismos, o serviço de atendimento ao cliente (SAC) e o *recall*. (FILOMENO, 2016).

O INSTITUTO DO *RECALL*

Dentre os vários mecanismos de proteção previstos no Código de Proteção e Defesa do Consumidor, surge a figura do chamamento, mais conhecido por *recall*.

O vocábulo *recall* é de origem inglesa e significa chamada para voltar. Inicialmente, o termo foi utilizado nos Estados Unidos no Direito Político. Posteriormente, a palavra foi empregada no direito consumerista em sua acepção atual, vinculada ao seu sentido literal. (DALMOLIN, 2010).

O *recall* corresponde ao procedimento realizado pelo fornecedor para chamar de volta determinado produto ou serviço, dos quais se constatou problemas após sua inserção no mercado. Nas palavras de Rizzatto Nunes:

Por meio desse instrumento, a norma protecionista pretende que o fornecedor impeça ou

procure impedir, ainda que tardiamente, que o consumidor sofra algum dano ou perda em função de vício que o produto ou o serviço tenham apresentado após sua comercialização. (NUNES, 2015, p.244).

Tal procedimento é amplamente difundido nos países desenvolvidos, contudo, no Brasil passou a existir a partir do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, não sendo, ainda, plenamente eficaz. (NUNES, 2015).

O primeiro *recall* oficialmente registrado no Brasil ocorreu em 1998 pela empresa Mercedes Benz por um problema no veículo OF 620. (AVELAR, 2008 *apud* DALMOLIN, 2010).

Inicialmente o *recall* estava previsto no artigo 11 da Lei 8.078 de 1990, com a seguinte redação:

Art. 11 – O produto ou serviço que, mesmo adequadamente utilizado ou fruído, apresenta alto grau de nocividade ou periculosidade será retirado imediatamente do mercado pelo fornecedor, sempre às suas expensas, sem prejuízo da responsabilidade pela reparação de eventuais danos. (BRASIL, 1990).

No entanto, o artigo 11 foi vetado, passando o *recall* a ser definido pelo artigo 10:

Art. 10 - 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.

§ 1º O fornecedor de produtos e serviços que, posteriormente à sua introdução no mercado de consumo, tiver conhecimento da periculosidade que apresentem, deverá comunicar o fato imediatamente às autoridades competentes e aos consumidores, mediante anúncios publicitários.

§ 2º Os anúncios publicitários a que se refere o parágrafo anterior serão veiculados na imprensa, rádio e televisão, às expensas do fornecedor do produto ou serviço.

§ 3º Sempre que tiverem conhecimento de periculosidade de produtos ou serviços à saúde ou segurança dos consumidores, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deverão informá-los a respeito. (BRASIL, 1990)

Como se percebe o Código definiu a obrigação da realização do *recall*, contudo, não estabeleceu o procedimento a ser adotado. Inicialmente, é necessário esclarecer que o *recall* pode dar-se de três formas distintas: voluntária, quando de iniciativa do próprio fornecedor; extrajudicial, ocorre quando o governo solicita ao fornecedor; e judicial, na qual o fornecedor é obrigado por meio de liminar ou sentença. (AVELAR, 2008 *apud* DALMOLIN, 2010).

No que tange ao procedimento, este era regulamentado pelo Ministério da Justiça, por meio da Portaria nº 789, de 24 de agosto de 2001, todavia, esta foi revogada pela Portaria nº 487 de 15 de março de 2012, que dispõe em seus treze artigos sobre as medidas que devem ser adotadas pelo fornecedor.

O fornecedor, após constatar a irregularidade no produto ou serviço, deve fazer um comunicado pormenorizado de todos os itens postos na Portaria nº 487 para o Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor, para os órgãos estaduais, do Distrito Federal, e municipais de defesa do consumidor, e ao órgão normativo ou regulador competente. O comunicado deverá conter, além de outras informações, o plano de mídia, o plano de atendimento ao consumidor e o modelo do aviso de risco ao consumidor. Caso o fornecedor se omita, poderá sofrer as sanções do artigo 64 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, *in verbis*:

Art. 64. Deixar de comunicar à autoridade competente e aos consumidores a nocividade ou periculosidade de produtos cujo conhecimento seja posterior à sua colocação no mercado:

Pena - Detenção de seis meses a dois anos e multa.

Parágrafo único. Incorrerá nas mesmas penas quem deixar de retirar do mercado,

imediatamente quando determinado pela autoridade competente, os produtos nocivos ou perigosos, na forma deste artigo. (BRASIL, 1990).

Durante o período em que estiver sendo realizado o *recall*, o fornecedor precisa apresentar relatórios aos órgãos antes mencionados, assim como ao final do tempo estipulado para o procedimento, apresentar um relatório detalhado sobre o quantum de consumidores que aderiram à campanha. Sendo facultado aos órgãos competentes prorrogarem o prazo, caso se verifique baixa efetividade.

Deve-se ressaltar que o procedimento deve ser totalmente gratuito para o consumidor, assim como o fornecedor fica obrigado a certificar a realização do *recall* indicando o local, a data, o horário, e a duração do atendimento, além da medida adotada.

Mesmo findo o prazo, o fornecedor deve prestar o atendimento necessário. Assim como, mesmo que o consumidor não tenha aderido à campanha e venha a sofrer um dano, deverá ser indenizado, já que o fornecedor não se exime de sua responsabilidade, que é de caráter objetivo.

É de suma importância que o consumidor realize o procedimento, já que o *recall* visa prevenir acidentes de consumo. Como preceitua Marília da Costa Dalmolin:

O objetivo principal desse procedimento é de proteger e preservar a vida, a saúde, a segurança e a integridade do consumidor, bem como reduzir ao mínimo possível a qualquer forma de prejuízo, quer seja de ordem material, ou de ordem moral. (DALMOLIN, 2010, p. 71).

Apesar de sua importância, segundo pesquisas realizadas pelo PROCON de São Paulo no ano de 2011 os consumidores não possuem um correto conhecimento acerca da matéria, e a maioria considera que a veiculação da campanha e suas informações não são satisfatórias. Junto a isto acompanham as estatísticas do mesmo órgão que demonstram a baixa adesão às campanhas. (GOTIJO; LARA, 2013).

O *recall* apresenta-se como um mecanismo garantidor da saúde e da segurança do consumidor, perfectibilizando a proteção constitucional e, portanto, deve ser entendido como um direito básico do consumidor, mas, apesar disso, ele ainda não galgou no ordenamento jurídico brasileiro eficácia satisfatória.

CONCLUSÃO

A evolução tecnológica e social transformou o conceito de consumo, que não mais se configura apenas como a compra dos bens necessários a sobrevivência, e da mesma forma mudou a dinâmica das relações de consumo, tornando-as desiguais, em virtude da supremacia econômica e de informações do fornecedor.

Como consequência, os Estados passaram a legislar de forma protetiva aos consumidores. A Carta Política brasileira deu à proteção ao consumidor *status* de direito fundamental, e a partir daí criou-se um microssistema infraconstitucional para efetivar esta proteção.

Estabeleceu-se como direito básico do consumidor a proteção à vida, à segurança e à saúde. E para sua efetivação criou-se inúmeros mecanismos de competência tanto do Estado como dos fornecedores, dentre os quais se sobressai o *recall*.

O instituto do *recall* estende a proteção do consumidor, quanto à periculosidade do produto ou serviço posto no mercado, à relação pós-contratual, e é obrigação do fornecedor, que deverá informar os órgãos competentes assim que tiver conhecimento do vício ou defeito e iniciar o plano de *recall* para a chamada dos consumidores.

Portanto, o *recall* apresenta-se como um mecanismo garantidor da saúde e da segurança do consumidor, perfectibilizando a proteção constitucional e, por isso, deve ser entendido como um

direito básico do consumidor. Contudo, ainda não atinge a efetividade esperada, não alcançado grande parte dos consumidores, que não possuem o conhecimento adequado de seu direito, exigindo maior atenção dos órgãos de fiscalização e do legislador que precisa melhor disciplinar esse instituto.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 29. ed. e atual. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2014.

BRASIL. **Código de Proteção e Defesa do Consumidor**. Brasília, DF: 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm> Acesso em: 30 mar. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição Federal da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> Acesso em: 30 mar. 2018.

BRASIL. **Mensagem Nº 664**. Brasília, DF: 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/Mensagem_Veto/anterior_98/vep664-L8078-90.htm> Acesso em: 26 mar. 2018.

CORDEIRO, Débora Simone Bezerra; PINHEIRO, Camila. Proteção ao consumidor como garantia fundamental constitucional. **Jus Brasil**, ago. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/31519/protecao-ao-consumidor-como-garantia-fundamental-constitucional>> Acesso em: 27 mar. 2018.

DALMOLIN, Marília de Costa. **O Recall como instrumento nas relações de consumo sob a ótica do princípio da precaução**. 2010. 102 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Departamento de Ciências Jurídicas, UNESC, Criciúma, 2010.

FARIA, Heraldo Felipe de. A proteção do consumidor como direito fundamental em tempos de globalização. **Revista Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 4, n. 4, jul./dez. 2008. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/41/41>> Acesso em: 27 mar. 2018.

FILHO, Eujecio Coutrim Lima. A defesa do consumidor como um direito fundamental: aspectos relevantes da constitucionalização do direito. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 20, n. 4397, 16jul.2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/40894>>. Acesso em: 27 mar. 2018.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de direitos do consumidor**. 14 ed. rev. atual. eampl. São Paulo: Atlas, 2016. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597008203/cfi/6/10!/4/8/2/2/@0:64.7>> Acesso em: 02 abr. 2018.

GONTIJO, Guilherme Dias; LARA, Fabiano Teodoro de Rezende. *Recall: proteção do consumidor ou transferência de custos e riscos do negócio? In: KNOERR, Viviane Coêlho de Séllos (Coord.); NETO, Frederico da Costa Carvalho (Coord.); ANDRADE, Ronaldo Alves de (Coord.). Direito do Consumidor*. Florianópolis: FUNJAB, 2013. 345-359. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=cd2018beece5fb0>> Acesso em: 27 mar. 2018.

JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. rev. amp. e atual. Salvador: Juspodivm, 2015.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 21. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

Disponível em:

<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547221768/cfi/6!/4/4@0.00:1.55>> Acesso em: 27 mar. 2018.

NUNES, Rizzato. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 8. ed. rev. atual. E ampl. São Paulo: Saraia, 2015. Disponível em:

<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502616288/cfi/4!/4/4@0.00:20.7>> Acesso em: 02 abr. 2018.

PEREIRA, Henrique Mioranza Koppe; RAMOS, Maurício; LUNDGREN, Ana Paula. O Direito do Consumidor como Direito Fundamental: os princípios constitucionais e os interesses jurídicos como elementos sustentadores das garantias sociais consumeristas. In: **XI Seminário Internacional de Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea VII Mostra de Trabalhos Jurídicos Científicos**. 2014. Disponível em:

<<https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/viewFile/11714/1578>> Acesso em: 27 mar. 2018.

SILVA, Adriana Martins; LENHARDT, Willian Padoan. Os Direitos Fundamentais nas relações de consumo. A tutela dos Direitos de Personalidade sob a ótica da Lei 8.078/1990. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 87, abr 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=9377&n_link=revista_artigos_leitura> Acesso em: 27 mar. 2018.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2014.

SIMÃO, Lucas Pinto. Fundamentos constitucionais do direito do consumidor. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIX, n. 149, jun 2016. Disponível em: <[HTTP://ambito-juridico.com.br/sit/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17370](http://ambito-juridico.com.br/sit/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17370)> Acesso em: 27 mar. 2018.

